



REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

30 Cg 7/17g

(Bitte in allen Eingaben
anführen)

Marxergasse 1a
1030 Wien

Tel.: +43 1 51528

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Mag. Monika Millet in der Rechtssache des Klägers Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die Beklagte simpli services GmbH & Co KG (FN 384789t), Storchengasse 1, 1150 Wien, vertreten durch Schönherr, Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 36.000,-- s.A.) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1.) Die Beklagte ist schuldig,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Bei verschuldetem Zahlungsverzug des Kunden ist simpli services berechtigt, die daraus entstehenden notwendigen und zweckentsprechenden Spesen und Kosten, insbesondere für Mahnung, Inkasso und außergerichtliche Anwaltskosten sowie Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe zusätzlich zu verrechnen.

2. Der Kunde stimmt zu, dass die von ihm angegebenen Daten (Name, Geburtsdatum, Adresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Gerätenummer (Client ID) des TV-Empfangsgeräts, Internet ID) von simpli services verwendet werden, um dem Kunden Informationen über

das Produktportfolio von simpliTV (Aktionen, neue Angebote, neue Programme, Programmhilights), simpli Internet, TV-Empfangsgeräte, terrestrische Empfangsmöglichkeiten, per Post, E-Mail, Telefon, SMS, Fax oder über soziale Netzwerke zukommen zu lassen sowie zum Datenabgleich gemäß Rundfunkgebührengesetz. Des Weiteren stimmt der Kunde zu, dass die von ihm angegebenen Daten zu den oben angeführten Zwecken an die verbundenen Unternehmen der simpli services (ORS comm GmbH & Co KG, Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG, Österreichischer Rundfunk, ORF - KONTAKT Kundenservice GmbH & Co KG, GIS Gebühren Info Service GmbH) übermittelt werden. Diese Zustimmung kann der Kunde jederzeit schriftlich mit Brief oder E-Mail an simpli services widerrufen.

3. Der Kunde stimmt weiters zu, dass die von ihm angegebenen Daten (Name, Geburtsdatum, Adresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Gerätenummer (Client ID) des TV-Empfangsgeräts, Internet ID) von simpli services verwendet werden, um dem Kunden Informationen über Angebote (Produkte und Leistungen) der Kooperationspartner von simpli services per Post, E-Mail, Telefon, SMS, Fax oder über soziale Netzwerke zukommen zu lassen. Kooperationspartner von simpli services sind Unternehmen mit Sitz in Österreich, mit welchen simpli services bei der Vermarktung der Angebote (Produkte und Leistungen) von simpli services zusammenarbeitet und/oder welche ergänzende Leistungen zu den Angeboten von simpli services anbietet. Kooperationspartner sind Flimmit GmbH, ORS comm GmbH & Co KG, Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG, Österreichischer Rundfunk, ORF - KONTAKT Kundenservice GmbH & Co KG und GIS Gebühren Info Service GmbH. Firmenbuchnummer 298288i. Diese Zustimmung kann der Kunde jederzeit schriftlich mit Brief oder E-Mail an simpli services widerrufen.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen;

b) es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, einen telefonischen Kundendienst, der Verbrauchern die Kontaktaufnahme im Zusammenhang mit geschlossenen Verträgen ermöglicht, in der Form anzubieten, dass Verbrauchern, die diese Möglichkeit in Anspruch nehmen, ein über das Entgelt für die eigentliche Kommunikationsdienstleistung hinausgehendes Entgelt dafür angelastet wird, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden.

2.) Dem Kläger 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 Samstagausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3.) Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 9.226,80 bestimmten Prozesskosten (darin enthalten EUR 1.397,00 Barauslagen und EUR 1.306,30 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger beehrte wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte im Wesentlichen vor, dass die 1. Klausel § 1333 Abs 2 ABGB widerspreche, wonach nur die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen bei verschuldetem Zahlungsverzug verlangt werden dürften, soweit diese in

einem angemessenen Verhältnis zur Kapitalforderung stünden. Nach der vorliegenden Klausel solle der Beklagten jedoch Kostenersatz ohne Rücksicht darauf zustehen, ob die zu ersetzenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stünden. Da mit dieser Klausel die Betriebskosten unabhängig von einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung auf den Verbraucher überwältzt würden, käme es zu einer gröblichen Benachteiligung des Konsumenten und somit zu einem Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, der nicht sachlich gerechtfertigt sei.

Mit der 2. Klausel beabsichtige die Beklagte sich eine Zustimmung zur (Direkt-) Werbung per Telefon ua (§ 107 Abs 1 TKG) und E-Mail ua (§ 107 Abs 2 TKG) einräumen zu lassen. Grundsätzlich könne eine Einwilligung gemäß § 107 Abs 1 und 2 TKG zwar auch durch Akzeptieren von AGB erfolgen, wobei hier Zurückhaltung geboten sei und jedenfalls die allgemeinen Regeln für die Inhalts- und Geltungskontrolle sowie hinsichtlich der Transparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG einzuhalten seien. Demnach müsse bei Werbemaßnahmen jedenfalls die Zustimmungsklausel entsprechend (so etwa durch Fettdruck, Unterstreichung ua) hervorgehoben werden und dürfe nicht versteckt sein. Die Zustimmungsklausel sei im vorliegenden Fall nicht hervorgehoben, sie sei daher vor allem nach § 6 Abs 3 KSchG unzulässig.

Nach dem Bestellvorgang sei ein Vertragsabschluss mit der Beklagten nur möglich, wenn auch die Klauseln 2 und 3 des Klagebegehrens akzeptiert werden. Damit ergebe sich die Unzulässigkeit der Klausel auch daraus, dass der Vertragsabschluss vom Akzeptieren einer in AGB enthaltenen Klausel zum Erhalt von Werbung abhängig gemacht werde, da die Einwilligung (Zustimmung) gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 freiwillig erteilt werden müsse, was aber in einem solchen Fall nicht mehr stattfände, auch wenn ein jederzeitiger Widerruf möglich sei. Dies gelte ebenso für die Zustimmungserklärung nach § 107 Abs 1 und 2 TKG, die damit auch nicht „freiwillig“ erklärt werden und somit unwirksam seien. Da ein Verstoß gegen das Freiwilligkeitsgebot vorliege, wofür keine sachliche Rechtfertigung vorhanden sei, sei die Klausel gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB und daher unzulässig.

Hinsichtlich der 3. Klausel verwies der Kläger auf das Vorbringen zur 2. Klausel.

Die Beklagte biete unter der Nummer 0810 96 97 98 eine kostenpflichtige Kundendienstnummer an, wobei Anrufe zu dieser Nummer nach den Angaben auf der Webseite der Beklagten maximal EUR 0,10 pro Minute kosten sollten. Tatsächlich seien die Kosten jedoch höher.

Richte der Unternehmer einen Telefonanschluss ein, um im Zusammenhang mit geschlossenen Verbraucherverträgen seinen Vertragspartnern eine telefonische Kontaktaufnahme mit ihm zu ermöglichen, so dürfe er gemäß § 6b KSchG einem Verbraucher, der diese Möglichkeit in Anspruch nehme, dafür kein Entgelt anlasten. Da die Beklagte aber im genannten wie auch in anderen Fällen deutlich mehr als das üblicherweise zu einer Festnetznummer oder einem anderen Mobilfunkanschluss anfallende Entgelt verrechne, verstoße sie gegen § 6b KSchG. Da sie diese Entgelte planmäßig allen Kunden verrechne, liege eine Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen der Verbraucher vor.

Wiederholungsgefahr bestehe, da die Beklagte die inkriminierten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend verwende. Der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG sei die Beklagte nicht ausreichend nachgekommen.

Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern, weshalb Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ beantragt werde.

Die Beklagte bestreite, beantragte Klagsabweisung und wendete zur Klausel 1 ein, dass ein umfassender, an keinerlei Bedingungen geknüpfter Vergleich angeboten worden sei. Ergänzend habe die Beklagte eine Passage, wonach es der Beklagten unbenommen bleibe, Ansprüche betreffend Inkassokosten auf § 1333 Abs 2 ABGB zu stützen, lediglich zur Klarstellung vorgeschlagen. Die Beklagte habe die Gültigkeit ihres Anbots zur Abgabe eines gerichtlichen Unterlassungsvergleichs entsprechend dem vom Kläger vorgegebenen Wortlaut in keiner Weise von der Aufnahme dieser Passage in den gerichtlichen Unterlassungsvergleich abhängig gemacht. Die

vorgeschlagene Klarstellung würde die Unterlassungserklärung weder einschränken noch unter eine Bedingung stellen, sondern nur ergänzend das (gemeinsame) Verständnis dokumentieren, dass die Möglichkeit, Betriebs- und Einbringungsmaßnahmen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmung des § 1333 Abs 2 ABGB zu verlangen, von dem Unterlassungsvergleich nicht berührt werde.

Ein Vergleichsanbot müsse die Veröffentlichung des Vergleiches auf Kosten des Beklagten nur dann enthalten, wenn die Klägerin berechtigterweise auch die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung begehrt habe. Der Kläger habe in seinem Abmahnschreiben keine Urteilsveröffentlichung begehrt, sodass die Beklagte einen exakt dem vom Kläger in der Unterlassungserklärung gewählten Wortlaut entsprechenden Unterlassungsvergleich angeboten und somit die Gefahr einer Wiederholung des Zuwiderhandelns beseitigt habe.

Da die Unterlassungserklärung in der vom Kläger im Abmahnschreiben vom 28.12.2016 gewählten Formulierung erheblich zu weit gefasst oder zumindest missverständlich gewesen sei, habe die Beklagte dem Kläger unter Punkt 2.4 ihres Briefes vom 25.1.2017 eine modifizierte Unterlassungserklärung vorgeschlagen. Vom Anwendungsbereich des § 6b KSchG seien nämlich nicht Bestellhotlines erfasst, die der Kontaktaufnahme vor Vertragsabschluss und der Anbahnung und dem Abschluss eines Vertrages dienen. Die Beklagte habe zwar auf ihrer Webseite eine für Neukunden eingerichtete kostenpflichtige Bestell-Hotline unter der Bezeichnung Bestell- und Service-Hotline geführt, welche auch von ■■■■■ laut Rechnung vom 06.10.2016 und vom 12.12.2016 in den Monaten September und November 2016 angewählt wurde, jedoch biete die Beklagte bereits seit Juni 2014 grundsätzlich auch eine kostenfreie Service-Hotline für bestehende Kunden an. Diese Service-Hotline - auch ersichtlich aus dem den simpliTV AGB vorangestellten Inhaltsverzeichnis - gebe die Beklagte in Teil IV Allgemeine Bestimmungen unter Punkt B. (Servicehotline) der simpliTV AGB an. Diese kostenfreie Service-Hotline werde dem Kunden auch in sämtlichen an den Kunden adressierten Schreiben wie Bestellbestätigung, Welcome Letter, Rechnungen, Zahlungserinnerungen und Mahnungen kommuniziert.

Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG liege nicht vor. Eine Zustimmungserklärung, auf die schon im

Inhaltsverzeichnis hingewiesen werde und die durch eine gesonderte, fettgedruckte Überschrift im Textgefüge gesondert ausgewiesen sei, sei nicht als „versteckt“ im Sinne der Judikatur des OGH zu werten.

Gegen das „Freiwilligkeitsgebot“ iSd § 4 Z 14 DSGVO 2000 werde nicht verstoßen. „Freiwilligkeit“ einer datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung bedeute, dass der Zustimmungende ohne Zwang, Druck oder Täuschung frei darüber entscheiden können müsse, ob er in die Verwendung seiner Daten einwillige. „Unfreiwilligkeit“ einer an den Abschluss eines Vertrages gekoppelten Datenschutzzustimmung werde seit jeher ausschließlich für ein Marktumfeld verstanden, in welchem den Verbrauchern keine „Ausweichmöglichkeit“ offen stehe. Genau dies treffe im vorliegenden Fall nicht zu.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Beilagen ./A bis ./S und ./1 bis ./8. und Einvernahme der Zeugen [REDACTED] [REDACTED] und Mag. [REDACTED] [REDACTED]

Feststellungen:

Die Beklagte betreibt digitale Fernsehprodukte und bietet ihre Leistungen zumindest in allen wesentlichen Ballungszentren Österreichs, jedenfalls in allen neun Landeshauptstädten und somit bundesweit, an. Sie tritt im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Die in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klauseln

„1. Bei verschuldetem Zahlungsverzug des Kunden ist simpli services berechtigt, die daraus entstehenden notwendigen und zweckentsprechenden Spesen und Kosten, insbesondere für Mahnung, Inkasso und außergerichtliche Anwaltskosten sowie Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe zusätzlich zu verrechnen.

2. Der Kunde stimmt zu, dass die von ihm angegebenen Daten (Name, Geburtsdatum, Adresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Gerätenummer (Client ID) des TV-Empfangsgeräts, Internet ID) von simpli services verwendet werden, um dem Kunden Informationen über das Produktportfolio von simpliTV (Aktionen, neue Angebote, neue Programme, Programmhighlights), simpli Internet, TV-Empfangsgeräte, terrestrische Empfangsmöglichkeiten, per Post,

E-Mail, Telefon, SMS, Fax oder über soziale Netzwerke zukommen zu lassen sowie zum Datenabgleich gemäß Rundfunkgebührengesetz. Des Weiteren stimmt der Kunde zu, dass die von ihm angegebenen Daten zu den oben angeführten Zwecken an die verbundenen Unternehmen der simpli services (ORS comm GmbH & Co KG, Österreichische Rundfunksender GmbH & CO KG, Österreichischer Rundfunk, ORF - KONTAKT Kundenservice GmbH & Co KG, GIS Gebühren Info Service GmbH) übermittelt werden. Diese Zustimmung kann der Kunde jederzeit schriftlich mit Brief oder E-Mail an simpli services widerrufen.

3. Der Kunde stimmt weiters zu, dass die von ihm angegebenen Daten (Name, Geburtsdatum, Adresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Gerätenummer (Client ID) des TV-Empfangsgeräts, Internet ID) von simpli services verwendet werden, um dem Kunden Informationen über Angebote (Produkte und Leistungen) der Kooperationspartner von simpli services per Post, E-Mail, Telefon, SMS, Fax oder über soziale Netzwerke zukommen zu lassen. Kooperationspartner von simpli services sind Unternehmen mit Sitz in Österreich, mit welchen simpli services bei der Vermarktung der Angebote (Produkte und Leistungen) von simpli services zusammenarbeitet und/oder welche ergänzende Leistungen zu den Angeboten von simpli services anbietet. Kooperationspartner sind Flimmit GmbH, ORS comm GmbH & Co KG, Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG, Österreichischer Rundfunk, ORF - KONTAKT Kundenservice GmbH & Co KG und GIS Gebühren Info Service GmbH. Firmenbuchnummer 298288i. Diese Zustimmung kann der Kunde jederzeit schriftlich mit Brief oder E-Mail an simpli services widerrufen."

legt die Beklagte im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern ihren Verträgen zugrunde. Nach dem Bestellvorgang ist ein Vertragsabschluss mit der Beklagten nur möglich, wenn auch die Klauseln 2 und 3 akzeptiert werden (Blg./A, ./L - ./O).

Die Beklagte bietet auf der Website nur unter der Nummer 0810 96 97 98 eine kostenpflichtige Hotline an, wobei Anrufe zu dieser Nummer nach den Angaben auf der Webseite der Beklagten maximal EUR 0,10 pro Minute kosten (Blg./F - ./H, ./J - ./K).

In den Registrierungsbedingungen findet sich in Punkt IV B. ein Hinweis auf die Service Hotline mit der Nummer 0800 37 63 15 (Blg./L), ebenso in den HD Aktivierungsbedingungen Teil II B (Blg./M).

Das Willkommensschreiben der Beklagten an ■■■ vom 27.10.2016 enthält ebenfalls einen Hinweis auf diese Hotline (Blg./2).

In der am 21.11.2016 auf der Webseite aufgerufenen Rücktrittsbelehrung und im Rücktrittsformular findet sich nur ein Hinweis auf die kostenpflichtige Hotline unter 0810 96 97 98, obwohl ein solches Rücktrittsformular nur von Vertragskunden ausgefüllt wird (Blg./Q).

In der Bestellbestätigung (Blg./1) ist die Bestandskunden - Hotline 0800 37 63 15 genannt. Eine weitere Hotline gibt es für die Antennentechnik (Aussage Zeugin ■■■ AS 98).

Dass nachträglich die Gesprächsgebühren nachgelassen werden, wenn ein Bestandskunde die kostenpflichtige Bestellhotline angerufen hat, ist nicht möglich (Aussage Zeugin ■■■ AS 99).

Laut der Telefonrechnung von UPC (Blg./B und ./C) an ■■■ ■■■ ■■■ der mit der Beklagten einen Vertrag abgeschlossen hatte, wurden ihm für einen Anruf am 5.9.2016 im Zusammenhang mit dem geschlossenen Vertrag für 5:15 Minuten gedauert habe, EUR 0,46 exkl. USt, das heißt EUR 0,55 inkl. USt, verrechnet. Für einen weiteren Anruf am 14.11.2016, der im Zusammenhang mit dem geschlossenen Vertrag gestanden und 11:06 Minuten gedauert, wobei der Anrufer erfolglos in der Warteschleife der Kundenhotline gewartet hatte, wurden ihm EUR 0,96 exkl. USt, somit EUR 1,15 inkl. USt, verrechnet.

Mit Schreiben vom 28.12.2016 forderte der Kläger die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG abzugeben (Blg./D). Die Beklagte gab eine solche Unterlassungserklärung nicht ab, sondern bot eine Erklärung mit folgendem "Zusatz" an (Blg./E):

"Dies schränkt nicht unser Recht ein, iSd § 1333 Abs 2 ABGB bei verschuldetem Zahlungsverzug des Kunden die daraus entstehenden notwendigen und zweckentsprechenden Spesen und Kosten, insbesondere für Mahnung, Inkasso und außergerichtliche Anwaltskosten sowie

Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe zusätzlich zu verrechnen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen".

Zu diesen Feststellungen gelangte das Gericht aufgrund folgender Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt war im Wesentlichen nicht strittig bzw ergab er sich aus den unbedenklichen zum Teil bereits in den Feststellungen in Klammer genannten Urkunden und den Aussagen der Zeugen [REDACTED] und Mag. [REDACTED].

Aus der Aussage der Zeugin [REDACTED] ging hervor, welche Rufnummern die Beklagte betreibt und im Zusammenhang mit den Urkunden konnte festgestellt werden, wo die Beklagte auf welche der Rufnummern verweist. Dass es keinen nachträglichen Erlass der Gesprächsgebühren der Hotline gibt, bestätigte die Zeugin ebenfalls.

Der Zeuge Mag. [REDACTED] legte im Wesentlichen den Ablauf der Korrespondenz und der Vergleichsbemühungen dar, der Inhalt des Vergleichsanbots ergab sich aus der Blg./E).

Rechtliche Beurteilung:

Der Kläger ist als in § 29 Abs 1 KSchG aufgezählte Interessenvertretung aktivlegitimiert.

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten Sinn“ zu erfolgen und demnach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RS0016590). Maßstab für die Beurteilung einer Klausel im Verbandsprozess ist die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung, mag auch eine kundenfreundlichere Auslegung denkbar sein (RS0016590 [T6]). Das der Klausel vom Verwender der AGB beigelegte Verständnis ist im Verbandsprozess nicht maßgeblich (RS0016590 [T23]).

Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion (durch das Gericht) ist kein Raum (RS0038205).

Es genügt für den Unterlassungsanspruch, dass die Klauseln gegen ein

gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, die Nachhaltigkeit der Klausel für den Verbraucher ist nicht gesondert zu untersuchen (*Langer in Kosenik-Wehrle ua*, KSchG² (2004) [§§28-30] [Rz 14]).

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Durch die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB wurde eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen. Bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften liegt gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners schon dann vor, wenn sie unangemessen ist (RS0016914).

Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RS0014676).

Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zuge dachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RS0016914).

Bei der Beurteilung der gröblichen Benachteiligung ist ein Vergleich der jeweiligen durch den Vertrag eingeräumten Rechtspositionen der beiden Vertragsparteien durchzuführen. Steht die einem Vertragspartner zuge dachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen, ist dies als gröblich benachteiligend anzusehen (Graf in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 879 Rz 280).

Die Klausel 1.) a) 1. des Urteilsspruches stellt einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB dar, da mit dieser Klausel die Betriebskosten

unabhängig von einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung auf den Verbraucher überwältzt werden konnten, was eine gröbliche Benachteiligung des Konsumenten darstellt. Diese Klausel widerspricht § 1333 Abs 2 ABGB, wonach nur die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen bei verschuldetem Zahlungsverzug verlangt werden dürfen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur Kapitalforderung stehen.

Nach dem festgestellten Sachverhalt legte die Beklagte die in Rede stehende Klausel ihren AGBs zugrunde.

Zu den Klauseln 2 und 3:

Nach dem Bestellvorgang ist ein Vertragsabschluss mit der Beklagten nur möglich, wenn auch die Klauseln 2 und 3 des Urteilsspruches akzeptiert werden.

§ 4 Z 14 DSG 2000 definiert „Zustimmung“ als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Im vorliegenden Fall ist der Vertragsabschluss aber vom Akzeptieren einer in AGB enthaltenen Klausel zum Erhalt von Werbung abhängig gemacht.

Dies stellt einen Verstoß gegen das Freiwilligkeitsgebot dar, für den es keine sachliche Rechtfertigung gibt. Daher sind die Klauseln gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

Auch verstoßen die genannten Klauseln gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Die Zustimmungsklausel ist im vorliegenden Fall nicht hervorgehoben, die Klauseln befinden sich erst in den letzten beiden Absätzen der AGB (OGH 27.01.1999, 7 Ob 170/98w).

Zum Verstoß gegen § 6b KSchG:

Hat der Unternehmer einen Telefonanschluss eingerichtet, um im Zusammenhang mit geschlossenen Verbraucherverträgen seinen Vertragspartnern eine telefonische Kontaktaufnahme mit ihm zu ermöglichen, so darf er gemäß § 6b KSchG einem Verbraucher, der diese Möglichkeit in Anspruch nimmt, dafür kein Entgelt anlasten. Das Recht von Anbietern von Telekommunikationsdiensten, Entgelte für

eigentliche Kommunikationsdienstleistung zu verlangen, bleibt dadurch unberührt.

Nach dem festgestellten Sachverhalt bietet die Beklagte unter der Nummer 0810 96 97 98 eine kostenpflichtige Kundendienstnummer an, wobei Anrufe zu dieser Nummer nach Angaben auf der Webseite der Beklagten maximal EUR 0,10 pro Minute kosten. U.a. befindet sich selbst in der am 21.11.2016 auf der Webseite aufgerufenen Rücktrittsbelehrung und im Rücktrittsformular, nur ein Hinweis auf die kostenpflichtige Hotline unter 0810 96 97 98, obwohl ein solches Rücktrittsformular nur von Vertragskunden ausgefüllt wird. Daher verstößt die Beklagte gegen die Bestimmung des § 6b KSchG.

Das Unterlassungsbegehren ist daher berechtigt.

Die Wiederholungsgefahr ist auch schon bei einem einmaligen Verstoß anzunehmen und nach gesetztem Verstoß zu vermuten; ihr Wegfall ist vom Beklagten zu behaupten und zu beweisen. Sie ist regelmäßig zu bejahen, wenn der Unternehmer trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgibt. Sie könnte nur verneint werden, wenn es geradezu ausgeschlossen wäre, dass der Unternehmer die beanstandeten gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen oder sinngleiche Bedingungen in seine Geschäftsbedingungen aufnimmt (RS0119007). Wenn die Beklagte im Verfahren darauf beharrt, dass ein Teil der Klauseln gesetzmäßig Verwendung finde, ist mangels eines umfassenden vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches weiter die Wiederholungsgefahr gegeben (RS0080007 [T8]).

Fügt der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln bei, liegt auch dann keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht „sinngleich“ sind (RS0128187).

Die Beklagte ist der Aufforderung, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, nicht nachgekommen. Stattdessen hat sie zur 1. Klausel lediglich einen Vergleich mit einer aus Sicht der Beklagten „klarstellende“ Einschränkung angeboten. Zu den Klauseln 2 und 3 hat die Beklagte

keine Unterlassungserklärung abgegeben und zur Geschäftspraktik laut Punkt 1.) b) des Urteilsspruches nur eine eingeschränkte Unterlassungserklärung vorgeschlagen, ohne diese abzugeben.

Die Wiederholungsgefahr ist daher weiterhin gegeben.

Zur Urteilsveröffentlichung:

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 werden (RS0121963). Die Urteilsveröffentlichung soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung unterbinden, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern (RS0079764).

Die hier begehrte Urteilsveröffentlichung ist zweckmäßig und angemessen. Die Leistungen der Beklagten können zumindest in allen wesentlichen Ballungszentren Österreichs in Anspruch genommen werden, jedenfalls aber in allen neun Landeshauptstädten, sodass eine österreichweite Urteilsveröffentlichung gerechtfertigt ist.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41 Abs 1, 54 Abs 1a ZPO.

Handelsgericht Wien, Abteilung 30
Wien, 18. Dezember 2017
Mag. Monika Millet, Richterin

Elektronische Ausfertigung gem. § 79 GOG