



REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

57 Cg 1/18 z

(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.^a Hildegard Brunner in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformationen, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei Spar Garant AG, CH-6440 Brunnen, Seewenstraße 11, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen Unterlassung (EUR 61.000,-- s.A.) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500,-- s.A.), nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu unterlassen, sich auf telefonische Vertragsabschlüsse, insbesondere Verträge über Lieferung von Gewinnmagazinen „winando“ die sie während von ihr eingeleiteter Anrufe ausgehandelt hat, zu berufen und Forderungen daraus geltend zu machen, wenn die Verträge im Zusammenhang mit Gewinnzusagen oder Wett- und Lotteriedienstleistungen ausgehandelt werden, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden.
2. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu unterlassen, sich auf telefonische Vertragsabschlüsse über Dienstleistungen, insbesondere Verträge über Lieferung von Gewinnmagazinen „winando“ samt Vermittlungsleistungen, die sie während von ihr eingeleiteter Anrufe ausgehandelt hat, zu berufen und Forderungen daraus geltend zu machen, obwohl sie ihren Kunden zuvor keine Bestätigung ihres Vertragsanbots auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt und ihr die Kunden zuvor keine schriftlichen Erklärungen über die Annahme des Angebotes der Beklagten auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt haben, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden.
3. Die beklagte Partei ist schuldig, binnen drei Monaten im geschäftlichen Verkehr

mit Verbrauchern in Österreich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. *„Der Abonnent, der (z.B. im Rahmen von Gewinnspielen, Internetwettbewerben etc.) eigene Inhalte (z.B. Fotos, Texte etc.) an SPARGARANT einsendet, erklärt sich durch die Einsendung damit einverstanden, dass die eingesandten Inhalte honorarfrei im Internet und im Printbereich vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben werden.“*

2. *„SPARGARANT ist berechtigt, unbeschadet weitergehender Ansprüche, bei Zahlungsverzug Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz zu berechnen.“*

3. *„Leistet der Abonnent trotz Mahnung und Fristsetzung keine Zahlung, ist SPARGARANT zudem berechtigt, neben den rückständigen Bezugsgebühren auch die bis zum Ende des laufenden Bezugszeitraums fällig werdenden Bezugsgebühren zzgl. Mahnkosten zu beanspruchen oder weitere Vertragserfüllung abzulehnen und Schadenersatz wg. Nichterfüllung zu verlangen.“*

4. *„Dieser Service ist keine kostenpflichtige Dienstleistung und wird gegenüber dem Käufer der Zeitschrift nicht fakturiert. Demgemäß übernimmt SPARGARANT auch keine Haftung für die Übermittlung der Lösungen, die Richtigkeit publizierter Lösungshilfen, das Gewinnen, für Gewinne und die ordnungsgemäße Zurverfügungstellung der Gewinne an Teilnehmer der in der Zeitschrift veröffentlichten Gewinnspiele, Rätsel oder Preisausschreiben von Dritten.“*

5. *„SPARGARANT haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, dies gilt auch für Ansprüche, die durch Erfüllungsgehilfe verursacht wurde.“*

6. *„Nach Ablauf der jeweiligen Mindestbezugszeit verlängert sicher der Vertrag auf unbestimmte Zeit.“*

7. *„Sollte SPARGARANT die weitere Erscheinung eines Titels aus wirtschaftlichen Gründen einstellen oder es der SPARGARANT aufgrund von Umständen, die sie nicht zu vertreten hat (z.B. auf Grund von Gesetzesänderungen) unmöglich werden, die Lieferung weiter durchzuführen, ist SPARGARANT zur sofortigen Kündigung des Vertrages berechtigt, ohne dass hieraus Schadenersatzansprüche seitens des*

Abonnenten entstehen.“

8. *„Die Kündigung ist in jedem Falle schriftlich auszusprechen und an das mit der Betreuung und Verwaltung des Abonnements beauftragte Dienstleistungsunternehmen zu richten.“*

9. *„SPARGARANT verarbeitet und nutzt die Daten des Abonnenten zur Durchführung des Vertrages, zur Pflege der laufenden Kundenbeziehung und um Werbung für eigene Angebote zu übermitteln.“*

10. *„Darüber hinaus ermöglicht es SPARGARANT namhaften Unternehmen und Institutionen (z.B. aus den Branchen Wellness, Lotterie und Touristik) ihren Kunden im Rahmen der werblichen Ansprache Informationen und Angebote zukommen zu lassen.“*

11. *„Änderungen, die Kündigung und die Aufhebung von Abonnementverträgen bedürfen der Schriftform, Preisanpassungen bleiben von diesem Formerfordernis unberührt.“*

12. *„Für sämtliche Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien gilt Schweizer Recht.“*

13. *„Ausschließlicher Gerichtsstand ist 6440 Brunnen.“*

14. *„Die unwirksame Bestimmung wird von den Vertragsparteien einvernehmlich durch eine solche Bestimmung ersetzt, welche den wirtschaftlichen Sinn und Zweck der unwirksamen Bedingung in rechtswirksamer Weise am nächsten kommt. Die vorstehende Regelung gilt entsprechend der Regelungslücken.“*

15. *„SPARGARANT behält sich zudem vor, diese AGBs zu ändern. Insbesondere gilt dies dann, wenn eine Änderung auf Grund zwingender gesetzlicher Vorschriften oder richterlicher Entscheidungen erforderlich wird. Die Änderungen dieser AGBs werden dabei dem Abonnenten im Textform bekannt gegeben. Die Änderung wird im Verhältnis zum Abonnenten wirksam, sofern diese nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Änderung unter Angabe von Name, Adresse und KundenNr. entweder per E-Mail oder schriftlich (Postweg oder Telefax) Widerspruch gegen die Änderung erhebt. Im Falle eines Widerspruchs gelten die bisherigen AGBs fort mit der Maßgabe, dass an die Stelle einer auf Grund zwingender gesetzlicher Vorschriften unwirksamen Klausel die jeweils gesetzliche Regelung gilt. Auf das Widerspruchsrecht und die Folgen eines*

unterlassenen Widerspruchs wird der Teilnehmer bei Änderung der AGBs durch SPARGARANT besonders hingewiesen.“

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

4. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich in Fernabsatz zu unterlassen, vor Abschluss kostenpflichtiger Bestellungen, insbesondere vor Abschluss eines kostenpflichtigen Abonnements, bei welchen der Bestellvorgang die Aktivierung einer Schaltfläche oder die Betätigung einer ähnlichen Funktion erfordert, diese Schaltfläche oder Funktion nicht mit dem Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer gleichartigen, eindeutig auf die Zahlungsverpflichtung hinweisenden Formulierung zu kennzeichnen, etwa indem sie die entsprechende Schaltfläche mit den Worten „verbindlich bestellen“ oder sinngleich kennzeichnet.
5. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang der Unterlassungsbegehren und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen Zeitung“, Regionalausgabe für Vorarlberg, mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in normalen Lettern, ansonsten in Normaldruck, das heißt in der Schriftgröße redaktioneller Beiträge, auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen.
6. Die beklagte Partei ist schuldig, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang der Unterlassungsbegehren und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung, binnen drei Monaten ab Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils, auf ihrer Homepage www.winando.at, oder sollte sie ihre Internetadresse ändern, auf ihrer Homepage und der dann verwendeten Internetadresse, in Fettdruckumrandung mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Schriftgröße, Schriftart, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen wie im Textteil der Homepage üblich, für die Dauer von 30 Tagen zu veröffentlichen, wobei die Veröffentlichung über einen zu Beginn der Startseite unübersehbar angebrachten Link mit der Bezeichnung „Urteilsveröffentlichung“ direkt abrufbar sein muss.
7. Die beklagte ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 11.349,82 (darin EUR 1.623,97 USt und EUR 1.606,-- Barauslagen) bestimmten

Prozesskosten zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Mit der am 18.10.2017 eingebrachten Klage begehrte der **Kläger** – nach Modifikation mit Schriftsatz vom 19.02.2018 (ON 7) – wie aus Punkt 1. und 2. des Spruches ersichtlich und brachte hierzu zusammengefasst vor, die Beklagte sei unter anderem Herausgeberin des Gewinnmagazins „winando“. Das Geschäftsmodell der Beklagten beruhe darauf, dass sie potenzielle Kunden telefonisch kontaktiere, um mit ihnen Verträge über einen monatlichen Bezug eines Gewinnmagazins und diverse „kostenfreie“ Zusatzleistungen (z.B. Gewinnspieleintragungen und sonstige Wettbewerbe) abzuschließen. Nachdem sie ihren potenziellen Kunden Gewinne in Aussicht stellt oder die Übermittlung von konkreten Gewinnen verspricht, erfrage sie bei den Angerufenen deren persönliche Daten, darunter auch Bankkontonummern. In weiterer Folge sende die Beklagte den Konsumenten „Auftragsbestätigungen“ über eine angeblich bereits abgeschlossene Liefervereinbarung sowie ihre Magazine zu und nehme in weiterer Folge – unter Berufung auf telefonisch abgeschlossene Verträge – Abbuchungen von den Konten der betroffenen Konsumenten vor. Die (daraufhin) von den Kunden erklärten Rücktritte bzw. Kündigungen lasse die Beklagte unter Hinweis auf die angeblich fernmündlich erfolgten Vertragsabschlüsse nicht bzw. nur zum „nächstmöglichen“ Kündigungstermin zu und versende, sollten die Kunden den Einzügen widersprechen oder die Forderungen nicht bezahlen, Mahnungen.

So sei [REDACTED] in Jänner 2017 von der Beklagten telefonisch kontaktiert worden, nachdem sie zuvor auf www.gewinnhamster.com an einem Gewinnspiel teilgenommen hatte. Der Callcenter-Mitarbeiter der Beklagten habe ihr die Übersendung eines gewonnenen „Primark“-Gutscheins im Wert von EUR 150,- versprochen und unter diesem Vorwand unter anderem ihre Kontonummer erfragt. Über den Abschluss eines Abonnements eines Magazins sei nicht gesprochen worden. Nachdem [REDACTED] ihre Daten und auch ihre Kontonummer bekannt gegeben hatte, sei ihr von der Beklagten an Stelle des erwarteten Gutscheins ein winando-Gewinnmagazin und ein winando-Prospekt („VIP-Pass“) und – nachdem eine Abbuchung im Wege des Lastschriftverfahrens fehlschlug – eine Zahlungserinnerung über EUR 102,40 übermittelt worden. Eine schriftliche Erklärung über die Annahme des Angebots auf einem dauerhaften Datenträger habe [REDACTED] an die Beklagte nicht übermittelt; auch habe sie zuvor von der Beklagten keine Bestätigung des Vertragsanbots der Beklagten auf einem dauerhaften Datenträger erhalten. Erst nach einer Intervention der Arbeiterkammer

Vorarlberg habe die Beklagte mit Schreiben vom 29.03.2017 erklärt, die „Liefervereinbarung“ aus Kulanz rückwirkend storniert zu haben.

Auch [REDACTED] sei im März 2017 telefonisch von der Beklagten kontaktiert worden, nachdem sie zuvor im Internet bei einem Gewinnspiel über Konzertkarten („Rock in Vienna“) mitgemacht hatte. In einem Anruf sei ihr von der Beklagten in schlechtem Deutsch mitgeteilt worden, dass sie in die nähere Auswahl gekommen sei und nun ihre Bankdaten bekannt geben müsse, was [REDACTED] dann auch getan habe. Eine Vereinbarung über den monatlichen Bezug eines Gewinnmagazins sei während des Telefonats jedenfalls nicht abgeschlossen worden. In weiterer Folge habe die Konsumentin nicht die erwarteten Konzertkarten, sondern ein winando-Gewinnmagazin vom März 2017 und ein winando-Prospekt („VIP-Pass“) zugeschickt erhalten; von ihrem Konto seien EUR 110,-- abgebucht worden. Auch hier habe die Konsumentin keine Bestätigung über die Annahme des Vertragsanbots der Beklagten auf einem dauerhaften Datenträger an die Beklagte übermittelt – auch habe sie zuvor von der Beklagten keine Bestätigung des Vertragsanbotes der Beklagten auf einem dauerhaften Datenträger erhalten. Der von der Beklagten behauptete Vertrag über die Lieferung des Magazins sei erst nach einer Intervention der Arbeiterkammer Vorarlberg beendet worden.

Auch [REDACTED] [REDACTED] sei, nachdem sie auf Facebook bei einem Gewinnspiel für Konzertkarten zu einem Konzert von Helene Fischer mitgespielt hatte, von der Beklagten telefonisch kontaktiert worden. Der Callcenter-Mitarbeiter der Beklagten habe ihr mitgeteilt, Konzertkarten gewonnen zu haben. Ohne dass [REDACTED] der Beklagten ihre Kontodaten zuvor bekannt gegeben hatte, habe die Beklagte ihre Kontonummer gewusst, sodass [REDACTED] während des Telefongesprächs nur die letzten drei Ziffern ihrer Kontonummer zu ergänzen gehabt habe.

Eine schriftliche Erklärung oder Bestätigung über die Annahme des Vertragsangebots der Beklagten über die Lieferung des Magazins „winando“ auf einem dauerhaften Datenträger habe die Konsumentin an die Beklagte nicht übermittelt; auch habe sie zuvor von der Beklagten keine Bestätigung des Vertragsanbots der Beklagten auf einem dauerhaften Datenträger erhalten. Die angeblich gewonnenen Konzertkarten seien [REDACTED] von der Beklagten nie übermittelt worden. Nachdem die Beklagte vom Konto von [REDACTED] eine Abbuchung in Höhe von EUR 99,90 vorgenommen hatte, habe die Konsumentin eine Rückbuchung dieses Betrages bei ihrer Bank veranlasst. In weiterer Folge habe sie eine Zahlungserinnerung von der Beklagten und eine Mahnung erhalten. Im Schreiben vom 01.06.2017 habe sich die Beklagte auf den Standpunkt gestellt, [REDACTED] habe der Liefervereinbarung fernmündlich zugestimmt und in einem zweiten Anruf den Vertragsabschluss bestätigt. Erst nach einer Intervention des Klägers habe die Beklagte die

Liefervereinbarung aus Kulanzgründen storniert.

Das Verhalten der Beklagten verstoße gegen § 5b KSchG. Der erforderliche Zusammenhang mit Gewinnzusagen oder Wett- und Lotteriedienstleistungen sei – wie vorliegend – bei Verträgen über den Bezug von Gewinnmagazinen gegeben. Der Zusammenhang mit Gewinnzusagen oder Wett- und Lotteriedienstleistung ergebe sich auch daraus, dass die Beklagte ihren Kunden nicht nur eine monatliche Übersicht über die Gewinnspiele zur Verfügung stelle und eine Teilnahme an den jeweiligen Gewinnspielen ermögliche, sondern auch daraus, dass sie sich von den Kunden deren Gewinnspielerlösungen übermitteln lasse und diese an die jeweiligen Veranstalter der Gewinnspiele weiterleite. Auch werbe die Beklagte auf ihrer Website damit, dass sie „Prämien“ in den Bereichen Lotterie und Gewinnen, Reise, Strom, Gas und vieles mehr“ anbiete, sowie damit, dass sie neben Gewinnspielen auch Chancen bei Eurolotto zur Verfügung stelle. Der vom § 5b KSchG geforderte Konnex sei auch dadurch gegeben, dass die Beklagte neben der Zurverfügungstellung des Abonnements auch weitere Zusatzleistungen anbiete, die im Zusammenhang mit Gewinnspielen stehen. So lasse sich etwa auch anhand des VIP-Passes erkennen, dass nach dem Geschäftsmodell der Beklagten der Kunde die jeweiligen Coupons auszufüllen und an die Beklagte zu übersenden habe. Indem die Beklagte die Konsumenten zwecks Abschluss von Verträgen über die Lieferung von Gewinnmagazinen telefonisch kontaktiert, den angerufenen Konsumenten Gewinne verspricht und sich in weiterer Folge auf die angeblich zwischen ihr und de Angerufenen solcher Art abgeschlossenen Verträge über den Bezug ihrer Gewinnmagazine beruft bzw. daraus Entgeltansprüche in Bezug auf die Lieferung solcher Magazine behauptet, verstoße sie gegen § 5b KSchG.

Zudem Verstoße das Verhalten gegen § 9 Abs 2 FAGG, indem die Beklagte die Konsumenten zwecks Abschluss von Verträgen über die Lieferung von sogenannten Gewinnmagazinen telefonisch kontaktiert, sodann in weiterer Folge im Zuge dieser Telefonate ausgehandelte telefonische Vertragsabschlüsse behauptet und gestützt auf diese angeblichen Verträge, Entgeltforderungen gegenüber Verbrauchern geltend macht, obwohl sie den Konsumenten zuvor keine Bestätigungen ihres Vertragsanbotes auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt hat und ihr die Verbraucher zuvor keine schriftlichen Erklärungen über die Annahme ihres Anbots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt haben. Durch die Weiterleitung der von den Kunden eingesendeten Lösungen an die Gewinnspielanbieter trete die Beklagte jedenfalls als Vermittlerin zwischen ihren Kunden und den Gewinnspielveranstaltern auf, sie erbringe damit vor allem auch Vermittlungsleistungen, die als Dienstleistungen zu qualifizieren seien und mit dem Abo-Preis abgegolten würden.

Weiters stellte der Kläger ein Urteilsveröffentlichungsbegehren wie aus dem Spruch

ersichtlich und brachte hierzu vor, die Beklagte vertreibe ihre Produkte unter anderem, indem sie Verbraucher in Österreich telefonisch kontaktiert. Es handle sich um eine namentlich nicht bekannte, unüberschaubare Personengruppe, die Beklagte wende sich an eine Vielzahl von österreichischen Verbrauchern. Aus der Verwendung der AGB auf der Website www.winando.at folge, dass die Beklagte tausende von österreichischen Verbrauchern anspricht. Der Kläger habe daher ein berechtigtes Interesse im Sinn des § 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG an der Erteilung der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf der von der Beklagten betriebenen Website und in der Regionalausgabe der Kronen Zeitung.

Mit vorbereitendem Schriftsatz vom 19.02.2018 (ON 7) dehnte der Kläger das Klagebegehren um das aus Punkt 4. des Spruches ersichtliche Unterlassungsbegehren aus und brachte dazu vor, dass die Beklagte einen Vertragsabschluss auf der von ihr betriebenen Website www.winando.at über ein auszufüllendes Formular ermögliche. Unter den blickfangartig hervorgehobenen Hinweisen „winando gratis nach Hause liefern lassen“ stelle sie zu diesem Zwecke ein Online-Formular mit den vom Kunden auszufüllenden Feldern zur Verfügung. Unterhalb der auszufüllenden Felder befinde sich der mittels Setzen eines Häkchens in einem Kästchen auszuwählende Tarif, sowie die ebenso mittels Setzen eines Häkchens auszuwählende Bestätigung „Ich habe die AGB gelesen und akzeptiere sie“. Darunter befinde sich der Button bzw. die Schaltfläche „verbindlich bestellen“. Diese Schaltfläche erfülle die Anforderungen des § 8 Abs 2 FAGG nicht. Die Schaltfläche mit der Bezeichnung „verbindlich Bestellen“ entspreche den erforderlichen Voraussetzungen nicht, zumal der Verbraucher auf Grund der vorangehenden Ankündigung „winando gratis nach Hause liefern lassen“ davon ausgehen werde, jedenfalls eine kostenfreie Leistung zu bestellen.

Unter einem dehnte der Kläger das Klagebegehren wie aus Punkt 3. des Spruches ersichtlich aus und begehrte, die Beklagte – ohne Einräumung einer Leistungsfrist – schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, die aus Punkt 3. des Spruches ersichtlichen oder sinngleiche Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern zu verwenden und sich auf diese zu berufen.

Zusammenfassend brachte der Kläger dazu vor, dass die inkriminierten Klauseln gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten verstießen.

Die **Beklagte** bestritt das Klagebegehren, beantrage Klagsabweisung und wendete zusammengefasst ein, sie sei Herausgeberin des Gewinnmagazins „winando“. In diesem werde den Kunden eine von der Beklagten gesammelte und redaktionell aufgearbeitete Auswahl von Gewinnchancen monatlich zur Verfügung gestellt und so könne der Kunde an den Gewinnspielen teilnehmen. Der Kunde löse dabei die Gewinnspiele selbst und sende den

Lösungsbogen an die Beklagte, die diese an den Veranstalter des Gewinnspiels weiterleite. Mit dem Bezug des Magazins „winando“ erhalte der Kunde diverse kostenfreie Zusatzleistungen („Abo-Pass“), wie Gutscheine für die Teilnahme an Gewinnspielen und Rabatt-Coupons für Reiseangebote und zum Erwerb von Waren.

Das Vertragsabschlussprozedere für den Vertragsabschluss mit der Beklagten erfolge ausschließlich auf ausdrücklichem Wunsch des Kunden, wobei den Kunden die Online-Bestellung oder die telefonische Bestellung zur Verfügung stünden. Auf dem Online-Formular müsse der Kunde das Entgelt sowie die Vertragsdauer durch Anklicken eines entsprechenden Häkchens bestätigen. Darüber hinaus müsse der Kunde durch Anklicken eines entsprechenden Kästchens bestätigen, dass er die AGB der Beklagten gelesen und akzeptiert habe. Der Link zu den AGB befinde sich unmittelbar unter dem Kästchen. Erst durch Anklicken beider Kästchen sei eine Online-Bestellung möglich. Die Bestellung erfolge durch den Button „verbindlich bestellen“. Dabei sei für den Kunden klar ersichtlich, dass seine Angebotslegung verbindlich ist. Das Angebot des Kunden könne in weiterer Folge von der Beklagten durch Zusendung der bestellten Ware und Auftragsbestätigung angenommen werden. In den AGB finde sich auch die Belehrung über das Rücktrittsrecht des Kunden.

Bei der telefonischen Bestellung kontaktiere die Beklagte potenzielle Interessen, bei denen vorab ein Anruferverständnis zu Werbeanrufen eingeholt worden sei. Den potenziellen Interessen werde das Magazin „winando“ vorgestellt und ein Vertragsangebot unterbreitet. Dabei werde der Kunde unter anderem auch auf die AGB der Beklagten auf deren Website www.winando.at sowie das bestehende Rücktrittsrecht hingewiesen. Sofern der Kunde an Produkt und Vertragsabschluss interessiert ist, gebe er eine entsprechende Bestellung auf und seine Daten bekannt. Die per Online-Bestellung oder telefonischer Bestellung bekannt gegebenen Daten der Kunden würden in weiterer Folge mittels Kontrollanruf („Quality-Call“) durch ein von der Beklagten beauftragtes Call-Center noch einmal auf deren Richtigkeit überprüft werden. Im Rahmen dieses Anrufes, der nicht von der Person geführt werde, mit der der Kunde den ersten Telefonkontakt hatte, werde großer Wert auf die Einhaltung des ausgearbeiteten Gesprächsleitfadens gelegt. Der Kunde müsse so im Rahmen des Quality-Calls insbesondere die letzten drei Stellen der Kontonummer selbst nennen. Im Rahmen dieses Anrufes würden die Kunden nochmal über alle vertragsrelevanten Bestandteile sowie über das Rücktrittsrecht informiert werden. Sofern die Bestellung von der Beklagten akzeptiert wird, sende diese dem Kunden eine schriftliche Auftragsbestätigung inklusive Rücktrittsbelehrung und die erste „winando“-Ausgabe zu. Erst dadurch komme der Vertrag mit der Beklagten zustande. Dieses Vertragsabschlussprozedere sei auch bei den Kundinnen [REDACTED] und [REDACTED] eingehalten worden.

Ein Verstoß gegen § 5b KSchG liege nicht vor, da kein telefonischer Vertragsabschluss

erfolge. Die Bestellung des Kunden sei als Angebot zu werten. Ob die Beklagte dieses annimmt, bleibe ihr überlassen. Zudem schliesse die Beklagte mit den Kunden weder Verträge über Wett- und Lotteriedienstleistung ab, noch biete sie den Kunden die Weiterleitung von Lottotipps an Lottounternehmen an. Die Beklagte stehe in keinem Zusammenhang mit den Gewinnspielanbietern und biete auch keine entsprechende Dienstleistung an. Vielmehr würden die Leser des Magazins „winando“ selbst aktiv an den zur Verfügung gestellten Gewinnspielen teilnehmen.

Auch ein Verstoß gegen § 9 Abs 2 FAGG liege nicht vor, da von diesem Warenlieferungen nicht umfasst seien. Die Beklagte biete keine Dienstleistung an, sondern schliesse mit ihren Kunden einen Kaufvertrag über eine Warenlieferung, nämlich des Magazins „winando“, ab.

Die Schaltfläche beim Online-Bestellvorgang erfülle die gesetzlichen Anforderungen des § 8 Abs 2 FAGG: Diese sehe vor, dass der Kunde zunächst ausdrücklich und bewusst den Preis anklicken müsse, um überhaupt die Bestellung tätigen können. Zu diesem Zweck müsse er ein Häkchen vor dieser Preisangabe setzen. Der Klick auf „verbindlich Bestellen“ sei überhaupt nur in Kombination mit dem Setzen des Häkchens unmittelbar bei der Preisangabe möglich. Dem Kunden sei daher eindeutig bewusst, dass die Fortsetzung des Bestellvorgangs mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden ist.

Das Veröffentlichungsbegehren bestehe nicht zu Recht. Die Beklagte habe im Raum Vorarlberg im Vergleich zur Gesamtanzahl der Einwohner einen äußerst geringen Kundenstock, die Geschäftstätigkeit der Beklagten beziehe sich primär auf die Schweiz. Die betroffenen Vertragsabschlüsse hätten somit keineswegs die Öffentlichkeit erreicht und bestehe daher auch kein Bedarf an der Veröffentlichung.

Die von der Beklagten inkriminierten Klauseln verstießen weder gegen § 879 Abs 3 ABGB noch gegen § 6 Abs 3 KSchG noch gegen sonstige gesetzliche Bestimmungen.

Zur besseren Übersichtlichkeit sowie des in Verbindung stehenden Vorbringens der Parteien hinsichtlich der inkriminierten 15 Klauseln wird im folgenden die Nummerierung des Klägers zu den Klauseln beibehalten und das Vorbringen der Parteien jeweils gesondert zu den einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Zu den inkriminierten Klauseln im einzelnen:

1. *„Der Abonnent, der (z.B. im Rahmen von Gewinnspielen, Internetwettbewerben etc.) eigene Inhalte (z.B. Fotos, Texte etc.) an SPARGARANT einsendet, erklärt sich durch die Einsendung damit einverstanden, dass die eingesandten Inhalte honorarfrei im Internet und im Printbereich vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben werden.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil der

Beklagten ohne sachliche Rechtfertigung eine Erlaubnis erteilt werde, die von Nutzern eingesendeten Inhalte, sowohl im Internet als auch im Printbereich unbeschränkt zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Die Bestimmung sei zudem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da den Verbrauchern nicht erkennbar sei, welche Tragweite ihre Zustimmung hat und auf welche Weise die von ihnen eingesandten Inhalte in weiterer Folge von der Beklagten verwendet werden. Zudem ergebe sich die Intransparenz auch daraus, dass die Beklagte Fotos und Texte nur als Beispiel für solche Inhalte angibt, weshalb nicht klar sei, welche Inhalte die Beklagte darüber hinaus noch nutzen dürfe. Nach der Klausel könnten sämtliche vom Verbraucher an die Beklagte eingesendeten Inhalte im gesamten Internet und im Printbereich schrankenlos vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben werden.

Die **Beklagte** wendete ein, dass eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB nicht vorliege, die Klausel zudem klar und verständlich formuliert sei. Dem Kunden, der eigene Inhalte, wie z.B. ein Foto mit dem Gewinn an die Beklagte sendet, sei damit bewusst, dass dieses auch an die angeführte Weise veröffentlicht werden könne. Sinn und Zweck der Klausel sei die Präsentation der Gewinner und Gewinne auf der Website der Beklagten, sowie im Magazin „winando“. Die umfassten Inhalte seien im wesentlichen Fotos der Gewinner und Dankeschreiben der Gewinner. Zur Einsendung eigener Inhalte an die Beklagte bestehe keine Verpflichtung. Die Entscheidung, ob derartige eigene Inhalte an die Beklagte übersendet werden oder nicht, obliege ausschließlich dem Kunden und erfolge auf freiwilliger Basis. Die Klausel verstoße auch nicht gegen das Transparenzgebot.

2. *„SPARGARANT ist berechtigt, unbeschadet weitergehender Ansprüche, bei Zahlungsverzug Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz zu berechnen.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die in der Klausel für den Zahlungsverzug vorgesehenen Rechtsfolgen nicht auf ein Verschulden des Vertragspartners abstellten, sodass die Klausel auch bei objektivem Verzug anwendbar sei. Die Bestimmung weiche unangemessen vom dispositiven Recht (§ 1333 Abs 3 ABGB iVm § 1000 ABGB) ab und benachteilige Konsumenten gröblich, sodass sie gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße. Die Klausel verstoße auch gegen § 6 Abs 3 KSchG, da unklar sei, welcher Basiszinssatz gemeint ist.

Die **Beklagte** wendete ein, dass ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG nicht vorliege. Da sich die AGB der Beklagten zudem an österreichische Verbraucher richteten, sei klar, dass „Basiszinssatz“ ausschließlich der Referenzzinssatz der OeNB gemeint sei. Der Zinssatz sei vor dem Hintergrund des negativen Wertes des Basiszinssatzes nicht (gröblich) benachteiligend.

3. *„Leistet der Abonnent trotz Mahnung und Fristsetzung keine Zahlung, ist SPARGARANT zudem berechtigt, neben den rückständigen Bezugsgebühren auch die bis zum Ende des laufenden Bezugszeitraums fällig werdenden Bezugsgebühren zzgl. Mahnkosten zu beanspruchen oder weitere Vertragserfüllung abzulehnen und Schadenersatz wg. Nichterfüllung zu verlangen.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel den Verbraucher zur Zahlung von Mahnkosten bzw. von Schadenersatz verpflichte, ohne dass die Klausel auf ein Verschulden des Verbrauchers abstellt. Damit werde eine dem österreichischen Recht fremde Erfolgshaftung statuiert, welche massiv vom dispositivem Recht abweiche und daher zu einer gröblichen Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB führe. Zudem würden die Mahnkosten ohne Berücksichtigung der Vorgaben des § 1333 Abs 2 ABGB auf den Verbraucher überwältigt werden, wonach der Gläubiger bei verschuldetem Schuldnerverzug nur die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen, geltend machen könne.

Die **Beklagte** wendete ein, dass sich bereits aus der Formulierung der Klausel ergebe, dass die Klausel auf ein Verschulden des Verbrauchers abzielt.

4. *„Dieser Service ist keine kostenpflichtige Dienstleistung und wird gegenüber dem Käufer der Zeitschrift nicht fakturiert. Demgemäß übernimmt SPARGARANT auch keine Haftung für die Übermittlung der Lösungen, die Richtigkeit publizierter Lösungshilfen, das Gewinnen, für Gewinne und die ordnungsgemäße Zurverfügungstellung der Gewinne an Teilnehmer der in der Zeitschrift veröffentlichten Gewinnspiele, Rätsel oder Preisausschreiben von Dritten.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße, da es rein im Verantwortungsbereich der Beklagten liege, die vom Kunden eingesandten Lösungen zu übermitteln. Die gröbliche Benachteiligung sei im Zusammenhang mit der Vertragsposition der Beklagten zu sehen, die sich als Gewinnmagazin bezeichne. Die Publikation von Gewinnchancen und Weiterleitung der eingesendeten Lösungen an die Veranstalter seien zudem sehr wohl als kostenpflichtige Leistungen zu sehen, die mit dem Abo-Preis abgegolten werden. Eine sachliche Rechtfertigung für die Klausel sei nicht ersichtlich. Ein genereller Haftungsausschluss für Schäden im Zusammenhang mit der Übermittlung der Lösungen verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Die Klausel sei zudem überraschend im Sinne des § 864a ABGB.

Die **Beklagte** wendet ein, dass Vertragsgegenstand ausschließlich der Bezug des Magazins „winando“ und der darin enthaltenen Gewinnchancen sei. Eine Haftungsausschluss für außerhalb des vertraglich Vereinbarten und kostenlos erbrachter Zusatzleistungen

beeinträchtigt daher die Interessen der Kunden nicht und sei aus Sicht der Beklagten jedenfalls sachlich gerechtfertigt. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG liege nicht vor, weil eine Pflicht zum Schadenersatz für Schäden im Zusammenhang mit der Übermittlung der Lösungen für die Beklagte mangels vertraglicher oder sonstiger Rechtsgrundlage nicht bestehe. Die Voraussetzungen des § 864a ABGB würden nicht vorliegen, aus Punkt VI. der ABGB gebe sich eindeutig, dass die Weiterleitung der Gewinnlösungen nicht vom Abo-Preis umfasst und daher nicht Vertragsgegenstand sei.

5. *„SPARGARANT haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, dies gilt auch für Ansprüche, die durch Erfüllungsgehilfe verursacht wurde.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel beinhalte einen unzulässigen Ausschluss der Schadenersatzansprüche des Konsumenten bei leichter Fahrlässigkeit der Beklagten und schränke damit die Haftung des Unternehmers entgegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG ein. Zudem differenziere die Klausel nicht zwischen Sach- und Personenschäden und verstoße daher jedenfalls gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, soweit sie Personenschäden erfasst. Hinsichtlich anderer als Personenschäden sei sie gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht der Umkehrschluss gezogen werden könne, dass im Bereich anderer als Personenschäden Haftungsbeschränkungen bei leichter Fahrlässigkeit generell zulässig seien.

Die **Beklagte** wendete ein, dass Vertragsgegenstand nur der Erwerb des Gewinnmagazins „winando“ sei und daher Personenschäden praktisch ausgeschlossen seien. Bei anderen Schäden als Personenschäden dürfe der Unternehmer seine Verpflichtung zum Schadenersatz bei leichter Fahrlässigkeit ohnedies ausschließen, sodass ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht vorliege.

6. *„Nach Ablauf der jeweiligen Mindestbezugszeit verlängert sich der Vertrag auf unbestimmte Zeit.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel im Wege einer sogenannten Erklärungsfiktion eine automatische Verlängerung des nach der jeweiligen Mindestbezugszeit (12 Monate) ablaufenden Abonnements vorsehe, ohne dass die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG monierten Wirksamkeitserfordernisse für solche Erklärungsfiktionen berücksichtigt würden.

Die **Beklagte** wendete ein, dass die Klausel im Gesamtzusammenhang des Punktes VIII. 1. ABGB zu sehen sei, in der der Kunde darauf hingewiesen werde, dass er den Vertrag spätestens drei Monate vor Ablauf der Mindestvertragszeit kündigen müsse, um eine Vertragsverlängerung zu verhindern. Die Kündigungsmöglichkeit und Frist sei daher von vornherein konkret vorgesehen.

7. *„Sollte SPARGARANT die weitere Erscheinung eines Titels aus wirtschaftlichen Gründen einstellen oder es der SPARGARANT aufgrund von Umständen, die sie nicht zu vertreten hat (z.B. auf Grund von Gesetzesänderungen) unmöglich werden, die Lieferung weiter durchzuführen, ist SPARGARANT zur sofortigen Kündigung des Vertrages berechtigt, ohne dass hieraus Schadenersatzansprüche seitens des Abonnenten entstehen.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel bei konsumentenfeindlichster Auslegung auch verschuldete Fälle der Einstellung der Tätigkeit der Beklagten umfasse und von dispositivem Schadenersatzrecht des ABGB abweiche. Eine sachliche Rechtfertigung liege nicht vor, sodass die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei. Die Klausel schränke auch die Haftung des Unternehmers entgegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG ein, da sie auch Fälle umfasse, in denen das Erscheinen eines Magazins aus (groben) Verschulden der Beklagten unterbleibe. Zumal die Klausel die Beklagte ohne sachliche Gründe zur sofortigen Kündigung des Vertrages berechtigt, verstoße sie auch gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG.

Die **Beklagte** wendete ein, dass sich die Klausel ausdrücklich auf Umstände beziehe, die die Beklagte nicht zu vertreten habe, daher jedenfalls zulässig sei. Des weiteren sei sie sachlich gerechtfertigt, wenn sie die Möglichkeit einer vorzeitigen Vertragsbeendigung vorsehe, wenn die Beklagte aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, den Vertrag aufrecht zu erhalten. Sinn und Zweck sei die Vermeidung jeglicher finanzieller bzw. wirtschaftlicher Notlage der Beklagten, die unter Umständen sogar zu einer Insolvenz der Beklagten führen könne. Die vorzunehmende Interessenabwägung bei der Beurteilung der gröblichen Benachteiligung führe zum Ergebnis, dass bei Abwägung der Interessen der Vertragsparteien das Interesse der Beklagten an der Aufrechterhaltung dieser Klausel wesentlich größer ist als jenes der Kunden am Wegfall der Klausel.

8. *„Die Kündigung ist in jedem Falle schriftlich auszusprechen und an das mit der Betreuung und Verwaltung des Abonnements beauftragte Dienstleistungsunternehmen zu richten.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoße, da sich aus der Klausel nicht ergebe, welches Dienstleistungsunternehmen von der Beklagten mit der Betreuung und Verwaltung des Abonnements beauftragt ist und daher völlig unklar sei, an wen die Kündigung zu richten sei.

Die **Beklagte** wendete ein, dass sich aus den Vertragsunterlagen sowohl Name als auch Adresse und E-Mail-Adresse des Dienstleistungsunternehmens ergebe.

9. *„SPARGARANT verarbeitet und nutzt die Daten des Abonnenten zur Durchführung des Vertrages, zur Pflege der laufenden Kundenbeziehung und um Werbung für eigene Angebote zu übermitteln.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar sei, welche Daten der Kunden konkret verwendet würden. Mit der Klausel beabsichtige die Beklagte zudem, sich eine Zustimmung zur (Direkt-)Werbung per Telefon und E-Mail einräumen zu lassen. Eine Einwilligung gemäß § 107 Abs 1 und 2 TKG könnte grundsätzlich zwar auch durch Akzeptieren von AGB erfolgen, jedoch müssten die allgemeinen Regeln für die Inhalts- und Geltungskontrolle sowie hinsichtlich der Transparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG eingehalten werden. Demnach müsse bei Werbemaßnahmen jedenfalls die Zustimmungsklausel entsprechend 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. Da der Vertragsabschluss vom Akzeptieren der Klausel 9 und 10 abhängig gemacht werde, könne ein Widerruf der Zustimmungserklärung in oder erst danach, daher aber eben nicht zeitgleich, erfolgen. Demnach müssten jene Kunden, die nie bereit wären, eine derartige Zustimmung zu erteilen, aber dennoch den Vertrag abschließen wollen, eine entsprechende Zustimmungserklärung zunächst abgeben, um sie erst in weiterer Folge widerrufen zu können. Dieses Ergebnis sei mit der Freiwilligkeit datenschutzrechtlicher Zustimmungserklärungen nicht zu vereinbaren. Es liege daher ein Verstoß gegen § 4 Z 14 DSGVO vor.

Die **Beklagte** wendete ein, dass ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG nicht vorliege, weil der Kunde die Daten selbst an die Beklagte übermittle und daher auch nur diese Daten verarbeitet würden. Es sei dem Kunden daher unzweifelhaft klar, welche Daten gemeint seien. Die Einholung der Zustimmung gemäß § 107 TKG per AGB sei zulässig. Im Übrigen sei in Punkt X. 3. der AGB ausdrücklich ein Widerrufsrecht der Kunden hinsichtlich der Verwendung von Daten zu Werbezwecken unter Angabe der Adresse, an die der Widerruf übermittelt werden kann, vorgesehen.

10. „Darüber hinaus ermöglicht es SPARGARANT namhaften Unternehmen und Institutionen (z.B. aus den Branchen Wellness, Lotterien und Touristik) ihren Kunden im Rahmen der werblichen Ansprache Informationen und Angebote zukommen zu lassen.“

Der Parteien erhoben zu dieser Klausel wechselseitig ihr zur Klausel Nr. 9 erstattetes Vorbringen.

11. „Änderungen, die Kündigung und die Aufhebung von Abonnementverträgen bedürfen der Schriftform, Preisanpassungen bleiben von diesem Formerfordernis unberührt.“

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG verstoße. Unklar sei zudem, was die Beklagte in diesem Zusammenhang mit „Preisanpassungen“ meint und inwiefern diese vom Schriftform Erfordernis unberührt bleiben sollen. Die Klausel sei daher auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** wendete ein, es sei für den Kunden jedenfalls vorteilhaft, dass für Änderungen, Kündigungen und Aufhebungen die Schriftform vorgesehen sei, ein Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG liege daher nicht vor. Da es nur einen Preis, nämlich den Preis für den Bezug des Magazins „wiwando“ gibt, sei die Klausel nicht anders zu verstehen, als es Anpassungen des Abo-Preises betreffe. Die Klausel sei daher auch nicht intransparent.

12. *„Für sämtliche Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien gilt Schweizer Recht.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel gegen Art 6 Abs 2 Rom-I-VO verstoße, da die Klausel nicht auf diese Regelung hinweise, wonach eine Rechtswahl nicht dazu führen dürfe, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm das Recht an seinem gewöhnlichen Aufenthalt gewährt. Darüber hinaus stelle die Klausel auch nicht auf den in § 13a Abs 1 KSchG geforderten Günstigkeitsvergleich ab, der vorzunehmen ist, wenn das Recht eines Nicht-EWR-Staates vereinbart werden soll. Gemäß Abs 2 seien ungeachtet einer allenfalls zulässigen Rechtswahlklausel jedenfalls die Anwendung der §§ 6 KSchG, 864a und 879 Abs 3 ABGB zwingend. Auch dies berücksichtige die Klausel nicht.

Die **Beklagte** wendete ein, dass freie Rechtswahl bestehe. Der Günstigkeitsvergleich sei auf das konkrete Begehren der Verbrauchers beschränkt; ein genereller Vergleich zwischen den beiden Rechtsordnungen sei nicht anzustellen. § 13a Abs 1 KSchG schließe die Rechtswahl nicht aus, sondern beschränke nur deren allfällige nachteilige Wirkungen. Die Bestimmungen der §§ 6 KSchG, 864a und 879 Abs 3 ABGB kämen ohne Berücksichtigung des jeweils der Rechtswahl berufenen oder objektiv anwendbaren Rechts zur Anwendung. Das für die konkrete Rechtsfrage nachteiligere Recht bleibe insofern schlicht unangewendet.

13. *„Ausschließlicher Gerichtsstand ist 6440 Brunnen.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel eine Gerichtsstandsvereinbarung beinhalte, die gemäß § 14 KSchG unzulässig sei. Darüber hinaus sehe das vorliegende anzuwendende LGVÜ in Art 13, 14 für bestimmte Verbraucherverträge neben Prorogationsbeschränkungen zugunsten des Verbrauchers auch unabdingbare Klägergerichtsstände für Konsumenten im Inland vor. Auch darauf stelle die Klausel nicht ab.

14. *„Die unwirksame Bestimmung wird von den Vertragsparteien einvernehmlich durch eine solche Bestimmung ersetzt, welche den wirtschaftlichen Sinn und Zweck der unwirksamen Bedingung in rechtswirksamer Weise am nächsten kommt. Die vorstehende Regelung gilt entsprechend der Regelungslücken.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel stelle auf den (unzulässigen) „Sinn und Zweck“ der jeweiligen (unwirksamen) Bestimmung ab und verstoße damit gegen das Transparenzgebot. Für den

Verbraucher ergebe sich daraus eine Verpflichtung, durch Abgabe einer für ihn nicht vorhersehbaren Erklärung einer Vertragsänderung zu zustimmen.

Die **Beklagte** wendete ein, dass die Formulierung eine „salvatorischen“ Klausel darstelle, die den anerkannten Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegungen entspreche. Es erfolge keine einseitige Festlegung einer Ersatzklausel, sondern solle die unzulässige Klausel „einvernehmlich“ durch eine solche Bestimmung ersetzt werden, welche dem wirtschaftlichen Sinn und Zweck der unwirksamen Bedingung in rechtswirksamer Weise im nächsten kommt.

15. „SPARGARANT behält sich zudem vor, diese AGBs zu ändern. Insbesondere gilt dies dann, wenn eine Änderung auf Grund zwingender gesetzlicher Vorschriften oder richterlicher Entscheidungen erforderlich wird. Die Änderungen dieser AGBs werden dabei dem Abonnenten im Textform bekannt gegeben. Die Änderung wird im Verhältnis zum Abonnenten wirksam, sofern diese nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Änderung unter Angabe von Name, Adresse und KundenNr. entweder per E-Mail oder schriftlich (Postweg oder Telefax) Widerspruch gegen die Änderung erhebt. Im Falle eines Widerspruchs gelten die bisherigen AGBs fort mit der Maßgabe, dass an die Stelle einer auf Grund zwingender gesetzlicher Vorschriften unwirksamen Klausel die jeweils gesetzliche Regelung gilt. Auf das Widerspruchsrecht und die Folgen eines unterlassenen Widerspruchs wird der Teilnehmer bei Änderung der AGBs durch SPARGARANT besonders hingewiesen.“

Der **Kläger** brachte vor, dass sich die Beklagte auf Grund des ersten Satzes der Klausel das Recht vorbehalte, die AGB jederzeit unbeschränkt ändern zu können. Derartige einseitige Leistungsänderungen seien jedoch nicht ohne weiteres zulässig, die Klausel sei daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Bei konsumentenfeindlichster Auslegung beinhaltet die Klausel auch ein einseitiges Leistungsänderungsrecht gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Ein solches sei nur zulässig, wenn die Leistungsänderung für den Verbraucher zumutbar ist, insbesondere wenn sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist. Auch müsste dies im einzelnen ausgehandelt worden sein, wobei die Aufnahme in die AGB nicht ausreiche. Zudem ermögliche die Klausel auch einseitige Entgelterhöhungen der in den AGB mitgeregelten Bezugsentgelte. Sie verstoße daher auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Da die Entgeltänderungen nach dem Text der Klausel auch innerhalb der ersten zwei Monate nach Vertragsabschluss durchgeführt werden könnten, verstoße die Klausel auch gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG. Der erste Satz der Klausel sei zudem überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB, die Klausel sei auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Auch der zweite Teil der Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, zumal die Klausel nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lasse, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrages mittels Zustimmungsfiktion schützen könnte. Auch dieser Teil der Klausel verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG. Es handle

sich um eine zusammenhängende Klausel, deren Sätze unmittelbar verbunden sind und die als Einheit im Rahmen einer gebotenen Gesamtbetrachtung zu beurteilen sind, sodass sie in ihrer Gesamtheit wegzufallen hat.

Die **Beklagte** wendete ein, dass die Klausel kein einseitiges Recht der Beklagten zur AGB-Änderung regle, weil sie das Prozedere gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG wiedergibt. Im Übrigen sehe § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nur formale Anforderungen vor. Die Klausel sehe kein Recht vor, Entgelte zu ändern, § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 4 KSchG sei daher nicht anwendbar. Die Klausel sei auch sachlich gerechtfertigt. Ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG liege daher nicht vor. Da sich die Rechtslage aufgrund Gesetzesänderungen oder Rechtsprechung jederzeit ändern könne, sei die Klausel nicht überraschend. Der Kunde müsse vielmehr davon ausgehen, dass im Falle von Gesetzesänderungen oder einschlägiger Rechtsprechung die erforderlichen Anpassungen von der Beklagten zwingend vorzunehmen seien, um nicht einen Rechtsverstoß zu begehen.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden (Beilagen ./A bis ./J und ./1 bis ./12 sowie Transkription Quality-Call [REDACTED] (Beilage ./13), Transkription Quality-Call [REDACTED] (Beilage ./14) und Transkription Quality-Call [REDACTED] (Beilage ./15)), sowie Einvernahme der Zeugen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED].

Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

Die Beklagte ist unter der Handelsregisternummer 17030283281 beim Bezirksgericht Schwyz protokolliert und hat ihren Sitz in 6440 Brunnen, Schweiz.

Die Beklagte ist Herausgeberin des Magazin „Winando“. Das Magazin „Winando“ und dessen Inhalt beschreibt die Beklagte auf der von ihr betriebenen Homepage www.winando.at wie folgt (Beilage ./A):

*„**Winando** – eine gute Idee!*

***Winando** ist die Nummer 1 der Gewinnmagazine in Österreich. Mit **Winando** ist der Leser in vielerlei Hinsicht auf der Gewinnerseite.*

***Winando** recherchiert monatlich die besten Gewinnchancen in Zeitschriften, im Fernsehen, bei Facebook oder im Internet. Mit **Winando** hat der Leser die besten Chancen monatlich in der Übersicht und kann mit Hilfe von uns an diesen Chancen teilnehmen. Der Kunde löst dabei die gestellten Rätsel- und Knobelfragen selbst und sendet den Lösungsbogen an uns.*

***Winando** präsentiert themenspezifische TV-Programmhinweise. Damit sind neben*

Gewinnchancen und Gewinninformationen auch die wichtigsten Showhinweise im deutschsprachigen Fernsehen enthalten. Ein Mehrwert, der sich lohnt.

*Neben den Gewinnchancen werden dem Leser von **Winando** eine Vielzahl von informativen Berichten und Storys geboten. Dabei sind Themenbereiche wie Reise und Freizeit, Essen und Trinken, Wohnen und Leben, Gesundheit, Mode und Lifestyle, Finanzen, alles rund ums Auto, Technik und noch vieles mehr enthalten. Ständig frisch und aktuell von unserer Redaktion recherchiert.*

*Aber damit noch nicht genug: Der Leser soll vom Leserkreis von **Winando** profitieren. **Winando** präsentiert immer wieder tolle Einkaufsvorteile aus den Bereichen des alltäglichen Lebens, Coupons und Gutscheinaktionen.*

***Winando** ist das größte Chancenpaket auf Papier!“*

Auf ihrer Website www.winando.at wirbt die Beklagte unter anderem wie folgt (Beilage ./G):

„Die besten Gewinnchancen auf einen Blick!

Keiner recherchiert mehr Gewinnchancen als wir. So haben Sie Monat für Monat unzählige Optionen auf ihren Traumgewinn. Darüber hinaus erwarten Sie mit dem Abo-Pass außergewöhnliche Zusatzleistungen im Wert von über 500 Euro.

Winando-Chancen-Booster!

*Mit **Winando** können Sie als Abonnement Ihr persönliches Chancen-Plus aktivieren. Wir bieten Ihnen gratis die Teilnahmen an weiteren Gewinnchancen an. Neben Gewinnspielen stellen wir auch Chancen der Eurolotto zur Verfügung.*

*Der **Winando** – Mehrwert!*

*Aufgrund unserer Positionierung und einem guten Beziehungsnetzwerk zu anderen Unternehmen können wir ihnen Vorteilsleistungen zu Vorzugspreisen anbieten. Sie suchen und bestellen bei uns die ideale, redaktionelle Ergänzung zu Ihrer Ausgabe von **Winando**. Wir bieten Ihnen alle exklusiv in Österreich Prämien in den Bereichen Lotterie + Gewinnen, Reise, Strom, Gas und vieles mehr an.*

Dieser Service ist exklusiv für Abonnenten.“

Im monatlich erscheinenden Magazin „Winando“ wird den Kunden eine Übersicht über diverse Gewinnspiele geboten und es diesen damit ermöglicht, an den Gewinnspielen teilzunehmen. Dabei muss der Kunde selbst aktiv werden, indem er die Gewinnspiele (Rätsel und Knobelfragen) selbst löst und die Lösungsbogen an die Beklagte sendet, die sie sodann an die jeweiligen Gewinnspielanbieter bzw. -veranstalter des Gewinnspieles weiterleitet.

Die Geschäftstätigkeit der Beklagten ist sowohl auf die Schweiz, als auch auf österreichische Kunden ausgerichtet. Derzeit sind rund 3.000 Kunden in ganz Österreich durch Teilnahme an diversen, von der Beklagten in ihrem Magazin Winando dargestellten Gewinnspielen aktiv.

Für das Vertragsabschlussprozedere bei der Beklagten stehen den Kunden zwei Möglichkeiten zur Verfügung, nämlich einerseits die Online-Bestellung, andererseits die telefonische Bestellung.

Bei der Onlinebestellung kann der Kunde durch Ausfüllen des Online-Formulars (Beilage ./2) auf der Website www.winando.at das Magazin „Winando“ bestellen. Auf dem Formular sind vom Kunden unter der blickfangartigen hervorgehobenen Überschrift „**Winando gratis nach Hause liefern lassen**“ und dem Hinweis „*Lesen Sie monatlich **Winando** bequem zu Hause und genießen Sie das Chancen-Paket rund um die Uhr. Bestellen Sie heute noch die ersten zwölf Ausgaben und erhalten Sie Zugang zu unseren VIP-Abo-Pass*“ die entsprechenden Felder der Anrede, Vorname, Nachname, Straße, PLZ, Ort, Telefon und E-Mail auszufüllen. Unter diesen auszufüllenden Feldern befindet sich der mittels Setzens eines Häkchens anzuklickende Tarif „*Bitte wählen Sie ihren gewünschten Tarif aus – 12 Monate für EUR 399,60*“ sowie die ebenso mittels Setzens eines Häkchens auszuwählende Bestätigung „*Ich habe die AGB gelesen und akzeptiere sie*“. Eine Tarifauswahl besteht nicht, der Tarif von EUR 399,60 ist fix vorgegeben. Ebenso wenig bestehen mehrere Zahlungsvarianten (wie monatlich, dreimonatlich, halbjährlich oder jährlich).

Darunter befindet sich (über einen Link, der zu den AGB der Beklagten führt) der Button bzw. die Schaltfläche „*Verbindlich bestellen*“ (Beilage ./2). Erst durch Anklicken des Kästchens über dem Tarif sowie jenes über der Bestätigung, die AGB gelesen und akzeptiert zu haben, ist eine Online-Bestellung durch Anklicken des Buttons „*Verbindlich bestellen*“ möglich.

In weiterer Folge wird dem Kunden sodann eine Auftragsbestätigung sowie eine Ausgabe des Magazins Winando (Beilage ./J) zugesendet.

Bei der telefonischen Bestellung kontaktiert die Beklagte potenzielle Kunden (auch) in Österreich, um mit ihnen Verträge über einen monatlichen Bezug des Gewinnmagazins „Winando“ abzuschließen.

So wurde [REDACTED] am 24.3.2017 von einem Mitarbeiter des Callcenter der Beklagten telefonisch kontaktiert, nachdem sie zuvor im Internet an einem Gewinnspiel über Konzertkarten für „Rock in Vienna“ teilgenommen hatte. In diesem Telefonat wurden ihr von dem Callcenter-Mitarbeiter ihre Daten, nämlich Name, Adresse, Geburtsdatum und E-Mail Adresse, mitgeteilt und die Kundin nach der Richtigkeit der Daten gefragt, die diese schließlich bestätigte. Hinsichtlich der Kontonummer wurde von dem Anrufer nur ein Teil der

Ziffern der Kontonummer genannt, die von der Zeugin verneint wurden. Der Anrufer teilte ihr mit, dass sie Konzertkarten gewonnen hätte, er mit ihr allerdings noch ein Gespräch über ein Abo bezüglich eines Gewinnspieles führen müsse, welches von ihr vor Erhalt der Karten abzuschließen sei. In schlecht verständlichem Deutsch sowie akustisch schlecht verständlich teilte ihr der Anrufer mit, dass es sich um ein kleines Büchlein mit einem Gewinnspiel, etwa über einen Abend im Casino oder ein Auto etc., handeln würde.

Eine Vereinbarung über den monatlichen Bezug oder Abschluss eines Abos über das Gewinnmagazin „Winando“ wurde während des Telefonat nicht getroffen. Ebenso wenig erhielt die Kundin in dem Telefonat einen Hinweis über ihr Rücktrittsrecht oder die Geltung von AGB der Beklagten.

Sodann teilte der Mitarbeiter des Callcenters mit, dass sie zu einem weiteren Mitarbeiter weitergeleitet würde, der alles Nähere mit ihr ausmachen würde. Die Zeugin [REDACTED] wurde daraufhin im selben Telefonat weitergeleitet zu einem anderen Mitarbeiter des Callcenter der Beklagten, der sie zunächst nach ihrem Einverständnis zur Aufzeichnung des Gespräches fragte. Nachdem die Kundin zustimmte, nannte der Mitarbeiter den Vor- und Zunamen der Kundin, die diese bestätigte. Er teilte ihr sodann mit, die Unterlagen heute fertig zu machen und die Vertragsunterlagen an [REDACTED] [REDACTED]“ zu schicken. Sodann forderte er sie auf, das Geburtsdatum zu nennen, welches von der Zeugin bekannt gegeben wurde.

In weiterer Folge fasste der Mitarbeiter „die wichtigsten Vorteile“ für die Zeugin wie folgt zusammen (Beilage ./13):

„Winando ist ein Produkt der Spar Garant AG. Sie sichern sich für die nächsten zwölf Monate Winando zu und haben damit die Chance, 1,5 Millionen Euro im Monat zu gewinnen. Zusätzlich haben sie mit dem Winando-VIP-Pass Zugriff auf automatische Gewinneteilnahmen wie Eurolotto, Reiserabatte und vieles mehr. Natürlich bekommen sie auch monatlich unser Winando-Magazin ohne Zusatzkosten druckfrisch nach Hause geschickt. Ihr Servicebeitrag für das Chancenpaket beträgt nur EUR 33,30 pro Monat und wird vierteljährlich bequem per Lastschrift von ihrem Konto abgebucht. Ist das soweit okay für sie, ja?“

Die Kundin erklärte sich einverstanden und, nachdem der Callcenter-Mitarbeiter ihre Kontoverbindung durch Angabe der Bank und des IBAN mit Ausnahme der letzten vier Ziffern angab und die Kundin um die Angabe der letzten vier Ziffern ersuchte, gab diese die letzten vier Ziffern ihrer Kontoverbindung an. Sie bestätigte daraufhin, die alleinige Kontoinhaberin zu sein, worauf der Mitarbeiter wörtlich ausführte:

„Also, die erste Lastschrift findet natürlich erst ca. 14 Tage nach Erhalt der Spielunterlagen statt. Sie denken bitte daran, Frau [REDACTED], mit den Unterlagen erhalten sie auch ihren

VIP-Pass, der noch weitere Millionenchancen für sie bereit hält. Die Unterlagen haben sie in den nächsten Tagen in ihrem Briefkasten, wo auch der genaue Termin drauf steht, wann es los geht. Dann sind sie also mit dem Vertrag einverstanden ja?". [REDACTED] erklärte ihr Einverständnis („ja“), worauf der Callcenter-Mitarbeiter das Telefonat wie folgt beendete:

„Perfekt, sollten wir innerhalb dieses Jahres nichts mehr von ihnen hören, dürfen wir sie auch im nächsten zu den zufriedenen Kunden zählen. Dann bedanke ich mich herzlich für das nette Gespräch, natürlich für ihr Vertrauen, ich wünsche ihnen Glück und Spaß mit Winando. Bis zum nächsten Mal. Auf Wiederhören Frau [REDACTED]“

In weiterer Folge erhielt die Kundin [REDACTED] ein Schreiben der Beklagten vom 3.4.2017 mit folgendem auszugsweise wiedergegebenen Inhalt (Beilage ./C = ./4):

„Sie nutzen die Chance – Glückwunsch!

(Auftragsbestätigung für winando Gewinnmagazin)

Sehr geehrte Frau [REDACTED],

wie gewünscht, bestätigen wir Ihnen nochmals schriftlich die am 24.3.2017 getroffene Liefervereinbarung. Mit ihrer Entscheidung für winando sagen Sie ab sofort „Ich nutze die Chance“ und liegen goldrichtig! Die vielfältigen Vorteile möchten wir noch rasch zusammenfassen und Sie finden diese auch in der Beilage.

Erst einmal möchten wir Danke sagen. Als Dankeschön, dass sie sich für winando entschieden haben, legen wir Ihnen den VIP-Pass bei. Im VIP-Pass warten exklusive und kostenfreie Zusatzleistungen auf Sie, welche das Winandoangebot sinnvoll ergänzen und abrunden. Es erwarten Sie weitere 1200 Gewinnspiel-Chance, die Chance auf die Teilnahme der Eurolotto Austria, 1.000.000 Euro – Bargeld-Chance von Lott2, Reisechecks und vieles mehr. Greifen Sie nach belieben zu – senden Sie uns portofrei den entsprechenden Scheck zurück oder aktivieren Sie die Gratis-Leistung im Online-Bereich unter www.winando.at. Loggen Sie sich dazu bitte mit den Benutzer: [REDACTED] und Passwort: [REDACTED] ein.

Jetzt zur Hauptleistung: Sie erhalten das monatliche an titelgeschützte winando Gewinnmagazin um sich auch selbst an einer Gewinnfindung beteiligen zu können. Alle von Ihnen eingesandten Lösungen werden von uns verarbeitet und weitergeleitet. Winando bietet Ihnen nicht nur 40 recherchierte und redaktionell aufgearbeitete Premium-Gewinnchancen, es bietet Ihnen auch wertvolle Tipps zu gewinnrelevanten Veranstaltungen im Radio und Fernsehen. Immer brandneu und top-aktuell.

In der Beilage finden Sie noch unsere Extra-Ausgabe von winando, die einen

Vorgeschmack auf die zu erwartenden Premium-Chancen gibt. Knobeln und Rätseln Sie schon los, bis Sie die erste Hauptausgabe im Juni 2017 erhalten. Diese wird dann auch wesentlich umfangreicher. Versprochen!

[...]

Auf der Rückseite dieses Schreibens waren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten abgedruckt.

Diese lauten auszugsweise wie folgt (Beilage ./H = ./1):

„[...]

II. Begründung des Vertragsverhältnisses

1. Die fernmündliche, schriftliche oder via Internet abgegebene Bestellung einer Zeitschrift durch den Abonnenten ist ein bindendes Angebot. SPARGARANT kann dieses Angebot selbst oder über ein beauftragtes Dienstleistungsunternehmen durch Zusenden einer Auftragsbestätigung innerhalb von 2 Wochen annehmen. Mit der Annahme kommt der Vertrag zustande, spätestens jedoch mit der Aufnahme der Belieferung. Ein Anspruch auf Vertragsabschluss besteht nicht. SPARGARANT kann den Vertragsabschluss ohne Begründung ablehnen. Die Entgegennahme der Personendaten eines Interessenten begründet noch kein Vertragsverhältnis.

[...]

IV. Obliegenheiten des Abonnenten

[...]

2. Der Abonnent verpflichtet sich, bei der Bestellung vollständige sowie sachlich und inhaltlich richtige Daten anzugeben. Er versichert verbindlich, mindestens 18 Jahre alt zu sein.

[...]

3. Der Abonnent, der (z.B. im Rahmen von Gewinnspielen, Internetwettbewerben, etc.) eigene Inhalte (z.B. Fotos, Texte, etc.) an SPARGARANT einsendet, erklärt sich durch die Einsendung damit einverstanden, dass die eingesandten Inhalte honorarfrei im Internet und im Printbereich vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben werden.

[...]

V. Bezugsentgelte

1. Der Abonnent hat für die Zeitschriften die vereinbarten Verzugspreise im Voraus zu entrichten. Das Bezugsentgelt wird in Tranchen üblicherweise während des Bezugszeitraums je nach Vereinbarung für zwei, drei, sechs oder zwölf Monate im Voraus zur Zahlung fällig. Die Gesamtkosten für die Waren beträgt bei einem Bezugszeitraum von zwei Monaten EUR 66,60, bei jenen von drei Monaten EUR 99,60, bei jenen von sechs Monaten EUR 199,80 und bei jenen von zwölf Monaten EUR 399,60. Alle Bezugspreise verstehen sich inklusive Versandkosten und der gesetzlichen Mehrwertsteuer.

2. SPARGARANT ist berechtigt, unbeschadet weitergehender Ansprüche, bei Zahlungsverzug Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz zu berechnen. Leistet der Abonnent trotz Mahnung und Fristsetzung keine Zahlung, ist SPARGARANT zudem berechtigt, neben den rückständigen Bezugsgebühren auch die bis zum Ende des laufenden Bezugszeitraums fällig werdenden Bezugsgebühren zzgl. Mahnkosten zu beanspruchen oder die weitere Vertragserfüllung abzulehnen und Schadenersatz wg. Nichterfüllung zu verlangen.

VI. Lieferstörungen und Haftung

[...]

2. Serviceleistungen und Inhalte der Zeitschrift Winadno:

Im Rahmen der Zeitschrift Winando werden vom Verlag Gewinnchancen publiziert, bei denen es sich um Gewinnspiele, Preisausschreiben oder Rätsel handelt, bei denen ein Gewinn ohne Zahlung eines Spieleinsatzes handelt. Der Verlag leitet zudem von Abonnenten eingesendete Lösungen unentgeltlich an die von Dritten veranstalteten Gewinnspiele, Preisausschreiben oder Rätsel weiter. Dieser Service ist keine kostenpflichtige Dienstleistung und wird gegenüber dem Käufer der Zeitschrift nicht fakturiert. Demgemäß übernimmt SPARGARANT auch keine Haftung für die Übermittlung der Lösungen, die Richtigkeit publizierter Lösungshilfen, das Gewinnen, für Gewinne und die ordnungsgemäße zur Verfügungsstellung der Gewinne an Teilnehmer der in der Zeitschrift veröffentlichten Gewinnspiele, Rätsel oder Preisausschreiben von Dritten. Hierfür liegt die Verantwortung bei den Gewinnspielanbietern selbst. Gleichfalls übernimmt SPARGARANT keine Gewähr für das ordnungsgemäße Ausspielen von Gewinnen. Soweit ein Abonnent einen Gewinn erzielt, wird ihm dies i.d.R. nicht von SPARGARANT, sondern vom Veranstalter direkt mitgeteilt. Die Mitteilung erfolgt auf Grundlage der vom Abonnenten angegebenen Daten. SPARGARANT haftet bezüglich den angebotenen Service nicht bei Betriebsstörungen, Fällen höherer Gewalt oder sonstigen, auch (aber nicht nur) technischen Beeinträchtigungen außerhalb des Einflussbereiches des von SPARGARANT. SPARGARANT haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, dies gilt auch für Ansprüche, die durch Erfüllungsgehilfen verursacht wurden.

Obwohl SPARGARANT datenschutzrechtliche Standards beachtet, kann keine Gewähr dafür übernommen werden, wie Gewinnspielanbieter mit Daten des Teilnehmers umgehen.

VII. Rücktritt vom Vertrag

1. *Rücktrittsrecht:* Sie können vom zustande gekommenen Vertrag innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen zurück treten. Um Ihr Rücktrittsrecht auszuüben, müssen Sie uns mittels einer eindeutigen Erklärung (z.B. ein mit der Post versandter Brief, Telefax oder E-Mail) über Ihren Entschluss, vom Vertrag zurückzutreten, informieren. Dabei können Sie das im Memberbereich zugängliche Muster-Rücktrittformular verwenden. Schriftliche Rückritterklärungen sind an die Spar Garant AG, Seewenstraße 11, CH-6440 Brunnen, zu richten. Entsprechende E-Mails sind an folgende E-Mail-Adresse zu richten: info@wiwando.at; per Fax können sie uns ihre Rückritterklärung an folgende Fax-Nummer schicken: 0043 820 500 768. Die Rücktrittfrist beginnt an dem Tag, an dem Die oder eine von Ihnen benannte Person (jedoch kein als Beförderer tätiger Dritter) die erste Ware zugesandt bekommen. Die Rücktrittfrist ist gewahrt, wenn Sie die Rückritterklärung innerhalb der Frist absenden.

[...]

VIII. Vertragsdauer und Kündigung

1. Soweit in Aktionsangeboten der SPARGARANT nichts abweichendes bestimmt wird, gelten folgende Bestimmungen zur Vertragsdauer und Kündigung: Der Vertrag gilt zunächst für eine Mindestlaufzeit von 12 Monaten. Eine Kündigung ist erstmals zum Ende dieser Mindestlaufzeit möglich. Die Kündigungsfrist zum Ende der Mindestbezugszeit beträgt 3 Monate. Nach Ablauf der jeweiligen Mindestbezugszeit verlängert sich der Vertrag auf unbestimmte Zeit. Der Vertrag kann dann von jeder Vertragspartei mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Vertragsjahres gekündigt werden.

2. Das Recht beider Parteien, den Vertrag aus wichtigen Grunde, gegebenenfalls auch fristlos zu kündigen, bleibt unberührt. Ein wichtiger Grund liegt bei Zahlungsverzug oder dann vor, wenn eine Partei schuldhaft gegen eine von ihr in diesem Vertrag übernommene wesentliche Verpflichtung verstößt und den Verstoß trotz Abmahnung mit angemessener Frist nicht innerhalb der gesetzten Frist abstellt. Sollte SPARGARANT die weitere Erscheinung eines Titels aus wirtschaftlichen Gründen einstellen oder es der SPARGARANT aufgrund von Umständen, die sie nicht zu vertreten hat (z.B. aufgrund von Gesetzesänderungen) unmöglich werden, die Lieferungen weiter durchzuführen, ist SPARGARANT zur sofortigen Kündigung des Vertrages berechtigt, ohne dass hieraus Schadenersatzansprüche seitens des Abonnenten entstehen.

3. Die Kündigung ist in jedem Fall schriftlich auszusprechen und an das mit der Betreuung und Verwaltung des Abonnement beauftragte Dienstleistungsunternehmen zu richten.

IX. Kostenfreie Zusatzleistungen:

(ABO-Pass)

1) Je nach Vereinbarung erhält der Abonnent kostenfreie Zusatzleistungen, die von SPARGARANT unter dem Abo-Pass zusammengefasst sind. Dieser Abo-Pass bietet u.a. gratis Gutscheine für die Teilnahme an einem unentgeltlichen Gewinnspielservice, Gutscheine für ein unentgeltliches Gewinnspiel zur unentgeltlichen Teilnahme an Eurolotto Austria, Rabatt-Coupons für Reiseangebote (Kreuzfahrten, Pauschalreisen, etc.) und Rabatt-Aktionen zum Erwerb von Waren. Die Gutscheine können bei SPARGARANT oder direkt beim jeweiligen Abwicklungspartner eingelöst werden. Den Kunden entstehen hierfür keine Kosten.

X. Datenschutz

1. SPARGARANT verarbeitet und nutzt die Daten des Abonnenten zur Durchführung des Vertrages, zur Pflege der laufenden Kundenbeziehung und um Werbung für eigene Angebote zu übermitteln. Zur Durchführung des Vertrages und zur Pflege der Kundenbeziehung bedient sich die SPARGARANT teilweise externer Dienstleister. Die einschlägigen Bestimmungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten werden von SPARGARANT eingehalten.

2. Der Abonnent ist mit der automatisierten Verarbeitung seiner Daten einverstanden. Der Abonnent ermächtigt SPARGARANT Adressen und Adressänderungen zur vertragsgemäßen Erfüllung an beauftragte Dienstleistungsunternehmen weiter zu geben. Er ermächtigt die zuständige Post oder einen anderen, von SPARGARANT beauftragten Zustelldienst, eventuelle Adressänderungen des Abonnenten an SPARGARANT mitzuteilen. Um die Anmeldung bei Gewinnspielen Dritter zu ermöglichen, ist der Abonnent damit einverstanden, dass SPARGARANT die von ihm angegebenen Daten speichert und an den Gewinnspielanbieter weiter gibt.

3. Darüber hinaus ermöglicht es SPARGARANT namhaften Unternehmen und Institutionen (z.B. aus den Bereichen Wellness, Lotterie und Touristik) ihren Kunden im Rahmen der werblichen Ansprache Informationen und Angebote zukommen zu lassen. Unter der Adresse der Spar Garant AG, Seewenstraße 11, CH-6440 Brunnen, kann der Verwendung von Daten zu Werbezwecken jederzeit widersprochen werden.

X. Sonstige Bestimmungen

1. Änderungen, die Kündigung und die Aufhebung von Abonnentenverträgen bedürfen der Schriftform. Preisanpassungen bleiben von diesem Formerfordernis unberührt.

2. Für sämtliche Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien gilt Schweizer Recht.

3. Erfüllungsort ist der Geschäftssitz der SPARGRANT. Ausschließlicher Gerichtsstand ist 6440 Brunnen.

4. Sollten einzelne Bestimmungen dieser AGB gesetzlichen Regelungen widersprechen und/oder unwirksam sein, so wird der Vertrag im Übrigen nicht berührt. Die unwirksame Bestimmung wird von den Vertragsparteien einvernehmlich durch eine solche Bestimmung ersetzt, welche dem wirtschaftlichen Sinn und Zweck der unwirksamen Bedingung in rechtswirksamer Weise am nächsten kommt. Die vorstehende Regelung gilt entsprechend bei Regelungslücken. SPARGARANT behält sich zudem vor, diese AGBs zu ändern. Insbesondere gilt dies dann, wenn eine Änderung aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften oder richterlicher Entscheidungen erforderlich wird. Die Änderungen dieser AGBs werden dabei dem Abonnenten in Textform bekannt gegeben. Die Änderung wird im Verhältnis zum Abonnenten wirksam, sofern dieser nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Änderung und der Angabe von Namen, Adresse und KundenNr. entweder per E-Mail oder schriftlich (Postweg oder Telefax) Widerspruch gegen die Änderung erhebt. Im Falle eines Widerspruchs gelten die bisherigen AGBs fort, mit der Maßgabe, dass an die Stelle einer aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften unwirksamen Klausel die jeweils gesetzliche Regelung gilt. Auf das Widerspruchsrecht und die Folgen eines unterlassenen Widerspruch wird der Teilnehmer bei Änderung der AGBs durch SPARGARANT gesondert hingewiesen.“

Gemeinsam mit diesem Schreiben (Beilage ./C) wurden der Zeugin [REDACTED] von der Beklagten eine Winando-Ausgabe (Beilage ./J) sowie ein VIP-Pass (Beilage./I) zugesendet. In diesem waren mehrere Gewinncoupons enthalten, in denen unter anderem angeführt ist (Beilage ./I):

„Mit Einsenden dieser Karte beauftragen Sie uns – ohne weitere Zusatzkosten – Sie bei unserem Partner für automatische Gewinnspielteilnahmen (Eintragungsservice) für 1.200 Gewinnspiele anzumelden. Unser Partner ist bemüht, nur die besten Chancen auszuwählen und Sie dort teilnehmen zu lassen. Bei so vielen Gewinnchancen müssten Sie schon bald zu einem glücklichen Gewinner werden. Einen Nachweis über die Teilnahme erhalten Sie im Kundenbereich von winando.

Durch Einsenden des Schecks oder Aktivieren im Online-Bereich akzeptieren Sie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von winando bei Spar Garant AG. Sie genehmigen uns, die notwendigen persönlichen Angaben zur Erfüllung dieser Leistung an den Dienstleister zu übergeben. Sollten Sie den Service nicht mehr nutzen wollen, bitten wir um Kontaktaufnahme unter info@winando.at. Ferner akzeptieren Sie die Teilnahmebedingungen der jeweiligen

Gewinnspielveranstalter. Winando respektive Spar Garant AG ist nicht der Gewinnspielveranstalter und veranstaltet auch keine Gewinnspiele.“

In der Folge wurde vom Konto der Zeugin [REDACTED] ein Betrag von EUR 99,90 abgebucht (Beilage ./8). Die Zeugin erhielt von der Beklagten keine Bestätigung des Vertragsangebots auf einem dauerhaften Datenträger, noch übermittelte sie eine Bestätigung über die Annahme des Vertragsangebotes der Beklagten auf einem dauerhaften Datenträger an die Beklagte. Über Vermittlung der Arbeiterkammer Vorarlberg wurde der Vertrag seitens der Beklagten mit Schreiben vom 28.4.2017 „aus Kulanzgründen“ beendet (Beilage ./E) und der Zeugin der Betrag von EUR 99,90 rückgebucht (Beilage ./9 und ./10).

Nachdem Frau [REDACTED] via Internet auf Facebook bei einem Gewinnspiel für Konzertkarten zu einem Konzert von Helene Fischer teilgenommen hatte, wurde sie am 29.3.2017 von einem Callcenter-Mitarbeiter der Beklagten telefonisch kontaktiert, der sie auf das Gewinnspiel ansprach und sie zum Gewinn von Konzertkarten beglückwünschte. Er teilte ihr mit, dass das ganze mit einem Abo hergehen würde, damit ihr die Tickets zum Konzert von Helene Fischer zugeschickt werden könnten. Er fügt hinzu, dass die ersten Monate gratis sein würden und dann das Ganze etwas kosten würde. Der Mitarbeiter gab in dem Telefonat die Kontonummer der Kundin mit Ausnahme der letzten drei Ziffern an und fragte sie nach den letzten drei Ziffern ihrer Kontonummer, die sie ihm schließlich nannte.

[REDACTED] erteilte keine Zustimmung zum Bezug eines Abos über das Gewinnmagazin Winando. Über ein allfälliges Rücktrittsrecht wurde in diesem Telefonat nicht gesprochen. Vielmehr teilte ihr der Mitarbeiter des Callcenters mit, dass die Zeugin sodann alles schriftlich zusammengefasst erhalten würde. Die angeblich gewonnenen Konzertkarten wurden der Zeugin nicht übermittelt. Eine schriftliche Erklärung über die Annahme des Angebotes über die Lieferung des Magazins Winando auf einem dauerhaften Datenträger übermittelte [REDACTED] an die Beklagte nicht. Auch hatte sie zuvor von der Beklagten keine Bestätigung des Vertragsangebotes der Beklagten auf einem dauerhaften Datenträger erhalten.

Sodann teilte ihr der Mitarbeiter mit, dass sie an einen Kollegen weiter geleitet würde, damit die gesamten Daten von ihr noch bestätigt werden könnten. Die Zeugin wurde sodann (im selben Telefonat) an einen anderen Callcenter-Mitarbeiter weitergeleitet, der mit ihr ein Gespräch mit im Wesentlichen gleichen Inhalt wie das zweite Telefongespräch des Callcenter-Mitarbeiters mit der Zeugin [REDACTED] führte (Beilage ./14). Diese zweiten Gespräche, die nach Zustimmung des jeweiligen Kunden seitens der Beklagten stets aufgezeichnet werden („Quality Call“) laufen im Wesentlichen inhaltlich immer in dieser Form ab, da diese nach einem Gesprächleitfaden („Leitfaden Quality Call“) abzuführen sind (Beilage ./3).

Nicht festgestellt werden kann, dass die Zeugin [REDACTED] in der Folge eine Auftragsbestätigung vom 10.4.2017 zugestellt erhielt.

Von ihrem Konto wurde sodann ein Betrag von EUR 99,90 abgebucht, der über Veranlassung von [REDACTED] durch ihre Bank wieder rückgebucht wurde. In weiterer Folge erhielt die Zeugin eine Zahlungserinnerung der Beklagten vom 27.5.2017 (Beilage ./11, Seite 2). Nachdem die Zeugin mit Mail vom 1.6.2017 ihren Rücktritt gegenüber der Beklagten erklärte (Beilage ./11, Seite 3), stellte sich die Beklagte mit Schreiben von 1.6.2017 (Beilage ./11, Seite 5) auf den Standpunkt, [REDACTED] habe der Liefervereinbarung fernmündlich zugestimmt und in einem zweiten Anruf den Vertragsabschluss bestätigt. Schließlich erhielt die Zeugin eine Mahnung der Beklagten vom 24.6.2017 (Beilage ./11, Seite 6), worauf sie sich an den Kläger wandte. Über Intervention des Klägers stornierte die Beklagte schließlich die „Liefervereinbarung aus Kulanzgründen“ (Beilage ./11, Seiten 8 und 9).

Der Inhalt des ersten Telefonats zwischen der Beklagten und der von ihr kontaktierten [REDACTED] kann nicht festgestellt werden. Das zweite, von der Beklagten mit Zustimmung von [REDACTED] aufgenommene Telefonat vom 17.1.2017 verlief inhaltlich gleichartig dem zweiten Telefonat des Mitarbeiters des Callcenters der Beklagten mit [REDACTED] sowie jenem mit [REDACTED] (Beilage ./15).

Mit eingeschriebenem Brief des Klägers von 7.8.2017 wurde die Beklagte aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs. 2 KSchG abzugeben (Beilage ./F), welcher Aufforderung die Beklagte nicht nachkam.

Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen gründen sich zum einen auf die vorgelegten – bei den jeweiligen Feststellungen in Klammer angeführten – unbedenklichen Urkunden, zum anderen hinsichtlich des Ablaufes und Inhaltes des ersten Telefonats zwischen den Callcenter-Mitarbeiter der Beklagten und den Zeuginnen [REDACTED] und [REDACTED] auf die jeweiligen Aussagen der beiden Zeuginnen. An der Glaubwürdigkeit der diesbezüglichen Aussagen beider Zeuginnen bestand seitens des Gerichtes kein Zweifel, zumal gegenteilige Beweisergebnisse nicht vorlagen und beide Zeuginnen im Wesentlichen den Ablauf ähnlich schilderten, wie sie auch übereinstimmend schilderten, dass es sich bei dem „zweiten“ Telefonat nicht um einen eigenständigen Anruf eines Mitarbeiters der Beklagten oder eines Mitarbeiters des Callcenters der Beklagten handelte, sondern beide nach dem ersten Gespräch innerhalb desselben Telefonates jeweils zum zweiten Gespräch weitergeleitet wurden. Zum Inhalt der Telefonate vermochte der Zeuge [REDACTED] ingegen – naturgemäß – keine Angaben zu machen, da er mit diesen nicht befasst war.

Inbesondere erschien es dem Gericht nachvollziehbar, wie von der Zeugin [REDACTED] [REDACTED] geschildert, dass sich der erste Anrufer mit ihr in gebrochenem Deutsch verständigt hatte und akustisch auch kaum verständlich war, zumal sich das Gericht beim Abspielen des USB-Sticks Beilage .12 hinsichtlich des zweiten Telefonats mit der Zeugin [REDACTED] einen Eindruck davon machen konnte, dass Passagen auch dieses Telefonats akustisch nahezu nicht verständlich waren.

Ebenso erachtete es das Gericht aufgrund der übereinstimmenden Schilderung beider Zeuginnen als nachvollziehbar, dass das erste Gespräch mit einer Gewinnmitteilung eingeleitet wurde bzw. auf die Teilnahme eines Gewinnspieles durch die Zeuginnen und den dabei gewonnenen Gewinn Bezug genommen wurde.

Was das erste Telefonat zwischen der Beklagten bzw. einem Mitarbeiter des Callcenter der Beklagten und der Kundin [REDACTED] [REDACTED] betrifft, so liegen diesbezüglich keine Beweisergebnisse vor, sodass diesbezüglich über den Inhalt auch keine Feststellung getroffen werden konnten.

Hinsichtlich des zweiten Telefonats mit den Zeuginnen [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] gründen sich die diesbezüglichen Feststellungen auf die Aufzeichnungen der beiden Gespräche (Beilagen .7 und .12) in Zusammenhalt mit den diesbezüglichen Transkriptionen (Beilagen .13 und .14). Daraus war zu entnehmen, dass die Inhalte dieser Gespräche im Wesentlichen gleichartig und entsprechend des Quality Call – Leitfadens (Beilage .3) abliefen.

Da die Zeugin [REDACTED] bestritt, die Auftragsbestätigung vom 10.4.2017 (Beilage .11, Seite 1) erhalten zu haben und das Beweisverfahren keinen objektivierte Nachweis für den Erhalt einer Auftragsbestätigung durch die Zeugin bot, konnte diesbezüglich auch keine positive Feststellung getroffen werden.

Die Feststellungen zum Unternehmensgegenstand und Geschäftsmodell der Beklagten im Zusammenhang mit dem Gewinnmagazin Winando und den damit zusammenhängenden von der Beklagten angebotenen Leistungen gründen sich auf die Aussage des Zeugen [REDACTED] in Zusammenhang mit den Angaben in VIP-Pass der Beklagten (Beilage .1). Seiner Aussage war auch zu entnehmen, dass die Kunden der Beklagten in Österreich über ganz Österreich verteilt sind und sich die Geschäftstätigkeit der Beklagten nicht nur auf die Schweiz, sondern auch auf Österreich bezieht.

Hinsichtlich des Vertragsabschlussprozederes via Online-Formular auf der Homepage der Beklagten betreffend die zur Verfügung stehende Zahlungsweise (monatlich, dreimonatlich, halbjährig oder jährlich) stand dieser Aussage der Screen-Shot des Online-Formulars (Beilage .2) entgegen, dem lediglich ein Tarif für zwölf Monate um EUR 399,60 zu entnehmen ist,

sodass davon ausgehen war, dass dieser fix vorgegeben und mehrere Zahlungsvarianten nicht zur Verfügung stehen, so dass die diesbezügliche Aussage des Zeugen [REDACTED] als widerlegt anzusehen war.

Dass die Gebühr jedenfalls immer EUR 399,60 beträgt für ein Abo für zwölf Monate, wurde auch vom Zeugen [REDACTED] bestätigt.

Die übrigen Feststellungen gründen sich auf die vorgelegten, unbedenklichen Urkunden.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Anzuwendendes Recht:

Bei der Beklagten handelt es sich um eine in der Schweiz ansässige AG, die Verträge mit Verbrauchern in Österreich schließt, die damit ihre Tätigkeit (auch) auf Österreich ausrichtet und die angestrebten Verträge in diesen Bereich der Beklagten fallen.

Da die Beklagte Verträge mit Verbrauchern in Österreich schließt, ihre Tätigkeit damit auch auf Österreich ausrichtet und die angestrebten Verträge in dem Bereich dieser Tätigkeit fallen, ist die Verbraucherschutzvorschrift des Art 6 Abs 1 Rom II-VO anwendbar, wonach Unterlassungsansprüche nach österreichischem Recht als dem Recht des Markortes zu beurteilen sind. Dies betrifft die Fragen der Reichweite des Unterlassungsanspruches (Verbot von „sinngleichen“ Klauseln) und der Wiederholungsgefahr. Davon getrennt ist zu prüfen, nach welchem Recht die Frage der Missbräuchlichkeit der einzelnen Klauseln zu beurteilen ist. Dieses Recht ist durch Anwendung der Rom I-VO zu ermitteln.

Von der Anwendung österreichischen Rechts kann zwar nach Art 6 Abs 2 mit Rechtswahl im Sinne des Art 3 Rom I-VO abgewichen werden. Die Rechtswahl kann aber nach dieser Bestimmung nicht dazu führen, dass in Österreich ansässigen Verbrauchern der Schutz zwingender Bestimmungen des österreichischen Rechts entzogen würde. Zwar enthält die – vom Unterlassungsbegehren ebenfalls umfasste – Klausel 12 die Wahl Schweizer Rechts. Wäre sie wirksam, so wäre auf Verträge mit den in Österreich ansässigen Verbrauchern grundsätzlich Schweizerisches Recht anzuwenden; die Klauseln müssten daher jedenfalls den Bestimmungen dieses Rechts entsprechen. Allerdings blieben die Verbraucher durch die zwingenden Bestimmungen des österreichischen Rechts geschützt. Im Ergebnis wäre die Verwendung von Klauseln daher jedenfalls dann zu untersagen, wenn sie gegen solche Bestimmungen des österreichischen Rechts verstießen. Da der Kläger einen Verstoß gegen zwingendes österreichisches Recht behauptet, ist nur dieser Verstoß zu prüfen, sodass österreichisches Recht zur Anwendung gelangt (vgl. 2 Ob 155/16g).

Jedenfalls betreffen die Unterlassungsbegehren, die Verstöße im Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit Abschlüssen im Fernabsatz zum Gegenstand haben, ein

außervertragliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung im Sinne des Kapitels II der Rom II-VO, sodass bereits gemäß Art 6 Abs 1 Rom II-VO das Recht jenes Staates, in dem die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt werden, sohin österreichisches Recht, anzuwenden ist.

Punkt 1. des Klagebegehrens:

Verstoß gegen § 5b KSchG:

Gemäß § 28a Abs 1 KSchG kann von den im § 29 KSchG genannten Verbänden auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit Abschlüssen im Fernabsatz gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt.

Gemäß § 5b KSchG sind Verträge, die während eines vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs im Zusammenhang mit Gewinnzusagen oder Wett- oder Lotteriedienstleistungen ausgehandelt werden, nichtig. Auf die Ungültigkeit des Vertrags kann sich nur der Verbraucher berufen. Für Leistungen, die der Unternehmer trotz deren Nichtigkeit derartiger Verträge erbracht hat, kann er weder ein Entgelt noch eine Wertminderung verlangen. Der Verbraucher kann alle Zahlungen und Leistungen, die vom Unternehmer entgegen dieser Bestimmung angenommen werden, zurückfordern.

Ein vom Unternehmer eingeleiteter Anruf liegt nicht nur dann vor, wenn der Unternehmer den Verbraucher anruft; ausreichend ist vielmehr, dass der Anruf des Verbrauchers vom Unternehmer eingeleitet, dh konkret veranlasst wurde. Das Erfordernis des „Zusammenhangs mit Gewinnzusagen oder Wett- und Lotteriedienstleistungen“ ist nach dem Normzweck weit auszulegen. Darunter fallen nicht nur Verträge über Wett- oder Lotteriedienstleistungen oder Verträge über unmittelbar mit der Gewinnzusage verbundene kostenpflichtige (Waren- der Dienst-)Leistungen, sondern auch bloß anlässlich der Gewinnzusage getätigte Warenbestellungen, Vertragsabschlüsse (*Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht, Rz 455ff) sowie alle damit im Zusammenhang stehenden Vertragsarten, zB auch Dienstleistungen zur regelmäßigen Teilnahme an Lottoziehungen oder an Gewinnspielen („Lotto-Abo“; *Hammerl in Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴, § 5b KSchG, Rz 3).

Die Regelung solle insbesondere auch Verträge erfassen, in denen ein Unternehmer die Weiterleitung von Lottotipps an Lottounternehmen zusagt, oder in denen Spielgemeinschaften oder Spielabonnements organisiert sind (*Apathy in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar, Verbraucherrecht, Band 5a, § 5b KSchG Rz 2 mwN).

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten, wonach die telefonische Bestellung des Kunden lediglich ein Angebot sei und der Vertragsabschluss erst durch Zusendung der schriftlichen

Auftragsbestätigung durch die Beklagte an den Kunden zustande kommen würde, reicht es nach dem Wortlaut des § 5b KSchG aus, dass der Vertrag während des Anrufs „ausgehandelt“ wird. Auf einen Vertragsabschluss im Zuge des Telefonats kommt es hingegen nicht an.

Fest steht, dass die Beklagte potentielle Kunden unter Bezugnahme auf eine bereits erfolgte Gewinnspielteilnahme zwecks Abschluss von Verträgen über die Lieferung des Gewinnmagazins Winando telefonisch kontaktiert, den Kunden durch das Magazin Winando eine monatliche Übersicht über die Gewinnspiele zur Verfügung stellt und eine Teilnahme an den jeweiligen darin angeführten Gewinnspielen ermöglicht sowie, dass sie sich von den Kunden deren Gewinnspiellösungen übermitteln lässt und diese an die jeweiligen Gewinnspielveranstalter weiterleitet. Damit bietet die Beklagte im Zusammenhang mit Gewinnspielen stehende Dienstleistungen an, die zwar nicht gesondert verrechnet bzw kostenpflichtig sind, jedoch Zusatzleistungen zu dem Abo-Preis über den Bezug des Gewinnmagazins Winando darstellen. Dass die Beklagte selbst Glücksspielveranstalter sein muss bzw diesbezügliche Verträge mit Gewinnspielveranstaltern abgeschlossen haben muss, ist für die Anwendbarkeit des § 5b KSchG hingegen nicht erforderlich.

Schließlich wird seitens der Call-Center-Mitarbeiter der Beklagten in dem mit den Kunden geführten Telefonaten auch nicht ausreichend klar dargestellt, dass es sich bei dem von der Beklagten angebotenen Produkt um ein Abo über das Magazin Winando handelt.

Zudem bietet die Beklagte auch im Zusammenhang mit Gewinnspielen stehende Zusatzleistungen durch die Übermittlung des VIP-Passes und den darin enthaltenen Coupons über die Teilnahme an Gewinnspielen an, wodurch der Kunde bei Ausfüllen und Übersendung der Coupons an die Beklagte diese beauftragt, den Kunden für Gewinnspielteilnahmen anzumelden. Somit liegt jedenfalls ein Zusammenhang mit den Gewinnzusagen und Lotteriedienstleistungen vor.

Verstoß gegen § 9 Abs 2 FAGG:

Gemäß § 9 Abs 2 FAGG ist der Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag über eine Dienstleistung, der während eines vom Unternehmen eingeleiteten Anrufs ausgehandelt wurde, erst gebunden, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung seines Verbraucheranbotes auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt und der Verbraucher dem Unternehmer hierauf eine schriftliche Erklärung über die Annahme dieses Anbotes auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt.

Die Bestimmung gilt grundsätzlich nur für Verträge über Dienstleistungen, wobei davon auch generell gemischte Verträge, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben, erfasst sind (*Kolba/Leupold* aaO Rz 245; *Dehn in Schwimann/Kodek* aaO

§ 9 FAGG Rz 7).

Entgegen der Argumentation der Beklagten umfasst ihre Leistung nicht nur das Angebot und die Lieferung des Gewinnmagazins Winando, sondern erbringt die Beklagte auch Zusatzleistungen, indem sie die von den Kunden an sie eingesendeten Gewinnspiellösungen an die Gewinnspielanbieter weiterleitet und diese Leistungen auch anbietet und zusagt. Dies ergibt sich auch aus dem im VIP-Pass angebotenen Leistungen, wonach der Kunde die jeweiligen Coupons ausfüllt und an die Beklagte übersenden kann, die damit beauftragt wird, den Kunden für Gewinnspielteilnahmen („Eintragungsservice“) anzumelden. Dabei hat der Kunde auch die Teilnahmebedingungen der jeweiligen Gewinnspielveranstalter zu akzeptieren, sodass damit die Beklagte auch Vermittlungsleistungen erbringt, die als Dienstleistungen zu qualifizieren sind und mit dem Abo-Preis über das Gewinnmagazin „Winando“ abgegolten werden. Die Erbringung dieser Leistungen führt zur Qualifikation als gemischte Verträge, was sich insbesondere aus Punkt VI.2. der AGB der Beklagten ergibt.

Die Formulierung in den AGB wonach die Übermittlung der eingesendeten Lösungen an die Gewinnspielveranstalter keine kostenpflichtige Dienstleistung darstelle, sagt hingegen nichts darüber aus, ob diese Leistung von der Beklagten auch zugesagt wird. Da diese Leistungen von der Beklagten ausdrücklich zugesagt werden, sind sie Teil des zwischen der Beklagten und dem Kunden abgeschlossenen Vertrages, sodass auch § 9 Abs 2 FAGG zur Anwendung gelangt.

Indem die Beklagte Konsumenten zwecks Abschluss von Verträgen oder die Lieferung des Gewinnmagazins Winando telefonisch kontaktiert und sodann telefonisch ausgehandelte Vertragsabschlüsse behauptet und, gestützt auf diese, Entgeltforderungen geltend macht, obwohl sie dem Konsumenten zuvor keine Bestätigungen ihres Vertragsanbotes auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellte und ihr die Verbraucher zuvor keine schriftlichen Erklärungen über die Annahme ihres Anbotes auf einem dauerhaften Datenträger übermittelten, verstößt sie auch gegen § 9 Abs 2 FAGG.

Punkt 4. des Klagebegehrens (Verstoß gegen § 8 Abs 2 FAGG):

Gemäß § 8 Abs 2 FAGG hat der Unternehmer dafür zu sorgen, dass der Verbraucher bei der Bestellungen ausdrücklich bestätigt, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden ist. Wenn der Bestellvorgang die Aktivierung einer Schaltfläche oder die Betätigung einer ähnlichen Funktion erfordert, muss diese Schaltfläche oder Funktion gut lesbar ausschließlich mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer gleichartigen, eindeutigen Formulierung gekennzeichnet sein, die den Verbraucher darauf hinweist, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer verbunden ist. Kommt der Unternehmer den Pflichten nach diesem Absatz nicht nach, so ist der Verbraucher

an den Vertrag oder seine Vertragsklärung nicht gebunden.

Erfolgt der Bestellvorgang – wie üblich – über die Aktivierung einer Schaltfläche oder Betätigung einer ähnlichen Funktion, gilt Satz 2 des Abs 2 leg. cit. als speziellere Norm. Eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Buttons ist damit nicht verbunden; ist im Bestellvorgang eine derartige Schaltfläche nicht vorgesehen, greift Satz 1. Andernfalls muss die Schaltfläche ausschließlich mit der Formulierung „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer gleichartigen, eindeutigen Formulierung gekennzeichnet sein („Button-Lösung“). Diese muss eindeutig auf die Entgeltspflicht hinweisen und darf keine Zusätze enthalten.

In diesem Sinne nicht zulässig ist die vorliegende Formulierung „verbindlich bestellen“ zu werten, weil auf dieser per se keine Verpflichtung zur Kostentragung abgeleitet werden kann. Eine verbindliche Bestellung muss nicht zwangsläufig mit einer Kostenpflicht einher gehen. Dies insbesondere auch im Hinblick auf die Ankündigung zu Beginn des Online-Formulars der Beklagten „Winando gratis nach Hause liefern lassen“, weil dieser Hinweis gerade suggeriert, dass die Bestellung kostenfrei erfolgen kann.

Davon ausgehend liegt ein Verstoß gegen § 8 Abs 2 FAGG vor.

Punkt 3. des Klagebegehrens:

Voranzustellen ist, dass im Verbandsprozess nach § 28 KSchG von folgenden, von der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen auszugehen ist:

Wer im geschäftlichen Verkehr in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG und des § 879 ABGB beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer, zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften (RS0110990 [T4]). Darunter fällt auch der Verstoß gegen Bestimmungen des jeweils anwendbaren Datenschutzrechts (2 Ob 155/16g mwN).

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Dabei ist einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ zu berücksichtigen (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). Eine Abweichung vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden 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).

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (RS0038205; RS0016590). Für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RS0016590 [T1, T15]).

Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als „eigenständig“ iSd § 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar einem Satz der AGB enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RS0121187).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder missverständlich abgefasst ist. Das damit für Verbrauchergeschäfte normierte, sogenannte Transparenzgebot soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten zu informieren (5 Ob 247/07w mwN). Im Verbandsprozess sollen nicht nur gesetzwidrige Klauseln verboten, sondern auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (4 Ob 221/06p; RS0115219). Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB sichergestellt werden, um zu verhindern, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, gegen die er sich nicht zur Wehr setzt, er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RS0115219 [T9]; 10 Ob 28/14m). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RS0037107 [T6]).

Die Elemente des Transparenzgebots sind die Erkennbarkeit, Verständlichkeit, Hinweis auf bestimmte Rechtsfolgen, Bestimmtheit, Differenzierung, Richtigkeit sowie Vollständigkeit (6 Ob 140/18h mwN). Maßgeblich ist dabei – auch bei der Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess – das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RS0126158).

Aus dem Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG kann also eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden anderenfalls unklar bleiben. Es verlangt nicht nur formale Verständlichkeit im Sinne von Lesbarkeit, sondern auch, dass der Inhalt und die Tragweite durchschaubar sind (RS0115219 [insbes T1 und T33]). Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, widersprechen dem Transparenzgebot (RS0115217 [T14 und T 31]).

Zu den Klauseln im Einzelnen:

Auch hier wird – um Wiederholungen zu vermeiden – die Nummerierung des Klägers in seiner Klagsausdehnung mittels vorbereitendem Schriftsatz vom 19.2.2018 (ON 7) beibehalten:

Klausel 1:

Die Klausel verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil der Beklagten ohne sachliche Rechtfertigung eine uneingeschränkte Erlaubnis erteilt wird, die von den Verbrauchern eingesendeten Inhalte sowohl im Internet als auch im Printbereich unbeschränkt zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wieder zu geben.

Entgegen der Argumentation der Beklagten ist die Klausel ihrem Wortlaut nach nicht auf Fotos der Gewinne und Gewinner bzw Dankeschreiben, noch darauf eingeschränkt, dass die Verwendung der Daten nur auf der Webseite der Beklagten bzw im Gewinnmagazin Winando erfolgen soll. Vielmehr können nach der Klausel – bei kundenfeindlichster Auslegung – sämtliche vom Verbraucher an die Beklagte eingesendeten Inhalte im gesamten Internet und im Printbereich ohne jede Einschränkung vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben werden.

Die Klausel ist zudem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da für den Konsumenten nicht erkennbar ist, welche Tragweite seine Zustimmung hat und auf welche Weise die von ihm eingesandten Inhalte in weiterer Folge von der Beklagten verwendet werden. Diese können nach dem Wortlaut der Klausel von der Beklagten auf jeder Webseite und in jedem Printmedium veröffentlicht werden, zumal eine Einschränkung auf die Webseite der Beklagten oder deren Printmedien bzw der Website oder Printmedien ihrer Vertragspartner nicht vorliegt. Auch eine Einschränkung hinsichtlich des Inhalts liegt nicht vor, sodass für den Konsumenten nicht klar ist, welche Inhalte die Beklagte, über Fotos und Texte hinausgehend, nutzen darf. Sie erfasst damit nach ihrem Wortlaut nicht näher bestimmte Inhalte sowie Nutzungsformen, sodass es für den Kunden nicht möglich ist, die Reichweite seiner Erklärung abzuschätzen (2 Ob 155/16g, dort Klausel 11).

Klausel 2:

Die in der Klausel für den Zahlungsverzug vorgesehen Rechtsfolgen stellen nicht auf ein Verschulden des Vertragspartners ab, sodass die Klausel auch bei objektivem Verzug anwendbar ist, sohin auch dann, wenn der Konsument unverschuldet mit der Zahlung in Verzug gerät. Damit weicht die Klausel unangemessen vom dispositiven Recht des § 1333 Abs 2 ABGB iVm § 1000 ABGB ab und ist daher für den Konsumenten gröblich benachteiligend, sodass sie gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt.

Die Klausel ist auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da ein Verbraucher, der aufgrund der Klausel die Richtigkeit der ihm vorgeschriebenen Verzugszinsen überprüfen wollte, schon daran scheitern würde, dass er keinen „Basiszinssatz“ ermitteln könnte (2 Ob 155/16g, dort Klausel 7).

Klausel 3:

Nach der Klausel wird der Konsument zur Zahlung von Mahnkosten bzw zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet, ohne dass die Klausel auf ein Verschulden des Verbrauchers abstellt. Damit weicht diese vom dispositiven Recht ab und stellt somit eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar. Zudem werden die Mahnkosten ohne Berücksichtigung der Vorgaben des § 1333 Abs 2 ABGB auf den Konsumenten überwältzt, wonach der Gläubiger bei verschuldetem Schuldnerverzug die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen geltend machen kann, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich aus der Formulierung der Klausel nicht, dass Schadenersatz nur bei Verschulden gebührt.

Die Klausel verstößt daher gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 4:

Aus Punkt VI.2. zweiter Satz der AGB der Beklagten ergibt sich, dass die Beklagte die eingesendeten Lösungen unentgeltlich an die von Dritten veranstalteten Gewinnspiele, Preisausschreiben oder Rätsel weiterleitet. Wie bereits ausgeführt, stellen die Leistungen im Zusammenhang mit der Weiterleitung der eingesendeten Lösungen an die Gewinnspielveranstalter eine Zusatzleistung der Beklagten dar, die mit dem Abo-Preis abgegolten werden. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Klausel ist nicht ersichtlich, sodass die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt.

Zudem verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, soweit diese einen generellen Haftungsausschluss für Schäden im Zusammenhang mit der Übermittlung der Lösungen vorsieht.

Die Klausel ist auch überraschend im Sinne des § 864a ABGB, wonach Bestimmungen

ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil werden, wenn sie dem anderen Teil 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. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Der Klausel muss also ein Überraschungs- oder gar ein Übertölpelungseffekt inne wohnen (RS0014646). Entscheidend ist, ob die Klausel beim entsprechenden Geschäftsstück üblich ist und ob sie den rechtlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht. Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit eines Inhalts im Sinne des § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen (RS0014627).

Die Klausel ist überraschend im Sinne des § 864a ABGB, weil Konsumenten, die ein Gewinnmagazin abonnieren, nicht damit rechnen, dass die Beklagte keinerlei Haftung für die Übermittlung der Lösungen übernimmt.

Klausel 5:

Die Klausel verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, wonach für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABG jedenfalls nicht verbindlich sind, nach denen eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz seines Schadens an einer Person (in irgendeiner Weise) ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz der Schäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat.

Da die Klausel nicht zwischen Sach- und Personenschäden differenziert und daher auch Personenschäden erfasst, verstößt sie hinsichtlich dieser jedenfalls gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Zudem schränkt sie die Haftung des Unternehmers entgegen diese Bestimmung ein, da sie einen unzulässigen Ausschluss der Schadenersatzansprüche des Konsumenten bei leichter Fahrlässigkeit der Beklagten beinhaltet.

Eine Klausel, nach der der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit – Personenschäden ausgenommen – umfassend sein soll, und nicht zuletzt auch eine Freizeichnung der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten für die von einem Unternehmer oder seinem Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden erfasst, ist gröblich benachteiligend (RS0130673). Ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ist insbesondere dann unzulässig, wenn er auch bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten zum Tragen kommt und eine sachliche Rechtfertigung für einen solchen weitgehenden Haftungsausschluss nicht zu erkennen ist (vgl RS0129623). Die Klausel verstößt daher auch gegen § 879 Abs 3 ABGB, da

keine sachliche Rechtfertigung für die Zulässigkeit der Klausel gegeben ist (4 Ob 228/17h, dort Klausel 13).

Klausel 6:

Die Klausel verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, weil sie im Wege einer Erklärungsfiktion eine automatische Verlängerung des nach der Mindestbezugszeit von 12 Monaten ablaufenden Abonnements vorsieht, ohne dass die in dieser Bestimmung normierten Wirksamkeitserfordernisse berücksichtigt werden. Diese werden – entgegen der Behauptungen der Beklagten – auch nicht im Punkt VIII.1. der AGB vorgesehen. Die Klausel sieht nicht vor, dass der Verbraucher zu Beginn der Frist für die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird, noch hat der Verbraucher zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist.

Klausel 7:

Die Klausel umfasst auch verschuldete Fälle der Einstellung der Tätigkeit der Beklagten und weicht damit vom dispositiven Schadenersatzrechtes des ABGB ab. Eine sachliche Rechtfertigung dafür liegt nicht vor, dass die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ist.

Zudem schränkt die Klausel die Haftung der Beklagten entgegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG ein, da sie einen unzulässigen Ausschluss der Schadenersatzansprüche des Konsumenten beinhaltet, indem sie auch Fälle erfasst, in denen das Erscheinen des Magazins aus Verschulden der Beklagten unterbleibt. Da die Klausel die Beklagte ohne sachliche Gründe zur sofortigen Kündigung des Vertrags berechtigt, verstößt sie auch gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, zumal sie der Beklagten ermöglicht, ohne sachliche Rechtfertigung vom Vertrag zurückzutreten.

Klausel 8:

Die Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, zumal sich weder aus dieser, noch aus den übrigen Bestimmungen der AGB ergibt, welches Dienstleistungsunternehmen von der Beklagten mit der Betreuung und Verwaltung des Abonnements beauftragt ist. Für den Konsumenten ist daher unklar, an wen die Kündigung zu richten ist.

Klausel 9 und 10:

Die Klauseln verstoßen gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil einerseits unklar ist, welche Daten der Kunden konkret verwendet werden (Klausel 9) und, welche Daten übermittelt werden und an wen diese gelangen sollen (Klausel 10). Offen und unklar ist daher,

welche Daten die Klauseln erfassen, sodass es für den Kunden nicht möglich ist, die Reichweite seiner Erklärung abzuschätzen (RS0115216 [T12]).

Zudem wird der Vertragsabschluss vom Akzeptieren der Klauseln 9 und 10 abhängig gemacht, sodass ein Widerruf der Zustimmungserklärung immer erst danach, aber nicht zeitgleich erfolgen kann.

Mit der Frage des „Koppelungsverbot“, also ob der Vertragsabschluss von einer Zustimmung zu einer (dafür nicht erforderlichen) Datenverarbeitung abhängig gemacht werden kann, hat sich der Oberste Gerichtshof zu 6 Ob 140/18h befasst und dazu ausgeführt, dass der Erwägungsgrund 43 der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO) für ein unbedingtes Verbot der Koppelung spricht. Das Spannungsverhältnis zwischen dem Text der Verordnung und dem Erwägungsgrund 43 ist offensichtlich dahin aufzulösen, dass an die Beurteilung der „Freiwilligkeit“ der Einwilligung strenge Anforderungen zu stellen sind. Bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsschluss ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolgt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen (6 Ob 140/18h mwN).

Damit verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 lit a iVm Art 4 Z 11 iVm Art 7 Abs 4 DSGVO, da sie einen Verstoß gegen das Freiwilligkeitsgebot darstellen, für den es keine sachliche Rechtfertigung gibt.

Klausel 11:

Die Klausel verstößt gegen § 10 Abs 3 KSchG, wonach die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann. Der Wortlaut der Klausel erfasst nicht nur für den Verbraucher vorteilhafte, sondern vielmehr auch nachteilige Schriftformgebote.

Da die Klausel auch unklar lässt, was mit „Preisanpassungen“ gemeint ist, und inwiefern diese vom Schriftformerfordernis unberührt bleiben sollen, ist die Klausel auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Klausel 12:

Die Klausel sieht eine Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts vor. Dazu hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 28.7.2016, C-191/15 (VKI-Amazon EU Sàrl) ausgeführt, dass eine Rechtswahlklausel missbräuchlich im Sinne von Art 3 Abs 1 KlauselRL (RL93/13/EWG) ist, wenn sie keinen Hinweis auf den ergänzenden Schutz durch Anwendung der zwingenden Bestimmungen des Verbraucherstaatsrechts enthält. Das Fehlen eines

Hinweises auf den Schutz durch die zwingenden Bestimmungen des Verbraucherrechts muss daher auch nach diesem Recht zur Qualifikation der Klausel als missbräuchlich führen. Das hat nach der Rechtsprechung des EUGH zur Folge, dass diese Klausel als unverbindlich bzw nichtig nicht anzuwenden ist (2 Ob 155/16g).

Darüber hinaus stellt die Klausel auch nicht auf den in § 13a Abs 1 KSchG geforderten Günstigkeitsvergleich ab, der vorzunehmen ist, wenn das Recht eines Nicht-EWR-Staates vereinbart werden soll. Gemäß Abs 2 leg. cit. sind ungeachtet einer allenfalls zulässigen Rechtswahlklausel jedenfalls die Anwendung der §§ 6 KSchG, 864a und 879 ABGB zwingend. Auch das wird von der Klausel nicht berücksichtigt.

Klausel 13:

Die Klausel sieht eine nach § 14 KSchG unzulässige Gerichtsstandsvereinbarung vor, wonach gegen einen Verbraucher, der seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inhalt hat, gemäß Abs 1 eine Klage grundsätzlich nur bei dem Gericht eingebracht werden kann, in dessen Spengel er seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat oder der Ort seiner Beschäftigung liegt. Nach Abs 3 leg. cit. ist eine Vereinbarung, mit der ein nach dem Gesetz gegebener Gerichtsstand für eine Klage des Verbrauchers gegen den Unternehmer ausgeschlossen wird, unwirksam. Da dies von der Klausel nicht berücksichtigt wird, verstößt diese gegen § 14 KSchG.

Klausel 14:

Die Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil sich der Konsument dadurch zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrages verpflichten soll (vgl 7 Ob 78/06f, dort Klausel 35 und 3 Ob 12/09z, dort Klausel 26).

Klausel 15:

Das im ersten Satz der Klausel der Beklagten eingeräumte, unbeschränkte Leistungsänderungsrecht ist gröblich benachteiligend und lässt eine sachliche Rechtfertigung nicht erkennen, sodass dieser Satz gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt.

Bei konsumentenfeindlichster Auslegung beinhaltet die Klausel auch ein einseitiges Leistungsänderungsrecht gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, welches jedoch nur dann zulässig ist, wenn die Leistungsänderung für den Verbraucher zumutbar ist, insbesondere wenn sie geringfügig oder sachlich gerechtfertigt ist. Dies müsste außerdem im Einzelnen ausgehandelt werden, wofür die Aufnahme in die AGB nicht ausreicht. Auch diesen Erfordernissen wird die Klausel nicht gerecht.

Zudem ermöglicht die Klausel bei konsumentenfeindlichster Auslegung auch einseitige Entgelterhöhungen der in den AGB mitgeregelten Bezugsentgelte und verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, wonach für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen nicht verbindlich sind, nach denen dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistungen ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind, sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt. Auch diesen Anforderungen wird die Klausel nicht gerecht. Zustimmungsfiktionen wie die vorliegende, laufen in der Praxis weitgehend auf eine Änderungsbefugnis des Unternehmers hinaus, sodass sich die Änderung der Hauptleistungspflichten an § 6 Abs 2 Z 5 KSchG zu orientieren haben. Nach der Klausel können die (Preis-) Änderungen dem Kunden lediglich mitgeteilt werden. Widerspricht diese – aus welchen Gründen auch immer – nicht, so werden die Preisänderungen wirksam. Mit der vorliegenden Klausel wird der Beklagten das Recht zur Entgelterhöhung eingeräumt, ohne dass die hierfür maßgebende Umstände umschrieben werden. Die Klausel lässt auch jegliche sachliche Rechtfertigung vermissen, die Erhöhung hängt alleine auch vom Willen der Beklagten ab.

Da die Entgeltänderungen nach dem Text der Klausel auch innerhalb der ersten zwei Monate nach Vertragsabschluss durchgeführt werden können, verstößt die Klausel auch gegen § 6 Abs 3 Z 4 KSchG. Der erste Satz der Klausel ist zudem überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB und intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Der zweite Teil der Klausel verstößt auch gegen § 879 Abs 3 ABGB, da die Klausel keine Beschränkung erkennen lässt, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützen könnte. Sie lässt eine Änderung aller von der Beklagten geschuldeten Leistungen, auch das vom Kunden zu entrichtende Entgelt zu, worin ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG liegt.

Da es sich um eine zusammenhängende Klausel im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung handelt, deren Sätze unmittelbar verbunden sind und die als Einheit im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung zu beurteilen ist, hat die Klausel in ihrer Gesamtheit zu entfallen.

Die Wiederholungsfahr ist vorliegend gegeben, da ein einmaliger Gesetzesverstoß die Wiederholungsfahr indiziert.

Nach § 409 Abs 2 ZPO hat das Gericht eine angemessene Frist zur Erfüllung von Leistungsurteilen setzen, wenn eine Pflicht zur Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäftes

aufgelegt wird. Diese Bestimmung ist auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden. Anderes gilt jedoch, wenn die Unterlassungsverpflichtung auch eine Pflicht zur Änderung des gegenwärtigen Zustandes einschließt. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (6 Ob 24/11i mwN).

Davon ausgehend erscheint im Lichte der bisherigen Rechtsprechung eine Leistungsfrist von drei Monaten als angemessen.

Den Unterlassungsbegehren war daher zur Gänze Folge zu geben.

Zweck der Urteilsveröffentlichung nach § 30 KSchG iVm § 25 Abs 3 bis 7 OWG ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963). Das berechnigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage auch darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- oder sittenwidrig sind (RS0121963 [T7], RS0079764 [T22]). Im Klauselprozess hat das Urteilsveröffentlichungsbegehren das Unterlassungsgebot zu sichern und nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung des Adressatenkreise zu unterbinden, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen zu verhindern und das durch rechtswidrige Maßnahmen irre geführte Publikum aufzuklären (RS0079764).

Ein Unterlassungsurteil ist im Regelfall nicht nur auf der Website des beklagten Unternehmens zu veröffentlichen, wenn voraussichtlich nicht alle ehemaligen Kunden eines Unternehmens, die ein objektives Interesse an der Information über dessen bedenkliche Geschäftspraktiken bei Vertragsabschlüssen haben, neuerlich die Internetseiten dieses Unternehmens aufsuchen (RS0123550). Deshalb ist der Antrag des Klägers auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer auflagenstarken Tageszeitung nicht zu beanstanden, zumal es der Rechtsprechung entspricht, dass eine solche Veröffentlichung auch dann sinnvoll ist, wenn der Fokus der Geschäftstätigkeit des beklagten Unternehmens im Internet liegt (RS0121963 [T13]; 4 Ob 58/18k).

In Anbetracht des Umstandes, dass die Beklagte auch bundesweit tätig ist, ist, gemessen am Zweck der Urteilsveröffentlichung, über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein, die Verurteilung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teils der Tageszeitung „Kronen Zeitung“, Reionalausgabe für Vorarlberg, jedenfalls gerechtfertigt.

Dem Klagebegehren war daher zur Gänze stattzugeben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien, Abteilung 57

Wien, 20. November 2018

Mag.^a Hildegard Brunner, Richterin

Elektronische Ausfertigung

gemäß § 79 GOG