



**Republik Österreich
Handelsgericht Wien**

39 Cg 31/13x - 16

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien fasst durch den Richter Dr. Heinz-Peter Schinzel in der Rechtsache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **Verlagsgruppe NEWS Gesellschaft m.b.H.**, Taborstraße 1-3, 1020 Wien, vertreten durch Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 36.000,-) nach öffentlicher, mündlicher Verhandlung

I. den Beschluss:

Die Ausdehnung des Klagebegehrens um die Punkte 1.b. und 1.c. wird zugelassen.

und erkennt II. zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, die Verwendung der nachstehend genannten Klauseln oder sinngleicher Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen:

a) ■ *„Ich akzeptiere die AGB.*

Ich bin ausdrücklich damit einverstanden, dass meine oben angeführten Daten für die Übermittlung von Informationsmaterial (via SMS, E-Mail, Telefon, Post und dergleichen) von der Verlagsgruppe NEWS und deren Magazinen über ihre Produkte, Abo-Aktionen und ähnliche Vorteilsaktionen genutzt werden können, und nehme zur Kenntnis, dass diese Einverständniserklärung jederzeit von mir widerrufen werden kann.“

b) *„Ich bin damit einverstanden, dass die Verlagsgruppe NEWS GmbH meine Daten (E-Mail, Telefonnummer) für die Übermittlung von Informationen über ihre Produkte, Aktivitäten und Sonderaktionen erheben, verarbeiten und nutzen darf.“*

c) *„Wenn ich mich nicht 2 Hefte vor Ablauf meines Abonnements schriftlich melde, möchte ich WOMAN zu den jeweils gültigen Bedingungen für Jahresabonnenten weiterbeziehen.“*

2. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, ihre Abonnenten zum telefonischen Abruf von „Gewinnchancen“ oder ähnlichem aufzufordern, wenn tatsächlich im Zuge dieses telefonischen Abrufs nur oder auch entgeltliche Vertragsabschlüsse, insbesondere die entgeltliche Teilnahme an einer Lottospielgemeinschaft, angeboten wird.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, binnen 3 Monaten ab Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches mit Ausnahme der Kostenentscheidung für die Dauer von 30 Tagen auf ihrer Startseite www.newsmedia.at sowie auf der derzeit über die Links „Abo-Service“ und „Bestellen“ erreichbare Subseite <http://www.news.at/newsverlag/abo/> oder, sollte sie die Adressen dieser ihrer Webseiten ändern, auf der Startseite und der Bestellsseite für Abonnements unter den dann aktuellen Internetadressen aufrufbaren Webseiten zu veröffentlichen, und zwar in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in der Schriftgröße und -farbe, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen wie auf ihren Webseiten www.newsmedia.at und <http://www.news.at/newsverlag/abo/> üblich.

4. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches mit Ausnahme der Kostenentscheidung einmal im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe des bundesweit erscheinenden „KURIER“ auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen, und zwar in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße redaktioneller Artikel; das diesbezügliche Mehrbegehren einer Veröffentlichung in der „Kronen Zeitung“ wird **a b g e w i e s e n**.

5. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 8.310,56 (darin enthalten EUR 1.164,76 USt und EUR 1.334,- Barauslagen) bestimmten Kosten des

Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Außer Streit steht, dass der Kläger klagebefugt iSd § 29 Abs 1 KSchG und § 14 Abs 1 UWG ist. Die Beklagte ist eine im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien zu FN 183971x registrierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung und betreibt als Medieninhaberin die Herausgabe und den Vertrieb von Wochen-, Monats- und sonstigen Zeitschriften, insbesondere „NEWS“, „FORMAT“, „TREND“, „TV-Media“, „WOMAN“ uam (Beilage ./B).

Der Kläger begehrte in seiner Klage vom 15.4.2013 wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte zum Einwand der mangelnden Passivlegitimation vor, dass der Beklagten als Herausgeberin und Medieninhaberin der Zeitschrift „WOMAN“ die verwendeten Vertragsformblätter sehr wohl zuzurechnen seien. Im Übrigen berechtigten die zu lit. a) und b) beanstandeten Klauseln ausdrücklich die Beklagte – und keine andere Konzerngesellschaft – zur Datenerhebung und -verarbeitung.

Zu Punkt 1.a) des Urteilstenors brachte der Kläger vor, dass die Beklagte auf der Website <http://www.news.at/newsverlag/abo/> die Möglichkeit zur Verfügung stelle, über das Internet Abonnementverträge für von der Beklagten herausgegebene Zeitschriften abzuschließen. Diese von der Beklagten vorgefertigte Maske zum Abschluss eines Abonnementvertrages über ihre Homepage sei ein Vertragsformblatt iSd § 28 Abs 1 KSchG. In diesen online verfügbaren Vertragsformblättern müsse man im Zuge eines Vertragsabschlusses durch Setzen eines Häkchens bestätigen, die AGB der Beklagten zu akzeptieren, sonst könne der Vertrag nicht abgeschlossen werden. Unter diesem Feld finde sich nachstehende Erklärung (Beilage ./A):

„Ich bin ausdrücklich damit einverstanden, dass meine oben angeführten Daten für die Übermittlung von Informationsmaterial (via SMS, E-Mail, Telefon, Post und dergleichen) von der Verlagsgruppe NEWS und deren Magazinen über ihre Produkte, Abo – Aktionen und ähnliche Vorteilsaktionen genutzt werden können, und nehmen zur Kenntnis, dass diese Einverständniserklärung jederzeit von mir widerrufen werden kann.“

Es sei also nicht möglich, einen Abonnementvertrag online abzuschließen, ohne gleichzeitig die Zustimmungserklärung für die Verwendung der persönlichen Daten

abzugeben. Diese Klausel sei gemäß §§ 879 Abs 3, 864a ABGB iVm §§ 8 Abs 1 Z 2, 9 Abs 1 Z 6 DSGVO gröblich benachteiligend sowie ungewöhnlich und überraschend, da diese Bestimmungen des Datenschutzgesetzes vorsähen, dass für die Verwendung von Daten eine freiwillige Zustimmungserklärung des Verbrauchers, die jederzeit widerrufbar sein muss, Voraussetzung ist. Zwar werde von der Beklagten auf eine allfällige Widerrufbarkeit hingewiesen, jedoch müsse diese freiwillige Zustimmung schon bei der ersten Erklärung vorliegen, was hier nicht der Fall sei. Selbst wenn die Abgabe der Zustimmungserklärung nicht mehr Voraussetzung für den Vertragsabschluss sein sollte, wäre die Klausel unzulässig, da sie gemäß § 6 Abs 3 KSchG intransparent sei, denn dem Verbraucher müsse bereits vor der Zustimmungserklärung bekannt sein, von wem konkret die Daten für welche konkreten Zwecke genutzt werden können. Vor allem der Wortlaut „*ähnliche Vorteilsaktionen*“ sei zu unbestimmt, da man nicht erfassen könne, was genau darunter zu verstehen ist.

Zu Punkt 1.b) des Urteilstenors brachte der Kläger vor, dass selbst durch den geänderten Wortlaut „...*ihre Produkte, Aktivitäten und Sonderaktionen*...“ statt „*ähnliche Vorteilsaktionen*“ weiter unklar sei, was sich darunter verstehe. Das Wort „Aktivitäten“ könne dahingehend interpretiert werden, dass dieses jegliche Handlung der Beklagten umfasst, und auch der Begriff „Sonderaktionen“ sei zu unbestimmt, weil sich dieser nicht auf die Produkte der Beklagten beschränke. Somit bestehe, selbst durch die geänderte Formulierung, weiterhin der Umstand, dass dadurch der Verwendungszweck der Daten nicht ausreichend konkretisiert wird. Diese Klausel sei nach wie vor intransparent.

Zu Punkt 1.c) des Urteilstenors führte der Kläger im Zusammenhang mit der Bestellung eines Abonnements für „WOMAN“ aus, dass die dort verwendete Klausel: „*Wenn ich mich nicht 2 Hefte vor Ablauf meines Abonnements schriftlich melde, möchte ich WOMAN zu den jeweils gültigen Bedingungen für Jahresabonnenten weiterbeziehen*“ (Beilage .A, Seite 1) gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoße, da ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers nicht als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gelten dürfe. Hier werde jedoch durch das Schweigen des Konsumenten eine Zustimmung fingiert und sei eine derartige Erklärungsfiktion unzulässig, außer es werde bereits im Vertrag eine Frist für die Abgabe der Erklärung sowie die Verpflichtung des Unternehmers vorgesehen, was hier nicht der Fall sei.

Zu Punkt 2. des Urteilstenors brachte der Kläger vor, dass die Beklagte Ende Januar/Anfang Februar 2013 ein Schreiben an ihre Abonnenten österreichweit gesendet

habe, worin diese von einer Gewinnchance verständigt worden seien, und zwar mit folgendem Wortlaut als Betreff (Beilage ./B):

„MIT EINEM KOSTENLOSEN ANRUF KÖNNEN SIE JETZT DOPPELT GEWINNEN:

- 1. Super-Chance auf eine 25-Jahres-Pension von € 3.000,- monatlich*
- 2. Chance auf € 10.000,- Sofortgewinn“*

In dem Schreiben sei überdies ausgeführt, dass diese Chance nur einmalig bestehe und der Empfänger dieses Schreibens als einer von wenigen treuen Abonnenten per Vorauswahl als teilnahmeberechtigt und somit als potentieller Gewinner ermittelt worden sei. Es sei jedem eine Losnummer per Zufall zugeordnet worden, wobei die Personenziehung unter notarieller und jene der Gewinnlosnummer unter rechtsanwaltlicher Aufsicht bereits am 15.1. bzw. 20.1.2013 stattgefunden habe. Garantiert werde, dass die Teilnahme kostenlos und ohne weitere Verpflichtung erfolge, dies unter anderem mit der Mitteilung, dass man sofort die Nummer 0800/300 990 anrufen möge, wobei diese Leitungen längstens bis 10.3.2013 freigeschaltet seien, danach erlösche jeglicher Gewinnanspruch. In weiterer Folge seien dem Kläger Beschwerden von Abonnenten zugegangen, die unter der von der Beklagten im Schreiben angegebenen Nummer angerufen hätten und denen mitgeteilt worden sei, dass sie zwar weder die Pension noch den Sofortgewinn gewonnen, jedoch die Möglichkeiten hätten, an einer Lottospielgemeinschaft „zum Sonderpreis“ bzw. für „nur 60 Euro“ teilzunehmen. Es handle sich dabei um eine Werbehotline für eine kostenpflichtige Lottotippgemeinschaft, welche dazu genutzt werde, den Abonnenten einen entgeltlichen Vertrag „aufzuschwatzen“, worin eine irreführende und aggressive Geschäftspraktik der Beklagten liege, welche gegen § 2 und § 1a UWG verstoße. Überdies werde in diesem Schreiben mit keinem Wort eine Teilnahme an einer Lottospielgemeinschaft erwähnt und habe die Beklagte damit Anrufe provoziert, die ihre Kunden in der Annahme tätigten, einen möglichen Gewinn abzurufen – mit dem „Keilen“ für die Teilnahme an entgeltlichen Lottospielgemeinschaften hätten die Abonnenten aber nicht gerechnet und seien völlig unvorbereitet damit konfrontiert worden. Selbst wenn es jedem Verbraucher freistehe, die Teilnahme zu verneinen, so handle es sich dennoch um eine Überrumpelung und somit um eine unlautere und aggressive Geschäftspraktik.

Mit Schreiben des Klägers vom 8.3.2013 sei die Beklagte aufgefordert worden, die Verwendung der unter Punkt 1.a) und 2. des Urteilstenors erwähnten Klauseln und

Gewinnchancen, die sich sodann als Werbehotline für eine kostenpflichtige Lottospielgemeinschaft entpuppen, zu unterlassen, dies unter Abgabe einer mit Vertragsstrafe versehenen Unterlassungserklärung, welcher Aufforderung die Beklagte jedoch nicht bzw. nur in einer stark eingeschränkten, abgeänderten Form nachgekommen sei (vgl. Beilagen ./C und ./D). Zwar habe die Beklagte der Möglichkeit einer freiwilligen Zustimmungserklärung im Rahmen separat anzukreuzender Häkchen entsprochen, doch bestehe der Wortlaut „*ähnliche Vorteilsaktionen*“ weiterhin unverändert, sodass nach wie vor eine Intransparenz gegeben sei. Im Hinblick auf die Lottospielgemeinschaft habe sich die Beklagte nur dazu verpflichtet, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, Abonnenten zum Abruf einer Gewinnchance mit dem Titel [...] oder ähnlichen Aktionen, bei denen es eine Jahrespension zu gewinnen gibt, aufzufordern, wenn im Zuge der telefonischen Anforderung dieser „Gewinn-Chancen“ tatsächlich nur oder auch der Vertragsabschluss über den Beitritt zu einer Lottospielgemeinschaft angeboten wird. Diese eingeschränkte Unterlassungserklärung führe dazu, dass ein Gewinnversprechen wie Beilage ./B bereits von der Unterlassungserklärung nicht mehr umfasst wäre, wenn es nur die Möglichkeit eines Sofortgewinnes (ohne Alternative einer „Jahrespension“) in Aussicht stellt. Schon aufgrund dieser wesentlichen Einschränkungen der Unterlassungserklärung bestehe weiterhin Wiederholungsgefahr.

Zu den Punkten 3. und 4. des Urteilstenors führte der Kläger aus, dass die Beklagte Medieninhaberin zahlreicher Zeitungen und Zeitschriften sei und ein umfassendes Interesse der angesprochenen Verkehrskreise an der Aufklärung über die Unzulässigkeit sowohl im Hinblick auf die Verwendung des Vertragsformblattes als auch der aggressiven und irreführenden Geschäftspraktik bestehe. Daher sei eine Urteilsveröffentlichung auf der Homepage der Beklagten, nämlich auf der Startseite www.newsmedia.at, und auch auf der Subseite der Abonnements sowie in einem bundesweit erscheinenden Medium, wie etwa der „Kronen-Zeitung“, notwendig. Dies unter Bedachtnahme darauf, dass nur so gewährleistet werden könne, dass sowohl bestehende Abonnenten als auch künftige, und zwar österreichweit, davon Kenntnis erhalten.

Schließlich wies der Kläger darauf hin, dass im Verbandsprozess wegen der Verwendung gesetz- oder sittenwidriger Klauseln eine geltungserhaltende Reduktion von Klauseln auf ihren möglicherweise zulässigen Inhalt nicht stattfinde und daher die Verwendung der konkret beanstandeten Klauseln zur Gänze zu unterlassen sei.

Im Hinblick auf das ausgedehnte Klagebegehren brachte der Kläger vor, dass mit

der Aufnahme dieser weiteren Klauseln (Punkt 1.b. und 1.c. des Urteilstenors) keine Verfahrensverzögerungen verbunden seien; vielmehr werde damit die Einbringung einer weiteren Klage verhindert.

Die **Beklagte** bestritt, beantragte Klagsabweisung und führte zu Punkt 1.a) des Urteilstenors aus, dass sich die vom Kläger beanstandete Zustimmungserklärung des Vertragsformblattes zwar auf der Webseite www.news.at befinde, die Beklagte jedoch nicht Medieninhaberin derselben sei und aufgrund dessen mangelnde Passivlegitimation eingewendet werde. Darüber hinaus sei die Zustimmung klar im Text zu sehen und durch die Abstände, die sie von der AGB-Erklärung und der Fußnote trennen, hervorgehoben, weshalb es sich aufgrund der Ausgestaltung der Erklärung nicht um eine überraschende Bestimmung handle. Sie sei auch nicht zu weit gefasst, da sie sich klar erkennbar nur auf die Produkte der Beklagten bzw. Informationen über diese beziehe: *...Informationsmaterial (via SMS, E-Mail, Telefon, Post und dergleichen) von der Verlagsgruppe NEWS und deren Magazinen über ihre Produkte, Abo-Aktionen und ähnliche Vorteilsaktionen ...* (Beilage ./A). Die Produkte der Beklagten seien in sich abgeschlossen und drohe keine Ausuferung, demnach sei der Zweck der Datenverarbeitung klar und vollständig beschrieben.

Zu Punkt 1.c) des Urteilstenors brachte die Beklagte vor, dass dieser Hinweis nicht den konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen widerspreche. Dem Konsumenten werde unmissverständlich vor Augen geführt, binnen welcher Frist er sein Abonnement kündigen muss.

Zu dem Gewinnspiel unter Punkt 2. des Urteilstenors wandte die Beklagte ein, dass sämtliche Ankündigungen, wie auch vom Kläger erörtert, in dem Schreiben der Wahrheit entsprochen hätten und die Gewinne tatsächlich zur Verfügung gestanden seien. Der Vorgang bei einem Anruf durch einen Abonnenten sei der gewesen, dass zunächst die Losnummer abgefragt wurde, um zu erurieren, ob er gewonnen hat. Im Anschluss sei der Abonnent gefragt worden, ob er Interesse an einer Lotto-Spielgemeinschaft habe, was dieser jederzeit habe verneinen können. Daran sei weder etwas irreführend noch aggressiv und habe der Abonnent auch nichts „aufgeschwätzt“ erhalten. Partner dieser Lottospielgemeinschaft sei die A ████████ Verwaltungs GmbH gewesen, mit der vereinbart worden sei, dass bei den Kunden kein irreführender Eindruck entstehen dürfe. Dieser Gesellschaft seien seitens der Beklagten lediglich die Kundennummer, die als Losnummer fungiert habe und aus der keine Rückschlüsse auf personenbezogene Daten gezogen werden könnten, weitergegeben worden. Personenbezogene Daten seien also nur der

Beklagten selbst zugänglich gewesen. Dieses Schreiben bzw. diese Vorgehensweise verstoße weder gegen die Bestimmungen des UWG noch gegen die des ABGB, KSchG, DSGVO oder sonstige gesetzliche Regelungen. Überdies sei im Schreiben der Hinweis zu finden, dass der Anrufer nicht mit der Beklagten selbst, sondern mit der Albatros Verwaltungs GmbH in Kontakt trete, weshalb er im Vorhinein seinen Gesprächspartner kenne. Zwischen der Albatros Verwaltungs GmbH und der Beklagten bestehe ein Kooperationsvertrag, der unter § 5 (Datenschutz und Haftung) vorsehe, dass die A [REDACTED] Verwaltungs GmbH im Rahmen ihres Pflichten- und Einflussbereiches für die Einhaltung der Bestimmungen des österreichischen Datenschutzgesetzes sowie für die Einhaltung sämtlicher im Zusammenhang mit der Mailing-Aktion und dem laufenden Betrieb für Lottospielgemeinschaften geltenden Gesetze hafte und sich verpflichte, die Beklagte zur Gänze schad- und klaglos zu halten.

Die Beklagte sei vom Kläger im Vorfeld dazu aufgefordert worden, eine Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafevereinbarung (Beilage ./C) abzugeben, was innerhalb angemessener Frist erfolgt sei (Beilage ./D). Anlässlich dieser Unterlassungsverpflichtung habe die Beklagte im Hinblick auf die freiwillige Zustimmungserklärung der Datenverwendung in dem Vertragsformblatt Modifizierungen vorgenommen, sodass hier ein separat anzukreuzendes Häkchen vorgesehen sei, wobei der Abonnent nun zwischen „*Ich bin einverstanden [...]*“ bzw. „*Ich bin nicht einverstanden [...]*“ frei wählen könne (Beilage ./1). Auch der Wortlaut „*ähnliche Vertragsteile*“ existiere nicht mehr, sodass es nun laute: „...für die Übermittlung von Informationen über ihre Produkte, Aktivitäten und Sonderaktionen...“ (Beilage ./1). Im Zusammenhang mit dem Gewinnspiel sei seitens der Beklagten eine Unterlassungserklärung – jedoch nur bezogen auf den Anlassfall – abgegeben worden. Aufgrund der vorgenommenen Modifizierungen sei eine Wiederholungsgefahr nicht mehr gegeben. Überdies seien die in der von der Beklagten unterzeichneten Unterlassungsverpflichtung vereinbarten Änderungen (Beilage ./D) penibel eingehalten und am 22.4.2013 – sohin innerhalb angemessener Frist und vor Zustellung der Klage – entsprechend umgesetzt worden (Beilage ./1); seither stünden ausschließlich die adaptierten Klauseln in Verwendung.

Die Beklagte führte weiters aus, dass, unabhängig von den Änderungen, die „alte Zustimmungserklärung“ sehr wohl den gesetzlichen Anforderungen entsprochen habe und nicht intransparent gewesen sei, man dennoch Modifizierungen vorgenommen habe und auch deswegen, weil die unter Punkt 1.a) des Urteilstenors beanstandete Klausel nicht mehr in Verwendung sei, keine Wiederholungsgefahr vorliege.

Zur Klagsausdehnung im Hinblick auf Punkt 1.a) des Urteilstenors führte die Beklagte aus, dass dieses Unterlassungsbegehren zu weit und unbestimmt gefasst und eine Zustimmungserklärung nach dem DSGVO grundsätzlich zulässig sei. Das erhobene Begehren würde aber die Implementierung einer Zustimmungserklärung von Haus aus verunmöglichen. Durch diese Formulierung werde nicht nur der beanstandete Teil der Klausel, sondern auch der zulässige mitumfasst und sei demnach dieses Unterlassungsbegehren entsprechend einzuschränken. Ganz allgemein wäre dieses Unterlassungsbegehren jedoch gänzlich abzuweisen, da in der nunmehr neuen Fassung der Klausel die Zustimmungserklärung separat anzukreuzen und die Wendung „ähnliche Vorteilsaktionen“ gestrichen worden sei. Zu Punkt 1.b) des Urteilstenors sei das Klagebegehren lediglich auf die Wendung „ihre Produkte und Aktionen“ zu beschränken und auch nur dann, wenn keine zusätzlichen Angaben zur Produktpalette gemacht werden. Im Zusammenhang mit Punkt 1.c) des Urteilstenors führte die Beklagte aus, dass das Begehren jedenfalls darauf einzuschränken sei, dass diese Wendung zu unterlassen ist, sofern nicht der Vertrag eine Frist für die Abgabe der Erklärung sowie die Verpflichtung der Beklagten vorsieht, den Konsumenten auf den Beginn der Frist und auf die Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen. Betreffend Punkt 2. des Urteilstenors verstoße dieses Gewinnsschreiben nicht gegen §§ 1a, 2 UWG, wenn die Kunden darauf hingewiesen werden, dass bei dem Telefonat auch andere (entgeltliche) Angebote gemacht werden können, und sei auch dieses Unterlassungsbegehren entsprechend einzuschränken. Im Übrigen sei das Begehren unter Punkt 2. des Urteilstenors ebenfalls zu weit und unbestimmt gefasst. Selbst wenn das Gericht zu der Auffassung gelange, dass prinzipiell ein Unterlassungsanspruch zusteht, sei dieser auf irreführende Anschreiben zu beschränken.

Zum Veröffentlichungsbegehren unter Punkt 3. und 4. des Urteilstenors führte die Beklagte aus, dass dieses nicht dem Talionsprinzip entspreche, da sich die beanstandete Äußerung nicht auf der Webseite www.newsmedia.at befinde, weshalb auf dieser eine Veröffentlichung ausscheide, selbiges gelte für die Startseite der Webseite. Schließlich sei eine Veröffentlichung in der „Kronen-Zeitung“ keineswegs gerechtfertigt, zumal ein rechtliches Interesse an der Aufklärung nur die Leser – genauer: Abonnenten – der Beklagten betreffe. Selbst wenn das Gericht zur Auffassung gelange, eine Veröffentlichung auf der Startseite von www.newsmedia.at sei notwendig, so reiche eine Verweisung bzw. ein bloßer Link zur Urteilsveröffentlichung aus.

Beweis wurde aufgenommen durch Vernehmung der Zeugen [REDACTED] Z [REDACTED] (S 1ff in ON 9), [REDACTED] H [REDACTED] (S 3 ff in ON 9) und [REDACTED] [REDACTED] S [REDACTED] (S 2 in ON 15) sowie durch Einsichtnahme in die Urkunden ./A bis ./D und ./1 bis ./3.

Folgender Sachverhalt steht fest:

Abonnement – Bestellungen bei der Beklagten über das Internet (www.news.at) machen einen geringen Anteil, nämlich etwa 17 bis 18% der Gesamtbestellungen, aus. Die Beklagte verwendete jedenfalls bis zum 12.4.2013 im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zum Abschluss eines Abonnements ein Vertragsformblatt, das auf der Webseite <http://www.news.at/newsverlag/abo/> (nun: <http://www.news.at/abo>) veröffentlicht war. Es war nicht möglich, einen Abonnementvertrag online abzuschließen, ohne gleichzeitig die Zustimmungserklärung für die Verwendung der persönlichen Daten abzugeben (Beilage ./A):

Ich akzeptiere die AGB.

Ich bin ausdrücklich damit einverstanden, dass meine oben angeführten Daten für die Übermittlung von Informationsmaterial (via SMS, E-Mail, Telefon, Post und dergleichen) von der Verlagsgruppe NEWS und deren Magazinen über ihre Produkte, Abo-Aktionen und ähnliche Vorteilsaktionen genutzt werden können, und nehme zur Kenntnis, dass diese Einverständniserklärung jederzeit von mir widerrufen werden kann.

¹⁾ markierte Felder sind Pflichtfelder.

zurücksetzen

weiter »

Die Beklagte verschickte Anfang des Jahres 2013 an etwa 20.000 bis 30.000 (österreichische) Abonnenten von ihr ein selbstverfasstes Schreiben, mit welchem den Empfängern eine potenzielle Gewinnchance mitgeteilt wurde. Einerseits ging es um den möglichen Gewinn einer 25-jährigen Pensionszahlung von EUR 3.000,- monatlich, andererseits um einen Sofortgewinn in der Höhe von EUR 10.000,- (Beilage ./B). Zu diesem Zweck mussten die ausgewählten „treuen“ Abonnenten telefonisch („kostenlos und ohne weitere Verpflichtungen“) erfragen, ob sie mit der bereits im Schreiben zugewiesenen Losnummer einen Gewinn erzielt haben oder nicht. In weiterer Folge wurde ihnen das Ergebnis mitgeteilt und bei einem Nichtgewinn sogleich eröffnet, dass gegen Bezahlung eines Betrages von etwa EUR 60,- die Teilnahme an einer Lottospielgemeinschaft möglich

ist, wobei die Entscheidung freiwillig erfolgte. Kooperationspartner hinsichtlich dieses Gewinnspiels war auf Seiten der Beklagten die A ████████ Verwaltungs GmbH, die auch die telefonische Abwicklung übernahm. Im Schreiben Beilage ./B wurde darauf hingewiesen, dass die A ████████ Verwaltungs GmbH Partner der Verlagsgruppe News ist – ein Hinweis darauf, dass diese der Telefonpartner des Abonnenten ist, war in dem Schreiben aber nicht vorhanden. Personenbezogene Daten der Abonnenten wurden seitens der Beklagten an die A ████████ Verwaltungs GmbH nicht herausgegeben, sondern nur die Kundennummer, die als Losnummer fungierte.

Mit Schreiben des Klägers vom 8.3.2013 wurde die Beklagte aufgefordert, die beigelegte Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafevereinbarung, im Wesentlichen wie unter Punkt 1.a) und 2. des Urteilstenors enthalten, bis spätestens 25.3.2013 unterschrieben zu retournieren (Beilage ./C). Dem kam die Beklagte mit Schreiben vom 21.3.2013 nach, wobei sie als Beilage eine unterzeichnete, jedoch erheblich modifizierte Unterlassungserklärung beifügte (Beilage ./D). So schränkte die Beklagte die Unterlassungserklärung im Hinblick auf die unter Punkt 1.a) des Urteilstenors genannte Klausel dahingehend ein, dass sie diese nur im Rahmen der Bestellungen von Abos online nicht mehr verwendet, und dies auch nur, sofern nicht ein eigenes Kästchen zum Anklicken des zitierten Textblocks *„Ich bin damit einverstanden...“* gesetzt ist. Das Unterlassungsbegehren unter Punkt 2. des Urteilstenors wurde durch die Beklagte dahingehend eingeschränkt, dass eine Unterlassungserklärung der Verwendung solcher Gewinnstreifen nur im Hinblick auf Jahrespensionen abgegeben wurde, wenn im Zuge einer telefonischen Anforderung dieser „Gewinn-Chancen“ tatsächlich nur oder auch der Vertragsabschluss über den Beitritt zu einer Lottospielgemeinschaft angeboten wird.

Die Beklagte änderte nach Abmahnung durch den Kläger auf ihrer Webseite das für den Abschluss von Abonnent-Bestellungen relevante Vertragsformblatt dahingehend ab, dass der Verbraucher nunmehr durch Setzen eines von den AGB separaten Häkchens frei wählen kann, ob er mit der Datenverwendung durch die Beklagte einverstanden ist oder nicht (Beilage ./1):

Ich akzeptiere die AGB.

Ich bin damit einverstanden, dass die Verlagsgruppe News GmbH meine Daten (E-Mail, Telefonnummer) für die Übermittlung von Informationen über Ihre Produkte, Aktivitäten und Sonderaktionen erheben, verarbeiten und nutzen darf. Ich nehme zur Kenntnis, dass diese Einverständniserklärung jederzeit widerrufen werden kann.

Ich bin nicht damit einverstanden, dass die Verlagsgruppe News GmbH meine Daten (E-Mail, Telefonnummer) zu werblichen Zwecken erheben, verarbeiten und nutzen darf. Damit erhalte ich auch KEINE Informationen über Vorteilsangebote, Vergünstigungen o.ä. Vorteile, die mir als Abonnent zustehen würden.

¹⁾ markierte Felder sind Pflichtfelder.

zurücksetzen

weiter »

Nicht festgestellt werden konnte, wann diese Modifizierung erstmalig auf der Webseite aufzufinden war, da die von der Beklagten vorgelegte Beilage ./1, die einen Webseitenauszug abbildet, nicht mit einem Datum versehen ist. Jedenfalls am 12.4.2013 fand sich die beanstandete Klausel in ihrer ursprünglichen Fassung in der Bestellmaske auf der Homepage www.news.at (Beilage ./A).

Die Gewinnschreiben laut Beilage ./B änderte die Beklagte dahingehend ab, dass es bei der neuen Aktion um Gratis-Lotto-Tipps und Sofortgewinne über EUR 10.000,-, wie auch bei der früheren Fassung geht, hinsichtlich dieser „Sofortgewinne“ fand also keine Veränderung in der Abwicklung statt.

Im Fließtext vor der Maske zur Dateneingabe für online-Bestellungen eines Abonnements von „WOMAN“ befand bzw. befindet sich die zu Punkt 1.c) des Urteilstenors angeführte Klausel (Beilagen ./A und ./1).

Mit Schriftsatz ON 4 dehnte der Kläger sein Klagebegehren um die Punkte 1.b) und 1.c) des Urteilstenors aus, dies als Reaktion auf die von der Beklagten vorgenommenen Änderungen ihrer Website.

Mit Schriftsatz der Beklagten ON 5 wurde der A [REDACTED] Verwaltungs GmbH, [REDACTED] 10, CH – [REDACTED] [REDACTED] der Streit verkündet, ein Beitritt ist nicht erfolgt.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen sich auf das im Tatsächlichen weitgehend übereinstimmende Vorbringen der Parteien sowie auf die vorgelegten unbedenklichen und aufschlussreichen, oben zitierten Urkunden.

Das Gericht folgte im Hinblick auf die Vorgehensweise beim beanstandeten Gewinnspiel der glaubwürdigen und nachvollziehbaren Aussage des [REDACTED] Z [REDACTED], dessen Frau eine der ausgewählten Abonnenten der Beklagten war und die ein Schreiben wie Beilage ./B erhalten hatte; er gab an: *„Nach einem längeren Aufenthalt in der Warteschleife gelangte ich in ein „Call-Center“. Dort beschied mir eine Dame bedauernd, dass meine Nummer leider nicht zu den Gewinnern gehören, es sei aber nichts verloren. Sie biete mir nämlich an, an einem „Lottoserienspiel“ teilzunehmen. Auf meine erstaunte Frage, ob ich richtig gehört hätte, dass sie mir was verkaufen wolle, meinte sie abschwächend, das gehöre ja alles dazu, damit ich zu einem Gewinn käme“* (S 2 in ON 9). Die damit nicht gänzlich harmonisierende Aussage eines Mitarbeiters der Beklagten, des Zeugen [REDACTED] S [REDACTED] der selbst Kontrollanrufe tätigte, um den Ablauf zu überprüfen, und dabei festgestellt haben will, dass die Vorgaben der Beklagten erfüllt wurden, ist nicht ausreichend, um die illustrative Aussage des Zeugen [REDACTED] Z [REDACTED] in Frage zu stellen.

Der – nahe liegende – Umstand, dass die besagte Webseite und damit die beanstandeten Klauseln laut Punkt 1.a), 1.b) und 1.c) des Urteilstenors der Beklagten zuzurechnen sind, ergibt sich aus der Aussage der Mitarbeiterin [REDACTED] H [REDACTED], die glaubwürdig angab: *„Die Homepage www.news.at wird wohl der Beklagten zuzuordnen sein. Unsere Dachmarke ist jedenfalls „Verlagsgruppe NEWS“. Betreut wird die Homepage www.news.at von unserer „networld“-Abteilung“*(AS 4 in ON 9). Sie führte zudem aus, dass Bestellungen über das Internet den geringere Anteil an der Gesamtbestellung bei der Beklagten, nämlich etwa 17% bis 18%, ausmachen.

[REDACTED] [REDACTED] S [REDACTED] legte schließlich dar, dass die Gewinnschreiben laut Beilage ./B zwar modifiziert wurden, sodass es bei der neuen Aktion um Gratis-Lotto-Tipps und Sofortgewinne über EUR 10.000,-, wie auch bei der früheren Fassung geht; hinsichtlich dieser Sofortgewinne habe also keine Veränderung stattgefunden (S 3 in ON 15). Den

Adressatenkreis des Schreibens Beilage ./B bezifferte er mit ca. 20.000 bis 30.000 (S 2 in ON 15).

Rechtliche Beurteilung:

Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden gemäß § 864a ABGB nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Vertragspartner nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen („Geltungskontrolle“). Ist eine Klausel objektiv ungewöhnlich iSd § 864a ABGB, so trägt der Verwender die Beweislast dafür, dass der Partner mit ihr rechnen musste oder besonders auf sie hingewiesen wurde (*Rummel in Rummel*, § 864a, Rz 9). Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Klausel nur dann objektiv ungewöhnlich, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, er also mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss ein Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt innewohnen. Insbesondere dann, wenn nur ein beschränkter Adressatenkreis angesprochen wird, kommt es auf die Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont des angesprochenen Kreises an (RIS-Justiz RS0014646).

§ 879 Abs 3 ABGB normiert, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt („Inhaltskontrolle“).

Die Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB ist der Geltungskontrolle des § 864a ABGB nachgelagert, weil kein Bedarf nach Überprüfung einer Bestimmung im Lichte des § 879 Abs 3 ABGB besteht, wenn diese gar nicht Vertragsinhalt wurde (7 Ob 250/07a, 8 Ob 93/09x).

Gemäß § 6 Abs 1 KSchG sind für Verbraucher Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen (Z 2) 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.

Unwirksam ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung gemäß § 6 Abs 3 KSchG auch dann, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist („Transparenzgebot“). Als Einzelwirkung des Transparenzgebots zeigen sich das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit. Maßstab für die Transparenz ist dabei das Verständnis eines für den jeweiligen Vertrag typischen Durchschnittskunden (6 Ob 16/01y, 4 Ob 28/01y, ua; *Apathy* in *Schwimann ABGB*³, § 6 KSchG, Rz 88).

§ 29 Abs 1 KSchG ermächtigt bestimmte Institutionen dazu, den Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG gerichtlich durchzusetzen. § 28 Abs 1 KSchG normiert, dass jemand auf Unterlassung geklagt werden kann, wenn er im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wenn er solche Bedingungen für den Verkehr empfiehlt.

Das Kontrollverfahren auf Prüfung der Zulässigkeit von Klauseln im Rahmen von Verbandsklagen erfolgt abstrakt (2 Ob 523/94). Die Auslegung von Klauseln hat im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen, danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingung kann nicht Bedacht genommen werden. Es findet also keine geltungserhaltende Reduktion statt (RIS-Justiz RS0038205). Ziel des KSchG ist es, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken.

Zur Wiederholungsgefahr ist auszuführen, dass der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG nur besteht, soweit die Gefahr künftigen Zuwiderhandelns gegeben ist (*Krejci* in *Rumme*⁶, KSchG § 30, Rz 18). Eine solche Gefahr besteht nach § 28 Abs 2 nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 Abs 1 klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Der Unternehmer muss, will er die Wiederholungsgefahr beseitigen, nach Abmahnung iSd § 28

Abs 2 KSchG eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben (5 Ob 138/09v, 7 Ob 118/13y). Selbst wenn der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln beifügt, 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 (RIS-Justiz, RS0111638, T10).

Entgegen dem Standpunkt der Beklagten ist demzufolge hier die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der Urteilsunkte 1.a), 1.b), 1.c) und 2. weiterhin gegeben, auch wenn nach der Abmahnung durch den Kläger seitens der Beklagten diesbezügliche Änderungen vorgenommen wurden. Demnach waren alle im Urteilstenor angeführten AGB-Punkte zum Zeitpunkt der Klagseinbringung in Verwendung. Liegen also insofern Gesetzesverstöße bzw. Sittenwidrigkeit vor, wäre das Klagebegehren in diesen Punkten berechtigt, zumal ein gerichtlicher (Teil)Vergleich nicht zustande gekommen ist.

Bevor auf die einzelnen Klauseln eingegangen wird, sei festgehalten, dass der Kläger jedenfalls zur Einbringung einer Verbandsklage legitimiert ist, da § 29 Abs1 KSchG ihn ausdrücklich nennt.

Zu Punk 1.a) des Urteilstenors:

Gemäß §§ 8 Abs 1 Z 2 und 9 Abs 1 Z 6 DSGVO werden schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung nicht-sensibler Daten dann nicht verletzt, wenn der Betroffene seine Zustimmung zur Verwendung der Daten ausdrücklich erteilt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und er die Unzulässigkeit einer weiteren Verwendung der Daten bewirkt. Im vorliegenden Fall war eine ausdrückliche Zustimmung zur Verwendung der Daten nicht möglich, da der Abschluss eines Abonnementvertrages nur zusammen mit der Zustimmungserklärung zur Datenverwendung abgegeben werden konnte. Damit lag aber keine freiwillig abgegebene Zustimmungserklärung vor. Es wurde zwar darauf hingewiesen, dass diese Einverständniserklärung jederzeit widerrufen werden könne, doch musste der Verbraucher zunächst seine Zustimmung erteilen und in weiterer Folge schriftlich den Widerruf erklären, damit seine Daten nicht verwendet werden. Um den Anforderungen einer freiwilligen, ausdrücklichen Zustimmungserklärung gerecht zu werden, hätte gleich zu Beginn – im Rahmen der ersten Erklärung - die Wahlmöglichkeit bestehen müssen, ob man seine Daten zur Verwendung freigibt oder nicht. Die von der Beklagten

formulierte Bestimmung war somit gemäß § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend.

Darüber hinaus liegt nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung eine wirksame Zustimmung iSd Datenschutzgesetzes nur dann vor, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Eine Klausel, wonach sich der Kunde eines Konzerns mit der Weitergabe persönlicher Daten an andere Unternehmen des Konzerns einverstanden erklärte, wobei aber nicht bestimmbar ist, welche Unternehmen derzeit und künftig dem Konzern (allenfalls auch im Ausland) zugehörig sind oder sein werden, verstößt gegen das Transparenzgebot und ist iSd § 6 Abs 3 KSchG unwirksam (RIS-Justiz, RS0115216, T2, T6). Selbst wenn im gegenständlichen Fall zwar durch die Worte „*meine oben angeführten Daten*“ klar hervorging, welche Daten des Verbrauchers verwendet werden (durften), ist durch die weitere Wortfolge „*für die Übermittlung von Informationsmaterial von der Verlagsgruppe NEWS und deren Magazinen über ihre Produkte, Abo-Aktionen und ähnliche Vorteilsaktionen*“ nicht klar bestimmt, welche Magazine, Produkte und Aktionen dies betraf. Für die neue Version, die von (nicht weiter erklärten) „Aktivitäten“ und „Sonderaktionen“ spricht, gilt nicht anderes. Demnach erweist sich die Klausel betreffend die Weitergabe persönlicher Daten – in beiden Ausgestaltungen – als intransparent, woran auch der in ihr enthaltene Hinweis auf das jederzeitige Widerrufsrecht nichts zu ändern vermag (RIS-Justiz, RS0115216, T10).

Zu Punkt 1.b) des Urteilstenors:

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hinsichtlich der Bestimmung der Datenverwendung und der damit einhergehenden Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG auf die rechtlichen Ausführungen zu Punkt 1.a) des Urteilstenors verwiesen.

Zum Punkt 1.c. des Urteilstenors:

Diese Klausel sieht vor, dass, wenn der Verbraucher sich nicht zwei Hefte vor Ablauf seines Abonnements schriftlich meldet, sich dieses für ein Jahr verlängert. Eine solche Klausel ist gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unzulässig, es sei denn, der Unternehmer weist den Verbraucher fristgerecht auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hin und räumt für die Abgabe der ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist ein. Es handelt sich um eine Erklärungsfiktion, Anknüpfungspunkt ist in der Regel das Schweigen in einer bestimmten Situation; Hauptanlassfall ist das automatische Verlängern ablaufender Abonnements (*Krejci in Rummel*³, KSchG § 6, Rz 36, Stand 2002, rdb.at). Bei der beanstandeten Klausel wurde zwar eine Frist für die Abgabe einer Erklärung eingeräumt, nämlich „2 Hefte vor Ablauf des Abonnements“, doch ist diese Fristsetzung zu unbestimmt

gefasst. Weder kann garantiert werden, dass die Hefte jeweils zur gleichen Zeit geliefert werden, noch kann dem Verbraucher zugemutet werden, die Anzahl der bereits erhaltenen Hefte fortlaufend zu erfassen, um zu erurieren, wann der Bezug der letzten zwei Hefte erfolgen wird. Darüber hinaus müsste die Beklagte den Verbraucher nochmals gesondert zu Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens hinweisen. Da beide Element fehlen, erweist sich die Klausel gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG iVm § 879 ABGB als nicht verbindlich.

Zu Punkt 2. des Urteilstenors:

Gemäß § 1 Abs 3 UWG sind unlautere Geschäftspraktiken insbesondere solche, die aggressiv im Sinne des § 1a (Z 1) oder irreführend im Sinne des § 2 (Z 2) sind.

Nach § 1a gilt eine Geschäftspraktik 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.

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

Seit der UWG-Novelle 2007 muss in folgender Reihenfolge geprüft werden, ob eine Geschäftspraktik unlauter ist: Fällt sie unter die „Liste“ des Anhangs? Wenn nein: Liegt sonst eine aggressive (§ 1a UWG) oder irreführende (§ 2 UWG) Geschäftspraktik vor? Wenn nein: Fällt sie unter die Generalklausel des § 1 UWG? (RIS-Justiz, RS0123062).

Im gegenständlichen Fall wurde (ausgewählten) Abonnenten der Beklagten mit einem Schreiben und der Zuteilung einer Losnummer mitgeteilt, dass sie möglicherweise einen Gewinn erzielt haben. Beim einem Anruf der in dem Schreiben angeführten Telefonnummer erfuhren sie dann, ob sie tatsächlich gewonnen hatten oder nicht. In weiterer Folge wurde ihnen mitgeteilt, dass sie gegen Zahlung von etwa EUR 60,- an einer Lottospielgemeinschaft teilnehmen können.

Diese Vorgehensweise fällt zwar nicht unter die in der Liste des Anhangs genannten

aggressiven oder irreführenden Geschäftspraktiken, doch ist diese Geschäftspraktik sonst geeignet, den Abonnenten zu täuschen und ihn in weiterer Folge dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Der Abonnent ruft unter der angegebenen Nummer an, dies in der Hoffnung, etwas gewonnen zu haben – mit dem „Keilen“ für die Teilnahme an entgeltlichen Lottospielgemeinschaften hatte er aber nicht gerechnet bzw. rechnen müssen. Vielmehr wurde er im Zuge dieses Telefonats völlig unvorbereitet damit konfrontiert, wodurch er aufgrund eines Überraschungseffekts veranlasst werden konnte, eine rechtsgeschäftliche Entscheidung zu treffen, die er sonst entweder nicht oder nur unter angemessener Bedenkzeit getroffen hätte. Diese Praktik ist jedenfalls irreführend iSd § 2 UWG und aggressiv iSd § 1a UWG.

Das Unterlassungsbegehren gegenüber der Beklagten, in deren ausdrücklichen Namen auch die vorprozessuale Unterlassungserklärung abgegeben wurde, stellt sich somit zur Gänze als berechtigt heraus; gegen seine Fassung bzw. Formulierung bestehen keine Bedenken.

Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren, Punkte 3. und 4. des Urteilstenors:

Um den Erkenntnissen erhöhte Publizität zu verleihen, ist gemäß § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 bis 7 UWG eine Urteilsveröffentlichung möglich. 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. An diesen Zwecken gemessen ist die begehrte Veröffentlichung der von der Beklagten zu unterlassenden Klauseln zweckmäßig und sinnvoll (RIS-Justiz RS0121963). Ein solches berechtigtes Interesse ist jedenfalls bei potenziellen neuen Abonnenten, aber auch bei bereits bestehenden gegeben, die ein solches Abonnement online über die Webseite der Beklagten abschließen bzw. abgeschlossen haben. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung kann auf Urteilsveröffentlichung im Internet erkannt werden, wenn die rechtswidrige Handlung im Internet begangen wird (RIS-Justiz, RS0116975).

Im vorliegenden Fall handelt es sich, was den Urteilstenor zu Punkt 1. betrifft, ausschließlich um den Gebrauch rechtswidriger Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Abschluss von Abonnementverträge auf der Webseite der Beklagten www.newsmedia.at bzw. www.news.at/abo, sohin allein im Internet. Aus diesem Grund ist eine Urteilsveröffentlichung für die Dauer von 30 Tagen auf den angeführten Webseiten der

Beklagten (auf der Startseite und der Bestellseite für Abonnements), bzw. im Falle einer Änderung dieser Internetadressen auf den geänderten Webseiten, zweckentsprechend und geeignet. Insbesondere der Wettbewerbsverstoß der Beklagten zu Punkt 2. des Urteilstenors rechtfertigt eine Veröffentlichung in einem Printmedium, wobei allerdings eine Veröffentlichung im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe des bundesweit erscheinenden „KURIER“ angesichts des doch einigermaßen überschaubaren Adressatenkreises der erfolgten Zusendung als angemessen und ausreichend erscheint.

Zu Punkt I. des Spruchs:

Gemäß § 235 Abs 3 ZPO kann das Gericht eine Änderung des Klagebegehren selbst nach Eintritt der Streitanhängigkeit und ungeachtet der Einwendungen des Gegners zulassen, wenn durch die Änderung die Zuständigkeit des Prozessgerichtes nicht überschritten wird und aus ihr eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht zu besorgen ist.

Im gegenständlichen Fall führte die Erweiterung des Klagebegehrens um die Punkte 1.b) und 1.c) des Urteilstenors weder zu Verfahrensverzögerungen noch zur Änderungen der Zuständigkeit des Prozessgerichtes. Klagsausdehnungen, vor allem wenn sie weitere Streitigkeiten hintanhaltend, sind tunlichst zuzulassen (*Mayer in Rechtberger*³, § 235, Rz 7) Es war daher spruchgemäß vorzugehen.

Die Kostenentscheidung (Punkt 5. des Urteilstenors) gründet sich auf §§ 41 Abs 1, 54 Abs 1a ZPO. Der Zuspruch eines anderen Mediums beim Veröffentlichungsbegehren stellt kein relevantes Unterliegen des Klägers dar.

Handelsgericht Wien,
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 39, am 21.11.2014

Dr. Heinz-Peter Schinzel

Richter

elektronische Ausfertigung
gem. § 79 GOG