



REPUBLIK ÖSTERREICH
BEZIRKSGERICHT FÜR HANDELSACHEN WIEN

21 C 311/15m

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Marxergasse 1A
1030 Wien

Tel.: +43 1 51528

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bezirksgericht für Handelssachen Wien erkennt durch die Richterin Mag. Linda-Maria Unterlechner in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. M K , vertreten durch Mag. Eric Breiteneder, Rechtsanwalt, Walfischgasse 5, 1010 Wien, wider die beklagte Partei Lyonesse Europe AG, Bahnhofstraße 22, 9470 Buchs, Schweiz, vertreten durch Reif & Partner Rechtsanwälte OEG, Brückenkopfgasse 1, 8020 Graz, wegen € 9.200,-- samt Anhang, zuletzt eingeschränkt auf € 2.300,-- samt Anhang, nach öffentlicher mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei € 2.300,-- samt 4% Zinsen aus € 350,-- seit 22.6.2011, sowie 4% Zinsen aus € 1.650,-- seit 21.7.2011, sowie 4% Zinsen aus € 7.200,-- von 21.7.2011 bis 18.2.2016, sowie 4% Zinsen aus € 300,-- seit 19.2.2016 sowie die mit € 2.648,65 bestimmten Prozesskosten (darin € 707,-- an Barauslagen und € 323,61 USt) zu Händen des Klagevertreters binnen 14 Tagen zu bezahlen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz, die eine internationale Einkaufsgemeinschaft organisiert. Dieser liegt der erklärte Zweck zu Grunde, dass ihre Mitglieder (idF: „Kunden“) durch Einkäufe bei Partnerunternehmen bestimmte Vorteile, unter anderem in Form von Sofortrückvergütungen („Cashback“), „Freundschaftsboni“, „Treuevorteilen“, etc., erlangen.

Die Sofortrückvergütung erfolgt mittels einer Einkaufskarte der Beklagten („Cashback Card“), die beim Einkauf bei einem Partnerunternehmen an der Kassa vorgezeigt werden muss. Die Einkaufsdaten werden darauf registriert und der jeweilige Rabatt bzw.

Mitgliedsvorteil (bis zu 2% der Einkaufssumme) auf dem persönlichen Vergütungskonto des Kunden gutgeschrieben. Die Sofortrückvergütungen werden von der Beklagten an den Kunden geleistet und aus Vermittlungsprovisionen finanziert, welche die Partnerunternehmen an die Beklagte leisten, sobald ein Kunde der Beklagten bei ihnen einkauft. Einen Teil der Vermittlungsprovision behält sich die Beklagte ein.

Wirbt der Kunde weitere Personen als Kunden der Beklagten an, wird ihm unter anderem auch ein bestimmter Prozentsatz ihrer Einkaufssumme vergütet („Freundschaftsbonus“). Je mehr der Kunde selbst oder die von ihm direkt oder indirekt geworbenen Kunden bei den Partnerunternehmen einkaufen, desto mehr wird ihm in weiterer Folge von der Beklagten rückvergütet. Der Kunde ist bei der Werbung neuer Mitglieder nicht zur Vertretung der Beklagten berechtigt, insbesondere nicht zur Abgabe oder Entgegennahme von Erklärungen.

Kunden können Mitgliedsvorteile auch dadurch erlangen, dass sie bei den Partnerunternehmen der Beklagten mit Gutscheinen einkaufen. Diese werden von den Partnerunternehmen ausgestellt und können schriftlich, telefonisch oder online bei der Beklagten oder bei Gutscheinverkaufsstellen erworben werden. Das Bestellformular muss per Post, Fax oder per E-Mail an die österreichische Tochtergesellschaft der Beklagten übermittelt werden. Die Gutscheine werden von der Beklagten an die Kunden versandt. Sie sind nicht in bar einlösbar und können frei übertragen werden. Der Kunde kann wählen, ob er den Gutschein sofort zur Gänze bezahlt oder nur eine Gutscheinzahlung leistet. Die Höhe der Anzahlung hängt vom jeweiligen Mitgliedsvorteil ab, den das Partnerunternehmen beim Einkauf gewährt. Die Beklagte ist berechtigt, die für einzelne Partnerunternehmen gewährten Mitgliedsvorteile zu ändern, sofern und soweit sich die mit den Partnerunternehmen vereinbarten Konditionen ändern. Für die Berechnung der dem Mitglied zustehenden Mitgliedsvorteile sind schließlich jene Konditionen heranzuziehen, die zu dem Zeitpunkt gelten, indem das Mitglied den Gutschein vollständig bezahlt hat. Der Vorteil der Anzahlung liegt darin, dass der offene Restbetrag auch durch Rückvergütungen aus Einkäufen bei Partnerunternehmen finanziert werden kann. Erst wenn der gesamte Betrag an die Beklagte bezahlt (oder durch Vergütungen gedeckt) wurde, erhält der Kunde den Gutschein von der Beklagten ausgefolgt. Sämtliche Gutscheinzahlungen sind an die Beklagte zu leisten. Bis zum Zeitpunkt der vollständigen Bezahlung der bestellten Gutscheine kann das Partnerunternehmen jederzeit vom Kunden gewechselt werden. Eine allfällige „Refundierung“ der Anzahlung erfolgt allein durch Gegenrechnung mit Rückvergütungen aus getätigten Einkäufen des Kunden oder der von ihm geworbenen Kunden bei Partnerunternehmen.

Ein Kunde wird schließlich „Businesskunde“, sobald er in einem Kalenderjahr ein Einkaufsvolumen von € 20.000,-- erreicht, oder Gutscheine eines Partnerunternehmens im Wert von € 20.000,-- bestellt und dabei die Anzahlungsmöglichkeit in Anspruch nimmt

(„Businesspaket“). Die Anzahlung beträgt diesfalls mindestens € 2.000,--.

Die übrigen Vergütungsformen sind ebenfalls vom Einkaufsvolumen des Kunden und/oder der von ihm geworbenen Kunden abhängig. Es kommen jedoch auch zusätzliche Faktoren, wie etwa eine zeitliche Komponente sowie die Höhe der Vermittlungsprovision hinzu.

Der Kläger beehrte zunächst mit Klage vom 9.7.2015 € 9.200,-- samt Anhang und brachte im Wesentlichen vor, er habe als Verbraucher bei der Beklagten Einkaufsgutscheine bestellt und am 22.6.2011 eine Gutscheinzahlung von € 350,-- sowie am 21.7.2011 zwei Gutscheinzahlungen von € 1.650,-- und € 7.200,-- an die Beklagte geleistet. Mit Schriftsatz vom 18.2.2016 schränkte der Kläger das Klagebegehren um die von der Beklagten am 18.2.2016 geleistete Teilzahlung von € 6.900,-- auf € 2.300,-- samt Anhang ein.

Der Kläger erkläre den Rücktritt von den geschlossenen Verträgen und begehre die Rückzahlung der geleisteten Anzahlungen. Dabei stütze er sich unter anderem auf sein Rücktrittsrecht gemäß § 27 KSchG. Die Gutscheine seien bewegliche körperliche Sachen. Der Kläger habe zumindest zwei Vorauszahlungen zu leisten, bevor er den Gutschein erhalte. Die Ware sei bloß durch Erklärung der Vertragspartner bestimmbar, zumal der Kunde die Möglichkeit habe, das Partnerunternehmen bei der Anzahlungsbestellung neu zu bestimmen. Der Preis für die Gutscheine sei nicht nach den Preisverhältnissen zur Zeit der Vertragsschließung festgelegt. Vielmehr variere in der „Anzahlungsvariante“ die Höhe des aufzuzahlenden Betrages je nach Höhe des Rabatts, welchen das Partnerunternehmen zum Zeitpunkt der „Aufzahlung“ gewähre. Weiters stütze sich der Kläger auf § 5e KSchG. Der Vertrieb der Gutscheine erfolge ausschließlich im Wege des Fernabsatzes. Da die Gutscheine bislang noch nicht geliefert worden seien, erfolge der Rücktritt nach dieser Bestimmung rechtzeitig. Der Kläger sei kein Unternehmer, sondern Verbraucher. Sofern die Beklagte behaupte, der Kläger habe unternehmerisch tätig werden wollen, so handle es sich trotzdem um ein Gründungsgeschäft gemäß § 1 Abs 3 KSchG und der Kläger sei somit jedenfalls als Verbraucher zu qualifizieren. Die Beklagte richte ihre berufliche und gewerbliche Tätigkeit auch auf österreichische Verbraucher aus. Sie betreibe eine Homepage, auf der „Österreich“ als Land ausgewählt werden könne, eine österreichische Servicenummer als „Kontakt“ angegeben sei und österreichische Partnerunternehmen beworben würden. Der Kläger habe als Verbraucher die Verträge mit der Beklagten in Österreich abgeschlossen. Das angerufene Gericht sei daher gemäß Art 15 Abs 1 lit c LGVÜ II örtlich zuständig. Der Verjährungseinwand der Beklagten bezüglich der Zinsen werde bestritten.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung. Sie brachte im Wesentlichen vor, der Kläger sei als Unternehmer iSd § 1 Abs 1 KSchG zu qualifizieren. Der Kläger habe die Mitgliedschaft bei der Beklagten sowie das „Businesspaket“ dazu genutzt, ein laufendes Einkommen für sich zu lukrieren. Er habe regelmäßig und

methodisch Personen für die Beklagte und/oder für sich angeworben. Das angerufene Gericht sei daher international und örtlich unzuständig, weshalb die Klage zurückzuweisen sei. Der Kläger habe seine Bestellung mittels eines Bestellformulars getätigt. Ein Rücktritt von der Bestellung sei nicht zulässig.

Ein Vorauszahlungskauf iSd § 27 KSchG liege nicht vor. Die Hauptleistungspflichten stünden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses fest. Es handle sich immer um Gutscheine eines Partnerunternehmens. Auch der Preis der Gutscheine stehe bereits im Zeitpunkt der Anzahlung fest. Dieser entspreche stets dem Nominalwert des Gutscheins. Die Modalitäten der Restpreiszahlungen stellten Nebenbestimmungen dar, deren Konkretisierung ausschließlich dem Kunden obliege. Die Beklagte sei auch nur als Vermittlerin anzusehen, deren Aufgabe die Verwahrung und Ausfolgung der Gutscheine der Partnerunternehmen sei. Schon mangels Zustandekommen eines Kaufvertrages mit der Beklagten scheide ein Rücktrittsrecht des Klägers nach § 27 KSchG aus. Vielmehr liege ein Vertrag sui generis vor. Es liege auch kein Fernabsatzgeschäft iSd § 5e KSchG vor, da kein Bestellformular an die Beklagte versendet worden sei. Vielmehr habe der Empfehlungsgeber des Klägers das Anzahlungsformular vom Kläger ausfüllen lassen. Der Kläger habe dann das ausgefüllte und unterschriebene Anzahlungsformular dem Empfehlungsgeber übergeben. Ein Vertragsabschluss unter ausschließlicher Verwendung eines Fernabsatzmittels sei daher nicht erfolgt. Im Übrigen sei ein Rücktritt nach § 5e KSchG nicht rechtzeitig. Die vom Kunden zu leistende Anzahlung sei nicht auf das Erlangen einer Ware, sondern überwiegend auf den Erhalt der Vorteile des Vergütungssystems der Beklagten gerichtet. Durch die Anzahlung werde der Gesamtwert der Gutscheinbestellung dem Einkaufsvolumen des Kunden zugerechnet und bei Ermittlung der Vergütungen berücksichtigt. Diese Dienstleistung der Beklagten überwiege die Lieferung der Gutscheine, stehe doch bei Anzahlung noch gar nicht fest, ob der Kunde in weiterer Folge Gutscheine der Partnerunternehmen haben oder die Anzahlung gegen Aufrechnung der bereits lukrierten Mitgliedsvorteile refundiert haben möchte. Deshalb sei die Rücktrittsfrist gemäß § 5e Abs 2 KSchG anzuwenden. Zudem sei der Kläger im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand des § 5f Abs 1 Z 3 KSchG zu Recht über sein mangelndes Rücktrittsrecht belehrt worden. Die Leistung der Anzahlung führe zu einer Zurechnung des Gesamtwerts der Gutscheinbestellungen an den Kläger. Die Rückabwicklung bereits geleisteter Anzahlungen hätte einen individuellen nachteiligen Einfluss auf von dem Kläger geworbene Kunden und wäre mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Die in den AGB und ZAGB verwendeten Klauseln seien klar und verständlich formuliert worden. Ferner sei das Zinsbegehren des Klägers teilweise verjährt.

Die Beklagte stellte den Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens, weil derzeit beim Handelsgericht Wien eine Verbandsklage des Vereins für Konsumenteninformation (VKI) gegen die Beklagte anhängig sei. Der VKI stütze sein Begehren auf die angebliche

Gesetzwidrigkeit der Klauseln Z 4,6 und 7 der ZAGB der Beklagten. Das Verfahren sei präjudiziell, könnte die Beklagte im Falle einer erfolgreichen Prozessführung des VKI sich nicht mehr auf jene allfällig als unzulässig erkannte Klauseln gegenüber dem Kläger berufen. Folglich wäre eine detaillierte Klauselkontrolle im gegenständlichen Verfahren nicht mehr erforderlich. Der Kläger sprach sich gegen diesen Antrag aus.

Nach dem durchgeführten Beweisverfahren durch Einsichtnahme in die von den Parteien vorgelegten Urkunden .A bis .O und .1 bis .14 sowie durch Einvernahme des Klägers s Mag. M K als Partei und Vernehmung der Zeugen H F und W I steht folgender Sachverhalt fest:

Die Kläger ist als Angestellter unselbstständig beschäftigt und bezieht kein Einkommen aus einer selbstständigen Tätigkeit.

Die Beklagte richtet ihre berufliche und gewerbliche Tätigkeit auf österreichische Konsumenten aus. Sie betreibt eine Homepage, auf der „Österreich“ als Land ausgewählt werden kann, eine österreichische Servicenummer als „Kontakt“ angegeben ist und österreichische Partnerunternehmen beworben werden (.H).

Der Kläger wurde von seinem Freund M S auf die Beklagte aufmerksam gemacht. S überzeugte den Kläger davon, dass er mit dem „Businesspaket“ und dem Gutscheinsystem der Beklagten viel Geld verdienen könne, da er selbst von der Beklagten laufend Zahlungen erhalte. Der Kläger besuchte in weiterer Folge mehrere Informationsveranstaltungen der Beklagten im Hotel Hillinger (1220 Wien) und führte persönliche Gespräche mit M S, M K und einem „Herrn Werner“ über das Vertriebssystem der Beklagten. Der Kläger erhielt im Zuge dieser Gespräche und Informationsveranstaltungen keine Werbe- bzw. Informationsbroschüren der Beklagten.

Dem Kläger wurde das Gutscheinsystem der Beklagten im Zuge des persönlichen Gespräches mit M K derart erklärt, dass das System der Beklagten einem Bausparvertrag ähneln würde und man daher einzahlen müsse. Nach vier bis sechs Jahren bekomme der Kläger das neun- oder zehnfache der Gutscheinanzahlungen zurück, weil sein Geld von der Beklagten weltweit investiert werden würde.

S erklärte dem Kläger das System der Beklagten dahingehend, dass immer dann, wenn der Kläger etwas einkaufe, dieser einen entsprechenden Prozentsatz des Einkaufs auf sein Konto gutgeschrieben bekomme, wobei der Prozentsatz bei den einzelnen Partnerunternehmen variieren könne.

Der Kläger bestellte am 20.6.2011 per Bestellschein mehrere Lidl-Gutscheine bei der Beklagten und leistete auf diese Gutscheine eine Gutscheinanzahlung von insgesamt € 350,--

(Beilage ./12). Der Kläger bestellte ferner am 6.7.2011 mittels zweier Bestellscheine weitere Gutscheine (bzw. sogenannte „Businesspakete“) bei der Beklagten und zwar Lidl- und OMV-Gutscheine (Beilage ./13) sowie KIKA Möbelhaus- und Lidl-Gutscheine (Beilage ./14). Er leistete auf diese Gutscheine zwei Gutscheinzahlungen von insgesamt € 7.200,-- (Beilage ./13) bzw. € 1.650,-- (Beilage ./14). Die Bestellscheine unterzeichnete der Kläger mit seiner Unterschrift (Beilage ./13 und ./14).

Der damals neunzehnjährige Kläger hoffte, durch diese Gutscheinzahlungen (bzw. durch den Erwerb der „Businesspakete“ der Beklagten) zumindest eine Rendite von 20 bis 25 Prozent zu erzielen. Der Kläger verstand jedoch das „Lyonesse-System“ und das komplexe Verrechnungssystem der Beklagten (mit Freundschaftsbonus und sonstigen Provisionen) dahinter nicht.

M S , der Empfehlungsgeber des Klägers, erhielt für die Werbung des Klägers als Kunden von der Beklagten eine Provision, deren Höhe durch das Verrechnungssystem der Beklagten berechnet wurde. M S bzw. der Kläger übermittelten die Bestellformulare per Post, E-Mail oder Fax an die Beklagte.

Der Kläger zahlte alle Gutscheinzahlungen per Banküberweisung an die Beklagte, welche mit Schreiben vom 22.6.2011 den Zahlungseingang von € 350,--, mit Schreiben vom 13.7.2011 den Zahlungseingang von € 1.650,-- und mit Schreiben vom 21.7.2011 den Zahlungseingang von € 7.200,--, dem Kläger bestätigte (Beilage ./R, ./O).

Der Kläger warb keine neuen Kunden für die Beklagte. Es konnte insbesondere nicht festgestellt werden, dass der Kläger H F oder W I als Kunden für die Beklagte anwarb. Es kann weiters nicht festgestellt werden, dass der Kläger (Rück-)Vergütungen von der Beklagten erhalten hat.

Das Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und ihren Kunden ist in den AGB in der Fassung April 2012 und den „Zusätzlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Lyonesse Mitglieder zur Nutzung der erweiterten Mitgliedsvorteile Fassung April 2012“ (idF kurz: ZAGB) geregelt, die auch zwischen dem Kläger und der Beklagten Vertragsinhalt wurden (Beilage ./8).

Auf sämtlichen Bestellformularen und Bestätigungsschreiben der Beklagten ist folgender Absatz angeführt (Beilage ./O, ./12, ./13, ./14):

„Die Bestellung erfolgt bei der Lyonesse Austria GmbH, Kärntnerstraße 9, 8020 Graz, registriert zur Firmenbuchnummer 237235 Art des Landesgerichtes für ZRS Graz; UID: ATU 57164918, im Auftrag der Lyonesse Europe AG. Für diese Bestellung gilt die zwischen dem Mitglied und der Lyonesse Europe AG abgeschlossene Mitgliedsvereinbarung samt deren AGB. Lyonesse behält sich das Recht vor, diese Bestellung ohne Angabe von Gründen

abzulehnen oder nicht auszuführen. Wir weisen Sie darauf hin, dass für die Direktbestellung von Gutscheinen kein Rücktrittsrecht besteht, da diese insbesondere nach ihren Angaben und Spezifikationen individuell hergestellt und ausgestellt werden und auf ihre besonderen persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind. Bei Gutscheinen wird unmittelbar mit Bestellung des gegenständlichen Gutscheines bereits die Bezahlung des Gutscheinbetrages an das Partnerunternehmen eingeleitet (Vgl. § 5f KSchG).“

Die AGB und die ZAGB in der Fassung April 2012 der Beklagten bilden einen Bestandteil dieser Feststellungen (.1, .2).

Der Sachverhalt gründet sich auf nachfolgende Beweiswürdigung:

Soweit im Sachverhalt auf Beilagen verwiesen wird, gründen sich die Feststellungen unmittelbar auf die von den Parteien vorgelegten Urkunden.

Die weiteren Feststellungen beruhen auf den Schilderungen des Klägers, soweit diese mit den vorgelegten Urkunden, insbesondere Beilage .O, .8, .12, .13, .14, in Einklang zu bringen waren. Hinsichtlich der Unterzeichnung der Bestellformulare und der Zustimmung zu den AGBs der Beklagten idF 2012 macht die Aussage des Klägers einen sehr unglaubwürdigen Eindruck, da nach Ansicht des erkennenden Gerichts der Kläger krampfhaft versuchte, weitgehend unbedarft und unwissend zu erscheinen. Hier folgte das Gericht den vorgelegten Urkunden und ging davon aus, dass der Kläger diese auch unterzeichnet hatte bzw. den AGBs zugestimmt hatte. Jedoch war nach Ansicht des erkennenden Gerichtes aus den Angaben des Klägers ersichtlich, dass der Kläger das Lyoness-System und das komplexe Verrechnungssystem der Beklagten dahinter nicht verstand.

Die Feststellung, dass der Empfehlungsgeber des Klägers M S war, wurde anhand der Aussage des Klägers getroffen. Im Übrigen bestritt die Beklagte nicht, dass M S den Kläger geworben hatte.

Die Feststellungen, dass der Kläger keine neuen Kunden für die Beklagte warb und keine (Rück-)Vergütungen von der Beklagten erhielt, ergaben sich ebenfalls aus den Angaben des Klägers, zumal die Aussagen der Zeugen H F und W I den Angaben des Klägers nicht widersprachen. Ferner konnte die Beklagte nicht substantiiert darlegen, dass der Kläger (Rück-)Vergütungen erhalten hatte.

Das System bzw. Geschäftsmodell der Beklagten wurde weitgehend außer Streit gestellt. Es ergibt sich im Übrigen auch aus den vorgelegten Urkunden .1 und .2. Von der Vernehmung des Direktors Freidl und des Mitglieds des Verwaltungsrates der Beklagten, Sedovnik, sowie der Einholung von Sachverständigengutachten aus dem Banken- und Börsenwesen sowie der Wirtschaftsprüfung war daher abzusehen. Entsprechende

Sachverständigengutachten waren auch entbehrlich, da die gegenständliche Entscheidung ohnehin nicht auf allfällige Verstöße gegen das KMG gestützt wird. Die Gutscheinbestellungen und geleisteten Anzahlungen des Klägers waren aus den vorgelegten Urkunden zu entnehmen und wurden im Übrigen von der Beklagten nicht bestritten.

Die Feststellung, dass der Empfehlungsgeber S eine Provision von der Beklagten erhielt, ergibt sich ebenfalls aus dem weitgehend außer Streit gestellt Geschäftsmodell der Beklagten und aus den vorgelegten Urkunden ./1 und ./2. Eine Vernehmung des von der Beklagten beantragten Zeugen S war nicht möglich, da dieser nach Angaben seiner Schwester V S in ein Kloster in Ägypten eingetreten sei und auf unbestimmte Zeit außer Landes sei. Im Übrigen erschien seine Vernehmung im Hinblick auf die Angaben des Klägers nicht notwendig, da bereits anhand dieser alle rechtserheblichen Tatsachen festgestellt werden konnten.

In rechtlicher Hinsicht folgt aus dem festgestellten Sachverhalt:

Zur Frage der Zuständigkeit sowie der Rücktrittsrechte nach dem KSchG ist zunächst zu prüfen, ob der Kläger als Verbraucher im Sinne des KSchG anzusehen ist. Gemäß § 1 Abs 2 KSchG ist ein Unternehmen jede auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Von anderen Organisationen unterscheidet sich das Unternehmen durch das Ziel, anderen wirtschaftliche Leistungen zu erbringen, also Leistungen, die für den Waren-, Güter- und Leistungsverkehrgrundsätzlich nach Kosten- und Absatzüberlegungen bewertet werden (Krejci in Rummel³, KSchG § 1 Rz 16). Für den Unternehmerbegriff des KSchG ist kein bestimmtes Mindestmaß an geschäftlicher Tätigkeit erforderlich, sondern nur die Regelmäßigkeit und Methodik der ausgeübten Tätigkeit maßgeblich (RIS-Justiz RS0065380 [T12]). Der Kläger fällt mangels Vorliegens jeglicher Organisation oder Methodik und mangels des Zieles der Erbringung wirtschaftlich werthaltiger Leistungen nicht unter den Begriff des Unternehmers. Daran vermag die bloße Teilnahme am System der Beklagten nichts zu ändern, zumal der Kläger keine neuen Kunden für die Beklagte warb. Der Kläger ist daher als Verbraucher zu qualifizieren.

Wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag, den ein Verbraucher zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, den Gegenstand des Verfahrens bilden, und der andere Vertragspartner in jenem Staat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgendeinem Wege auf diesen Staat ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt, kann der Verbraucher seine Klage gegen diesen Vertragspartner gemäß Art 16 Abs 1 LGVÜ II wahlweise auch vor dem Gericht des Ortes einbringen, an dem er seinen Wohnsitz hat. Ausgehend von den Feststellungen zur

Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit der Beklagten auf den österreichischen Markt sowie im Hinblick auf die Verbrauchereigenschaft des Klägers sind die Voraussetzungen des Art 15 Abs 1 lit c LGVÜ II erfüllt, zumal der klagsgegenständliche Vertrag auch in den Bereich der geschäftlichen Tätigkeit der Beklagten fällt. Das erkennende Gericht ist zuständig. Die Anwendbarkeit österreichischen Rechts ist in Punkt 16.1. der AGB der Beklagten normiert.

Gemäß § 27 KSchG kann ein Verbraucher von einem Vertrag über die Lieferung einer beweglichen körperlichen Sache, in dem sich der Verbraucher verpflichtet, den Kaufpreis in Teilbeträgen vorauszuzahlen, zurücktreten, sofern die Ware bloß durch Erklärung der Vertragspartner bestimmbar (1.Fall) oder der Preis nicht nach den Preisverhältnissen zur Zeit der Vertragsschließung festgelegt ist (2.Fall) und solange der Vertrag nicht beiderseits vollständig erfüllt ist. Es genügt für die Anwendbarkeit des §§ 27 KSchG, dass zwei Teilleistungen vor Erhalt der Sache zu leisten sind. Es ist ohne Belang, ob der Käufer oder der Verkäufer das Recht hat, den zu liefernden Kaufgegenstand zu konkretisieren (RIS-Justiz RS0114406). Der Zweck dieser Bestimmung liegt darin, den Verbraucher vor Ansparverträgen zu schützen, bei denen entweder Art, Qualität bzw Ausmaß der gekauften Ware oder deren Preis bei Vertragsabschluss nicht hinreichend feststeht (Krejci in Rummel³, KSchG § 27 Rz 1). Es soll verhindert werden, dass dem Verbraucher durch gewisse Vertragsgestaltungen der Blick auf den wahren Wert des Geschäftes verschleiert wird (aaO Rz 5).

Bevor die einzelnen Tatbestandselemente des § 27 KSchG geprüft werden, muss zunächst geklärt werden, ob überhaupt ein Kaufvertrag vorliegt. Grundsätzlich kommt es für die rechtliche Qualifikation eines Vertrages, der Elemente verschiedener Vertragstypen aufweist, darauf an, welche Elemente überwiegen. Die Prüfung dieser Frage ist auf den vereinbarten Schuldinhalt des Vertrages abzustellen (RIS-Justiz RS0018777). Der Kaufvertrag bezweckt den Austausch einer (bestimmbaren) Sache gegen Geld (§ 1053 ABGB). Die Hauptpflicht des Verkäufers besteht darin, dem Käufer unbelastetes Eigentum und Besitz an der Kaufsache zu verschaffen, jene des Käufers besteht darin, den Kaufpreis zu bezahlen. Die Hauptpflicht der Beklagten bestand darin, nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises die Gutscheine von Partnerunternehmen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an den Kläger zu liefern. Letzterer verpflichtete sich, Zahlungen für diese Gutscheine ausschließlich an die Beklagte zu leisten. Um ihrer Verpflichtung nachzukommen kaufte die Beklagte die Gutscheine bei den Partnerunternehmen gegen Vorauszahlung. Die Verträge zwischen dem Kläger und der Beklagten sind als Kaufverträge zu qualifizieren. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte ein Verzeichnis der Partnerunternehmen führt oder eine allfällige Umbuchung eines Gutscheins auf ein anderes Partnerunternehmen vornimmt (Pkt. 4.3. und 5. der AGB), stellen diese lediglich Nebenverpflichtungen zu den konkreten Kaufverträgen dar. Auch daraus geht hervor, dass die Hauptleistungspflicht der Beklagten erst in Zukunft konkretisiert werden

soll/kann. Anhaltspunkte für eine überwiegende Vermittlungstätigkeit der Beklagten in diesem Zusammenhang sind den Feststellungen jedenfalls nicht zu entnehmen. Worin die überwiegende Vermittlungstätigkeit der Beklagten begründet sein soll, vermag die Beklagte in ihrem Vorbringen auch nicht darzulegen. Der von ihr zitierten Entscheidung des OGH zu 7 Ob 22/12d liegt auch kein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde, wurde doch darin ein Vertragsverhältnis, in dem nicht das Unternehmen, das einen Gutschein ausstellt, sondern ein Dritter die verbriefte Leistung erbringt, als Vertrag sui generis qualifiziert. Im konkreten Fall stellen jedoch die Partnerunternehmen selbst die Originalgutscheine aus und erbringen auch die darin verbrieften Leistungen, sodass ein atypisches Auseinanderfallen dieser Leistungen nicht vorliegt. Die Gutscheine werden schließlich an die Beklagte verkauft, die wiederum die frei übertragbaren Gutscheine im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an die Kunden verkauft.

Gutscheine sind bewegliche körperliche Sachen im Sinne des § 292 ABGB und fallen somit in den Anwendungsbereich des § 27 KSchG. Wie bereits angeführt, ist das wesentlichste Tatbestandselement des § 27 KSchG die Unbestimmtheit von Ware oder Preis. Mag im konkreten Fall auch die „Art“ der Ware, nämlich „Gutscheine“, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestimmt sein, so kann dies von deren „Qualität“ nicht behauptet werden. Diese bestimmt sich nämlich nach der Höhe des Rabatts, den das Partnerunternehmen gewährt. Schließlich liegt der erklärte Zweck der Einkaufsgemeinschaft darin, Rabatte bei Partnerunternehmen zu erlangen. Nur der jeweilige Mitgliedsvorteil, der beim Einkauf mit den Gutscheinen bei den Partnerunternehmen gewährt wird, bestimmt sohin den Wert der Gegenleistung der Beklagten. Würde tatsächlich der Nominalwert des Gutscheins die Gegenleistung der Beklagten ausmachen, wäre fraglich, wieso der Kläger nicht gleich beim Partnerunternehmen den Gutschein erwirbt. Gemäß Pkt. 7.6. der AGB ist die Beklagte berechtigt, die für einzelne Partnerunternehmen gewährten Mitgliedervorteile zu ändern, sofern sich die mit den Partnerunternehmen vereinbarten Konditionen ändern. Das heißt, dass die Beklagte befugt ist, die Höhe der Gegenleistung einseitig zu ändern, womit das endgültige Austauschverhältnis der Hauptleistungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht feststeht. Da die bestellten Gutscheine noch nicht geliefert wurden, erfolgte der Rücktritt des Klägers nach § 27 erster Fall KSchG rechtzeitig. Selbst wenn man annehmen wollte, nicht der Gutschein, sondern die vom Partnerunternehmen angebotenen Ware sei der eigentliche Vertragsgegenstand, stünde dem Kläger ein Rücktrittsrecht nach dieser Bestimmung zu. Durch die Befugnis des Klägers, das Partnerunternehmen in der Anzahlungsphase jederzeit zu wechseln, sind die zu erlangenden Waren im Vertragsabschlusszeitpunkt nicht einmal der Art nach bestimmt.

Die bereicherungsrechtlichen Folgen des Rücktritts nach § 27 KSchG bestimmen sich nach § 4 KSchG. Die Beklagte hat sohin die vom Kläger geleisteten Teilbeträge samt den

gesetzlichen Zinsen zurückzuzahlen.

Die Vertragsabschlüsse erfolgten im Übrigen entsprechend dem festgestellten typischen Ablauf innerhalb des Vertriebssystems der Beklagten mittels an die österreichische Tochtergesellschaft der Beklagten per Post, Fax oder E-Mail zu übermittelnden Bestellformulare, die von der Homepage herunterzuladen sind. Der Vertragsabschluss erfolgte somit unter ausschließlicher Verwendung eines Fernkommunikationsmittels im Sinne des § 5a KSchG. Es spielt keine Rolle, ob der Kläger oder der Empfehlungsgeber („Business Partner“) die Bestellformulare an die Beklagte übermittelt haben. Der Empfehlungsgeber ist entsprechend Punkt 3.3. der eigenen AGB der Beklagten nicht als (gesetzlicher) Vertreter der Beklagten zu qualifizieren.

Die Rücktrittsfrist beträgt gemäß § 5e Abs 2 KSchG (in der Fassung vor BGBl I Nr 33/2014; gegenständlich gemäß § 41a Abs 29 KSchG anzuwenden, da sämtliche Vertragsabschlüsse zwischen den Parteien vor dem 13.6.2014 erfolgten) sieben Werktage und beginnt bei Verträgen über die Lieferung von Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher.

Auf alle Gutscheine leistete der Kläger unstrittigerweise nur Gutscheinzahlungen an die Beklagte. Der Rücktritt des Klägers erfolgt daher jedenfalls rechtzeitig, da der Kläger bloß Anzahlungen leistete und die Beklagte keine Gutscheine an den Kläger lieferte. Dem Einwand der Beklagten, die Anzahlung sei primär auf Erlangen der Mitgliedervorteile gerichtet gewesen und weniger auf den Erhalt der Gutscheine kann nicht gefolgt werden. Die Frage, was Vertragsinhalt geworden ist, ist mangels Feststellung eines von der Vertragsurkunde abweichenden übereinstimmenden Parteiwillens ausschließlich anhand des Wortlauts der Bestellformulare in Verbindung mit den vereinbarten AGB und ZAGB zu lösen. Aus diesen ergibt sich, dass die Anzahlung auf Erlangen der Gutscheine, sohin einer Ware gerichtet war.

Gemäß § 5f Abs 1 Z 3 KSchG besteht bei Verträgen über Waren, die nach speziellen Kundenwünschen gefertigt wurden, nicht zur Rücksendung geeignet sind, rasch verderben oder deren Verfalls- bzw Ablaufdatum überschritten würde, kein Rücktrittsrecht. In diesen Fällen empfindet der Gesetzgeber die Gewährung des Rücktrittsrechts als übergebührende Belastung des Unternehmers. Denn hier hätte der Unternehmer das Risiko zu tragen, dass bereits begonnene Arbeiten frustriert oder die vom Verbraucher erworbenen Waren zu einer Weiterverwertung durch den Unternehmer unbrauchbar würden (*Krejci* in Rummel³, KSchG § 5i Rz 36). Ein solcher Fall liegt aber gerade nicht vor. Allein das Auslösen eines Bestellvorganges begründet noch keine Anfertigung nach speziellem Wunsch des Klägers. Auch sonst ist nicht ersichtlich, inwiefern die Gutscheine nach den „speziellen Wünschen“ des Klägers angefertigt werden sollten. Vielmehr handelt es sich um frei übertragbare Gutscheine der Partnerunternehmen, die jeden Inhaber zum Erhalt der darin verbrieften Leistung berechtigen. Die Beklagte könnte die bestellten Gutscheine ohne weiteres an andere Kunde verkaufen, sodass von deren Unbrauchbarkeit nach dem Rücktritt des Klägers keine Rede

sein kann.

Auch dem Einwand der Beklagten, eine Rückabwicklung sei nur schwer durchführbar oder würde zu einer unangemessenen Risikoabwälzung führen, weil die geleisteten Anzahlungen des Klägers auch Einfluss auf die Vergütungen jener vom Kläger direkt oder indirekt geworbener Mitglieder hätten, ist nicht folgen, zumal der Kläger nach den Feststellungen keine neuen Kunden für die Beklagte warb. Auch eine „ungebührliche Risikoabwälzung“ auf die Beklagte ist nicht erkennbar, zumal nicht einmal festgestellt werden konnte, dass der Kläger überhaupt weitere Vergütungen von der Beklagten erhalten hat.

Tritt der Verbraucher nach § 5e KSchG vom Vertrag zurück, so ist der Vertrag Zug um Zug rückabzuwickeln: Der Unternehmer hat die vom Verbraucher erhaltenen Zahlungen rückzuerstatten und ihm auch den auf die Sache gemachten notwendigen und nützlichen Aufwand zu ersetzen (§ 5g Abs 1 Z 1 KSchG). Der Verbraucher hat hingegen die empfangene Leistung zurückzugeben und ein angemessenes Entgelt für den Gebrauch zu leisten. § 5g KSchG entspricht den in § 4 KSchG normierten Vorschriften, allerdings nennt § 5g Abs 1 Z 1 KSchG anders als § 4 Abs 1 Z 1 KSchG den Anspruch auf Erstattung der gesetzlichen Zinsen nicht. Da dem Gesetzgeber jedoch nicht unterstellt werden darf, dass er den Verbraucher schlechter stellen wollte als denjenigen, auf den die Vorschriften des ABGB Anwendung finden, ist dieser Anspruch auch im Bereich des § 5e KSchG zu bejahen (Krejci in Rummel³, KSchG § 5i Rz 38). Die Beklagte hat daher auch nach dieser Bestimmung die begehrten Anzahlungen zu zahlen sowie die gesetzlichen Zinsen zu ersetzen.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass ein Verbraucher nicht auf ein ihm zwingend zustehendes Rücktrittsrecht nach dem KSchG wirksam verzichten kann, weshalb der vertragliche Rücktrittsverzicht unerheblich ist.

Gemäß Anhang Z 14 zu § 2 UWG ist die Einführung, Betrieb oder Förderung eines Schneeballsystems zur Verkaufsförderung, bei dem der Verbraucher die Möglichkeit vor Augen hat, eine Vergütung zu erzielen, die überwiegend durch das Einführen neuer Verbraucher in ein solches System und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Produkten zu erzielen ist, eine irreführende Geschäftspraktik. Der Tatbestand der Z 14 ist weiter als § 27 UWG und erfasst nicht bloß Vertragssysteme, bei denen mit dem Kunden eine unbedingte Zahlungspflicht und andererseits eine bedingte Leistungspflicht des Unternehmers vereinbart werden. Es genügt, dass der Kunde die (tatsächliche oder vermeintliche) Aussicht hat, eine Vergütung zu erzielen. Auch jene Fälle, in denen dem Kunden eine Gegenleistung des Unternehmers unbedingt zugesagt und zusätzlich ein Bonus in Aussicht gestellt wird, fallen darunter. Dieser Bonus muss auch nicht ausschließlich von der Zuführung neuer Kunden abhängig sein. Es genügt, dass als Leistung des Kunden – allenfalls neben dem Erfordernis des Verkaufs oder Verbrauchs von Produkten – überwiegend das Zuführen neuer

Kunden erforderlich ist (*Kucsko* in Wiebe/Kodek, UWG² § 27 Rz 22). Damit das Per-se-Verbot anwendbar ist, muss die zu erzielende Vergütung hauptsächlich durch die Einführung neuer Verbraucher entstehen. Das liegt vor, wenn nicht die durch den Verkauf von Produkten erzielbare Marge, sondern die Werbungsprämie für Neukunden im Vordergrund steht. Einkaufsgemeinschaften und die Weitergabe von Vorteilen aus der gemeinsamen Beschaffung an die Teilnehmer des Systems sind idR nicht unter Anhang Z 14 zu subsumieren, wenn der Erwerb und/oder Konsum des Produkts und nicht die Erzielung einer Vergütung für die Anwerbung neuer Teilnehmer im Vordergrund steht (*Anderl/Appi* in Wiebe/Kodek, UWG² Anh § 2 Rz 165ff). Der bei der österreichischen Umsetzung der RL-UGB in den Text der Z 14 aufgenommene Verweis auf § 27 UWG – wenn man damit ein Abstellen auf die abweichende, engere Definition von Schneeballsystemen in § 27 Abs 2 UWG unterstellen würde – wurde mit BGBl I Nr. 112/2013 gestrichen.

Das System der Beklagten beruht darauf, dass der Kläger der Beklagten in der Aussicht darauf, hierfür einen Gewinn zu erzielen, Kapital zur Verfügung stellt. Dieser Gewinn fällt jedenfalls laut Eigendarstellung der Beklagten umso höher aus, je mehr Kapitalgeber der Kläger zuführt und je mehr Kapitalgeber insgesamt am System teilnehmen. Auch wenn der Kläger durch eigene Einkäufe oder Gutscheinbestellungen Vergütungen erhält, so ist diese Vergütungsform aufgrund des geringen Prozentsatzes (bis zu 2%) wirtschaftlich unbedeutend, weshalb die im System erzielbaren Vorteile weder vorrangig vom Konsum der Waren oder Dienstleistungen abhängen, noch im Konsum der Produkte selbst liegen. Offensichtlich wird dies anhand von folgendem Beispiel dargestellt: Bestellt ein Kunde Gutscheine im Gesamtwert von € 10.000,-- und leistet darauf eine Anzahlung von € 1.000,--, setzt die Finanzierung des Restbetrages von € 9.000,-- durch die Mitgliedervorteile voraus, dass der Kunde bei einer angenommenen Sofortvergütung von 2% selbst Einkäufe in Höhe von € 450.000,-- tätigen muss oder Freundschaftsboni aus den Einkäufen von angeworbenen Kunden lukriert. Dies würde bei einer angenommenen Provision von 0,5% ein erforderliches Einkaufsvolumen von € 1.800.000,-- der Mitglieder bedeuten. Tatsächlich wird für den Kunden die Teilnahme am System der Beklagten erst durch die „erweiterten Mitgliedsvorteile“ iSd Pkt. 7 der ZAGB lukrativ, die jedoch weitgehend davon abhängen, dass der Kläger Neukunden anwirbt. So etwa entsteht der Anspruch des Kunden auf die (eigentlich profitablen) Treue- bzw Partnerprämien (bis zu 18,75% auf Treueprämien geworbener Kunden) erst, wenn direkt geworbene Mitglieder bestimmte „Einheiten“ bilden (durch Einkäufe oder anderweitige Kapitalzufuhr) bzw selbst Treueprämien erwerben (Pkt. 7.2., 7.6. der ZAGB). Bei wirtschaftlicher Betrachtung erfolgt die Vergütung überwiegend über die Anwerbung neuer Mitglieder und deren Kapitaleistungen an die Beklagte. Insgesamt handelt sich daher um eine irreführende Geschäftspraktik im Sinne der Z 14 des Anhanges zu § 2 UWG. Die geschlossenen Verträge sind demnach unwirksam iSd § 879 ABGB, weshalb der Kläger

seinen Rückabwicklungsanspruch auch auf diese Bestimmung stützen kann. Eine Prüfung der übrigen Rechtsgrundlagen konnte daher unterbleiben.

Eine Unterbrechung des Verfahrens gemäß § 190 ZPO ist nur unter den Voraussetzungen zulässig, dass die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Teile von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines (anderen) Rechtsverhältnisses abhängt und darüber bereits ein gerichtliches oder verwaltungsbehördliches Verfahren anhängig ist. Das Gericht darf also sein Verfahren nur unterbrechen, wenn es seine Entscheidung nicht treffen kann, ohne das Ergebnis des anderen anhängigen Verfahrens zumindest mit berücksichtigen zu müssen (*Schragel* in Fasching/Konecny² § 190 ZPO Rz 2). Vor dem Handelsgericht Wien ist nach dem Vorbringen der Beklagten eine Verbandsklage des VKI wegen Sittenwidrigkeit einzelner Klauseln der AGB und ZAGB der Beklagten anhängig. Da der Kläger seinen Rückforderungsanspruch jedoch auch auf die Rücktrittsbestimmungen nach dem KSchG stützt, erscheint eine Unterbrechung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens vor dem Handelsgericht Wien ebenfalls nicht zweckmäßig.

Die Einholung eines Gutachtens aus dem Bank- und Börsewesen war nicht erforderlich, um den Sachverhalt ausreichend beurteilen zu können. Die Frage, ob gegenständlich eine Veranlagung iSd KMG vorliegt, war nicht entscheidungswesentlich. Die Einvernahme von Hubert Freidl und Marko Sedovnik als Parteien war ebenfalls nicht entscheidungswesentlich. Ein unmittelbarer Kontakt der Genannten zum Kläger hat offenbar niemals bestanden. Jedenfalls wurde ein solcher nicht behauptet. Der rechtlichen Beurteilung wurde ohnehin das von der Beklagten dargelegte Geschäftsmodell zugrundegelegt. Von der Aufnahme dieser Beweise war daher aus den angeführten Gründen Abstand zu nehmen.

Dem Verjährungseinwand der Beklagten hinsichtlich des Zinsbegehrens war nicht zu folgen, da erst durch Ausübung des Gestaltungsrechts (daher mit Einbringung der Klage) die Verjährungsfrist zu laufen begann und die begehrten Zinsen somit noch nicht verjährt sind. Eine Zug-um-Zug-Einrede hat die Beklagte nicht erhoben, sodass auf eine solche nicht Bedacht zu nehmen war. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 Abs 1 ZPO. Die von der Beklagten erhobenen Einwendungen gemäß § 54a ZPO gegen das Kostenverzeichnis des Klägers waren berechtigt, sodass diese wie im Spruch ersichtlich berücksichtigt wurden.

Bezirksgericht für Handelssachen Wien, Abteilung 21
Wien, 08. September 2016
Mag. Linda-Maria Unterlechner, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG