



**RECHTSSACHE:**

**Kläger**

[REDACTED]

**vertreten durch:**

DORDA BRUGGER JORDIS  
Rechtsanwälte GmbH  
Dr. Karl Lueger-Ring 10  
1010 Wien  
Tel: 533 47 95-0

**Deutschland**

**Beklagter**

EliteMedianet GmbH  
Am Sandtorkai 50  
D-20457 Hamburg

**vertreten durch:**

Georg S. Mayer Rechtsanwalt GmbH  
Dorotheergasse 7  
1010 Wien  
Tel: 513 47 10-0

**Deutschland**

**Wegen:** 35.000,00 EUR samt Anhang (Gewerblicher Rechtsschutz/Urheberrecht)

Das Handelsgericht Wien erlässt durch die Richterin HR Dr. Maria-Charlotte Mautner-Markhof in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei [REDACTED], [REDACTED], vertreten durch Dorda Brugger Jordis, Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wider die beklagte und gefährdende Partei EliteMedianet GmbH, 20457 Hamburg, Am Sandtorkai 50, vertreten durch Georg S. Mayer, Rechtsanwalt GmbH in 1010 Wien, wegen Unterlassung (Streitwert im Provisorialverfahren 31.000,-- Euro) nachstehende

**E I N S T W E I L I G E V E R F Ü G U N G :**

Zur Sicherung der Ansprüche der Klägerin und gefährdeten Partei wider die Beklagte und Gegnerin der gefährdeten Partei, worauf

das Klagebegehren gerichtet ist, wird

1. der Beklagten und Gegnerin der gefährdeten Partei geboten, es ab sofort und bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, gegenüber Konsumenten im Sinne des KSchG unlautere Geschäftspraktiken anzuwenden, nämlich in Zusammenhang mit von ihr angebotenen Partnersuchdienstleistungen

a) auf die konkret zur Anwendung kommende Vertragsdauer eines Kundenvertrages, insbesondere etwaige Befristungen und/oder automatische Vertragsverlängerungen, vor Vertragsabschluss nicht ausreichend deutlich und unmissverständlich klar hinzuweisen, insbesondere dadurch, dass diese Information in den zur Anwendung kommenden Vertragsbedingungen nicht transparent und einheitlich offen gelegt wird, insbesondere (i) die Information über die Vertragsbefristungen erst registrierten Nutzern nach Zustimmung zu den die Vertragslaufzeiten nicht enthaltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen offen gelegt wird und/oder (ii) bei der Bekanntgabe der Vertragslaufzeiten im Zuge des Bestellvorganges kein hinreichend deutlicher und unmissverständlicher Hinweis auf die zur Anwendung gebrachte Vertragsverlängerung aufgenommen wird und/oder (iii) auf die automatische Verlängerung nur in einem unter einem mit „Info“ überschriebenen Link abrufbaren Dokument ohne weiteren Hinweis hingewiesen wird;

b) automatische Vertragsverlängerungen befristeter Vertragsverhältnisse im Falle des Unterbleibens einer Kündigung durch den Konsumenten zur Anwendung zu bringen, ohne

- (i) mit dem Konsumenten vertraglich mit hinreichender Deutlichkeit und unmissverständlich klar zu vereinbaren, dass eine solche automatische Vertragsverlängerung zur Anwendung kommen soll, und/oder das Unterlassen einer fristgerechten Kündigungserklärung innerhalb einer angemessenen Frist als Zustimmung zur Vertragsverlängerung gewertet wird, jeweils insbesondere dadurch, dass im Zuge des Bestellvorganges kein hinreichend deutlicher und unmissverständlicher Hinweis auf die zur Anwendung gebrachte Vertragsverlängerung aufgenommen wird und/oder insbesondere auf die automatische Verlängerung nur in einem unter einem mit „Info“ überschriebenen Link abrufbaren Dokument ohne weiteren Hinweis beim Link hingewiesen wird und/oder
  
- (ii) bereits in der Klausel darauf hinzuweisen, dass der Konsument zu Beginn der Frist ausdrücklich auf die Bedeutung seines Verhaltens gesondert hingewiesen wird und/oder
  
- (iii) bei Anwendung der Zustimmungsfiktion dem Konsumenten eine ausreichende, tatsächliche Äußerungsmöglichkeit zu gewähren, insbesondere dadurch, dass die Kündigungsmöglichkeit zwei bzw. vier Wochen vor Ablauf der ursprünglichen Vertragslaufzeit endet und/oder
  
- (iv) den Konsumenten zu Beginn der Erklärungsfrist gesondert auf die Äußerungsmöglichkeit und die Folgen einer Unterlassung hinzuweisen;

c) die ursprüngliche Vertragslaufzeiten um von den Erstlaufzeiten abweichende, längere Fristen, insbesondere um zwölf bei ursprünglicher Laufzeit von sechs Monaten und/oder um sechs Monate bei ursprünglich drei Monaten zu verlängern;

d) die Bestätigungspflicht nach § 5d Abs 2 Z 1 KSchG durch Verwenden einer nicht den gesetzlichen Erfordernissen des KSchG entsprechenden Rücktrittbelehrung, insbesondere durch Unterlassen der vollständigen und inhaltlich richtigen Wiedergabe des gesetzlichen Rücktrittsrechtes nach § 5e KSchG insbesondere durch (i) Vereinbarung einer Rücktrittsfrist von 14 Tagen statt sieben Werktagen und/oder (ii) Ausschluss des Rücktrittsrechtes für die Persönlichkeitsanalyse und/oder Unterlassen der Information über die Ausnahme nach § 5f KSchG, zu verletzen.

e) den Konsumenten das ihnen nach §§ 5e und 5f KSchG zwingend zustehende Rücktrittsrecht, insbesondere (i) durch Vereinbarung einer Rücktrittsfrist von 14 Tagen statt sieben Werktagen und/oder (ii) Ausschluss des Rücktrittsrechtes für die Persönlichkeitsanalyse zu verweigern;

2. der Beklagten und Gegnerin der gefährdeten Partei geboten, es ab sofort und bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, auf der Plattform [www.██████████.at](http://www.██████████.at) das Gütesiegel „TÜV Süd Safer Shopping“ (Blg ./D) zu führen, ohne dass die Beklagte die dafür als Anforderung vorausgesetzte Anpassung ihrer Geschäftsbedingungen an die österreichische Rechtsordnung vorgenommen hat.

Diese einstweilige Verfügung wird bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils erlassen.

### **Begründung**

Das Vorbringen der Parteien ist aus deren Schriftsätzen, ON 1, ON 4, ON 6 und ON 7 bekannt, auf welche verwiesen wird.

Auf Grund des durchgeführten Bescheinigungsverfahrens, nämlich Einsichtnahme in die unbedenklichen Urkunden (./A bis ./Z, ./AA und ./BB sowie ./1 bis ./12), steht unter Berücksichtigung unstrittigen Parteivorbringens **folgender Sachverhalt als**

#### **bescheinigt fest:**

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte bieten im Internet mit der Partnersuche verbundene Dienstleistungen an und schließen über auf österreichische Kunden ausgerichtete Sub-Plattformen, Verträge mit österreichischen Kunden ab.

Die Klägerin vertreibt ihre Dienstleistungen über die Plattform [www.████████.at](http://www.████████.at), wohingegen die Beklagte dafür die Plattform [www.████████.at](http://www.████████.at) betreibt.

Die Streitteile wenden sich mit ihren Dienstleistungen an den selben Abnehmerkreis, nämlich Personen, welche an einer Partnervermittlung interessiert sind, und stehen somit zueinander in einem Konkurrenz- und Wettbewerbsverhältnis iSd § 1 UWG.

Die Beklagte schließt laufend mit Konsumenten Verträge ab und verwendet dabei Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die sie immer wieder aktualisiert. In den AGB (gültig ab 20.07.2011; Blg ./C), welche die Beklagte im Zeitpunkt der Klagseinbringung verwendete, findet sich unter Punkt 4. folgende Klausel:

*„Zustandekommen des Vertrages*

*a. Der Nutzer erhält nach der Registrierung eine Mitteilung per E-Mail oder per SMS, die den Eingang seiner Daten bekannt gibt und den Vertragsabschluss bestätigt.*

b. Der Nutzer versichert, dass die von ihm bei der Registrierung gemachten Angaben der Wahrheit entsprechen.

c. Mit Erwerb einer VIP- und/oder Premium-Mitgliedschaft finden Sie im Mitgliederbereich unter „Mein ElitePartner“, „Meine Daten“ sämtliche Informationen zu Ihrem Vertrag. Die AGB werden nicht kundenindividuell abgespeichert, jedoch gleichzeitig mit Kauf zusätzlich per E-Mail zugestellt.“

Punkt 7. der AGB der Beklagten lautet:

„Kündigung

Das Mitglied hat das Recht, den Vertrag - insbesondere zur Abwendung der automatischen Verlängerung - unter Beachtung der vereinbarten Kündigungsfrist (Rubrik „Preise und Leistungen“) mit Wirkung zu dem vereinbarten Vertragsende zu kündigen. Die Verpflichtung des Mitglieds, noch nicht gezahltes Entgelt für von ihm bereits veranlasste oder bestellte Leistungen an EMN zu zahlen, bleibt hiervon unberührt, ein Recht auf Rückerstattung des an EMN gezahlten Entgeltes besteht nicht. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt unberührt.

Die Kündigung der VIP- und/oder Premium-Mitgliedschaft bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (eigenhändige Unterschrift) und ist z.B. per Fax oder per Post an Elitemedianet GmbH (Adresse siehe Impressum) zu richten; die elektronische Form ist ausgeschlossen.

Die Kündigung der kostenlosen Mitgliedschaft und das Löschen der Profildaten kann durch Betätigung des Buttons „Profil löschen“ innerhalb der Rubrik „Meine Daten“ und die Betätigung dieses Vorganges durch die Eingabe des persönlichen Passwortes erfolgen.

Nach Beendigung des Vertrages werden sämtliche Daten des Mitgliedes von EMN gelöscht, es sei denn es besteht besondere Notwendigkeit zur Aufbewahrung.“

Unter der in den AGB Punkt 7. verwiesenen Rubrik „Preise und Leistungen“ findet sich eine Aufstellung von Leistungen der Beklagten, rechts daneben scheint ein kleine Box auf, in welcher die Beklagte „verschiedene Premium-Laufzeiten“ anbietet

(Beilage ./F).

Nach erfolgter Basisregistrierung sowie Zustimmung zu den AGB (Beilage./D) kann der Kunde in der Folge zwischen unterschiedlichen Paketen von 14 Tagen bis 24 Monate wählen. Weitere Informationen die Vertragslaufzeit betreffend, stehen dem Konsumenten im Rahmen dieser Auswahl nicht zur Verfügung (Beilage ./G).

Im Zuge des weiteren Vertragsabschlusses findet sich neben dem gewählten Produkt des Kunden ein Link mit „Info“, worin die von der Beklagten verwendete Vertragsverlängerung angesprochen wird (Beilage ./J). Demnach verlängert sich die Mitgliedschaft des Konsumenten automatisch um ein 6-Monatspaket, wenn er nicht zwei Wochen vor Ablauf des 1-Monatspaket sowie vier Wochen vor Ablauf des 3-Monatspaket kündigt. Das 6-Monatspaket verlängert sich wiederum automatisch, wenn der Konsument nicht sechs Wochen vor Ablauf dieses Paketes kündigt (Beilage ./K und ./L). Zu Beginn der Kündigungsfrist wird der Kunde durch die Beklagte weder ausdrücklich auf die Kündigungsmöglichkeit hingewiesen, noch auf die Wirkung bei Unterlassen einer diesbezüglichen Äußerung, aufmerksam gemacht.

Punkt 11. der AGB der Beklagten lautet:

*„Widerrufsbelehrung*

*a. Widerrufsrecht*

*Sie können ihre Vertragserklärung innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) widerrufen. Die Frist beginnt nach Erhalt dieser Belehrung in Textform, jedoch nicht vor Vertragsschluss und auch nicht vor Erfüllung unserer Informationspflichten gemäß Artikel 246 § 2 in Verbindung mit § 1 Abs 1 und 2 EGBGB sowie unserer Pflichten gemäß § 312e Abs 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit Artikel 246 § 3 EGBGB. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs.*

*Der Widerruf ist unter Angabe des Benutzernamens/ der Chiffre zu richten an:*

*EliteMedianet GmbH, Am Sandtorkai 50, 20457 Hamburg*

E-Mail: [Info@ElitePartner.de](mailto:Info@ElitePartner.de)

b. *Widerrufsfolgen*

*Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggf. gezogene Nutzungen herauszugeben. Können Sie uns die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren, müssen Sie uns insoweit ggf. Wertersatz leisten. Dies kann dazu führen, dass Sie die vertraglichen Zahlungsverpflichtungen für den Zeitraum bis zum Widerruf gleichwohl erfüllen müssen. Verpflichtungen zur Erstattung von Zahlungen müssen innerhalb von 30 Tagen erfüllt werden. Die Frist beginnt für Sie mit der Absendung Ihrer Widerrufserklärung, für uns mit deren Empfang.*

c. *Besondere Hinweise*

*Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Ihren ausdrücklichen Wunsch vollständig erfüllt ist, bevor Sie ihr Widerrufsrecht ausgeübt haben.*

*Ende der Widerrufsbelehrung*

*Die individuell erstellte ausführliche wissenschaftliche Persönlichkeitsanalyse stellt eine Ware im Wert von 99,- Euro dar, die nach Kundenspezifikationen angefertigt worden ist und auf die individuellen Bedürfnisse zugeschnitten wird. Der Preis hierfür wird bei Widerruf des Vertrages nicht rückerstattet. Diesbezügliche Gewährleistungsansprüche des Nutzers bleiben unberührt."*

Punkt 14. der AGB der Beklagten lautet auszugsweise:

*„Allgemeines*

*Für diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die gesamten Rechtsbeziehungen zwischen dem Mitglied und EMN gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss des UN-Kaufrechts."*

Die Beklagte führt auf ihrer Startseite das Gütesiegel „TÜV Süd Safer Shopping“ (Beilage ./D). Der Verwender des Gütesiegels hat jeweils den Anforderungskatalog der TÜV Süd Management Service GmbH zu erfüllen (Beilage ./E). Punkt 4.3. dieses



Anforderungskataloges lautet:

*„Dem Kunden werden vor Vertragsabschluss folgende allgemeine Informationen zur Verfügung gestellt:*

*...*

*c) Allgemeine Vertragsbedingungen sind leicht erreichbar-, speicher- und ausdrückbar. Der Text soll klar strukturiert und für den Kunden einfach lesbar sein. Der Anbieter ist dafür verantwortlich, dass von ihm verwendete AGB dem auf den jeweiligen Vertrag anwendbaren nationalen Recht entsprechen. Sämtliche nach diesen Rechtsordnungen vorgesehenen Informationspflichten müssen in der dafür vorgesehenen Form erfüllt werden. Der Kunde wird informiert, ob der Vertragstext nach dem Vertragsabschluss vom Online-Händler gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist.*

*...“*

Die Beklagte änderte in der Folge ihre AGB, gültig ab 19.01.2012 (Beilage ./5).

Der als bescheinigt angenommene Sachverhalt gründet sich auf die jeweils in Klammern angeführten Bescheinigungsmittel, nämlich die von der gefährdeten Partei vorgelegten, inhaltlich unbedenklichen Urkunden, welche deren Vorbringen bescheinigen. Dieses schildert dem Gericht schlüssig und plausibel das Geschehen. Insbesondere gibt es keinen vernünftigen Grund, den eidesstattlichen Erklärungen (Beilage ./B und ./O) keinen Glauben zu schenken, auch wenn es sich dabei um Personen handelt, die Mitarbeiter der Klägerin sind; diese schildern - ohne jeglichen Belastungseifer - in adäquater und sachdienlicher Art und Weise die Umstände rund um den Vertragsabschluss mit der Beklagten. Sohin war es dem Gericht möglich, die gegenteiligen Standpunkte, welche im Wesentlichen lediglich in der rechtlichen Beurteilung auseinander gehen, nachzuvollziehen.

**Rechtlich folgt:**

Gemäß Art 6 Abs 2 Rom I-Verordnung ist es grundsätzlich zulässig, so wie dies die Beklagte im Punkt 14 ihrer AGB vornimmt, das auf den Vertrag anzuwendende Recht zu wählen und sohin das Recht der Bundesrepublik Deutschland zur Anwendung zu bringen. Allerdings darf die Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz, des nach Art 6 Abs 1 Rom I-Verordnung anzuwendenden Rechts - zumal die Beklagte zweifelsfrei ihre berufliche Tätigkeit auf *www.elitepartner.at* auf österreichische Konsumenten ausrichtet, sohin österreichisches Rechts - entzogen wird, sodass die AGB der Beklagten am österreichischen Konsumentenschutzrecht zu messen sind. Zudem bestimmt § 13a KSchG, dass § 6 KschG sowie die §§ 864a u 879 Abs 3 ABGB unabhängig davon anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt.

Gemäß Art 6 Abs 1 Rom II-Verordnung ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Entscheidend ist, auf welchem Markt sich das beanstandete Verhalten auswirkt (4 Ob 12/11k). Sohin ist österreichisches Wettbewerbsrecht, zumal die Beklagte durch ihr Verhalten die Wettbewerbsbeziehungen auf dem Gebiet der Republik Österreich und zudem auch die kollektiven Interessen der österreichischen Konsumenten beeinträchtigt, anzuwenden.

§ 6 Abs 3 KSchG bestimmt, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam ist, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Eine Klausel verstößt dann gegen § 6 Abs 3 KSchG, wenn von ihr die Gefahr ausgeht, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher bei der Vertragsabwicklung von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird (4 Ob 28/01y).

Dadurch, dass die Beklagte weder in Punkt 4. noch in Punkt 7. ihrer AGB, auf die vereinbarten Kündigungsfristen, auf das vereinbarte Vertragsende, sowie auf die automatische Vertragsverlängerung hinweist, lässt sie den Konsument diesbezüglich im Unklaren. Erst im Rahmen des Vertragsabschlusses, nämlich durch die blickfangartige Bewerbung von unterschiedlichen Vertragslaufzeiten, wird der Konsument schrittweise auf ein befristetes Vertragsverhältnis aufmerksam gemacht. Klickt der Konsument nunmehr auf „Info“ erhält er Informationen über Laufzeit- und Kündigungsregeln. Diese Vorgehensweise der Beklagten verstößt gegen das in § 6 Abs 3 KSchG verankerten Transparenzgebot, zumal dieses auch bestimmt, dass die in den AGB enthaltenen Bestimmungen vollständig sein müssen (*Langer in Kosesnik-Wehrle ua, KschG<sup>2</sup> (2004) § 6 Rz 110*). Dies ist im klagsgegenständlichen Fall geradezu nicht gegeben, da der Konsument nicht in den AGB der Beklagten, sondern erst durch das Anklicken des Dokuments „Info“ Informationen über Laufzeit- und Kündigungsregeln erhält. Zudem wird der Konsument in keinsten Weise mittels entsprechender Kennzeichnung auf die Relevanz dieses Dokuments hingewiesen, sondern ist davon auszugehen, dass der Konsument hinter diesem Link lediglich allgemeine Informationen, das von ihm gewählte Produkt betreffend, erwartet, zumal ihm ja bereits im Vorfeld die geltenden AGB zur Kenntnis gebracht wurden und er sohin mit weiteren, das Vertragsverhältnis betreffende Bestimmungen nicht rechnet.

§ 6 Abs 1 KSchG bestimmt, dass gemäß Z 2 leg cit Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB nicht verbindlich sind, nach denen, ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist.

Wendet man diese Bestimmung auf den festgestellten

Sachverhalt an, ergibt sich, dass es sich bei der von der Beklagten verwendeten automatischen Vertragsverlängerung um eine Erklärungsfiktion im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG handelt (2 Ob 523/85). In den AGB der Beklagten erfolgt jedoch keine diesbezügliche Vereinbarung, zumal weder in den AGB, noch in der Rubrik „*Preise und Leistungen*“ entsprechende Fristen enthalten sind, der Konsument zudem auf die Verlängerung im Falle seines Schweigens, sowie darüber, dass er durch die Beklagte noch einmal separat auf diese Wirkung hingewiesen wird, aufgeklärt wird. In dem unter „*Info*“ abrufbaren Dokument wird zwar auf die Verlängerung des Vertrages hingewiesen, jedoch ist auch hier keine Verpflichtung der Beklagten festgehalten, den Konsumenten vor Beginn der Frist auf die Wirkung seines Verhaltens hinsichtlich einer Verlängerung hinzuweisen. Soin entspricht die von der Beklagte verwendete Klausel nicht den Erfordernissen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

Zudem ist auch der von der Beklagten angewendete Modus im Rahmen der Verlängerung des Vertrages unzulässig. Der Kunde muss im Falle eines 3-Monatspakets vier Wochen, im Falle eines 1-Monatspakets zwei Wochen vor Vertragsende eine entsprechende Erklärung angeben, um eine automatische Verlängerung des Vertrages zu verhindern. Dies hat zur Folge, dass der Konsument im Rahmen des 1-Monatspakets bereits nach zwei Wochen eine etwaige Kündigung vornehmen muss, sohin zu einem Zeitpunkt, der weit vor Ablauf des eigentlichen Vertrages liegt und sich der Konsument in der Regel zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht mit der Möglichkeit einer Kündigung auseinandersetzen kann und will, da solche Entscheidungen typischerweise erst kurz vor Ablauf des Vertrages getroffen werden.

Gemäß § 5d Abs 2 Z 1 KSchG sind dem Verbraucher während der Erfüllung des Vertrages „Informationen über die Bedingungen und Einzelheiten der Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 5e KSchG“ zu übermitteln.

Nach § 5e Abs 2 KSchG beträgt die Rücktrittsfrist sieben Werktage, wobei der Samstag nicht als Werktag zählt. Sie

beginnt bei Verträgen über die Lieferung von Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher, bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses.

Gemäß § 5f Abs 1 Z 3 KSchG ist der Rücktritt bei Verträgen über Waren, die nach Kundenspezifikationen angefertigt werden, die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind, die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind, die schnell verderben können oder deren Verfallsdatum überschritten würde, ausgeschlossen.

Wendet man diese Bestimmungen auf den festgestellten Sachverhalt an, ergibt sich, dass der mit der Beklagte geschlossene Vertrag in den Anwendungsbereich der §§ 5a bis 5i KSchG fällt und sohin ein im Fernabsatz geschlossenes Geschäft vorliegt. Unter Punkt 11. der AGB der Beklagten wird eine andere, als in § 5e Abs 2 KSchG enthaltene Rücktrittsfrist, nämlich eine solche von 14 Tagen vereinbart. Zumal in die Frist nach § 5e Abs 2 KSchG weder Samstage, Sonntage noch Feiertage einzurechnen sind, kann diese im Einzelfall länger und sohin für den Konsumenten günstiger als die Frist von 14 Tagen sein, sodass das Abstellen auf eine 14-Tage-Frist ohne Berücksichtigung der unter Umständen günstigeren Frist von 7 Werktagen, unzulässig ist.

Der von der Beklagten in Punkt 11. ihrer AGB determinierte Ausschluss des Rücktrittsrechtes für die „wissenschaftliche Persönlichkeitsanalyse“, deckt sich zudem nicht mit den unter § 5f Abs 1 KSchG angeführten Ausnahmen des Rücktrittsrechtes. Die Beklagte stützt sich zur Begründung des Ausschlusses auf Z 3 leg cit und bezeichnet die Persönlichkeitsanalyse als „Ware“. Dies trifft im klagsgegenständlichen Fall jedoch nicht zu, zumal es sich bei der Persönlichkeitsanalyse nicht um eine „Ware“ sondern vielmehr um eine Dienstleistung handelt, mit welcher dem Konsumenten eine Beratung erbracht wird, sodass der von der

Beklagten vertretene Ausschluss des Rücktrittsrechtes unzulässig ist. Eine analoge Anwendung der Ausnahmebestimmungen kommt nicht in Betracht.

Die in Punkt 11. der AGB der Beklagten enthaltene Widerrufsbelehrung gibt das in Österreich geltende Rücktrittsrecht nur lückenhaft wieder, insbesondere auch ohne richtigen Hinweis auf die Ausnahmebestimmungen. Zumal sich die Beklagte zudem auf eine falsche Rücktrittsfrist sowie einen nicht bestehenden Ausnahmetatbestand stützt, kommt sie ihrer Bestätigungspflicht nach § 5d Abs 1 KSchG nicht nach.

§ 1 Abs 1 Z 1 UWG untersagt im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anzuwenden, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Nach § 1 Abs 2 UWG ist, wenn sich eine Geschäftspraktik an eine Gruppe von Verbrauchern wendet, der Durchschnittsverbraucher, das durchschnittliche Mitglied dieser Gruppe. Die Verwendung unzulässiger AGB ist als unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu qualifizieren. Um die Erheblichkeitsschwelle nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu überschreiten, muss eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung dazu geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Die Eignung eines Rechtsbruchs zur spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs kann sich - ausgehend vom Regelungszweck der verletzten Norm und von den typischen Auswirkungen des Rechtsbruchs - schon aus dem Normverstoß als solchem ergeben (4 Ob 99/09a).

Wendet man diese Bestimmungen auf den festgestellten Sachverhalt an, ergibt sich, dass die Beklagte durch ihre Verstöße gegen Konsumentenschutzrecht im fairen Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern erlangt. Das Verhalten der Beklagten ist damit objektiv geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Klägerin spürbar zu beeinflussen und ist sohin als unlauter iSd oben genannten Bestimmung zu qualifizieren. Die geringeren Marktanteile der Beklagten im

Verhältnis zur Klägerin vermögen an der Spürbarkeit der Beeinflussung nichts zu ändern.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist auf einen Durchschnittsverbraucher abzustellen und ist der Maßstab diesbezüglich nicht auf den eines Maturanten oder eines solchen mit höherem Bildungsabschluss anzuheben, zumal auch die von der Klägerin eingesetzten Testkäufer - eine Akademikerin sowie ein Maturant - die Ausgestaltung der AGB nicht durchschaut haben. Zudem haben 70 % der Kunden der Beklagte nach eigenen Angaben Matura oder einen höheren Bildungsabschluss, sohin gibt es allerdings immer noch 30 % die diese Eigenschaften nicht aufweisen. Bereits eine Quote von 15-20 % an potentiell fehlgeleiteten Verbrauchern ist ausreichend, um eine Irreführungseignung zu begründen (*Anderl/Appl in Wiebe/G.Kodek, Kommentar zum UWG 2009, § 2 Rz 62*).

Durch die Verwendung einer unzulässigen, zumal nicht entsprechend vereinbarten, automatischen Vertragsverlängerung sowie das Unterlassen einer ausreichenden Information der Konsumenten über ihr Rücktrittsrecht verschafft sich die Beklagten eine in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht bessere Position, zumal wechselwillige oder unzufriedene Kunden der Beklagten gehindert werden, von ihren gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Vielmehr werden sie im Unwissen ihrer Rechte, die Leistungen der Beklagten weiterhin in Anspruch nehmen, wodurch ihnen aber gleichzeitig ein Wechsel zur Klägerin verwehrt ist.

Nach § 1a UWG gilt eine Geschäftspraktik dann als aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Die von der Beklagten angewendeten Geschäftspraktik, wonach sich die Verträge im Rahmen der automatischen Vertragsverlängerung um eine weit längere Laufzeit, als die Initialperiode verlängern, ist aggressiv iSd § 1a UWG. Die Beklagte nützt ihre Machtposition gegenüber dem Verbraucher zur Ausübung von Druck aus, wodurch die Fähigkeit des Konsumenten, eine informierte Entscheidung zu treffen, wesentlich eingeschränkt wird und er sohin davon abgehalten wird, die ihm zukommenden Konsumentenschutzrechte geltend zu machen.

§ 2 Abs 1 UWG führt aus, dass eine Geschäftspraktik als irreführend gilt, wenn sie unrichtige Angaben (§ 39 UWG) enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt über einen oder mehrere der in § 2 Abs 1 Z 1 bis 7 UWG genannten Punkte derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Durch die Verwendung des Gütesiegels „TÜV Süd Safer Shopping“ auf der Startseite der Beklagten erweckt diese bei potenziellen Kunden den Eindruck der besonderen Vertrauenswürdigkeit. Dem festgestellten Sachverhalt nach, ist der Verwender dieses Gütesiegels dafür verantwortlich, dass die von ihm verwendeten AGB dem jeweiligen nationalen Recht entsprechen. Dies ist wie bereits obig dargestellt nicht gegeben, zumal mehrere Klauseln dem österreichischen Konsumentenschutzgesetz zu wider laufen, sodass Kunden der Beklagten grundlos erhöhtes Vertrauen entgegen bringen, obwohl die Beklagte zur Führung des Gütesiegels nicht berechtigt ist. Sohin ist diese Geschäftspraktik als irreführend iSd § 2 UWG zu werten. Die von der Beklagten vorgelegte Garantieurkunde (Beilage ./6) ist nicht geeignet den Vorwurf der Irreführung zu entkräften.

Wiederholungsgefahr ist anzunehmen, solange nicht besondere Umstände sie als vollständig beseitigt erscheinen lassen. Die Vermutung der Wiederholungsgefahr wird nur



entkräftet, wenn der Beklagte besondere Umstände darlegt, die eine Wiederholung als ausgeschlossen oder doch zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (*Wiltschek*, UWG7 § 14 E 100,102). Zudem ist im Allgemeinen Wiederholungsgefahr anzunehmen, wenn sich der Beklagte dem Unterlassungsbegehren des Klägers nur tatsächlich fügt, ohne dessen Rechtsstandpunkt anzuerkennen oder eine verbindliche Unterlassungszusage zu geben (*Wiltschek*, UWG7 § 14 E 143).

Die von der Beklagten vorgenommene Änderung ihrer AGB, gültig ab 19.01.2012, vermag das Bestehen einer Wiederholungsgefahr nicht zu beseitigen, zumal die Beklagte gegenüber der Klägerin eine verbindliche Unterlassungserklärung bis dato nicht abgegeben hat und zudem im klagsgegenständlichen Verfahren die ihr vorgeworfenen Geschäftspraktiken verteidigt. Sihin kann bloß von einer tatsächlichen Fügung, veranlasst durch das Einschreiten der Klägerin, und nicht von einer Anerkennung des Rechtsstandpunktes der Klägerin gesprochen werden.

Dass die Beklagte eine Änderung ihrer AGB vornahm, kann zwar als stillschweigende „Zusage“ von künftigen Störungen Abstand nehmen zu wollen, gedeutet werden, jedoch reicht eine solche „Zusage“ insbesondere dann nicht aus, wenn diese Erklärung, so wie im gegenständlichen Fall, nur unter dem Druck eines drohenden Prozesses vorgenommen wurde (vgl. 4 Ob 302/02v). Sihin ist nach Ansicht des Gerichtes eine zukünftige Verwendung von wettbewerbswidrigen AGB durch die Beklagte nicht ausgeschlossen, weshalb das Vorliegen von Wiederholungsgefahr zu bejahen war.

Der Einwand der Beklagten hinsichtlich der fehlenden Aktivlegitimation der Klägerin, wonach im klagsgegenständlichen Fall lediglich Verbraucherverträgen betroffen seien, war nicht zu folgen. Der zugrundeliegende Klagsgrund liegt, trotz Berufung der Klägerin auf die Verletzung des Konsumentenschutzgesetzes, in dem damit verbundenen wettbewerbsrechtlichen Rechtsbruch und der damit einhergehenden Beeinflussung des Wettbewerbs zwischen der Klägerin und der

Beklagten und sohin im B2B-Bereich. Unabhängig davon geht der OGH in 4 Ob 225/07b davon aus, dass der Gesetzgeber kein gespaltenes Lauterkeitsrecht schaffen wollte und im Wesentlichen der B2B-Bereich nicht anders als der B2C-Bereich geregelt ist; Mitbewerber- und Verbraucherschutz könnten nicht getrennt werden.

Somit war die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen.

Handelsgericht Wien  
1030 Wien, Marxergasse 1a  
Abt. 18, am 18.04.2012

**HR Dr. Maria-Charlotte Mautner-Markhof**  
**Richterin**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG: