



REPUBLIK ÖSTERREICH
Handelsgericht Wien

KOSESNIK-WEHRLE & LANGER
RECHTSANWÄLTE KEG

- 6. März 2008

EINGELANGT

FRIST:

39 Cg 61/06y-13

*34.02.08 Kal.
ob Bm ff.*

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Heinz-Peter Schinzel in der Rechtssache des Klägers Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG, 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, wider den Erstbeklagten Andreas Schmidtlein, Kaufmann, D-64572 Büttelborn, Vor der Hube 3 und den Zweitbeklagten Manuel Schmidtlein, Kaufmann, D-64572 Büttelborn, Vor der Hube 3, beide nunmehr vertreten durch Mag. Johannes Öhlböck, Rechtsanwalt, 1040 Wien, Paniglgasse 19, wegen Unterlassung nach dem KSchG (Streitwert: EUR 21.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 4.500,--), Gesamtstreitwert EUR 26.000,-- samt Anhang, nach öffentlicher und mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

I. Die Beklagten sind
schuldig,

a) im geschäftlichen
Verkehr mit Verbrauchern in
Allgemeinen
Geschäftsbedingungen, die
sie von ihnen geschlossenen
Verträgen zu Grunde legen
und/oder in hiebei
verwendeten

Vertragsformblättern die
Verwendung der Klauseln:

1. Der Kunde ist verpflichtet, seine persönlichen Passwörter und Login-Kennungen vor dem Zugriff Dritter zu schützen. Bei unberechtigter Nutzung durch dritte Personen haftet der Kunde für einen eventuellen Missbrauch bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er den Dienstleister schriftlich oder telefonisch zur Sperrung aufgefordert hat. Vorgenanntes gilt nicht, sofern der Zugriff wie auch der Missbrauch ohne Verschulden des Kunden erfolgt ist.

2. Die Kosten belaufen sich auf 7,-- Euro inklusive Mehrwertsteuer monatlich und berechtigen Ihnen Zugang zu dem Memberbereich. Der Mitgliedsbetrag wird dem Kunden jeweils für 12 Monate im Voraus in Rechnung gestellt.

3. Der Dienstleister übernimmt keine Gewährleistung für eventuelle Schäden am PC durch den Memberbereich.

4. Die Vertragslaufzeit beträgt vierundzwanzig Monate.

5. Eine Kündigung des Vertrages ist erstmals zum Ende der Laufzeit des Vertrages möglich. Der Vertrag verlängert sich vorbehaltlich einer anderweitigen Abrede oder einer Kündigung jeweils um ein weiteres Jahr, sofern auf diesen Umstand per E-Mail - die zwei Monate vor dem Ende der Laufzeit des Vertrages an die vom Kunden angegebene E-Mail-Adresse gesendet wird - besonders hingewiesen wurde und sich der Kunde innerhalb eines Monats nach Absendung der E-Mail nicht ausdrücklich gegenteilig erklärt hat.

6. Der Teilnehmer ist berechtigt, am Tag der

Anmeldung bis 24 Uhr gratis
den Zugang zum
Memberbereich zu nutzen.
Ihre Gratis-Testzeit
verändert sich nach Ablauf
des Anmeldetages (ab 24:00
Uhr) zu einem Abo. Die
Kosten finden Sie unter § 6
Zahlungsbedingungen.

7. Bei Zahlungsverzug
ist der Gesamtbetrag für
die Restlaufzeit des
Vertrages sofort in voller
Höhe fällig, sofern der
Kunde trotz einer weiteren
Zahlungsaufforderung des
Dienstleisters den
geschuldeten Betrag nicht
leistet.

8. Die Aufrechnung und
die Ausübung des
Zurückbehaltungsrechts ist
dem Kunden gegen
Forderungen des
Dienstleisters nur
gestattet, wenn die
Forderung des Kunden von
dem Dienstleister nicht
bestritten wird oder sie
rechtskräftig festgestellt
ist.

9. Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages einschließlich dieser Regelungen ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden, oder sollte der Vertrag eine Regelungslücke enthalten, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen oder Teile solcher Bestimmungen unberührt. Anstelle der unwirksamen oder fehlenden Bestimmungen treten die jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen.

10. Sofern der Kunde die Testmitgliedschaft nicht innerhalb von 14 Tagen kündigt, verlängert sich der Vertrag in eine Mitgliedschaft mit einer Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten. Der SMS-Versand wird dann im Sinne von § 6 dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen kostenpflichtig.

11. Der Kunde kann, sofern er Verbraucher im Sinn des § 13 BGB ist, die Vertragserklärung innerhalb

von zwei Wochen ohne Angabe von Gründen in Textform (z. B. Brief, Fax, E-Mail) widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung.

12. Das Widerrufsrecht des Kunden erlischt vorzeitig, wenn der Dienstleister mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Kunden vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Kunde diese selber veranlasst hat.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sind ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.

b) die Beklagten sind weiters schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu

unterlassen, im
Zusammenhang mit Diensten
der
Informationsgesellschaft im
elektronischen
Geschäftsverkehr sowie im
Zusammenhang mit
Abschlüssen im Fernabsatz,
insbesondere im Internet,
Verträge abzuschließen,
ohne den gesetzlich
vorgesehenen
Informationspflichten
nachzukommen, insbesondere
dadurch, dass der
Verbraucher nicht
rechtzeitig eine
schriftliche Bestätigung
(Informationserteilung) der
in § 5c ff KSchG genannten
Informationen, wie
insbesondere die
ordnungsgemäße Belehrung
über das ihm zustehende
Rücktrittsrecht, in der
gesetzlich vorgesehenen
Form, nämlich auf
dauerhaftem Datenträger,
erhält und den Verbrauchern
die ihnen gesetzlich
zustehenden
Rücktrittsrechte von

Verträgen im Fernabsatz zu verwehren.

II. Die Beklagten sind schließlich zur ungeteilten Hand schuldig, dem Kläger die mit Euro 6.759,89 (darin enthalten Euro 1.025,63 USt und Euro 639,86 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Dem Kläger wird die Ermächtigung erteilt, den Spruch dieses Urteils im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie

der Fließtext
redaktioneller Artikel zu
veröffentlichen, sowie auf
den Websites
www.tattoo-heute.com,
www.lehrstelle-heute.com,
www.vornamen-heute.com,
www.steuer-heute.com,
www.gedichte-heute.com,
www.sternzeichen-heute.com,
www.songtexte-heute.com.
www.hausaufgaben-heute.com,
www.witze-heute.com,
www.basteln-heute.com,
www.p2p-heute.com,
www.routenplanung-heute.com
, www.drogen-heute.com, www.f
abrikverkauf-heute.com,
www.kunst-heute.com,
www.pflanzen-heute.com,
www.rauchen-heute.com,
www.suchen-heute.com,
www.tiere-heute.com,
www.tierheime-heute.com,
www.lexikon-heute.com,
sowie www.sms-heute.com
oder, sollten die Beklagten
ihre Websites ändern, auf
den anstelle der
angeführten Websites
tretenden Websites, unter
einem auf der Startseite in

einem unübersehbar
angebrachten Link
„Urteilsveröffentlichung“
in Fettdruckumrandung und
mit fett geschriebenen
Prozessparteien, ansonsten
im Hinblick auf
Schriftgröße, -farbe und
-bild, Farbe des
Hintergrundes und
Zeilenabständen wie auf
ihren Websites im Textteil
üblich, zu veröffentlichen,
und zwar für die Dauer
eines Monats innerhalb von
drei Monaten ab Rechtskraft
dieses Urteils.

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

Die Beklagten sind Gesellschafter der in Deutsch-
land ansässigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts
Andreas & Manuel Schmidtlein GbR. Sie bieten über das
Internet im deutschsprachigen Raum unter anderem den
Zugang zu diversen Informationsdiensten/Dienstleistun-
gen wie zum Beispiel www.tattoo-heute.com,
www.lehrstelle-heute.com, www.vornamen-heute.com,
www.steuer-heute.com, www.gedichte.com,
www.sternzeichen-heute.com, www.songtexte-heute.com.
www.hausaufgaben-heute.com, www.witze-heute.com, www.basteln-heute.com, www.p2p-heute.com,
www.routenplanung.heute.com, www.drogen-heute.com,

www.fabrikverkauf-heute.com, www.kunst-heute.com,
www.pflanzen-heute.com, www.rauchen-heute.com,
www.suchen-heute.com, www.tiere-heute.com,
www.tierheime-heute.com, www.lexikon-heute.com und auf
der Domain www.sms-heute.com SMS-Dienste an. Für den
Vertragsabschluss mit Verbrauchern, zu denen sie
laufend rechtsgeschäftlichen Kontakt haben, wurden bzw.
werden dabei AGB zum Vertragsinhalt erhoben, die unter
anderem die aus dem Spruch ersichtlichen Klauseln
(Beilage ./F) beinhalten.

Der **Kläger** beehrte zuletzt wie aus dem Spruch
ersichtlich und brachte dazu vor, die Beklagten schlös-
sen in ihrer geschäftlichen Tätigkeit mit Verbrauchern
laufend Verträge. Auf Grund ihrer Tätigkeit seien sie
Unternehmer iSd § 1 KSchG. Von den Beklagten würden
ihre Dienstleistungen auch gegenüber österreichischen
Verbrauchern im Fernabsatz angeboten, wobei diese
Dienste auf individuellen Abruf im Online-Verkehr
bereitgestellt seien. Die Beklagten erbrächten daher
Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne des § 3
Z 1 ECG.

Die erstbeanstandete Klausel sei gröblich benach-
teiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, wie sie dem Verbraucher
bei Verschulden offenbar jegliche Haftung auferlegen
will, selbst für den Fall, dass den Unternehmer ein
Mitverschulden träge. Der Verbraucher hafte daher in
einem Missbrauchsfall entgegen den Bestimmungen des
§ 1304 ABGB voll.

Die zweite Klausel sei für den Verbraucher
überraschend iSd § 864a ABGB. Diese Vorschrift verbiete
die Verwendung von Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes
in AGB oder Vertragsformblättern, sofern sie dem

Vertragspartner nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen nicht zu rechnen brauchte, außer wenn er ausdrücklich darauf hingewiesen wurde. Der Hinweis die Kosten in der Höhe von € 7,-- monatlich im Kleingedruckten, die noch dazu für ein Jahr im Voraus zu bezahlen sind, sei sowohl nachteilig für den Konsumenten als auch überraschend und damit unwirksam. Dies gelte es vor allem daraus abzuleiten, dass der Slogan „100 SMS gratis“ blickfangartig hervorgehoben werde, der Hinweis auf die Kosten allerdings nur klein gedruckt sei. Den Hinweis auf die Zahlungsverpflichtung neben dem Anmeldeformular habe die Gegenseite erst nach diversen Abmahnungen durch die deutsche Verbraucherzentrale Bundesverband E.V. angebracht. Die Irreführungseignung dieser Gestaltung der Websites liege auf der Hand.

Die dritte Klausel sei unwirksam, da ein genereller Haftungsausschluss auch für Fälle vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhaltens des Unternehmers oder der Personen, für die er einzustehen habe, für Verbraucher nicht verbindlich sei, zumal eine Haftungsfreizeichnung nur in den Grenzen des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG erlaubt sei. Zudem stehe die Gewährleistung in Verbindung mit einem Mangel an der Sache selbst, weshalb die Klausel in Wahrheit Mangelfolgeschäden meine. Ein Mangelfolgeschaden sei jedoch nach den allgemeinen schadensersatzrechtlichen Bestimmungen zu ersetzen und könne auf Grund § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht wirksam ausgeschlossen werden.

Die vierte Klausel verstoße gegen § 15 Abs 1 KSchG, da Verträge über die wiederholte Lieferung beweglicher körperlicher Sachen oder über wiederholte

Werkleistungen, die auf unbestimmte oder ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen werden, unter Einhaltung einer 2-Monatsfrist zum Ablauf des ersten Jahres, nachher zum Ablauf jeweils eines halben Jahres zu kündigen seien. Die 24-monatige Bindungsfrist und die Einräumung des Kündigungsrechts erst nach Ablauf dieser Frist widerspreche dieser zwingenden Bestimmung des KSchG. Sie sei auch ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, da die Abweichung vom dispositiven Rechts eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners darstelle. So sei die wiederholte Zurverfügungstellung von Informationsdiensten wie Routenplanung, Witze, Gedichte, Sternzeichen, Steuern und Basteln als typische Werkleistung zu betrachten, die außerhalb des Internets etwa von Reisebüros, Kabarettisten, Literaten, Steuerberatern oder Lehrern erbracht werde. Der Umstand, dass die Leistung im Internet bestellt werden könne, ändere nichts an der Qualifizierung als Werkleistung. Die Kündigungsfrist sei eine unangemessen lange im Sinne des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG.

Die fünfte Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, da Bestimmungen unzulässig seien, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gelte, es sei denn, der Verbraucher sei darauf im Speziellen hingewiesen worden. Es käme zu einer automatischen Vertragsverlängerung, auch wenn dem Verbraucher das Hinweis-Mail nicht tatsächlich zugegangen oder unzustellbar sei (arg. „.... nach Absendung ...“).

Die sechste Klausel verstoße gegen § 864a ABGB, da der Kunde keinesfalls damit rechnen müsse, dass eine „Gratis-Testzeit“ nur bis zum Ende des Tages gelte und

er dann automatisch für einen längeren Zeitraum, etwa zwei Jahre, zahlungspflichtig werde, bzw. er einen Vorkaufbetrag in der Höhe von € 84,-- zu zahlen habe. Die Klausel sei überraschend und nachteilig und werde gemäß der genannten Gesetzesstelle nicht Vertragsinhalt.

Die siebente Klausel sei unwirksam, da gemäß § 13 KSchG der Terminsverlust nur ausgeübt werden könne, wenn der Unternehmer seine Leistung bereits erbracht, der Verbraucher seit mindestens sechs Wochen im Verzug ist und der Unternehmer den Verbraucher unter Androhung des Terminsverlustes und der Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt hat.

Die achte Klausel verstoße gegen den § 6 Abs 1 Z 8 und § 6 Abs 1 Z 7 KSchG, weil diese Bestimmung ein Aufrechnungsverbot für die Fälle der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers vorsehe und das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht ausschließen oder einschränken solle.

Die neunte Klausel stelle eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 KSchG dar, da versucht werde, die Rechtswirksamkeit des Vertrages oder einzelner Bestimmungen bis an die Grenze der Rechts-/Sittenwidrigkeit aufrecht zu erhalten. Zudem verstoße sie gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Die zehnte Klausel verstoße gegen § 864a ABGB, da der Kunde keinesfalls damit rechnen müsse, dass er sich nach Ablauf der Testzeit für einen längeren Zeitraum binde, was auch Kosten mit sich bringe. Die vereinbarte Mindestlaufzeit von 24 Monaten verletze auch § 15 Abs 1 bzw. § 6 Abs 1 Z 1 KSchG.

Die elfte Klausel verstoße gegen § 5e iVm § 6 Abs 3 KSchG, da der Verbraucher über den Beginn der Rücktrittsfrist in die Irre geführt werde.

Die zwölfte Klausel verstoße gegen §§ 5d iVm 5e und 5f KSchG, da das Rücktrittsrecht gemäß § 5e KSchG entfallen könne, wenn mit der Ausführung der Dienstleistungen dem Verbraucher gegenüber vereinbarungsgemäß innerhalb von 7 Werktagen ab Vertragsabschluss begonnen wird; dies gelte allerdings nur, wenn der Verbraucher darüber gemäß § 5d Abs 2 Z 1 KSchG schriftlich oder auf einem dauerhaften Datenträger aufgeklärt wurde. Der Unternehmer müsse sicherstellen, dass diese Information dem Verbraucher zukommt, die Information auf der Website reiche nicht aus.

Weiters brachte der Kläger vor, dass eine Veröffentlichung des Urteils im Internet jedenfalls zu wenig wäre, da Personen, die sich mit unerwarteten Zahlungsaufforderungen seitens der Beklagten konfrontiert sehen, deren Homepage nicht mehr aufrufen. Das Handelsgericht Wien sei örtlich zuständig, da schädigende Ereignisse in Wien eingetreten seien. Bei Geschädigten handle es sich zum Beispiel um Da [REDACTED] Za [REDACTED] wohnhaft [REDACTED] Wien, [REDACTED], und E [REDACTED] G [REDACTED], wohnhaft [REDACTED] Wien, [REDACTED].

Die **Beklagten** beantragten Klagsabweisung und wendeten ein, dass das Handelsgericht Wien örtlich unzuständig sei, da die Voraussetzungen des Art 5 Z 3 EuGVVO nicht vorlägen; dies deshalb, weil im Sprengel des HG Wien kein schädigendes Ereignis eingetreten sei. Zudem fehle es ihnen an der Passivlegitimation, da die Websites von der Andreas & Manuel Schmidtlein GbR geführt würden und einer solchen Gesellschaft nach

deutschem Recht Rechtspersönlichkeit zukomme.

Letztlich mangle es an der Wiederholungsgefahr, denn für Verträge mit österreichischen Kunden hätten die Beklagten die AGB an die hiesige Rechtsordnung angepasst, welche auch am 19.6.2006 ins Netz gestellt worden seien. Daher seien frühere AGB für die jetzigen Vertragsabschlüsse nicht mehr einschlägig. Nach der Rechtsprechung des OGH rechtfertige die Auswechslung der AGB durch neue die Annahme, dass in Hinkunft anstelle der alten nur noch die neuen verwendet werden. Daher falle die Wiederholungsgefahr betreffend jener Vertragsbestimmungen weg, welchen nicht mehr in den neuen AGB enthalten seien.

Die erste Klausel sei durch eine geänderte Klausel ersetzt worden. Die korrespondierende Klausel stelle keine gröblich benachteiligende Bestimmung iSd § 879 Abs 3 ABGB dar, weil sie das ohnehin zu berücksichtigende Mitverschulden des Dienstleisters explizit anführe.

Die zweite Klausel sei nicht unter § 864a ABGB zu subsumieren, da darauf hingewiesen werde, dass im Falle eines Abonnements ein Preis von € 7,-- monatlich bei einer Laufzeit von 24 Monaten mit einer jährlichen Abrechnung im Voraus fällig werde. Der Anmeldevorgang sei so gestaltet, dass er eine Anmeldung nur ermögliche, wenn die AGB durch Anklicken einer „Check-Box“ akzeptiert werden. Das Wort „Zahlungsbedingungen“ sei in den AGB fett gedruckt, sodass der Kunde mit dem darin angeführten Inhalt zu rechnen habe. Mit „100 SMS gratis“ werde seit 29.5.2006 nicht mehr geworben.

Die dritte Klausel sei ersetzt worden, wobei die korrespondierende Klausel keinen Verstoß gegen § 6 Abs

1 Z 9 KSchG begründe, da nur eine Haftung wegen leichtem Verschulden ausgeschlossen sei. Es läge kein Verstoß gegen die Gewährleistungsbestimmungen der §§ 8f KSchG vor.

§ 15 Abs 1 KSchG sei nicht auf die vierte Klausel anwendbar, da weder ein Vertrag über die wiederholte Lieferung einer beweglichen körperlichen Sache einschließlich Energie noch ein Vertrag über wiederholte Werkleistung vorliege. Gegeben sei ein gemischter Vertrag von Telekommunikationsnetzen und -diensten, der den Nutzer berechtige, unter bestimmten Bedingungen wiederholt Datenbanken abzufragen. Es handle sich ausschließlich um Dienstleistungsverträge. Diese Verträge fielen nach hM nicht unter § 15 Abs 1 KSchG.

Die fünfte Klausel sei kein unzulässiger Vertragsbestandteil, da die Kunden besonders darauf hingewiesen würden und eine Widerspruchsfreiheit von einem Monat angemessen sei. Da die AGB (Stand 16.6.2006) keine korrespondierende Klausel enthielten, stelle sich die Frage nach der Voraussetzung einer Vertragsverlängerung ohnehin nicht mehr. Zudem ergehe die E-Mail an die vom Kunden bekanntgegebene Adresse, wobei es vertragliche Obliegenheit des Kunden sei, die aktuelle E-Mail-Adresse bereitzustellen.

Die sechste Klausel sei gerechtfertigt, da schon seit 11.4.2006 nicht mehr mit dem Wort „gratis“ geworben werde und der Satz „Ihre Gratis Testzeit verlängert sich nach Ablauf des Anmeldetages (ab 24:00 Uhr) zu einem Abo“ eindeutig auf eine Zahlungspflicht aufmerksam mache.

Die siebente Klausel sei im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass die Beklagten zur Geltendmachung

eines Terminverlustes berechtigt seien, böten sie doch die von ihnen geschuldete Leistung, den Zugang zum Memberbereich, weiterhin vertragsgemäß an.

Die achte Klausel sei irrelevant, da zwischen den Beklagten und den Kunden keine gleichartigen Forderungen bestünden. Diese Klausel schließe eine Aufrechnung für den Fall der Zahlungsunfähigkeit der Andreas & Manuel Schmidlein GbR nicht explizit aus.

Die neunte Klausel stelle sich nicht als sittenwidrig dar, da eine salvatorische Klausel eine gängige Vereinbarung in allen Bereichen des Geschäftslebens sei und auf Grund der laufenden Fortentwicklung des Fernabsatzrechtes auch geboten erscheine, da es dem Unternehmen nicht zumutbar sei, jede einschlägige Änderung der österreichischen Rechtslage sofort in die AGB einzuarbeiten.

Die zehnte Klausel sei irrelevant, da die Testmitgliedschaft für Kunden aus Österreich nicht mehr zur Verfügung stünde. Zudem sei nicht nachvollziehbar, dass der Kunde nach Ablauf der Testzeit nicht mit einer kostenpflichtigen Inanspruchnahme der Dienste rechnen müsse.

Die elfte Klausel informiere den Kunden hinreichend über sein Widerrufsrecht. Dieses stehe auf jederzeit abrufbaren und speicherbaren Datenträgern sowie in allen AGB zur Verfügung.

Auch die zwölfte Klausel kläre die Kunden in ausreichender Weise über ihr Rücktrittsrecht auf.

Das gemachte Veröffentlichungsbegehren erweise sich als überschießend. Die strittigen Geschäftsbedingungen seien im Auftrag der Andreas & Manuel Schmidlein GbR von deutschen Rechtsanwälten unter Bezugnahme

auf die österreichische Rechtslage ausgearbeitet worden.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in das Schreiben an [REDACTED] Z[REDACTED] vom 4.3.2006 Beilage ./A, die Zahlungserinnerung an [REDACTED] Z[REDACTED] vom 23.3.2006 Beilage ./B, das Schreiben des Europäischen Verbraucher Zentrums Wien vom 12.4.2006 Beilage ./C, die Rechnung an [REDACTED] G[REDACTED] vom 4.4.2006 Beilage ./D, das Schreiben des Europäischen Verbraucher Zentrums Wien vom 27.4.2006 Beilage ./E, die AGB der Website www.sms-heute.com vom 31.10.2006 Beilage ./F, das Schreiben des Klägers vom 29.5.2006 Beilage ./G, das Schreiben von Gugerbauer & Partner an den Kläger vom 19.6.2006 Beilage ./H, einen Screen-print der Website www.sms-heute.com Beilage ./I, die AGB der Website www.hausaufgaben-heute.com vom 12.5.2006 Beilage ./J, die AGB der Website www.sms-heute.com vom 21.6.2006 Beilage ./K, die AGB der Website www.sms-heute.com vom 12.5.2006 Beilage ./L, in Auszüge aus verschiedenen Websites der Andreas & Manuel Schmidtlein GbR Beilage ./1 und die AGB der Andreas & Manuel Schmidtlein GbR Stand 16.6.2006 Beilage ./2, weiters erfolgte das Beweisverfahren durch Einvernahme der Zeugin Mag. [REDACTED] F[REDACTED] und Vernehmung der Beklagten als Partei (ON 11, AS 71 ff.).

Folgender **Sachverhalt** steht fest:

Die Beklagten gründeten die Gesellschaft Andreas & Manuel Schmidtlein GbR im Jahre 2003 und betreiben seit Jänner 2006 diverse Internet-Websites mit verschiedenen Diensten, die sie auf individuellen Abruf im Online-Verkehr bereitstellen. Die Beklagten sind Gesellschafter dieser Gesellschaft bürgerlichen Rechts,

bei der sie auch die grundlegenden Entscheidungen treffen. Sie sind deutsche Staatsbürger und betreiben ihr Unternehmen (im Fernabsatz) von Deutschland aus. Die Websites sind deutschsprachig und wurden/werden auch von österreichischen Kunden genutzt. Diverse Websites, wie zum Beispiel die Website www.sms-heute.com, lockten mit „100 SMS gratis“ und kostenlosen Testabos. Diese Testabos galten allerdings nur bis 24:00 Uhr des Tages, an dem die Registrierung des Kunden durchgeführt wurde. Danach verlängerte sich das Abo automatisch für die Dauer von 24 Monaten um den Preis von € 7,-- monatlich, wobei 12 Monate jeweils im Voraus zu bezahlen waren.

Seit etwa dem Jahresbeginn 2006 gab es immer wieder Beschwerden über die Websites der Beklagten seitens österreichischer Verbraucher, auch älterer Personen, beim klagenden Verein. Einige Kunden erhielten Mahnungen, obwohl sie vom Vertrag zurückgetreten waren. Manche waren überrascht, eine Rechnung zu bekommen - etwa für ein zweites Vertragsjahr, obwohl sie rechtzeitig gekündigt hatten. Der Klägerklärte die Kunden über die für sie geltende Rechtslage auf. In den Fällen, in denen Kunden den Beklagten den Rücktritt vom Vertrag erklärten, erhielten sie dann häufig Mahnungen seitens der Beklagten oder deren Rechtsanwalts.

██████████ Za██████████, wohnhaft ██████████ Wien, ██████████ ██████████, registrierte sich am 15.2.2006 auf der Website www.sms-heute.com. Die Beklagten bzw. deren Gesellschaft bestätigte am 4.3.2006 diese Anmeldung und stellten einen Betrag von € 84,-- in Rechnung. Dies war für ██████████ Za██████████ überraschend, da die Beklagten auf der Website mit „100 SMS gratis!“ warben. ██████████ Za██████████

erkannte bei der Registrierung nicht, dass er € 7,-- monatlich für diesen Dienst zahlen musste. Die Rechnung in der Höhe von € 84,-- wurde von den Beklagten am 4.3.2006 ausgestellt und am 23.3.2006 eingemahnt.

██████ G██████, wohnhaft ███████ Wien, ███████ ███████, registrierte sich im Februar 2006 auf den Websites www.p2p-heute.com und www.sms-heute.com. Er erhielt daraufhin zwei Rechnungen in der Höhe von jeweils € 84,--.

Beim Kläger wurden insgesamt mindestens 100 Beschwerden über die Beklagten (deren Gesellschaft) eingebracht. Wie viele es genau waren, konnte nicht festgestellt werden, da das System bei 100 die Zählung beendet. Der Kläger intervenierte im Jahr 2006 bei den Beklagten, worüber Akten angelegt wurden.

Die seitens der den Beklagten verwendeten Geschäftsbedingungen wurden am 16.6.2006 zum letzten Mal geändert. Derzeit arbeiten die Beklagten auf ihren Websites mit zwei verschiedenen AGB, eine für die Website www.sms-heute.com und eine für die restlichen Websites. Eine schriftliche Bestätigung der in § 5c ff KSchG angeführten Informationen erfolgte nicht.

Beweiswürdigung:

Zu diesen Feststellungen gelangte das Gericht einerseits auf Grund der obzitierten Urkunden, welche gleichermaßen aufschlussreich wie unbedenklich sind (./A ff bzw. ./D ff). Andererseits war die Zeugenaussage von Mag. ███████ F██████ klar, widerspruchsfrei und in jeder Hinsicht glaubwürdig. Im Hinblick auf den geklärten Sachverhalt, soweit er rechtsrelevant ist, konnte von der Aufnahme weiterer Beweise abgesehen werden.

Rechtlich folgt:

Das Handelsgericht Wien ist gemäß § 27a Abs 1 iVm § 83c Abs 1 letzter Satz JN, Art 5 Z 3 EuGVVO sowohl sachlich als auch örtlich zuständig, da festgestellter Maßen schädigende Ereignisse in Wien, im Sprengel des angerufenen Gerichts, statt gefunden haben. Folglich kommt auch österreichisches Recht zur Anwendung (§ 21 Z 6 ECG). Nach österreichischem Recht ist eine Gesellschaft bR nicht parteifähig; selbst andernfalls könnten ihre (führend tätigen) Gesellschafter aber für die Abstellung von Rechtsverstößen sorgen, weshalb sie auch so gesehen (persönlich) haftbar wären.

Zur ersten Klausel ist festzuhalten, dass sie gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB ist, da sie eine allgemeine Freizeichnungsklausel des Unternehmens beinhaltet. Eine Freizeichnungsklausel ist grundsätzlich nichtig, wenn sie auch grob fahrlässig zugefügte Schäden seitens des Unternehmens umfasst; grundsätzlich bliebe die Vertragsbestimmung bezüglich leicht fahrlässig zugefügter Schäden aufrecht. Bei einem Verbandsprozess verbleibt allerdings für eine geltungserhaltende Reduktion kein Raum (2 Ob 523/94), da es Ziel des KSchG ist, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten AGB hinzuwirken (*Krejci in Rummel*³ Rz 254 ff zu § 879 ABGB, EvBl 1985/107 = RdW 1987, 120 = MietSlg 39/2; *Apathy in Schwimann*, Rz 3 zu §§ 28-30 KSchG, 6 Ob 551/94). Besagte Klausel ist auch gröblich benachteiligend für den Kunden, da dieser bei einem Mitverschulden des Unternehmens iSd § 1304 ABGB sogar bei grob fahrlässigem Verhalten desselben im Fall eines Missbrauchs seiner Passwörter und der Login-Kennungen voll haftet.

Die zweite Klausel ist als überraschend im Sinne des § 864a ABGB zu qualifizieren. Die Zahlungsbedingungen sind zwar in den AGB unter „§ 6 Zahlungsbedingungen“ für den Kunden erkennbar, allerdings war zur Zeit des Vertragsabschlusses mit [REDACTED] Za [REDACTED] und [REDACTED] G [REDACTED] der Hinweis auf die Zahlungsbedingungen nur kleingedruckt sichtbar und im Vergleich zu der blickfangartig auf die Website gestellten Aufschrift „100 SMS gratis !!!“ für den Kunden nicht wirklich wahrnehmbar. Für die Kunden war es auch nicht vorhersehbar, dass sie für die Leistung des SMS-Versendens € 7,-- monatlich, wobei jeweils für 12 Monate im Voraus geleistet werden musste, zu zahlen hatten. Es kommt im Regelfall auf den durchschnittlich aufmerksamen Leser an. Ein solcher hätte die Zahlungsbedingungen in den AGB gesehen und möglicher Weise auch zur Kenntnis genommen. Da allerdings die Beklagten mit dem Slogan „100 SMS gratis !!!“ blickfangartig auf sich aufmerksam machten und die Kunden somit zur Registrierung verleitet, war es nachvollziehbar, dass die Kunden den § 6 der AGB nicht zur Kenntnis nahmen, konnten sie doch annehmen, dass sie die Möglichkeit haben, 100 SMS zu verschicken, ohne dafür Zahlung zu leisten. Da von der Irreführungseignung des Werbeslogans ausgegangen werden kann, ist die Bestimmung in den AGB für den Kunden überraschend und auch nachteilig, zumal dieser eben von einer unentgeltlichen Dienstleistung der Beklagten ausgehen konnte. Weil diese Regelung gegen § 864a ABGB verstößt, wurde sie nicht Vertragsinhalt zwischen den Beklagten und ihren Kunden.

Die dritte Klausel verletzt die Grenzen des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Ein Unternehmer darf seine

Verpflichtung zum Schadenersatz für den Fall, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat, nicht ausschließen (7 Ob 78/06f).

Die vierte Klausel verstößt gegen § 15 Abs 1 KSchG. Diese Bestimmung besagt, dass Verträge, durch die sich der Unternehmer zur wiederholten Lieferung beweglicher körperlicher Sachen einschließlich Energie oder zu wiederholten Werkleistungen und der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichtet und die für eine bestimmte oder eine ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen worden sind, vom Verbraucher unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist zum Ablauf des ersten Jahres, nachher zum Ablauf jeweils eines halben Jahres, kündbar sind. Da die beanstandete Klausel eine Kündigung vor Ablauf der 24-monatigen Bindungsfrist ausschließt, verstößt sie gegen § 15 Abs 1 KSchG. Diese Bestimmung ist auch auf gemischte Verträge, in denen die werkvertraglichen oder kaufvertraglichen Elemente nicht bloß eine untergeordnete Rolle spielen, anzuwenden (6 Ob 104/01i). Beim Werkvertrag schuldet der Unternehmer einen bestimmten Erfolg, welcher hier in der Erbringung einer Dienstleistung liegt. Der OGH hat sich in 6 Ob 69/05y zwar gegen die Anwendbarkeit des § 15 Abs 1 KSchG auf Mobilfunkverträge ausgesprochen, da der Mobilfunkunternehmer kein Werk herstellt, sondern das vollautomatisierte Netz (Funknetz mit Sende- und Empfangsanlagen samt technischer Einrichtung) bereits besteht und das Funknetz dem Kunden lediglich zur Benützung gegen Entgelt zur Verfügung gestellt wird. Durch die bestehende Vollautomatisierung des Mobilfunknetzes kann der Kunde selbstständig die Verbindung zu

anderen Telekommunikationsteilnehmern aufbauen, ohne dass eine spezielle Leistung des Mobilfunkbetreibers notwendig ist. Im vorliegenden Fall kann man aber von einem gemischten Vertrag ausgehen, da ein Teil der Leistung die Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten, von denen der Nutzer berechtigt ist, Datenbanken abzufragen, der andere Teil die Zurverfügungstellung von Informationsdiensten, die außerhalb des Internets als Werkleistungen erbracht werden, betrifft. Daher nimmt das Gericht in diesem Fall die Anwendbarkeit des § 15 Abs 1 KSchG an, weshalb die 24-monatige Bindungsfrist ohne Kündigungsmöglichkeit vor Vertragsablauf einen Verstoß gegen diese Norm begründet.

Die fünfte Klausel ist gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unzulässig, da eine „Erklärungsfiktion“ nur unter bestimmten Umständen erlaubt ist, nämlich, wenn der Verbraucher bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird und zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist hat (*Langer in Kosesnik-Wehrle ua, KSchG² (2004) § 6 Rz 15*). Die Klausel beinhaltet zwar, dass dem Kunden eine E-Mail zwei Monate vor Vertragsende zugeschickt wird, in der der Kunde erfährt, dass, wenn er innerhalb eines Monats nach Erhalt der E-Mail sich nicht gegenteilig äußert, der Vertrag automatisch verlängert wird. Die Klausel enthält allerdings keinen Hinweis darauf, dass der Kunde die E-Mail auch erhalten muss, denn es ist nur die Rede davon, der Kunde habe einen Monat nach „... Absendung ...“ der E-Mail zu erklären, dass er den Vertrag kündigen will. Es ist daher nie sichergestellt,

dass der Kunde diese E-Mail auch wirklich erhält. Die Erklärungsfiktion wird aber nur dann wirksam, wenn der Verbraucher den Hinweis des Unternehmens tatsächlich gemäß dem Vertrag zu Beginn der Erklärungsfrist erhalten hat (*Langer in Kosesnik-Wehrle ua, KSchG² (2004) § 6 Rz 16*). In den beanstandeten AGB ist indes nur die Rede vom „Absenden“, dh, es kommt den Beklagten in dieser Klausel nicht auf den tatsächlichen Erhalt der E-Mail an. Falls der Kunde seine E-Mail-Adresse während der Vertragsdauer geändert hat, wird die Hinweis-E-Mail zwar an den Kunden verschickt, ohne eine Chance zu haben, dort anzukommen. Das bedeutet, dass sich die Vertragsdauer auch bei den Kunden verlängern wird, die diese E-Mail, aus welchen Gründen immer, nicht zur Kenntnis nehmen konnten. So wird mit der Klausel eine Erklärungsfiktion angenommen, die den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG widerspricht.

Die Klausel 6. ist nachteilig und überraschend iSd § 864a ABGB und unwirksam auf Grund des Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Der Kunde, der sich unter der Prämisse des „gratis-Zuganges“ anmeldet, muss in keiner Weise damit rechnen, sich in einem gebührenpflichtigen Abonnement wieder zu finden, bei dem er 24 Monate an den Vertrag gebunden ist. Es handelt sich hier um eine Erklärungsfiktion, die gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nur dann zulässig wäre, wenn der Kunde im Besonderen darauf hingewiesen wird, was hier nicht erfolgt.

Die siebente Klausel verstößt gegen § 13 KSchG, wonach ein Terminverlust nur ausgeübt werden darf, wenn der Unternehmer seine Leistung bereits erbracht - davon kann wohl ausgegangen werden, wenn die Websites dem Kunden jederzeit zur Verfügung stehen -, der

Verbraucher mit seiner Leistung mindestens sechs Wochen im Verzug ist und vom Unternehmer unter Androhung des Terminverlustes sowie unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt wurde. Da die Klausel nur von einem allgemeinen Zahlungsverzug des Kunden spricht, ist sie im Sinne des § 13 KSchG nicht hinreichend determiniert und unwirksam, weicht sie doch vom zwingenden Recht zum Nachteil des Verbrauchers ab.

Die achte Klausel verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG. Danach sind unzulässig, wonach das Recht des Verbrauchers, seine Verbindlichkeiten durch Aufrechnung aufzuheben, für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers oder für Gegenforderungen ausgeschlossenen oder eingeschränkt wird, die in rechtlichem Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, die gerichtlich festgestellt oder die vom Unternehmer anerkannt worden sind. In rechtlichem Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen jedenfalls Forderungen, die dem Verbraucher aus demselben Vertrag zustehen, etwa Ansprüche aus einer Nicht- oder Schlechtleistung des Unternehmers. In gesetzwidriger Weise strebt die beanstandete Klausel offensichtlich ein Aufrechnungsverbot auch für die Fälle der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens an.

Die neunte Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Dies ist schon dann der Fall, wenn die Klausel dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt (4 Ob 28/01y =

SZ 74/52) und ihn so von der Durchsetzung seiner Recht abhalten kann (4 Ob 179/02f = SZ 2002/153). Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a; RIS-Justiz RS0016590). Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess, wie ausgeführt, nicht möglich ist (2 Ob 9/97f = SZ 71/150; RIS-Justiz RS0038205, 4 Ob 221/06p). Die vorliegende Regelung stellt darauf ab, dass, falls Teile der AGB ungültig werden, weil sie gegen ein Gesetz verstoßen, diese Teile unwirksam werden, die anderen Bestimmungen der AGB allerdings unberührt weiter gelten. An die Stelle der unwirksamen Bestimmungen sollen die gesetzlichen Regelungen treten. Dies vermittelt dem Kunden allerdings ein unklares Bild seiner vertraglichen Situation, da er zumeist die gesetzlichen Bestimmungen nicht kennt und daher nicht wissen kann, welche Bestandteile der AGB für ihn nun gelten und welche durch gesetzliche Bestimmungen ersetzt werden.

Die Klausel 10. ist gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und § 864 ABGB unwirksam. Es handelt sich dabei um eine „Erklärungsfiktion“, die allerdings nur dann gültig ist, wenn der Verbraucher bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird und zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist hat. Der Kunde muss besonders darauf hingewiesen werden, also nicht bloß im Vertrag selbst (*Langer in Kosesnik-Wehrle* ua, KSchG² (2004) § 6 Rz 15). Zudem ist die Klausel für den Kunden iSd § 864a ABGB überraschend und

nachteilig, da er keinesfalls damit rechnen muss, dass sich der Vertrag nach Ablauf der Testzeit automatisch für einen Zeitraum von 24 Monaten verlängert (BG Josefstadt 5.8.1994, 7 C 188/94 KRES 1d/22).

Die elfte Klausel verstößt gegen § 5e iVm § 6 Abs 3 KSchG, da das Widerrufsrecht nach § 5e KSchG bei Dienstleistungen 7 Tage ab Vertragsabschluss besteht. In den AGB (§ 2 Z 2) geben die Beklagten den Vertragsabschluss allerdings erst mit Versendung der Login-Daten an den Kunden an. Die Wortfolge „Der Dienstleister nimmt das Angebot an ...“ bedeutet wohl, dass der Vertrag zwischen den Parteien erst mit Absendung dieser E-Mails seitens der Beklagten zustande kommt. Ein Vertrag kommt indes dann zustande, wenn sich die Parteien über Preis und Leistung einig sind, dh erst wenn das Angebot tatsächlich angenommen wurde. Die Klausel verstößt somit gegen § 5e KSchG, da sie von einem zweiwöchigen Widerrufsrecht ab Erhalt der Belehrung (den AGB) ausgeht, nicht aber vom Vertragsabschluss. Die Beklagten wendeten dazu ein, dass die Regelungen über das Widerrufsrecht auf den Websites gesondert, mittels pdf oder word, abrufbar sind. Dazu sei bemerkt, dass diese Regelungen über das Widerrufsrecht der derzeit geltenden Fassung der AGB widersprechen. Da Verbraucher iSd § 13 BGB „jede natürliche Person ist, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“, entspricht der Verbraucherbegriff des BGB dem des KSchG.

Die Klausel 12. verstößt gegen §§ 5d iVm 5e und 5f Z 1 KSchG. § 5f Z 1 KSchG sieht vor, dass der

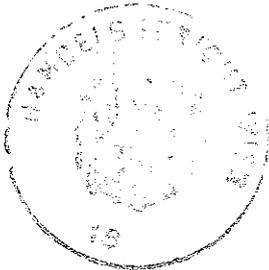
Verbraucher kein Rücktrittsrecht bei Verträgen über Dienstleistungen, mit deren Ausführung dem Verbraucher gegenüber vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen ab Vertragsabschluss begonnen wird, hat. Der Unternehmer kann sich allerdings auf diesen Ausschlussgrund nur dann berufen, wenn der Verbraucher die Vereinbarung über die vorzeitige Ausführung auf Grund einer entsprechenden Information durch den Unternehmer getroffen hat. Diese Information muss den Verbraucher auch über die Konsequenzen dieser Vereinbarung, nämlich den Entfall des gesetzlichen Rücktrittsrechts, in Kenntnis setzen. Der Unternehmer muss dem Verbraucher diese Information zukommen lassen, was bedeutet, dass es nicht ausreicht, die Information auf die Website zu stellen.

Da ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten besteht, erweist sich neben dem Unterlassungsbegehren (§ 28 a Abs. 1,2 und § 5 d Abs. 1 und 2 KSchG) auch das auf Urteilsveröffentlichung als berechtigt und angemessen (§ 30 Abs. 1 KSchG iVm § 25 Abs. 3-7 UWG), weshalb insgesamt, ohne dass der EuGH (Art. 234 EGV) angerufen werden müsste, spruchgemäß zu entscheiden war. Eine Veröffentlichung alleine im Internet ginge unter den gegebenen Umständen, wie der Kläger zurecht geltend macht, zu wenig weit (AS 71). Dass die von den Beklagten angebotenen Dienste praktisch allein für jüngere Leute von Interesse sind, lässt sich in dieser Allgemeinheit sicher nicht sagen (vgl. Erstbekl., AS 73). Wiederholungsgefahr liegt schließlich schon angesichts dessen vor, dass die Beklagten die AGB, die in der

Zwischenzeit teilweise geändert wurden, jederzeit wieder in den alten Zustand zurückversetzen könnten. Im Übrigen haben sie auch im Prozess die Auffassung vertreten, zur Verwendung der beanstandeten Klauseln berechtigt zu sein.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 39, am 25. Jänner 2008



Dr. Heinz-Peter Schinzel
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsstelle:

100
100
100