



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

15 R 16/19m

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Pisan als Vorsitzende sowie den Richter Mag. Nigl und die Richterin Mag. Oberbauer in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Spar Garant AG**, Seewenstraße 11, 6440 Brunnen, Schweiz, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (EUR 61.000) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 20.11.2018, 57 Cg 1/18z-15, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.164,22 (darin enthalten EUR 527,37 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

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 Email 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, drei-

monatlich, 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[...]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 Vertrag 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 Email) über Ihren Entschluss, vom Vertrag zurückzutreten, informieren. Dabei können Sie das im Memberbereich zugängliche Muster-Rücktrittformular verwenden. Schriftliche Rücktrittserklärungen 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 Rücktrittserklärung an folgende Fax-Nummer schicken: 0043 820 500 768. Die Rücktrittsfrist 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 Rücktrittsfrist ist gewahrt, wenn Sie die Rücktrittserklärung 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 Gründe, 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 Gewinnspielervice, Gutscheine für ein unentgeltliches Gewinnspiel zur unentgeltlichen Teilnahme an Euro-lotto 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 Abonnementverträgen bedürfen der Schriftform. Preisanpassungen bleiben von diesem Formerfordernis unberührt.

2. Für sämtliche Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien gilt Schweizer Recht.

3. Erfüllungsort ist der Geschäftssitz der SPARGARANT. 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 Widerspruches 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." [...]

Die **Klägerin begehrt** nachstehendes Urteil:

„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 Email 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 sinngleiche 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.“

Zu Punkt 6. des von ihr gestellten Urteilsveröffentlichungsbegehren stellt die Klägerin zudem das Eventualbegehren, der Klägerin werde die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang der Unterlassungsbegehren und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teils des „Kurier“, bundesweite Ausgabe, eventualiter in einem vom Gericht zu bestimmenden Printmedium mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in normalen Lettern, ansonsten in Normaldruck, dh in der Schriftgröße redaktioneller Beiträge, auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen.

Die Klägerin **bringt** 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 (zB Gewinnspieleintragungen und sonstige Wettbewerbe) abzuschließen. Nachdem sie den potenziellen Kunden einen Gewinn in Aussicht stelle oder die Übermittlung von konkreten Gewinnen verspreche, 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 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 „nächst-möglichen“ Kündigungstermin zu und versende, sollten die Kunden den Einzügen widersprechen oder die Forderungen nicht bezahlen, Mahnungen.

Das Verhalten der Beklagten verstoße gegen § 5b KSchG sowie §§ 8 Abs 2 und 9 Abs 2 FAGG. Die inkriminier-ten Klauseln in den AGB der Beklagten würden gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten verstoßen. Da die Verwendung der AGB auf der Webseite der Beklagten Tausende von österreichischen Verbrauchern anspreche, bestehe im Sinne des § 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG ein berechtigtes Interesse an der Urteilsveröffentli-chung.

Das detaillierte Vorbringen der Klägerin wird bei der Abhandlung der Rechtsrüge zusammengefasst.

Die **Beklagte** bestreitet und beantragt Klagsabweisung. Sie wendet im Wesentlichen ein, in dem von ihr her-ausgegebenen Gewinnmagazin „Winando“ werde den Kunden eine von der Beklagten gesammelte und redaktionell aufge-arbeitete Auswahl von Gewinnchancen monatlich zur Verfü-gung gestellt und der Kunde könne so an den Gewinnspielen teilnehmen. Der Kunde löse damit die Gewinnspiele selbst ein und sende den Lösungsbogen an die Beklagte, die diese an den Veranstalter der Gewinnspiele weiterleite. Mit Bezug des Magazins „Winando“ erhalte der Kunde diverse kostenfreie Zusatzleistungen, wie Gutscheine für die Teilnahme an Gewinnspielen und Rabattkupons für Reisean-gebote und zum Erwerb von Waren. Das Vertragsabschluss-prozedere mit der Beklagten erfolge ausschließlich auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden, wobei dem Kunden die Online-Bestellung oder die telefonische Bestellung zur Verfügung stehe. 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. Die Bestellung erfolge durch den Button „verbindlich bestellen“. Das Anbot des Kunden könne in weiterer Folge von der Beklagten durch Zusendung der bestellten Ware und Auftragsbestätigung angenommen werden. Bei der telefonischen Bestellung kontaktiere die Beklagte potenzielle Interessenten, bei denen vorab ein Anruf auf Einverständnis zu Werbeanrufen eingeholt worden sei. Diesen werde das Magazin „Winando“ vorgestellt und ein Vertragsangebot unterbreitet. Dabei werde der Kunde unter anderem auf die AGB der Beklagten auf deren Webseite www.winando.at sowie auf das bestehende Rücktrittsrecht hingewiesen. Sofern der Kunde am Produkt und Vertragsabschluss interessiert sei, gebe er eine entsprechende Bestellung und seine Daten bekannt. Die Daten würden in der Folge mittels Kontrollanruf durch ein von der Beklagten beauftragtes Call-Center noch einmal auf deren Richtigkeit überprüft werden. Im Rahmen dieses Anrufes werde der Kunde nochmals über alle vertragsrelevanten Bestandteile sowie das Rücktrittsrecht informiert. Sofern die Bestellung von der Beklagten akzeptiert werde, sende diese dem Kunden eine schriftliche Auftragsbestätigung inklusive Rücktrittsbelehrung und die erste „Winando“-Ausgabe zu. Erst dadurch komme der Vertrag mit der Beklagten zustande. Die behaupteten Verstöße gegen § 5b KSchG bzw §§ 8 Abs 2 und 9 Abs 2 FAGG lägen nicht vor. Die Klauseln verstießen nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB oder § 6 Abs 3 KSchG. Da die Beklagte im Raum Vorarlberg im Vergleich zur Gesamtzahl der österreichischen Einwohner

nur einen geringen Kundenstock aufweise, bestehe kein Bedarf an der Veröffentlichung. Auf die detaillierten Einwendungen der Beklagten wird ebenso im Rahmen der Rechtsrüge eingegangen werden, weshalb auf die Wiedergabe an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Mit dem angefochtenen **Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt.

Es legte seiner Entscheidung neben dem eingangs hervorgehobenen **Sachverhalt** die auf den Seiten 18 bis 29 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen, unbestrittenen Feststellungen zugrunde, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Die rechtlichen Erwägungen des Erstgerichts werden bei Abhandlung der Rechtsrüge dargestellt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die **Berufung** der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem auf Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Der Berufung kommt **keine** Berechtigung zu.

1. **§ 5b KSchG** (Punkt 1. des Urteilsspruchs)

Gemäß § 5b KSchG sind Verträge, die während eines vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs im Zusammenhang mit Gewinnzusagen oder Wett- und Lotteriedienstleistungen ausgehandelt werden, nichtig. Auf die Ungültigkeit des Vertrages kann sich nicht nur der Verbraucher berufen. Für Leistungen, die der Unternehmer trotz der 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 wurden, zurückfordern.

Die **Klägerin** steht auf dem Standpunkt, der erforderliche Zusammenhang mit Gewinnzusagen oder Wett- und Lotteriedienstleistungen sei - wie vorliegend - bei Verträgen über den Bezug von Gewinnmagazinen gegeben. Die Beklagte stelle ihren Kunden nicht nur eine monatliche Übersicht über Gewinnspiele zur Verfügung und ermögliche eine Teilnahme an den jeweiligen Gewinnspielen, sie lasse sich auch von den Kunden deren Gewinnspiellösungen übermitteln und leite diese an den jeweiligen Veranstalter der Gewinnspiele weiter. Auch werbe die Beklagte auf ihrer Webseite damit, dass sie „Prämien“ in den Bereichen Lotterien und Gewinnen, Reise, Strom, Gas ua anbiete, somit damit, dass sie neben Gewinnspielen auch Chancen bei Eurolotto zur Verfügung stelle. Die Beklagte biete neben der Zurverfügungstellung des Abonnements auch weitere Zusatzleistungen an, die in Zusammenhang mit Gewinnspielen stünden. So lasse sich etwa auch anhand des VIP-Passes erkennen, dass nach dem Geschäftsmodell der Beklagten der Kunde die jeweiligen Kupons auszufüllen und an die Beklagte zu übersenden habe. Indem die Beklagte die Konsumenten zwecks Abschluss von Verträgen über die Lieferung von Gewinnmagazinen telefonisch kontaktiere, den angerufenen Konsumenten Gewinne verspreche und sich in weiterer Folge auf die angeblich zwischen ihr und den Angerufenen solcherart (telefonisch) abgeschlossene Verträge über den Bezug ihrer Gewinnmagazine berufe bzw daraus Entgeltansprüche in Bezug auf die Lieferung solcher Magazine behaupte, verstoße sie gegen § 5 KSchG. Insbesondere auch, da die Beklagte mit Gewinnspielveranstaltern zusammenarbeite, Vertragspartnerin dieser sei und

als Vermittlerin zwischen diesen und den Kunden auftrete.

Nach Ansicht der **Beklagten** liege kein telefonischer Vertragsabschluss vor, vielmehr sei die Bestellung des Kunden als Angebot zu werten. Zudem schlieÙe die Beklagte mit den Kunden weder Verträge über Wett- und Lotteriedienstleistungen 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. Es bestehe zwar die Möglichkeit, dass die Beklagte Gewinnspiellösungen an die Gewinnspielveranstalter weiterleite, hierbei handle es sich jedoch um ein kostenloses Zusatzservice.

Das **Erstgericht** folgt der Argumentation der Klägerin. Es reiche aus, dass der Vertrag während des Anrufs „ausgehandelt“ werde. Auf einen Vertragsabschluss im Zuge des Telefonats komme es hingegen nicht an. Fest stehe, dass die Beklagte potenzielle Kunden unter Bezugnahme auf eine bereits erfolgte Gewinnspielteilnahme zwecks Abschluss von Verträgen über die Lieferung des Gewinnmagazins „Winando“ telefonisch kontaktiere, dem Kunden durch das Magazin „Winando“ eine monatliche Übersicht über die Gewinnspiele zur Verfügung stelle und eine Teilnahme an den jeweiligen darin angeführten Gewinnspielen ermögliche sowie, dass sie sich von den Kunden deren Gewinnspiellösungen übermitteln lasse und diese an die jeweiligen Gewinnspielveranstalter weiterleite. Damit biete die Beklagte in Zusammenhang mit Gewinnspielen stehende Dienstleistungen an, die sie zwar nicht gesondert verrechne, die jedoch Zusatzleistungen zu dem Abopreis

über den Bezug des Gewinnmagazins „Winando“ darstellten. Zudem biete die Beklagte auch in Zusammenhang mit Gewinnspielen stehende Zusatzleistungen durch die Übermittlung des VIP-Passes und der darin enthaltenen Kupons über die Teilnahme an Gewinnspielen an, wodurch der Kunde bei Ausfüllen und Übersendung der Kupons an die Beklagte diese beauftrage, den Kunden für Gewinnspielteilnahmen anzumelden. Somit liege jedenfalls ein Zusammenhang mit den Gewinnzusagen und Lotteriedienstleistungen vor.

Die **Berufungswerberin** wiederholte in ihrer Rechtsrüge, es liege ein Kauf(Abonnement-) Vertrag über das Magazin „Winando“ vor. Die Beklagte biete weder selbst Gewinnspiele, noch die Teilnahme an diesen an. Vertragsgegenstand sei lediglich der Erwerb des Gewinnmagazins, § 5b KSchG komme daher nicht zur Anwendung.

Wie das Erstgericht zutreffend ausführt (§ 500a ZPO), ist das Erfordernis des „Zusammenhangs mit Gewinnzusagen oder Wett- und Lotteriedienstleistungen“ weit zu verstehen (*Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht § 5b KSchG Rz 458; *Hammerl* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 5b KSchG Rz 3). Die Regelung soll insbesondere auch Verträge erfassen, in denen ein Unternehmer die Weiterleitung von Lottotipps an Lottounternehmen zusagt (*Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar § 5b KSchG Rz 2).

Nach den übernommenen Feststellungen stellt die Beklagte ihren Kunden in ihrem Magazin „Winando“ nicht nur eine Übersicht diverser Gewinnspiele zur Verfügung, sie lässt sich auch von ihren Kunden deren Gewinnspiellösungen übermitteln und leitet diese Lösungen an den jeweiligen Veranstalter der Gewinnspiele weiter. Zudem bietet die Beklagte auch diverse „Zusatzleistungen“ an, die im Zusammenhang mit Gewinnzusagen oder Wett- und Lot-

teriedienstleistungen stehen (vgl den sogenannten VIP-Pass und die darin enthaltenen Kupons, durch deren Ausfüllung und Übersendung an die Beklagte diese beauftragt wird, den Kunden für weitere Gewinnspielteilnahmen anzumelden). Sie wirbt auf ihrer Webseite unter anderem auch damit, dass sie in ihren Gewinnspielen auch Chancen bei Eurolotto zur Verfügung stellt. Dem Erstgericht ist daher zu folgen, dass die von der Beklagten während der von ihr eingeleiteten Anrufe ausgehandelten Verträge jedenfalls im Zusammenhang mit den Gewinnzusagen oder Wett- und Lotteriedienstleistungen stehen und unter § 5b KSchG fallen.

2. **§ 9 Abs 2 FAGG** (Punkt 2. des Urteilsspruchs)

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

Die **Klägerin** vertritt die Ansicht, die Leistung der Beklagten erschöpfe sich nicht bloß in der Lieferung von Magazinen, vielmehr trete die Beklagte auch als Vermittlerin zwischen ihren Kunden und den Gewinnspielveranstaltern auf. Sie leite die von den Kunden eingesendeten Lösungen an die Gewinnspielanbieter (ihre Vertragspartner) weiter und sage dem Kunden auch sonstige Leistungen zu. Die Beklagte erbringe damit vor allem auch Vermittlungsleistungen, die als Dienstleistungen zu qualifizieren seien und mit dem Abopreis abgegolten würden. Die Erbringung solcher Leistungen führe jedenfalls zur Quali-

fikation als gemischte Verträge und damit zur Anwendbarkeit des § 9 Abs 2 FAGG. Die AGB der Beklagten sprächen zwar insofern nur davon, dass die Übermittlung der eingesendeten Lösungen an die Gewinnspielveranstalter „keine kostenpflichtige Dienstleistung“ sei und gegenüber dem Käufer nicht fakturiert werde. Daraus folge jedoch nicht, dass eine solche Leistung zwischen der Beklagten und ihren Kunden nicht Vertragsgegenstand sei.

Die **Beklagte** steht auf dem Standpunkt, sie biete keine Dienstleistungen an, sondern schließe mit den Kunden einen Kaufvertrag über Warenlieferung (Magazine) ab. Die Vermittlungsleistung der Beklagten sei keine vertragsgegenständliche Leistung, sondern vielmehr ein kostenloser Zusatzservice, weshalb § 9 Abs 2 FAGG nicht anwendbar sei.

Das **Erstgericht** schloss sich der Argumentation der Klägerin an.

In ihrer **Berufung** wiederholt die Beklagte ihren bereits in erster Instanz vorgebrachten Standpunkt.

Nach dem Schutzzweck der Norm des § 9 Abs 2 FAGG sind auch gemischte Verträge, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben, erfasst (*Kolba/Leupold* aaO § 9 FAGG Rz 245). Zutreffend führt das Erstgericht aus, dass die Leistung der Beklagten nicht nur das Angebot und die Lieferung des Gewinnmagazins „Winando“ umfasst, sondern die Beklagte auch Zusatzleistungen erbringt, 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 Kupons ausfüllt und an die Beklagte übersenden kann, die damit

beauftragt wird, den Kunden für Gewinnspielteilnahmen anzumelden. Dabei hat der Kunde auch die Teilnahmebedingungen der jeweiligen Gewinnspielveranstalter zu akzeptieren, sodass die Beklagte damit auch Vermittlungsleistungen erbringt, die als Dienstleistungen zu qualifizieren sind und mit dem Abo-Preis über das Gewinnmagazin abgegolten werden. Die Erbringung dieser Leistungen führt zur Qualifikation als gemischte Verträge, was sich insbesondere auch aus Punkt VI.2. der AGB der Beklagten ergibt. Dass es sich nach der Formulierung in den AGB bei der Übermittlung der eingesendeten Lösungen an die Gewinnspielveranstalter um keine kostenpflichtige Dienstleistung handle, ändert nichts daran, dass diese Leistung von der Beklagten auch (vertraglich) zugesagt wird.

Die Subsumtion unter § 9 Abs 2 FAGG erfolgte daher zu Recht.

3. **§ 8 Abs 2 FAGG** (Punkt 4. des Urteilsspruchs).

Gemäß § 8 Abs 2 FAGG hat der Unternehmer dafür zu sorgen, dass der Verbraucher bei der Bestellung 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 Vertragserklärung nicht gebunden.

Nach Ansicht der **Klägerin** entspreche die Schaltflä-

che beim Online-Bestellvorgang der Beklagten mit der Bezeichnung „verbindlich bestellen“ nicht den erforderlichen Voraussetzungen, insbesondere auch deshalb, da zuvor angekündigt werde, „winando gratis nach Hause liefern lassen“.

Die **Beklagte** hält dem entgegen, die Schaltfläche beim Online-Bestellvorgang sehe vor, dass der Kunde zunächst ausdrücklich und bewusst den Preis anklicken müsse, um überhaupt die Bestellung tätigen zu 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 **Erstgericht** folgt in seiner rechtlichen Beurteilung dem Standpunkt der Klägerin.

Die **Rechtsmittelwerberin** gibt in ihrer Berufung im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen wieder.

Durch die in § 8 Abs 2 FAGG geregelte „Button-Lösung“ soll dem Verbraucher klar vor Augen geführt werden, dass die Fortsetzung des Bestellvorgangs mit einer Zahlungspflicht verbunden ist. Die Schaltfläche muss ausschließlich mit der Formulierung „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer gleichartigen, eindeutigen Formulierung gekennzeichnet sein. Diese muss eindeutig auf die Entgeltspflicht hinweisen und darf keine Zusätze enthalten. In diesem Sinn zulässig sind „kaufen“, „kostenpflichtig bestellen“, „zahlungspflichtig buchen“; nicht zulässig ist hingegen „bestellen“, „weiter“, „Bestellung abschicken“, „anmelden“ oder „jetzt verbindlich anmelden“

(Kolba/Leupold aaO § 8 FAGG Rz 233 und Rz 234; vgl auch Hammerl aaO § 8 FAGG, Rz 9).

Im hier zu prüfenden Fall bedarf es zwar zunächst der Auswahl des Tarifs von EUR 399,60 mittels Setzen eines Häkchens, um überhaupt den Button „verbindlich bestellen“ anklicken zu können, jedoch ist zu Beginn des Online-Bestellformulars der Beklagten in blickfangartigen Lettern zu lesen „wiwando gratis nach Hause liefern lassen“ (Beilage ./2), was zunächst eine kostenlose Bestellung suggeriert. Es bedarf daher umso mehr eines deutlichen Hinweises auf die Entgeltspflicht auf der Schaltfläche. Die Formulierung „verbindlich bestellen“ genügt den referierten Voraussetzungen nicht, ist doch – wie das Erstgericht zutreffend hervorhebt – mit einer verbindlichen Bestellung nicht zwingend eine Zahlungspflicht verbunden.

3. Zu den einzelnen Klauseln (Punkt 3. des Urteilsspruchs).

Allgemeines:

Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt oder in dabei 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. § 28a KSchG erweitert den Anwendungsbereich der Verbandsklagen auf gesetzwidrige Geschäftspraktiken von Unternehmen im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern. Die Unterlassungsklage ist in dieser Hinsicht berechtigt, wenn der Unternehmer durch seine gesetzwid-

rige Geschäftspraktik die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt.

Allgemein gilt, dass im Verbandsprozess nach § 28 KSchG die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen hat (RIS-Justiz RS0016590). Zudem ist eine „geltungserhaltende Reduktion“ im Verbandsprozess unzulässig, weshalb auf eine allfällige teilweise Zulässigkeit einer Klausel nicht Rücksicht genommen werden kann (RIS-Justiz RS0038205). Der Einwand, eine gesetzeswidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess unerheblich (RIS-Justiz RS0121943).

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. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners iSd § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RIS-Justiz RS0016914).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Nach dem aus dem Transparenzgebot abzuleitenden Gebot der Richtigkeit, der Vollständigkeit und der Klarheit darf eine Klausel die Rechtslage nicht verschleiern oder unrichtig oder undeutlich wiedergeben, weil dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über

die rechtliche bzw vertragliche Position getäuscht und von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden kann. Das Transparenzgebot verlangt auch, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind (RIS-Justiz RS0115219 [T9]; RS0115217 [T8]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RIS-Justiz RS0037107 [T6]).

3.1. Klausel 1:

Nach Ansicht der **Klägerin** verstoße die Klausel 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 verbrauchen und öffentlich wiederzugeben. Die Bestimmung sei zudem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da dem Verbraucher nicht erkennbar sei, welche Tragweite ihre Zustimmung habe und auf welche Weise die von ihnen eingesandten Inhalte in weiterer Folge von der Beklagten verwendet würden. Zudem ergebe sich die Intransparenz auch daraus, dass die Beklagte Fotos und Texte nur als Beispiel für solche Inhalte angebe, 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** repliziert, eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB liege nicht vor, die Klausel sei zudem klar und verständlich formuliert. Die umfassten Inhalte seien im Wesentlichen Fotos der Gewinne und Gewinner und Dankeschreiben der Gewinner. Zur Ein-

sendung eigener Inhalte an die Beklagte bestehe keine Verpflichtung. Die Entscheidung, ob eigene Inhalte an die Beklagte übersendet werden oder nicht, obliege ausschließlich dem Kunden und erfolge auf freiwilliger Basis.

Das **Erstgericht** kam zu dem rechtlichen Schluss, die Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil der Beklagten ohne sachliche Rechtfertigung eine uneingeschränkte Erlaubnis erteilt werde, die von den Verbrauchern eingesendeten Inhalte sowohl im Internet als auch im Printbereich unbeschränkt zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Entgegen der Argumentation der Beklagten sei die Klausel dem Wortlaut nach nicht auf Fotos der Gewinne und Gewinner bzw Dankeschreiben eingeschränkt. Vielmehr könnten 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 sei zudem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da für den Konsumenten nicht erkennbar sei, welche Tragweite seine Zustimmung habe und auf welche Weise die von ihm eingesandten Inhalte in weiterer Folge von der Beklagten verwendet würden. Die Klausel umfasse nach ihrem Wortlaut nicht näher bestimmte Inhalte sowie Nutzungsformen, sodass es dem Kunden nicht möglich sei, die Reichweite seiner Erklärung abzuschätzen.

Die **Berufungswerberin** argumentiert, die von § 879 Abs 3 ABGB geforderte gröbliche Benachteiligung sei nicht zu erblicken und wiederholt im Wesentlichen ihr in erster Instanz erstattetes Vorbringen.

Dass das formularmäßige Einräumen eines zeitlich und

sachlich unbeschränkten Werknutzungsrechtes an Inhalten, die ein Verbraucher auf die Webseite eines Versandhandelsunternehmens einstellt, jedenfalls bei Fehlen einer Gegenleistung des Unternehmens gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ist, hat der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 2 Ob 155/16g (= RIS-Justiz RS0131893) bereits ausgeführt. Auch kam der Oberste Gerichtshof in der zitierten Entscheidung zu dem Schluss, dass eine Klausel, die nach ihrem Wortlaut nicht näher bestimmte „Inhalte“, die der Abonnement einsendet (einstellt) erfasst, intransparent ist (2 Ob 155/16g zur Klausel 11).

3.2. Klausel 2

Die **Klägerin** bringt vor, dass die in der Klausel für den Zahlungsverzug vorgesehenen Rechtsfolgen nicht auf ein Verschulden des Vertragspartners abstelle, sodass sie auch bei objektivem Verzug anwendbar sei. Diese 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. Zudem sei unklar, welcher Basiszinssatz gemeint sei, weshalb die Klausel auch gegen § 6 Abs 3 KSchG verstoße.

Die **Beklagte** wendet ein, die behaupteten Verstöße lägen nicht vor. Da sich die AGB der Beklagten zudem an österreichische Verbraucher richteten, sei klar, dass als „Basiszinssatz“ ausschließlich der Referenzzinssatz der OeNB gemeint sei. Der Zinssatz sei vor dem Hintergrund des negativen Wertes des Basiszinssatzes nicht (gröblich) benachteiligend.

Das **Erstgericht** erachtete die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da die bei

Zahlungsverzug eintretenden Rechtsfolgen nicht auf ein Verschulden abstellten und damit unangemessen vom dispositiven Recht abweichten. Zudem sei die Klausel intransparent, da die Höhe mangels Kenntnis des Basiszinssatzes nicht überprüft werden könne.

Die **Berufungswerberin** wiederholt im Wesentlichen ihre bereits dargestellten Rechtsansicht.

Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Klausel in AGB, die an einen „Basiszinssatz der EZB“ anknüpft intransparent, da ein solcher nicht existiert und auch nicht als Synonym für den Hauptrefinanzierungszinssatz der Europäischen Zentralbank verstanden werden kann. Dieser ist auch mit dem von der Österreichischen Nationalbank veröffentlichten Basiszinssatz nicht identisch (RIS-Justiz RS0131894). Im vorliegenden Fall verweist zwar die Beklagte in ihrer Klausel nicht auf den „Basiszinssatz der EZB“, sondern lediglich auf den „Basiszinssatz“; dass es sich dabei um den von der Österreichischen Nationalbank veröffentlichten nationalen „Basiszinssatz“ handelt, geht jedoch nicht mit ausreichender Deutlichkeit aus dieser Klausel hervor. Da die Klausel schon wegen Intransparenz zu verbieten ist, kann dahinstehen, ob die von § 1333 Abs 1 iVm § 1000 ABGB abweichende Berechnung der Verzugszinsen für den Fall fehlenden Verschuldens als gröblich benachteiligend anzusehen ist (vgl 2 Ob 155/16g zur Klausel 7).

3.3. Klausel 3

Die Klausel sei nach Ansicht der **Klägerin** gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da sie eine Erfolgshaftung statuiere und damit massiv vom dispositiven Recht abweiche.

Die **Beklagte** vertritt den Standpunkt, aus der Formu-

lierung „Schadenersatz wegen Nichterfüllung“ ergebe sich, dass die Klausel auf ein Verschulden des Verbrauchers abstelle.

Das **Erstgericht** qualifizierte die Klausel zu Recht als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB; die Berufungswerberin hält diesen Rechtsausführungen nichts Stichhältiges entgegen.

Nach dem Wortlaut der Klausel ist der Verbraucher zum Schadenersatz auch ohne Verschulden verpflichtet. Diese Erfolgshaftung weist massiv vom dispositiven Recht ab und führt daher zu einer gröblichen Benachteiligung im Sinne von § 879 Abs 3 ABGB (vgl 2 Ob 155/16g mwN zur Klausel 7).

3.4. Klausel 4

Nach Ansicht der **Klägerin** verstoße diese Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB, da es rein im Verantwortungsbereich der Beklagten liege, die vom Kunden eingesandten Lösungen zu übermitteln. Die Publikation von Gewinnchancen und Weiterleitung der eingesendeten Lösungen an die Veranstalter sei sehr wohl als kostenpflichtige Leistung zu sehen, die mit dem Abo-Preis abgegolten werde. 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** repliziert, Vertragsgegenstand sei ausschließlich der Bezug des Magazins „Winando“. Ein Haftungsausschluss für außerhalb des vertraglich Vereinbarten und kostenlos erbrachter Zusatzleistungen beeinträchtigt nicht die Interessen der Kunden 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. § 864a ABGB sei nicht verwirklicht. Aus Punkt VI der AGB ergäbe sich eindeutig, dass die Weiterleitung der Gewinnlösungen nicht vom Abo-Preis umfasst und daher nicht Vertragsgegenstand sei.

Das **Erstgericht** folgt dem Standpunkt der Klägerin, dass es sich bei den Leistungen im Zusammenhang mit der Weiterleitung der eingesendeten Lösungen an die Gewinnspielveranstalter um eine (vertraglich vereinbarte) Zusatzleistung der Beklagten handle, die mit dem Abo-Preis abgegolten werde.

Die **Berufungswerberin** wiederholt im Rechtsmittelschriftsatz ihre bereits zusammengefasste Ansicht.

Wie das Erstgericht zutreffend ausführt (§ 500a ZPO), ist Vertragsgegenstand nicht nur die Zusendung des Magazins „Winando“, sondern auch die Weitersendung von vom Abonnenten eingesendeten Lösungen an die von Dritten veranstalteten Gewinnspiele, Preisausschreiben oder Rätsel (Punkt VI. 2. Satz der AGB; Urteilsausfertigung Seite 24). Die von der Beklagten publizierten „Gewinnchancen“ stellen auch einen wesentlichen Teil ihres Magazins dar (vgl Beilage ./J). Ein gänzlicher, undifferenzierter Haftungsausschluss widerspricht jedoch § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und ist schon aus diesem Grund unzulässig, weshalb es keiner weiteren Prüfung bedarf.

3.5. Klausel 5

Diese Klausel beinhalte nach Meinung der **Klägerin** 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 leg cit, 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** wendet ein, Vertragsgegenstand sei nur der Erwerb des Gewinnmagazins „Winando“ und Personenschäden seien daher praktisch ausgeschlossen. 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.

Das **Erstgericht** erachtete sowohl einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG als auch gegen § 879 Abs 3 ABGB gegeben.

Die **Berufungswerberin** wiederholt ihre Ansicht, dass nach der Natur des Geschäfts Personenschäden praktisch ausgeschlossen seien.

§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG unterscheidet grundsätzlich nicht nach der Art oder Natur des Geschäftes, sondern es ist (generell) eine Freizeichnung von bloß leicht fahrlässig verursachten Personenschäden unwirksam (*Langer in Kosesnik-Wehrle*, aaO, § 6 KSchG Rz 49). Dass die Klausel zudem gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt, hat das Erstgericht unter Berufung auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 4 Ob 228/17h zur Klausel 13 zutreffend ausgeführt, weshalb auf diese Erwägungen verwiesen werden

kann (§ 500a ZPO).

3.6. Klausel 6

Nach Ansicht der **Klägerin** sehe diese Klausel im Wege einer sogenannten Erklärungsfiktion eine automatische Verlängerung des nach der jeweiligen Mindestbezugszeit (12 Monate) ablaufenden Abonnements vor, ohne dass die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG normierten Wirksamkeitserfordernisse für solche Erklärungsfiktionen berücksichtigt würden.

Die **Beklagte** argumentiert, dass die Klausel im Gesamtzusammenhang des Punktes VIII.1. der AGB 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.

Das **Erstgericht** folgt der Rechtsansicht der Klägerin.

Die **Berufungswerberin** verweist wiederum auf den Gesamtzusammenhang der Klausel mit Punkt VIII.1. der AGB.

Voraussetzung für eine wirksame Vereinbarung von Erklärungsfiktionen ist, dass der Vertrag eine Frist für die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung ebenso vorsieht wie die bereits im Vertrag festgehaltene Verpflichtung des Unternehmers, den Verbraucher zu Beginn dieser Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens „besonders“ (dh „gesondert“) - also nicht bereits im Vertrag selbst! - hinzuweisen (*Langer aaO Rz 15 mwN*).

Der Berufungsgegnerin ist zuzustimmen, dass weder die in Rede stehende Klausel noch Punkt VIII.1. der AGB vorsieht, dass der Verbraucher zu Beginn der Frist für die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird, noch

wird dem Verbraucher zur Abgabe der ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist eingeräumt. Die Klausel verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

3.7. Klausel 7

Nach Meinung der **Klägerin** umfasse die Klausel bei konsumentenfeindlichster Auslegung auch verschuldete Fälle der Einstellung der Tätigkeit der Beklagten und weiche vom dispositiven Schadenersatzrecht des ABGB ab. Da eine sachliche Rechtfertigung nicht vorliege, sei die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Auch schränke die Klausel die Haftung des Unternehmers entgegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG ein, da sie auch Fälle umfasse, in denen das Erscheinen eines Magazins aus (großem) Verschulden der Beklagten unterbleibe. Da die Klausel die Beklagte ohne sachliche Gründe zur sofortigen Kündigung des Vertrages berechtige, verstoße sie zudem gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG.

Die **Beklagte** repliziert, die Klausel beziehe sich ausdrücklich auf Umstände, die die Beklagte nicht zu vertreten habe, sie sei daher zulässig. Auch sei es sachlich gerechtfertigt, wenn die Klausel die Möglichkeit einer vorzeitigen Vertragsbeendigung vorsehe, wenn die Beklagte aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr in der Lage sei, den Vertrag aufrechtzuerhalten. 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 Interessensabwägung 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 höher sei als jenes des Kunden am Wegfall der Klausel.

Das **Erstgericht** beurteilt die Klausel als gröblich benachteiligend, da sie ohne sachliche Rechtfertigung auch verschuldete Fälle der Einstellung der Tätigkeit der Beklagten umfasse und damit von dispositiven Schadenersatzrecht des ABGB abweiche. Sie verstoße zudem gegen § 6 Abs 1 Z 9 und Abs 2 Z 1 KSchG.

Die bereits in erster Instanz vorgetragenen Argumente der Berufungswerberin überzeugen nicht, ist der Klausel entgegen dem ihrer Darstellung doch gerade nicht zu entnehmen, dass sie nur auf unverschuldete Umstände abstellt und sind „wirtschaftliche Gründe“ sehr weit zu verstehen.

Die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts ist daher zutreffend (§ 500a ZPO) und nicht zu beanstanden.

3.8. Klausel 8

Diese Klausel verstoße nach dem Standpunkt der **Klägerin** gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da sich aus der Klausel nicht ergebe, welches Dienstleistungsunternehmen von der Beklagten mit der Betreuung und Verwaltung des Abonnements beauftragt sei und daher völlig unklar sei, an wen die Kündigung zu richten sei.

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

Nach Ansicht des **Erstgerichts** verstoße diese Klausel aus den von der Klägerin angeführten Gründen gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Die **Berufungswerberin** verweist wiederum auf den Gesamtzusammenhang des Vertrages. Aus den Vertragsunterlagen ergäbe sich sowohl Name als auch Adresse und E-Mail-Adresse des Dienstleistungsunternehmens, wobei die Beklagte eine konkrete Darlegung, aus welchen Vertrags-

unterlagen sich dies ergeben soll, schuldig bleibt.

Dem Verbraucher kann wohl nicht zugemutet werden, die gesamten Vertragsunterlagen (welche konkret?) durchzuforschen, um die Kündigung an den richtigen Dienstleistungsunternehmer zu richten, andernfalls diese nicht rechtswirksam erfolgt.

3.9. Klauseln 9 und 10

Die Klägerin bringt vor, die Klauseln verstießen gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar sei, welche Daten der Kunden konkret verwendet würden. Mit den Klauseln 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 könne 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 immer 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 wollten, eine entsprechende Zustimmungserklärung zunächst abgeben, um sie erst in weiterer Folge widerrufen zu können. Dieses Ergebnis sei mit der Freiwilligkeit datenschutzrechtlicher Zustimmungserklärungen nicht zu verein-

baren. Es liege daher ein Verstoß gegen § 4 Z 14 DSGVO vor.

Die **Beklagte** wendet 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.

Das **Erstgericht** führt in seiner rechtlichen Beurteilung aus, die Klauseln verstießen gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil einerseits unklar sei, welche Daten der Kunden konkret verwendet würden (Klausel 9) sowie welche Daten übermittelt würden und an wen diese gelangen sollten (Klausel 10). Offen und unklar sei daher, welche Daten die Klauseln erfassten, sodass es für den Kunden nicht möglich sei, die Reichweite seiner Erklärung abzuschätzen. Zudem werde der Vertragsabschluss vom Akzeptieren der Klauseln 9 und 10 abhängig gemacht, sodass ein Widerruf der Zustimmungserklärung immer erst danach, aber nicht zeitgleich erfolgen könne. Der Oberste Gerichtshof habe zur Frage des „Koppelungsverbot“ in seiner Entscheidung 6 Ob 140/18h bereits ausführlich Stellung genommen und ausgeführt, dass bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsschluss grundsätzlich davon auszugehen sei, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolge, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprächen. Die Klau-

seln verstießen daher gegen § 6 Abs 1 lit a iVm Art 4 Z 11 iVm Art 7 Abs 4 DSGVO, da sie einen Verstoß gegen das Freiwilligkeitsgebot darstellten, für den es keine sachliche Rechtfertigung gäbe.

Diesen Ausführungen hält die **Berufungswerberin** entgegen, dass dem Kunden unzweifelhaft klar sei, welche Daten er übermittle und überdies ein Widerrufsrecht vorgesehen sei. Ein Verstoß gegen die vom Erstgericht herangezogenen gesetzlichen Bestimmungen liege daher nicht vor.

Die Zustimmungserklärung muss die zu übermittelnde Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck abschließend bezeichnen. Eine Klausel, welcher der Verbraucher im Wesentlichen nur entnehmen kann, dass Daten an Dritte weitergegeben werden, nicht aber, welche konkreten Daten welchen konkreten Dritten weitergegeben werden dürfen, ist unzulässig (RIS-Justiz RS0115216 [T 12]). Erweist sich eine Klausel betreffend die Weitergabe persönlicher Daten als intransparent, so vermag auch der in ihr enthaltene Hinweis auf das jederzeitige Widerrufsrecht daran nichts zu ändern (RIS-Justiz RS0111809[T6]).

Dass bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsabschluss grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolgt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen, hat das Erstgericht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung (vgl RIS-Justiz RS0132251), zutreffend ausgeführt.

3.11. Klausel 11

Nach Ansicht der **Klägerin** verstößt diese Klausel

gegen § 10 Abs 3 KSchG. Unklar sei zudem, was die Beklagte in diesem Zusammenhang mit „Preisanpassungen“ meine und inwieweit diese vom Schriftformerfordernis unberührt bleiben sollte. Die Klausel sei daher auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** repliziert, es sei für den Kunden jedenfalls vorteilhaft, dass für Änderungen, Kündigungen und Aufhebungen die Schriftform vorgesehen sei. Da es nur einen Preis, nämlich den Preis für den Bezug des Magazins „Winando“ gäbe, sei die Klausel nicht anders zu verstehen als dass sie Anpassungen des Abo-Preises betreffe. Die Klausel sei daher auch nicht intransparent.

Das **Erstgericht** sieht in der Klausel einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG. Der Wortlaut der Klausel erfasse nicht nur für den Verbraucher vorteilhafte, sondern auch nachteilige Schriftformgebote. Die Klausel sei auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da unklar sei, was mit „Preisanpassungen“ gemeint sei.

Die **Berufungswerberin** wiederholt in ihrem Rechtsmittel die bereits referierte Ansicht.

§ 10 Abs 3 KSchG soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in seinen AGB in Abrede stellt. Die Bestimmung wendet sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten (dh vereinbarten) Form für Erklärungen des Unternehmers. Der Inhalt und die Rechtsfolgen der vom Formerfordernis betroffenen Erklärung sind in diesem Zusammenhang nur in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Nachteiligkeit erheblich; eine vereinbarte Schriftform könnte etwa für Erklärungen des Unternehmers zulässig sein, die ausschließlich nachteilige Rechtsfol-

gen für den Verbraucher auslösen (RIS-Justiz RS0121945 [insb T 3]; *Kosesnik-Wehrle* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 10 KSchG Rz 14).

Nach dem Wortlaut der Klausel unterliegen jedoch nicht nur Kündigungen oder die Aufhebung von Abo-Verträgen, sondern auch „Änderungen“ von Abo-Verträgen dem Formvorbehalt der Schriftlichkeit. Inwieweit „Änderungen“ (welche?) ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen, ist nicht erkennbar.

Dass die Klausel der Beklagten Preisanpassungen für jene Fälle ermöglichen soll, die die Beklagte nicht zu vertreten habe, kann ihr nicht entnommen werden, vielmehr ist das Erstgericht zutreffend von einer diesbezüglichen Intransparenz ausgegangen, da nicht klar ist, was mit „Preisanpassung“ in diesem Zusammenhang gemeint ist.

3.12. **Klausel 12**

Die Klägerin vertritt den Rechtsstandpunkt, die Klausel verstoße gegen Art 6 Abs 2 Rom I-VO, da sie nicht auf diese Regelung hinweise, wonach eine Rechtswahl nicht dazu führen dürfe, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen werde, der ihm das Recht an seinem gewöhnlichen Aufenthalt gewähre. Darüber hinaus stelle die Klausel auch nicht auf den in § 13a Abs 1 KSchG geforderten Günstigkeitsvergleich ab, der vorzunehmen sei, wenn das Recht eines Nicht-EWR-Staates vereinbart werden solle. Gemäß Abs 2 sei 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** hält dem entgegen, dass freie Rechtswahl bestehe. Der Günstigkeitsvergleich sei auf das konkrete Begehren des Verbrauchers beschränkt; ein generel-

ler Vergleich zwischen den beiden Rechtsordnungen sei nicht anzustellen. § 13a Abs 1 KSchG schließe die Rechtswahl nicht aus, sondern beschränke nur deren allfällige nachteilige Wirkungen.

Das **Erstgericht** erachtet die Klausel unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH und des OGH für nichtig und nicht anzuwenden. Darüber hinaus stelle die Klausel auch nicht auf den in § 13a Abs 1 KSchG geforderten Günstigkeitsvergleich ab, der vorzunehmen sei, wenn das Recht eines Nicht-EWR-Staates vereinbart werden solle.

Die **Berufungswerberin** wiederholt in ihrem Rechtsmittel im Wesentlichen ihre bereits in erster Instanz vorgebrachte Argumentation.

Nach ständiger Rechtsprechung ist eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Rechtswahlklausel bei Verbrauchergeschäften wegen Intransparenz missbräuchlich und daher nicht anzuwenden, wenn der Verbraucher nicht darauf hingewiesen wird, dass er sich nach Art 6 Abs 2 Rom I-VO auf den Schutz der zwingenden Bestimmungen des im Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts geltenden Rechts berufen kann (RIS-Justiz RS0131887). Der zutreffenden rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts ist daher nichts hinzuzufügen.

3.13. Klausel 13

Die Berufungswerberin wendet sich nicht inhaltlich gegen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts in Bezug auf diese Klausel, weshalb sich weitere Ausführungen erübrigen.

3.14. Klausel 14

Nach Meinung der **Klägerin** verstoße diese Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da sie auf den (unzulässigen) „Sinn und Zweck“ der jeweiligen

(unwirksamen) Bestimmung abstelle. Für den Verbraucher ergebe sich daraus eine Verpflichtung, durch Abgabe einer für ihn nicht vorhersehbaren Erklärung einer Vertragsänderung zuzustimmen.

Die **Beklagte** repliziert, dass die Formulierung eine „salvatorische“ Klausel darstelle, die den anerkannten Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung 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 am Nächsten komme.

Das **Erstgericht** erachtet die Klausel unter Berufung auf die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs 7 Ob 78/08f (Klausel 35) und 3 Ob 12/09x (Klausel 26) als dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG widersprechend.

Nach Ansicht der **Berufungswerberin** sei die vorliegende Klausel nicht mit jenen in den vom Erstgericht zitierten Entscheidungen vergleichbar.

In der Entscheidung 7 Ob 78/06f hatte der Oberste Gerichtshof die Klausel (35) zu beurteilen, „Eine unwirksame Bestimmung ist von den Vertragspartnern durch eine andere gültige und zulässige Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung entspricht“.

Der Oberste Gerichtshof führt hierzu aus, dass der Zweck einer unwirksamen Bestimmung kaum denkbar durch eine zulässige Bestimmung erreicht werden könne. Abgesehen davon sei die Bestimmung deshalb im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG intransparent, weil sich der (dort) Mieter zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderungen des Vertrages verpflichten soll, wobei nicht vom

Horizont der „redlichen“ Vertragsparteien ausgegangen werden soll, sondern vom unzulässigen Sinn und Zweck der Bestimmung.

Der Entscheidung 3 Ob 12/09z lag die Klausel (26) zugrunde, „Der Bestand dieses Vertrages wird durch die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen desselben nicht berührt. Eine unwirksame Bestimmung ist durch eine andere gültige und zulässige Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung weitestmöglich entspricht“.

Unter Berufung auf die Entscheidung 7 Ob 78/06f erachtete der Oberste Gerichtshof auch diese „Ersetzungsklausel“ für intransparent.

Die hier zu prüfende Klausel ist entgegen der Ansicht der Berufungswerberin sehr wohl mit den zitierten, bereits vom Obersten Gerichtshof geprüften vergleichbar. Auch hier wird nicht vom Horizont „redlicher Vertragsparteien“, sondern vom „wirtschaftlichen Sinn und Zweck“ der unwirksamen Bedingung ausgegangen.

Die Klausel widerspricht daher jedenfalls dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

3.15. Klausel 15

Die **Klägerin** bringt 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, ins-

besondere wenn sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt sei. 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 und die als Einheit im Rahmen einer gebotenen Gesamtbeurteilung zu beurteilen seien, sodass sie in ihrer Gesamtheit wegzufallen hätten.

Die **Beklagte** entgegnet, dass die Klausel kein einseitiges Recht der Beklagten zur AGB-Änderung regle, weil sie das Prozedere gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG wiedergebe. 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.

Das **Erstgericht** folgt der Argumentation der Klägerin und führt aus, das im ersten Satz der Klausel der Beklagten eingeräumte, unbeschränkte Leistungsänderungsrecht sei gröblich benachteiligend und lasse eine sachliche Rechtfertigung nicht erkennen, sodass dieser Satz gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße. Bei konsumentenfeindlichster Auslegung beinhalte die Klausel auch ein einseitiges Leistungsänderungsrecht gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, welches jedoch nur dann zulässig sei, wenn die Leistungsänderung für den Verbraucher zumutbar sei, insbesondere wenn sie geringfügig oder sachlich gerechtfertigt sei. Dies müsse außerdem im Einzelnen ausgehandelt werden, wofür die Aufnahme in die AGB nicht ausreiche. Auch diesen Erfordernissen werde die Klausel nicht gerecht. Zudem ermögliche die Klausel bei konsumentenfeindlichster Auslegung auch einseitige Entgelterhöhungen der in den AGB mitgeregelten Bezugsentgelte und verstoße 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 vorsehe, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich

gerechtfertigt, sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt. Auch diesen Anforderungen werde die Klausel nicht gerecht. Zustimmungsfiktionen wie die vorliegende liefen 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 hätten. Nach der Klausel könnten die (Preis-) Änderungen dem Kunden lediglich mitgeteilt werden. Widersprüche diese - aus welchen Gründen auch immer - nicht, so würden die Preisänderungen wirksam. Mit der vorliegenden Klausel werde der Beklagten das Recht zur Entgelterhöhung eingeräumt, ohne dass die hierfür maßgebende Umstände umschrieben werden. Die Klausel lasse auch jegliche sachliche Rechtfertigung vermissen, die Erhöhung hänge alleine vom Willen der Beklagten ab. 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 3 Z 4 KSchG. Der erste Satz der Klausel sei zudem überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB und intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Der zweite Teil der Klausel verstoße auch gegen § 879 Abs 3 ABGB, da die Klausel keine Beschränkung erkennen lasse, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützen könnte. Sie lasse eine Änderung aller von der Beklagten geschuldeten Leistungen, auch des vom Kunden zu entrichtenden Entgelts zu, worin ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG liege. Da es sich um eine zusammenhängende Klausel handle, deren Sätze unmittelbar verbunden seien und die als Einheit im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung zu beurteilen seien, habe die Klausel in ihrer Gesamtheit zu

entfallen.

Die Berufungswerberin wiederholt in ihrem Rechtsmittelschriftsatz im Wesentlichen die bereits dargelegte Argumentation.

Das Berufungsgericht schließt sich der referierten, zutreffenden rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts an (§ 500a ZPO).

4. **Urteilsveröffentlichung**

Die Berufungswerberin vertritt die Ansicht, es bestehe kein Bedarf an der Veröffentlichung, da nach den Feststellungen in Österreich nur rund 3000 Kunden im Zusammenhang mit dem Produkt „Winando“ aktiv seien. Die Geschäftstätigkeit der Beklagten beziehe sich primär auf die Schweiz.

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RIS-Justiz RS0121963). Das berechtigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind (RIS-Justiz RS0121963 [T7]).

In diesem Sinne ist auch die Entscheidung über die Urteilsveröffentlichung frei von Rechtsirrtum.

Der unberechtigten Berufung war daher insgesamt ein Erfolg zu versagen.

5. Die Entscheidung über die **Kosten** des Rechtsmittelverfahrens folgt aus den §§ 41, 50 ZPO.

6. Die **Bewertung** des Entscheidungsgegenstands orien-

tiert sich an der von der Klägerin vorgenommenen Bewertung, wobei der Unterlassungsanspruch und das diesbezügliche Veröffentlichungsbegehren aufgrund des rechtlichen und sachlichen Zusammenhangs im Sinne des § 55 Abs 1 JN einer einheitlichen Bewertung zu unterziehen waren (RIS-Justiz RS0053096 [T 15]).

7. Die ordentliche Revision ist mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 15, am 5. Juni 2019

Dr. Eva Maria Pisan
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG