



Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Mag. Hildegard Brunner in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle und Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei T-Mobile Austria GmbH, 1030 Wien, Rennweg 97-99, vertreten durch Dr. Bernhard Tonninger, Rechtsanwalt in 1040 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (EUR 36.000,--) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, ihre Kunden zur ausdrücklichen Ablehnung von diesen nicht bestellten entgeltlichen Zusatzleistungen aufzufordern, widrigenfalls diese Zusatzleistungen zu bezahlen sind, insbesondere durch Übermittlung von SMS mit den Inhalt: „Ab 15.05. telefonieren Sie mit der Option Sonderrufnummern um nur EUR 2,--/pro Monat (ohne Bindung) unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Benötigen Sie die Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 14.05.“ oder „Seit 1.7. telefonieren Sie gratis mit der T-Mobili Option Sonderrufnummern unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx,

59xx, 05xx) österreichweit. Ab 1.8. zahlen Sie für diese Option EUR 2,--/Monat. Benötigen Sie diese Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 25.7.2011" oder mit sinngleichen Aufforderungen.

2. Die beklagte Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen zu Händen ihrer Vertreterin die mit EUR 6.652,52 (darin EUR 888,42 USt und EUR 1.123,-- Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.

3. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsgebots und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung einmal im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe der bundesweit erscheinenden „Kronen-Zeitung“ in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, das heißt in der Schriftgröße redaktioneller Beiträge, auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen.

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

Die **Klägerin** beantragte Unterlassung der Aufforderung ihrer Kunden zur ausdrücklichen Ablehnung von von diesen nicht bestellten entgeltlichen Zusatzleistungen im geschäftlichen Verkehr durch Übermittlung von SMS mit den aus dem Spruch ersichtlichen Inhalten sowie Urteilsveröffentlichung und brachte hiezu im Wesentlichen vor, dass sich in den Verträgen der Adressaten derartiger SMS keine Grundlage für eine Erklärungsfiktion iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG finde, die Vertragsänderungen wie die von der Beklagten mit den inkriminierten SMS intendierte stützen würde. Zudem könne eine Erklärungsfiktion, welche eine einseitige Vertragsänderung, insbesondere eine

Preiserhöhung, vorsehe, niemals in den Anwendungsbereich des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG fallen und daher dieser Bestimmung niemals genügen. Da Erklärungsfiktionen in aller Regel die Position des Unternehmers verbessern würden, seien sie restriktiv zu handhaben. Insbesondere Angebote zu Vertragsänderungen, die noch dazu mit Preiserhöhungen verbunden seien, könnten nicht Gegenstand einer Erklärungsfiktion sein, weil dies dem Aufdrängen ungewollter Verträge durch den Unternehmer gleich komme. Eine derartige Vereinbarung verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB. Im Fall der Zusendung eines SMS, dem der Konsument ausdrücklich widersprechen müsste, werde die gröbliche Benachteiligung noch dadurch gesteigert, dass der Unternehmer einfach eine Massen-SMS an seine Kunden aussenden könne, der Kunde aber, wolle er sicher gehen, dass der Widerspruch den Unternehmer auch tatsächlich erreiche, auf ein eingeschriebenes Schreiben angewiesen sei. Selbst wenn Kunden in der Vergangenheit mit Sonderrufnummern telefoniert haben sollten, könne daraus nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass sie dies auch in Hinkunft tun würden und daher mit der Erhöhung der Grundgebühr durch die Beklagten jedenfalls einverstanden wären. Wollte die Beklagte ihren Kunden einen solchen Dienst erweisen, wäre es ganz einfach, die Umstellung vorzunehmen, wenn die Kunden mit „JA“ antworten würden. Preisänderungen durch den Unternehmer würden ausschließlich dem Regime des § 6 Abs 1 Z5 sowie § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unterliegen, sodass eine Preiserhöhung nicht unter dem Deckmantel der Erklärungsfiktion unter Verweis auf § 6 Abs 1 Z 2 KSchG erreicht werden könne. Die Übermittlung eines SMS sei niemals ein „besonderer Hinweis“ im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, welcher notwendig sei, um eine Erklärungsfiktion in gesetzeskonformer Weise zu

gestalten. Selbst, wenn die Beklagte in ihre AGB eine Klausel aufnehmen würde, wonach sie zu Vertragsänderungen berechtigt wäre, würde sie diese in einem SMS ankündigen und die Kunden nicht bei angemessener Frist widersprechen, könne diese Klausel und dann auch das faktische Versenden des SMS nicht den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entsprechen. Zudem sei das Verhalten der Beklagten wettbewerbswidrig, da gegen das Verbot der Zusendung unbestellter Waren oder Dienstleistungen iSd Z 29 des Anhangs zum UWG verstoßen werde, stelle aber zumindest eine aggressive Geschäftspraktik iSd § 1a UWG dar. Jedenfalls liege aber eine aggressive und damit unzulässige Geschäftspraktik gemäß § 1a UWG vor. Eine Nichtreaktion auf ein SMS als ausdrückliche Zustimmung zur Entgelterhöhung zu werten, sei belästigend und damit aggressiv. Im übrigen werde den Kunden durch das inkriminierte SMS vorgegaukelt, dass die Beklagten zu einer derart einseitigen Vertragsänderung berechtigt wäre, sodass die Beklagte insofern auch die Rechtslage unrichtig darstelle und dem Verbraucher die Möglichkeit entziehe, eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, sodass der Beklagten auch eine irreführende Geschäftspraktik im Sinne des § 2 UWG vorzuwerfen sei.

Zweck der Urteilsveröffentlichung sei einerseits die Information bereits betroffener Konsumenten von der Unlauterkeit, andererseits auch von der ausdrücklichen Gesetzeswidrigkeit bestimmter Vorgehensweisen von Unternehmen, sowie der noch nicht betroffenen Konsumenten und Mitbewerber über die Unzulässigkeit der Vorgehensweise, um das Umsichgreifen des unzulässigen Verhaltens zu verhindern. Die beantragte Urteilsveröffentlichung in einem auflagenstarken Printmedium sei daher notwendig, um den Veröffentlichungszweck zu erreichen. Das von der

Beklagten erstattete Vergleichsanbot beseitige nicht die Wiederholungsgefahr, da es noch immer zulasse, dass aufgrund von Erklärungsfiktionen Verträge über nicht bestellte Leistungen mit entsprechender Engelterhöhung durch die Konsumenten bzw. Kunden der Beklagten abgeschlossen werden könnten, was sowohl eine aggressive Geschäftspraktik darstelle, als auch gegen § 879 Abs 3 ABGB sowie gegen die §§ 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verstoße. Es bleibe der Beklagten unbenommen, Angebote über SMS zu versenden, nicht aber, damit zu verbinden, dass diese Angebote explizit abgelehnt werden müssten, um Vertragsabschlüsse bzw. Änderungen zu verhindern. Schweigen habe im Verbrauchergeschäft keinen Erklärungswert. Die Beklagte habe inzwischen der RTR Änderungen ihrer AGB vorgelegt, welche die Erklärungsfiktion für entgeltwirksame Bestellungen enthielten. Die RTR habe diesen beabsichtigen Änderungen bescheidmäßig widersprochen.

Die **Beklagte** bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, dass der Klägerin mit Fax vom 20.9.2011 eine Unterlassungsverpflichtung angeboten worden sei, die weitgehend deren Begehren entsprochen habe. Es sei lediglich durch den Hinweis auf den § 6 Abs 1 Z 2 KSchG klargestellt worden, dass die Beklagte nicht für alle Zukunft völlig abstrakt auf Opt-Out-Varianten verzichten könne. Dies schon deshalb nicht, weil Opt-Out-Varianten nach den strengen Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zweifelsfrei zulässig seien, wenn eine entsprechende vertragliche Grundlage dafür bestehe. Ein abstrakter Verzicht auf jegliche Form von Opt-Out-Varianten würde auch einen potentiellen Nachteil gegenüber Mitbewerbern mit sich bringen, welche sich der Opt-Out-Varianten im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften weiterhin bedienen könnten. Nach Ablehnung

des Vergleichsanbotes sei eine zusätzliche Verpflichtung angeboten worden, des Inhaltes, dass zumindest die Standards einer konkreten, aus Sicht der Beklagten jedenfalls zulässigen Opt-Out-„Light“-Variante eingehalten würden, die zusätzlich noch unter der Bedingung gestanden wäre, dass diese nur verwendet werden dürfe, wenn der Kunde im Vertrag bei Abschluss auf diese Möglichkeit hingewiesen worden sei und sich weiters eine entsprechender Klausel in den dem jeweiligen Vertrag zugrundeliegenden AGB befinde. Auch der Mindeststandard der vorgeschlagenen „Light“-Variante der Erklärungsfiktion hätte den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG jedenfalls entsprochen. Auch dieses Angebot sei von der Klägerin abgelehnt worden, ebenso wie auch das noch mit Fax vom 28.10.2011 unterbreitete Angebot, im Vergleich festzuhalten, dass die Einschränkung für den Kläger unpräjudiziell sei. Das Begehren auf Urteilsveröffentlichung entspreche nicht dem Talionsprinzip, da der Verstoß der Beklagten nicht in der Kronen-Zeitung begangen worden sei, sondern per SMS, sodass gemäß dem Talionsprinzip viel eher eine Urteilsveröffentlichung per SMS angebracht sei. Die Beklagte habe schon bisher eine vertragliche Grundlage für ihre Angebote, da die Kunden bei ihrer Anmeldung ausdrücklich bekannt geben würden, dass sie über konkrete Angebote, Werbeaktionen und Kooperationen auch per E-Mail und SMS kontaktiert werden könnten. Die Kunden würden auch einer diesbezüglichen Verwendung ihrer Daten ausdrücklich zustimmen und darüber aufgeklärt werden, dass sie diese Zustimmung jederzeit widerrufen könnten. Somit sei es auch unrichtig, dass die Beklagte das für die Kunden vorteilhafte Angebot per SMS ohne Veranlassung unterbreitet hätte. Somit liege auch kein Verstoß gegen Z 9 des Anhangs des UWG vor. Die Klägerin strebe ein viel zu weit gefasstes

Unterlassungsgebot an und wolle damit die Beklagte zur Unterlassung von nach der geltenden Rechtslage eindeutig zulässigen Handlungen verpflichten. § 6 Abs 2 Z 3 KSchG betreffe einseitige Leistungsänderungen durch den Unternehmer, im Gegensatz werde bei den Opt-Out-Varianten der Beklagten der gesamte Betrag und damit auch die von ihr zu erbringende Leistung durch (fingierte) Erklärung des Verbrauchers einvernehmlich geändert. Selbst, wenn § 6 Abs 2 Z 3 KSchG anwendbar wäre, wäre die Zusatzoption bloß eine geringfügige sachlich gerechtfertigte Änderung. Auch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sei nicht einschlägig, weil keine einseitige Entgelterhöhung, sondern einvernehmliche Entgelterhöhung vorliege. Auch liege keine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vor, weil eine ablehnende Erklärung des Verbrauchers per eingeschriebenem Brief nicht erforderlich sei. Es handle sich bei auch einer SMS um einen besonderen Hinweis im Sinn des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, werden doch auch Hinweise auf den Erhalt der Rechnung oä auf diese Weise übermittelt. Ein Verhalten, dass nach den strengen Voraussetzungen des KSchG zulässig sei, könne auch nicht gegen das UWG verstoßen. Dem Kläger werde somit durch den angebotenen Unterlassungsvergleich alles angeboten, was er durch ein stattgebendes Urteil erreichen könnte, sodass die Wiederholungsgefahr beseitigt sei.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden (Beilagen ./A bis ./T ./1 und ./2), sowie Einvernahme der Zeugen [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED].

Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

Die zu FN 171112k protokollierte Beklagte bietet österreichweit Telefondienstleistungen an.

Im Mai 2011 übermittelte die Beklagte an

Mobiltelefonnummern ihrer Kunden folgende Kurznachrichten (SMS):

„Lieber T-Mobile Kunde! Ab 15.05. telefonieren Sie mit der Option Sonderrufnummern um nur EUR 2,-- /Monat (ohne Bindung) unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Benötigen Sie die Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 14.05.. Ihr T-Mobile-Team“

Anfang Juli übermittelte die Beklagte an Mobiltelefonnummern ihrer Kunden folgende SMS:

„Seit 1.7. telefonieren Sie gratis mit der T-Mobile Option Sonderrufnummern unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Ab 1.8. zahlen Sie für diese Option EUR 2,--/Monat. Benötigen Sie diese Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 25.7.2011“.

Die angeführten SMS wurden von der Beklagten österreichweit an Mobiltelefonkunden der Beklagten übersandt, die bereits vor Übermittlung eine im SMS angegebene Sonderrufnummer angerufen hatten.

Mit Fax vom 20.9.2011 (Beilage ./1) bot die Beklagte der Klägerin einen Unterlassungsvergleich entsprechend des Punktes 1. des Klagebegehrens an mit folgender Einschränkung:

„...oder sinngleichen Aufforderungen, wenn die Beklagte in ihren Geschäftsbedingungen nicht eine dem § 6 Abs 1 Z 2 KSchG genügende Grundlage für eine derartige Erklärungsfiktion wirksam vereinbart hat.“

Gleichzeitig bot die Beklagte im Unterlassungsvergleich den Ersatz der Verfahrenskosten an.

Nachdem dieses Vergleichsabschlussangebot von der Klägerin abgelehnt wurde, unterbreitete die Beklagte

mit Fax vom 23.9.2011 (Beilage ./1) der Klägerin folgendes Angebot:

„Der Kunde wird zu Beginn per SMS darüber informiert, dass er für einen Testzeitraum von einem Monat die Möglichkeit hat, eine bestimmte angebotene Zusatzoption kostenlos zu nutzen, wobei ihm auch schon mitgeteilt wird, welchen Betrag die Zusatzoption nach dem Testzeitraum kosten würde. Wenn der Kunde im Testzeitraum die Option nicht nutzt, so ist die Sache für ihn erledigt (der Vertrag bleibt unverändert und der Kunde muss auch keine ausdrückliche Erklärung abgeben). Nur für den Fall, dass der Kunde im Testzeitraum tatsächlich von der Option Gebrauch macht, wird die Zusatzoption bleibend aktiviert. Der Kunde wird jedoch vor Ablauf des kostenlosen Testzeitraums noch gesondert per SMS darauf hingewiesen, dass er den Dienst kostenlos abmelden kann und was der Dienst monatlich im Anschluss an den Testzeitraum kosten würde. Nur wenn bis zum Ende des kostenlosen Testzeitraums keine Abmeldung durch den Kunden, der den Dienst benutzt hat, erfolgt, würde die Beklagte den Dienst ab der folgenden Abrechnungsperiode, wie dem Kunden mitgeteilt, in Rechnung stellen.

Die Zusatzoption ist jederzeit mit Monatsende kündbar, ohne, dass durch die Kündigung weitere Kosten entstehen.“

Auch dieses Angebot wurde gemeinsam mit dem letztlich mit Fax vom 28.10.2011 (Beilage ./1) unterbreiteten Angebot, dass die Einschränkung für die Klägerin unpräjudiziell ist, von der Klägerin abgelehnt.

Mit Schriftsatz vom 3.5.2012 (ON 15) bot die Beklagte der Klägerin den Abschluss folgenden Unterlassungsvergleiches an:

„Die T-Mobile-Austria GmbH, Rennweg 97 bis 99,

1030 Wien, verpflichtet sich gegenüber dem Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, 1. es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, ihre Kunden zur ausdrücklichen Ablehnung von von diesen nicht bestellten, entgeltlichen Zusatzleistungen aufzufordern, widrigenfalls diese zu bezahlen sind, insbesondere durch Übermittlung von SMS mit dem Inhalt: „Ab 15.05. telefonieren Sie mit der Option Sonderrufnummern um nur EUR 2,--/Monat (ohne Bindung) unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Benötigen Sie diese Option nicht, antworten Sie mit NEIN bis 14.05.“ oder „Seit 1.7. telefonieren Sie gratis mit der T-Mobile Option Sonderrufnummern unlimitiert zu Banken, Behörden und Firmen. Gilt für Sonderrufnummern (0720xx, 50xx, 57xx, 59xx, 05xx) österreichweit. Ab 1.8.zahlen Sie für diese Option EUR 2,--/Monat. Benötigen Sie diese Option nicht, antworten Sie mit Nein bis 25.7.2011“ oder mit sinngleichen Aufforderungen, wenn sie in ihren Geschäftsbedingungen nicht eine dem § 6 Abs 1 Z 2 KSchG genügende Grundlage für eine derartige Erklärungsfiktion und/oder in den konkreten Verträgen nicht mit den jeweiligen Kunden eine genügende Grundlage für eine derartige Erklärungsfiktion wirksam vereinbart hat;

2. die Kosten des Verfahrens zu Handen des Klagevertreter zu ersetzen;

3. Punkt 1 dieses Vergleiches auf jederzeitigen Wunsch des Klägers innerhalb von 6 Monaten ab Vergleichsabschluss einmal im Umfang einer Viertelseite im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ in Fettdruckumrandung mit mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, zu veröffentlichen und die Kosten hiefür

zu tragen.“

Auch der Abschluss dieses Unterlassungsvergleiches wurde von der Klägerin abgelehnt.

Die Anmeldeformulare der Beklagten enthalten folgende Bestimmung (Beilage ./2):

„Ich stimme der Verwendung meiner Daten lt. AGB zu und möchte über Angebote, Werbeaktionen und Kooperationen auch per E-Mail und SMS kontaktiert werden; diese Zustimmung kann ich jederzeit widerrufen, weiters ich erkläre ich mich bis auf Widerruf damit einverstanden, dass T-Mobile Austria GmbH meinen Namen, die Wohnadresse, Informationen über Art und Inhalt des Vertragsverhältnisses sowie Bonitätsdaten an die behördlich befugte Kreditauskunft bei Deltavista GmbH, Tiefenbachgasse 35, 1150 Wien, übermitteln kann, sobald ich mich in qualifiziertem Zahlungsverzug (= Übergabe der Forderungen nach zweimaliger erfolgloser Mahnung an ein Inkassoinstitut befinde).“

Den von der Beklagten beabsichtigten Änderungen ihrer AGB für Neukunden und Vertragsverlängerungen durch der Beklagten eingeräumte Möglichkeit zu Vertragsänderungen mittels Erklärungsfiktion, wenn die Beklagte eine entsprechende Grundlage in ihren AGB und/oder in den jeweiligen Verträgen mit den Kunden vorgesehen hat, wurde mit - nicht rechtskräftigem - Bescheid der Telekom-Kontroll-Kommission bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs GmbH vom 27.2.2012 (Beilage ./C) widersprochen.

Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen gründen sich auf das unbestritten gebliebene Vorbringen der Klägerin in Zusammenhalt mit den bei den jeweiligen Feststellungen - in Klammer angeführten - unbedenklichen Urkunden sowie - was die Feststellung hinsichtlich der Versendung der klagsgegenständlichen SMS österreichweit

an die jeweiligen Mobiltelefon-Kunden betrifft - auf die schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED].

Diesem war zu entnehmen, dass die Beklagte die klagsgegenständlichen SMS branchenweise österreichweit an Mobiltelefonkunden der Beklagten versendete, die zuvor eine der in den SMS angeführten Sonderrufnummern angewählt bzw. angerufen hatten.

In rechtlicher Hinsicht folgt aus dem festgestellten Sachverhalt:

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

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

Wer im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen oder eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, die der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen, kann auf Unterlassung in Anspruch

genommen werden (§ 1 Abs 1 UWG).

Nach Abs 3 Z 1 der zit Bestimmung sind unlautere Geschäftspraktiken insbesondere solche, die aggressiv im Sinn des § 1a UWG sind.

Jedenfalls als aggressiv gelten die im Anhang zum UWG angeführten Geschäftspraktiken (§ 1a Abs 3 UWG).

Darunter fällt gemäß Z 29 des Anhangs die Aufforderung des Verbrauchers zur sofortigen oder späteren Zahlung oder zur Rücksendung oder Verwahrung von Produkten, die der Gewerbetreibende ohne Veranlassung des Verbrauchers geliefert hat (unbestellte Waren oder Dienstleistungen).

Was die von der Beklagten versendeten SMS anlangt, so verstossen diese gegen die Z 29 des Anhangs zum UWG, da die Handlungsaufforderung gegenüber Verbrauchern, eine vom Unternehmer ohne Veranlassung gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung sofort oder später zu bezahlen oder zurückzusenden, eine Form der Belästigung bzw. unangemessene sachliche Beeinflussung iSd Art 9 RL UKB ist und als solche unlauter ist. Die Unlauterkeit ergibt sich daraus, dass sich Verbraucher dazu veranlasst fühlen können, Handlungen setzen zu müssen, zu denen sie letztlich auch nach § 864 Abs 2 ABGB nicht verpflichtet sind (Burgstaller in Wiebe/G. Kodek UWG 2009, § 1a Anhang Rz 113 ff).

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten liegt keine Veranlassung der Kunden der Beklagten vor, da auch aufgrund der vorliegenden dauernden Geschäftsbeziehung, im Rahmen der die Kunden bekannt gegeben haben, über das Zusenden von Angeboten per SMS informiert zu werden, eine Veranlassung iSd Z 29 des Anhangs zum UWG nicht erblickt werden kann.

Eine ohne Veranlassung gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung liegt vor, wenn diese ohne adäquate Verursachung des Empfängers erfolgte (Rummel

in Rummel, ABGB I³, § 874 Rz 11). Eine nicht veranlasste Ware oder Dienstleistung liegt daher nicht nur dann vor, wenn überhaupt keine Vertragsbeziehung zwischen Unternehmen und Verbraucher besteht, sondern auch dann, wenn der Unternehmer eine andere Ware liefert oder Dienstleistung erbringt, als vereinbart bzw. nicht vereinbarte Zusatzlieferungen erbringt, was vorliegend der Fall ist.

Sogar aus der Anforderung zur Übermittlung von Informationsmaterial oder dergleichen kann eine adäquate Verursachung einer Warenlieferung der Dienstleistungserbringung nicht abgeleitet werden (Burgstaller aaO, Rz 120f).

Das Versenden der inkriminierten SMS durch die Beklagte an ihre Kunden ist einer nicht bestellten Dienstleistung gleichzusetzen, wobei das Schweigen der Kunden durch Nichtabsenden eines Abbestellungs-SMS als Zustimmung gewertet wird. Es liegt somit ein lauterkeitswidriges Verhalten der Beklagten iSd Z 29 des Anhangs zum UWG vor.

Zu prüfen ist daher, ob durch den von der Beklagten letztlich mit vorbereitendem Schriftsatz vom 3.5.2012 angebotenen Unterlassungsvergleich die Wiederholungsgefahr weggefallen ist.

Bei Erklärungsfiktionen im Sinn des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG geht es um die Verknüpfung eines Verhaltens, welchem an sich kein Erklärungswert zukommt oder bei dem es zumindest zweifelhaft ist, ob ihm ein Erklärungswert beigemessen werden kann oder nicht.

Aus der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ergibt sich grundsätzlich die Wirkungslosigkeit vertraglicher Erklärungsfiktionen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn für die Äußerung eine Frist vorgesehen ist, das Erfordernis des Hinweises auf die Bedeutung des Verhaltens des Verbrauchers eingehalten wird und diesem

für eine ausdrückliche Erklärung auch eine angemessene Frist zur Verfügung steht.

Das Versenden der inkriminierten SMS verstößt jedoch auch gegen § 879 Abs 3 ABGB, da eine gröbliche Benachteiligung der Kunden der Beklagten vorliegt, insoferne, als das Schweigen der Kunden bzw. nicht Absenden eines „Abbestellungs-SMS“ jedenfalls eine Preiserhöhung bzw. Entgelterhöhung (Erhöhung des Grundentgeltes) der zwischen den Konsumenten und der Beklagten abgeschlossenen Verträge zur Folge hat, es jedoch keineswegs sicher ist, dass Kunden, die einmal eine derartige Sonderrufnummer angewählt bzw. unter dieser telefoniert haben, auch in Zukunft derartige Sonderrufnummern anwählen würden und daher mit einer Erhöhung der Grundgebühr durch die Beklagten einverstanden sind.

Das Verhalten der Beklagten bzw. auch deren vorgesehenen Vereinbarungen für eine derartige Erklärungsfiktion in den AGB oder den konkreten Verträgen ist insbesondere auch deshalb als gröblich benachteiligend anzusehen, da die Kunden selbst dann, wenn sie auch in Zukunft keine Sonderrufnummer mehr anwählen sollten, gezwungen sind, innerhalb der ihnen gesetzten Frist ein SMS mit „NEIN“ zur Verhinderung der Erhöhung des Grundentgeltes abzusenden.

Zudem mangelt es vorliegend auch an den Voraussetzungen für die wirksame Vereinbarung einer Erklärungsfiktion im Sinne des § 6 Abs 2 KSchG. Diese erfordert nämlich, dass die Parteien von vornherein neben der Erklärungsfiktion auch die Hinweispflicht vereinbaren, sohin, dass die Hinweispflicht als solche einschließlich der entsprechenden Fristsetzung im Zusammenhang mit der Erklärungsfiktion von vornherein vertraglich vereinbart werden muss (Krejci in Rummel³, KSchG § 6 Rz 44).

Die Übermittlung eines SMS genügt jedoch dieser Hinweispflicht nicht, sodass selbst in dem Fall, dass die Beklagte in ihren AGB eine entsprechende Klausel aufnehmen würde, wonach sie zu derartigen Vertragsänderungen berechtigt sei, sofern sie diese in einem SMS ankündigt und die Konsumenten nicht in angemessener Frist ausdrücklich durch Absenden eines SMS widersprechen, diese Klauseln und das Versenden der inkriminierten SMS nicht den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht.

Da es sich zusammenfassend um eine einseitige Vertragsänderung durch Erhöhung des Grundentgeltes durch die Beklagte im Falle des Nichtabsendens eines „Abbestellungs-SMS“ handelt, schafft eine entsprechende Klausel in den Geschäftsbedingungen der Beklagten oder den konkreten Verträgen auch keine dem § 6 Abs 1 Z 2 KSchG genügende Grundlage für eine Erklärungsfiktion im Sinne dieser Bestimmung, sodass durch Schweigen des Verbrauchers nach Übermittlung der inkriminierten SMS - auch im Falle einer entsprechenden Grundlage in den AGB der Beklagten - nicht der in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorgesehene Erklärungswert unterstellt werden kann, sodass eine derartige Klausel der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG widerspricht.

Der Vollständigkeit halber sei ausgeführt, dass derartige Klauseln in den AGB der Beklagten auch den Bestimmungen des § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG widersprechen würden, handelt es sich doch sehr wohl um einseitige Preis- bzw. Entgelterhöhungen hinsichtlich des vom Konsumenten zu leistenden Grundentgelts durch Erklärungsfiktion. Diese ist allerdings nur im engen Rahmen des § 6 Abs 2 Z 2 KSchG zulässig.

Ausgehend von diesen Erwägungen könnte auch die von der Beklagten im Unterlassungsvergleich vorgesehene Grundlage in den AGB oder den konkreten

Verträgen mit den Kunden den Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht genügen und wäre gemäß dieser Bestimmung unzulässig, sodass der Klägerin durch den Unterlassungsvergleich auch nicht all das angeboten wurde, was diese durch das Urteil erlangen kann. Damit ist aber auch die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen, sodass der Unterlassungsanspruch der Klägerin zu Recht besteht.

Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren ist auszuführen, dass die Urteilsveröffentlichung der Aufklärung der Öffentlichkeit über die Rechtsverletzung dient. Sie hat den Zweck entstandene Schäden wieder gut zu machen und die Beeinträchtigten vor weiteren Nachteilen zu bewahren (4 Ob 149/09w).

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, unlautere Wettbewerbshandlungen in aller Öffentlichkeit aufzudecken und das Publikum über den wahren Sachverhalt aufzuklären, somit nicht nur jene Kunden der Beklagten vom lauterkeitswidrigen Verhalten der Beklagten zu informieren, die bereits ein derartiges SMS erhalten haben, sondern auch alle anderen Kunden der Beklagten davon zu unterrichten. Die Art der begehrten Veröffentlichung zur Erreichung dieses Zwecks erscheint dem Gericht - auch dem Talionsprinzip folgend - angemessen. Demnach war auch dem Urteilsveröffentlichungsbegehren stattzugeben, sodass das Klagebegehren zur Gänze zu Recht besteht.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien, Abteilung 57

Wien, 27. Juli 2012

Mag. Hildegard Brunner, Richterin