

**Beschluss vom 14. September 2020**

ZK2 2019 8

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,  
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,  
Gerichtsschreiberin M.A. HSG Sonia Zwirner.

In Sachen **A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte und Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_,

gegen

**C. \_\_\_\_\_,**  
Kläger und Beschwerdegegner,  
vertreten durch Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_,

betreffend negative Feststellungsklage  
(Beschwerde gegen das Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht March  
vom 3. Dezember 2018, ZEV 2018 10);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. a) Die A.\_\_\_\_\_ AG bezweckt die Erbringung von Rechnungsstellungs- und Inkassodienstleistungen (Vi-act. KB 3). Mit Zahlungsbefehl vom 12. Juni 2017 des Betreibungsamts Winterthur-Stadt in der Betreuung Nr. xx betrieb sie C.\_\_\_\_\_ für Fr. 224.80 nebst Zins zu 5 % seit dem 8. März 2017 betreffend Rechnung Nr. 170200351080, Fr. 229.00 Verzugsschaden, Fr. 68.00 Mahngebühren, Fr. 39.50 Adressverifizierung nebst Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 53.30. C.\_\_\_\_\_ erhob Rechtsvorschlag (Vi-act. KB 4). Am 29. Januar 2018 reichte C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Kläger) gegen die A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beklagte) beim Einzelrichter am Bezirksgericht March Klage mit folgenden Rechtsbegehren ein (Vi-act. 1):

1. Es sei festzustellen, dass die Forderung gegen C.\_\_\_\_\_ im Gesamtbetrag von Fr. 561.30 gemäss Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. xx des Betreibungsamts Winterthur-Stadt nicht besteht.
2. Es sei die Betreuung Nr. xx des Betreibungsamts Winterthur-Stadt aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzlicher MWST) zulasten der Beklagten.

Die Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 5. März 2018, die Klage sei abzuweisen und es sei ihr gegen den Kläger eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung zur Vollstreckung der laufenden Betreuung auszustellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers (Vi-act. 6). In der Stellungnahme vom 22. Mai 2018 beziehungsweise Duplik vom 21. September 2018 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest (Vi-act. 14 und 27). Die Hauptverhandlung fand am 29. November 2018 statt (Vi-act. 29). Am 3. Dezember 2018 erkannte der Einzelrichter was folgt:

1. Es wird festgestellt, dass die Forderung gegen den Kläger im Gesamtbetrag von Fr. 561.30 gemäss Zahlungsbefehl in der

Betreibung Nr. xx des Betreibungsamts Winterthur-Stadt nicht besteht.

2. Die Betreibung Nr. xx des Betreibungsamts Winterthur-Stadt wird aufgehoben.
3. Die Gerichtskosten von Fr. 2'100.00 (inkl. Entscheidgebühr), welche mit dem geleisteten Vorschuss des Klägers verrechnet werden, sowie die Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 250.00 werden der Beklagten auferlegt. Der Fehlbetrag von Fr. 900.00 wird von der Beklagten nachgefordert. Unter dem Titel Gerichtskostenersatz hat die Beklagte dem Kläger Fr. 1'450.00 zu bezahlen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteienschädigung von Fr. 1'500.00 zu bezahlen.
5. [Rechtsmittel].
6. [Zufertigung].

b) Dagegen erhob die Beklagte am 4. März 2019 Beschwerde beim Kantonsgericht und beantragte, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Klägers (KG-act. 1). Mit Beschwerdeantwort vom 4. April 2019 verlangte der Kläger die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Beklagten (KG-act. 13). Am 2. Mai 2019 reichte die Beklagte unaufgefordert eine als Replik bezeichnete Eingabe ein (KG-act. 15), wozu sich der Kläger mit „Duplik“ vom 15. Mai 2019 äusserte (KG-act. 18). Mit Eingabe vom 27. August 2019 teilte die Beklagte mit, sie habe gegen den Rechtsvertreter des Klägers Aufsichtsanzeige erstattet (KG-act. 25). Schliesslich reichte sie am 22. Oktober 2019 eine Stellungnahme des Bundesamts für Kommunikation BAKOM vom 2. August 2017 ein (KG-act. 27 und 27/1), wozu sich der Kläger am 28. Oktober 2019 äusserte (KG-act. 30).

2. Die Beklagte bestreitet ein Feststellungsinteresse des Klägers und macht geltend, schon die Dauer des Verfahrens zeige, dass es dem Kläger

gar nicht um allfällige Einschränkungen bei der Wohnungssuche infolge des Betreibungsregistereintrages gehe. Hinzu komme, dass der Kläger infolge des in Betreuung gesetzten geringen Betrags in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht eingeschränkt sei (KG-act. 1, S. 6).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das schutzwürdige Interesse an der Feststellung des Nichtbestands der Forderung zu bejahen, sobald diese in Betreuung gesetzt wurde; der Feststellungskläger muss nicht konkret nachweisen, dass ihn die Betreuung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit empfindlich beeinträchtigt (BGE 141 III 68, E. 2.7 m.H.). Das bedeutet, dass der Kläger, wie er zu Recht anführt (KG-act. 13, S. 5), nicht gehalten ist, eine wirtschaftliche Beeinträchtigung respektive seine behauptete Wohnungssuche konkret nachzuweisen. Mithin genügt der Umstand einer gegen den Kläger in Betreuung gesetzten Forderung. Nicht geltend macht die Beklagte, dass sie die Betreuung einzig habe einleiten müssen, nachdem der (angebliche) Schuldner die Unterzeichnung einer Verjährungsverzichtserklärung verweigert habe, und die Forderung von ihr aus triftigen Gründen nicht sofort im vollen Umfang gerichtlich geltend gemacht werden könne (vgl. BGE 141 III 68, E. 2.7). Somit ist ein Feststellungsinteresse des Klägers im Sinne von Art. 88 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO gegeben.

3. Die Beklagte erklärt, dass sie bloss als Rechnungstellerin für die E.\_\_\_\_\_ agiere und die Webseite www.\_\_\_\_\_.com nicht betreibe. Sie sei nicht Vertragspartei, sondern der Vertrag sei zwischen dem Kläger und der E.\_\_\_\_\_ zustande gekommen (KG-act. 1, S. 4 f.; vgl. auch KG-act. 1, S. 9). Sie hält aber ausdrücklich fest, dass die Angaben auf dem Zahlungsbefehl, wonach die Beklagte Gläubigerin einer in Betreuung gesetzten Forderung sei, eine Passivlegitimation begründe (KG-act. 15, S. 10), mithin bestreitet sie die Passivlegitimation nicht.

4. Umstritten ist die Vereinbarkeit des Bestellvorgangs mit Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG und den Vorgaben der Preisbekanntgabeverordnung (PBV, SR 942.211).

a) In sachverhaltlicher Hinsicht legte die Vorinstanz die Ausgestaltung des Bestellvorgangs bzw. der Internetseite „www.\_\_\_\_\_.com“ zugrunde wie von der Beklagten behauptet (vgl. Vi-act. BB 4 [beklagte CD, Screenshots 160428 Samsung S3]; vgl. auch Vi-act. KB 6). Im Beschwerdeverfahren kann ebenfalls von der beklagten Sachdarstellung gemäss der Beschwerdeschrift ausgegangen werden (vgl. KG-act. 1, S. 13 ff.), denn selbst wenn sich der Bestellvorgang so präsentierte, wie die Beklagte behauptet, ist unlauteres Handeln zu bejahen, wie die nachstehenden Ausführungen zeigen. Folglich erübrigt sich eine Auseinandersetzung damit, wie sich die fragliche Homepage dem Kläger zur Zeit der Bestellung tatsächlich präsentierte (vgl. KG-act. 13, S. 16).

b) Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG handelt unlauter, wer Waren, Werke oder Leistungen im elektronischen Geschäftsverkehr anbietet und es dabei unterlässt: 1. klare und vollständige Angaben über seine Identität und seine Kontaktadresse einschliesslich derjenigen der elektronischen Post zu machen, 2. auf die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsabschluss führen, hinzuweisen, 3. angemessene technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können, und 4. die Bestellung des Kunden unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen.

c) Die Vorinstanz qualifizierte die auf „www.\_\_\_\_\_.com“ erwerbbaaren Videoabonnements zutreffend als Angebot von Leistungen im elektronischen Geschäftsverkehr im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG (angefochtenes Urteil, E. 3.1), was im Beschwerdeverfahren unbestritten blieb (vgl. KG-act. 1, S. 11 ff.).

d) Nach Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 1 UWG handelt unlauter, wer es unterlässt, klare und vollständige Angaben über seine Identität und seine Kontaktadresse einschliesslich derjenigen der elektronischen Post zu machen. Die Vorinstanz stellte fest, dass auf der Website unter „Impressum“ der Name „E. \_\_\_\_\_“ sowie eine Postanschrift mit Telefonnummer und E-Mailadresse als Kundendienst angegeben werden sowie weitere Informationen zum Dienstleistungsanbieter genannt seien. Aufgrund dessen beurteilte sie zutreffend die Vorgabe der Ziffer 1 als eingehalten (angefochtenes Urteil, E. 3.1.1.1). Im Beschwerdeverfahren blieb dieser Punkt unbestritten (vgl. KG-act. 1, S. 38 f.; KG-act. 13, S. 19).

e) Laut Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 2 UWG muss der Anbieter auf die einzelnen technischen Schritte hinweisen, die zu einem Vertragsabschluss führen. Die Vorinstanz sah diese Bestimmung als verletzt an. Sie stellte fest, dass eine grafische Darstellung, welche den Bestellvorgang visualisiere, nicht vorhanden sei. Die einzelnen Verfahrensschritte seien während des Bestellvorgangs nicht klar ersichtlich. Daher sei es für den Kunden nicht erkennbar, in welchem Stadium des Vorgangs er sich gerade befinde und wann eine rechtlich verbindliche Willenserklärung definitiv abgegeben werde (angefochtenes Urteil, E. 3.1.1.2).

aa) Die Beklagte macht geltend, bei sog. In-App-Purchases (Bezahlung von Inhalten oder Dienstleistungen innerhalb einer App) genüge regelmässig ein einzelner Klick für das Zustandekommen eines Vertrags oder einer Bestellung, weil die notwendigen Angaben des Konsumenten bereits früher erfasst worden seien. Diesfalls sei es hinreichend, wenn der Konsument die angeklickte elektronische Rückfrage bejahe, wodurch für ihn ersichtlich sei, zu welchem Zeitpunkt und zu welchen Konditionen er seine Willenserklärung abgebe. Diese Grundsätze hätten auch hier zu gelten. Denn der Konsument sei schon vorgängig mit direkt ins Auge springenden Informationen und der versandten SMS ausreichend über die Kostenpflichtigkeit des Abos aufgeklärt

worden. Anhand des Textes in unmittelbarer Nähe zum Button bestehe die Möglichkeit, sich über die Schritte, welche zu einem Vertragsabschluss führen, zu informieren (KG-act. 1, S. 39 ff.). Der Kläger hält dem entgegen, die Grundsätze hinsichtlich In-App-Purchases gälten vorliegend nicht, weil es sich bei [www.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www._____.com) um eine gewöhnliche Internetseite und keine App handle. Mit den Buttons „Play\*“ und „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“ werde der Konsument über die nächsten technischen Schritte zudem getäuscht. Die Texte unterhalb der Buttons seien unbeachtlich und unzulässig, weil die Buttons selbst nicht korrekt beschriftet seien (KG-act. 13, S. 19 ff.).

bb) Der Bestellvorgang gestaltet sich laut der Beklagten im Wesentlichen folgendermassen:

Auf der Startseite von [www.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www._____.com) wird der Konsument aufgefordert, seine Handynummer einzugeben und sein Alter („JA, ich bin 18\*“) zu bestätigen (KG-act. 1, S. 13 ff.; Vi-act. BB 4/11-13). Danach erhält er eine SMS mit einem „Gratis-Code“, welcher auf der Homepage einzugeben ist (KG-act. 1, S. 17 ff.; Vi-act. BB 4/14-16). Sodann wählt der Konsument den Button „Play\*“ (KG-act. 1, S. 23; Vi-act. BB 4/15). Unterhalb des Buttons „Play\*“ befindet sich in Fettdruck (und Grossbuchstaben) der Hinweis „3 TAGE GRATIS!“ und darunter in normaler Schrift „\*Danach 89.90 CHF/Monat“. Weiter unten auf derselben Seite befindet sich in kleinerer Schrift folgender Text (KG-act. 1, S. 18 und 21; Vi-act. BB 4/16):

„\*Durch Drücken auf Play\* bestätigen Sie die AGB und Konditionen gelesen, verstanden und akzeptiert zu haben und zeigen somit Ihr Kaufinteresse an (Optin1). Personen unter 18 Jahren ist die Nutzung dieses Dienstes gemäss schweizerischem StGB strikte untersagt. Durch Drücken auf Play\* auf dieser Seite erklären Sie ausdrücklich mindestens 18 Jahre alt zu sein. Sie haben über eine Zwischenseite die Möglichkeit, durch Anklicken des Buttons „Nein ich will nicht! Abbrechen“ den Bestellvorgang jederzeit zu abbrechen. Der Bestellabschluss berechtigt Sie während 72 Stunden den Service uneingeschränkt GRATIS zu nutzen. Erfolgt keine Kündigung innerhalb von 72 Stunden, wird Ihr Account in einen Monatszugang (monatliche Flatrate)

umgewandelt. Die Flatrate wird mit einer monatlichen Pauschale von 89.90 CHF + GRPS Gebühren\*\* verrechnet und verlängert sich jeweils automatisch um einen weiteren Monat. Sie haben jederzeit die Möglichkeit, den Flatrate-Dienst unter „Abo verwalten“ zu kündigen, ebenfalls über Hotline [...].“

Hat der Kunde den Code eingegeben und „Play\*“ angewählt, wird er auf eine neue Seite geleitet. Dort befindet sich zuoberst ein Button mit der Aufschrift „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“, darunter in Fettschrift (und Grossbuchstaben) „3 TAGE GRATIS!“, sodann in normaler Schrift „\*Danach 89.90 CHF/Monat“ und mit Abstand ein Button „Nein ich will nicht. Abbrechen“ (KG-act. 1, S. 24 f.; Vi-act. BB 4/20). Darunter steht in einem grösseren Abstand zum obenstehenden Text in kleinerer Schrift (KG-act. 1, S. 24 und 26; Vi-act. BB 4/20 f.):

„\*Durch Anklicken des Button „Weiter zu den Videos“ bestätige ich nochmals die AGB und Konditionen gelesen, verstanden und akzeptiert zu haben. Sie haben jetzt die Möglichkeit, durch Anklicken des Button „Nein ich will nicht! Abbrechen“ den Bestellvorgang zu stornieren. Bestätigen Sie den Bestellvorgang durch Anklicken „Weiter zu den Videos!“, haben Sie einen Kaufvertrag abgeschlossen. Sie sind berechtigt, während 72 Stunden den Service uneingeschränkt GRATIS zu nutzen. Erfolgt keine Kündigung innerhalb von 72 Stunden, wird Ihr Account in einen Monatszugang (monatliche Flatrate) umgewandelt. Die Flatrate wird mit einer monatlichen Pauschale von Fr. 89.90 CHF + GPRS Gebühren\*\* verrechnet und verlängert sich jeweils automatisch um einen weiteren Monat. Sie haben jederzeit die Möglichkeit, den Flatrate-Dienst unter „Abo verwalten“ zu kündigen, ebenfalls über Hotline [...].“

Danach erhält der Konsument eine SMS mit folgendem Inhalt (KG-act. 1, S. 27; Vi-act. BB 4/26):

“Danke für Ihre Bestellung des 72 Std. Gratiszugangs  
http://\_\_\_\_\_com/[...] - Nach der Gratiszeit wird das kostenpflichtige  
Abonnement aktiviert”

Über den personalisierten Link gelangt der Kunde auf die Website von www.\_\_\_\_\_com und kann direkt entsprechende Videos konsumieren



(KG-act. 1, S. 28; Vi-act. BB 4/27 und 4/28). Die Bestätigung und die Details der Bestellung kann er in der Abo-Verwaltung einsehen (KG-act. 1, S. 29; Vi-act. BB 4/29 und 4/30).

cc) Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 2 UWG verlangt eine Kennzeichnung der Schritte, die zum Vertragsabschluss führen, das heisst der technischen Ausdrucksmittel der Willensäusserungen des Abnehmers, sodass dieser jederzeit und umgehend auf der Webseite, auf welcher er sich gerade befindet, erkennen kann, wie weit der Bestellvorgang fortgeschritten ist und wann er eine rechtlich verbindliche Willenserklärung abgibt (Vasella, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, N 46 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; Bühler, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013, N 29 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; Probst, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. A., Bern 2016, N 27 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG). Dies betrifft sowohl die verbindliche Abgabe der Bestellung als auch die vorgelagerten Schritte, wie beispielsweise die Eingabe der Lieferadresse oder die Wahl der Versandart. Dem Kunden muss vor Abgabe seiner Bestellung transparent das Bestellsystem erklärt werden (Vasella, a.a.O., N 46 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; Probst, a.a.O., N 27 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG). Ungenügend ist, die Schritte des Bestellvorgangs in abstrakter Weise zu nennen, namentlich in den Nutzungsbedingungen einer Internetseite, ohne diese Schritte im Rahmen des konkreten Vorgangs anzuzeigen (Vasella, a.a.O., N 47 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG). Der Sinn der Bestimmung liegt darin, zu verhindern, dass ein Kunde eine Willenserklärung abgibt, ohne sich dessen bewusst zu sein (Vasella, a.a.O., N 46 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; vgl. Probst, a.a.O., N 27 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; Fischer-Siddiqui, in: Streuli-Youssef [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Lauterkeitsrecht, Band V/1, 3. A., Basel 2020, N 405 zu Art. 3 UWG). Das UWG macht keine verbindlichen Vorgaben, wie dies zu

geschehen hat. Der Anbieter kann etwa die entsprechenden Schaltflächen eindeutig beschriften (Buttonlösung) oder mittels einer grafischen Darstellung (Flussdiagramm) die einzelnen Schritte des Vertragsabschlusses visualisieren; in jedem Fall muss er aber aufzeigen, in welchem Stadium der Kunde sich befindet und wann dieser eine rechtlich verbindliche Willenserklärung abgibt (Vasella, a.a.O., N 47 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; Probst, a.a.O., N 27 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; Bühler, a.a.O., N 30 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG). Das Handelsgericht des Kantons Zürich erwog in Bezug auf die Button-Lösung, dass ein Button mit der Beschriftung „Bestellung beenden ... und Ticket sichern!“, der unterhalb der Kaufübersicht mit allen Angaben positioniert und für den grün als Farbe gewählt worden sei, die Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 2 UWG erfülle (Handelsgericht des Kantons Zürich, Beschluss und Urteil HG170194 vom 11. März 2020, E. 5.6.4).

dd) Die von der vorliegenden Anbieterin gewählte Button-Lösung enthält keine Übersicht über den gesamten Bestellvorgang. Wie dieser aufgebaut ist, weiss der Kunde erst, wenn er ihn durchläuft. Die Buttons enthalten die Beschriftung „Play\*“ und „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“. Diese suggerieren für sich betrachtet alleine, dass durch deren Anklicken Filme abgespielt werden können, und nicht, dass damit zusätzlich eine Bestellung ausgelöst wird, die nach drei Tagen kostenpflichtig wird. Um den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 2 UWG zu entsprechen, sind die Buttons nach ihrer tatsächlichen Funktion (Kaufinteresse bzw. Abschluss Kaufvertrag) zu beschriften, und zwar eindeutig. Ungenügend ist es also, wenn die Anbieterin die Button-Lösung wählt und der Kunde erst nach dem Studium eines zusätzlichen Hinweises erfährt, welche Funktion den Buttons (hier mit „Play\*“ und „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“ beschriftet) im Bestellvorgang tatsächlich zukommen. Nicht ersichtlich ist, wieso diese Buttons nicht etwa mit „Kaufen“, „Vertrag abschliessen“, „Abonnement abschliessen“, „kostenpflichtig bestellen“ etc. beschriftet waren (vgl. KG-act. 1, S. 40 f. und 52; vgl. Vi-act. 1, S. 12 f.; Vi-

act. 29, S. 7). Abgesehen davon verweist der Stern nach „WEITER ZU DEN VIDEOS“ sowohl auf den nach „3 TAGE GRATIS!“ stehenden Text „\*Danach 89.90 CHF/Monat“ sowie auf den mit einigem Abstand folgenden, in kleinerer Schrift abgefassten Text betreffend den Abschluss des „Kaufvorganges“, der sich unterhalb des „Nein ich will nicht. Abbrechen“-Buttons befindet (vgl. obenstehende E. 4.e/bb; KG-act. 1, S. 24; Vi-act. BB 4/20 und 4/21). Der zweite Text beginnt sodann mit dem Hinweis, dass mit Anwählen des Buttons „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“ das Lesen, Verstehen und Akzeptieren der AGB und Konditionen bestätigt werde, ehe auf die Möglichkeit des Abbruchs des Bestellvorgangs verwiesen wird. Erst dann wird der Nachfrager im Kleingedruckten darauf aufmerksam gemacht, dass das Ende des Bestellvorgangs erreicht worden sei und durch Anwählen des Buttons „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“ der „Kaufvorgang abgeschlossen“ werde. Dem Interessenten wird sodann erläutert, dass er nun berechtigt sei, während 72 Stunden den Service uneingeschränkt „GRATIS“ zu nutzen. Erst danach erfährt er, dass bei ausbleibender Kündigung innert 72 Stunden der Account in einen Monatszugang umgewandelt und diese Flatrate mit einer monatlichen Pauschale von Fr. 89.90 sowie GPRS Gebühren verrechnet und sich jeweils automatisch um einen weiteren Monat verlängern werde (vgl. obenstehende E. 4.e/bb; KG-act. 1, S. 24; Vi-act. BB 4/20 und 4/21). Durch den doppelten Verweis mittels des Sterns und aufgrund des Umstands, dass erst nach den Ausführungen über die AGB und Konditionen sowie die Abbruchmöglichkeit auf das erreichte Ende des Bestellvorgangs hingewiesen wird und diese Angabe über den Fortschritt des Bestellvorgangs in einen längeren, mehrzeiligen und in kleiner Schrift gehaltenen Text eingebettet ist, wird es dem Konsumenten nicht ermöglicht, umgehend und transparent den Fortschritt des Bestellvorgangs zu erkennen und insbesondere nicht, wann er die rechtlich verbindliche Willenserklärung überträgt und dass er selbst aktiv werden muss, um nach den drei Tagen des Gratiskonsums die Kostenauslösung zu verhindern, sodass auch unter Berücksichtigung des Informationstextes die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1

lit. s Ziff. 2 UWG verletzt wird. Dazu kommt, dass nur die Buttons „Play\*“ resp. „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“ sowie der Text „3 TAGE GRATIS!“ in der Farbe pink grafisch auffällig hervorgehoben sind, nicht aber der folgende Text mit den Hinweisen auf die Kostenpflichtigkeit, der im Gegenteil in unauffälliger weisser Schrift, nicht in Grossbuchstaben und in deutlich kleinerer Schriftgrösse gehalten ist (vgl. Vi-act. BB 4/15 und 4/20). Anzuführen bleibt, dass die von der Lehre entwickelten speziellen Grundsätze zu In-App-Purchases (Vasella, a.a.O., N 47 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; Bühler, a.a.O., N 30 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s; Weber/Wolf, Fragmentarische E-Commerce Gesetzgebung, in: Jusletter vom 18. Juni 2012, N 38; Werro/Carron, in: Martenet/Pichonnaz [Hrsg.], Commentaire Romand, Loi contre la concurrence déloyale, Basel 2017, N 30 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG) nicht zum Tragen kommen, weil es sich um eine Bestellung über eine gewöhnliche Internetseite und nicht über eine App handelt. Nach dem Gesagten stellte die Vorinstanz zu Recht fest, dass der Bestellvorgang die Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 2 UWG nicht einhält (angefochtenes Urteil, E. 3.1.1.2).

f) Im Weiteren sind angemessene technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können (Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 3 UWG). Die Vorinstanz erachtete auch diese Vorgabe als nicht eingehalten. Zur Begründung führte sie aus, nach Eingabe der Handynummer sei kein Überblick über die gesamte Bestellung ersichtlich, sodass eine Endkontrolle der Bestellung nicht möglich sei (angefochtenes Urteil, E. 3.1.1.3).

aa) Die Beklagte rügt, es gebe in jedem Bestellstadium Korrekturmöglichkeiten. Zudem handle es sich beim fraglichen Videoabonnement um ein Einzelprodukt, sodass man sich nicht bezüglich der Produkteigenschaften oder Anzahl der bestellten Einheiten täuschen könne. Zur Fehlerbehebung könne der Kunde zudem jederzeit unter „Abo verwalten“ das Abonnement kündigen. Schliesslich habe der Kunde 72 Stunden Zeit, um

den Vertragsabschluss mit nur zwei Klicks abzuändern bzw. zu kündigen (KG-act. 1, S. 41 ff.). Der Kläger widerspricht dem und hält dafür, es fehle an einer Zusammenfassung der Bestellung, bevor der Bestellbutton endgültig betätigt werde. Der Konsument könne aufgrund der Gestaltung der Homepage nicht einmal erkennen, dass er einen kostenpflichtigen Vertrag abgeschlossen habe und er müsse auch nicht damit rechnen, das Abo zu verwalten beziehungsweise zu kündigen (KG-act. 13, S. 21 f.).

bb) Der Anbieter ist verpflichtet, angemessene technische Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen, mit denen Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können. Die Vorschrift dient dem Schutz vor übereilten Bestellungen. Dem Abnehmer müssen vor Abgabe der Bestellung alle vertragsrelevanten Punkte angezeigt werden, das heisst der Gegenstand der Bestellung, die dafür versprochene Gegenleistung und weitere Punkte wie etwa Lieferbedingungen und Versandkosten (Vasella, a.a.O., N 48 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; Bühler, a.a.O., N 32 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; Handelsgericht des Kantons Zürich, Beschluss und Urteil HG170194 vom 11. März 2020, E. 5.5.3). Dazu gehören weiter die Minimaldauer des Vertrags und eine eventuelle automatische Erneuerung, die Liefer- und Rechnungsadresse und allfällige Transportkosten (Werro/Carron, a.a.O., N 33 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; Fischer-Siddiqui, a.a.O., N 406 zu Art. 3 UWG). Angemessen sind die technischen Mittel zur Korrektur, wenn der Kunde einfach und ohne wesentlichen Zeitaufwand vor der definitiven Bestätigung die Bestellung korrigieren kann. Dieses Erfordernis ist dann nicht erfüllt, wenn ein Fehler nur durch Neubeginn des ganzen Eingabeprozederes behoben werden kann (Probst, a.a.O., N 28 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG).

cc) Unbestritten ist respektive nicht thematisiert wird, dass die Möglichkeit besteht, eine fehlerhaft eingegebene Handynummer zu korrigieren (KG-act. 1, 41 ff. mit Verweis auf S. 15; KG-act. 13, S. 20 und 21 f.). Ebenfalls stellt der

Kläger nicht in Abrede, dass der Interessent den Bestellvorgang abbrechen kann (vgl. KG-act. 13, S. 21 f.). Insofern ist die Gestaltung der Seite nicht zu beanstanden. Fraglich ist allerdings, ob eine hinreichende Zusammenfassung der Abonnementskonditionen am Ende des Bestellvorgangs erfolgt. Die Seite mit dem Button „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“, welche gemäss der Darstellung der Beklagten den letzten Bestellschritt enthält, verweist mit einem Stern auf den unter E. 4.e/bb zitierten Text. Darin heisst es, dass, soweit nicht innert 72 Stunden gekündigt werde, der Account in einen Monatszugang umgewandelt werde, wobei die monatliche Pauschale Fr. 89.90 nebst Gebühren betrage. Weiter wird darauf hingewiesen, dass sich das Abonnement automatisch um jeweils einen Monat verlängere und jederzeit kündbar sei. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine individuelle Bestellübersicht mit Angaben der Mobiltelefonnummer, dem Beginn der drei kostenlosen Tage und dem konkreten Zeitpunkt des zahlungspflichtigen Abonnements, wie dies etwa in der Abonnementverwaltung einsehbar ist (vgl. Vi-act. BB 4/30). Vielmehr liegt eine blosser Wiedergabe des Angebots vor, wie dies bereits auf der vorherigen Seite, auf welcher der Code eingegeben wird, der Fall ist (vgl. Vi-act. BB 4/15 und 4/16). Es fehlen sodann Hinweise wie „Ihre Bestellung“, „Übersicht“ oder dergleichen, wie dies vor dem Abschluss von Onlinebestellungen üblich ist. Der Bestellvorgang enthält somit keine einfach und schnell überblickbare Übersicht, welche es dem Abnehmer ermöglicht, seine Bestellung vor dem Kauf zum Schutz vor übereilten Käufen nochmals zu kontrollieren. Daran ändert nichts, dass auf der Homepage lediglich ein einziges Produkt bestellt werden kann, denn auch dann besteht die Gefahr, dass eine Bestellung (zu) schnell und unüberlegt erfolgt. Nicht entscheidend ist schliesslich, dass der Kunde das Abonnement innert 72 Stunden kündigen kann, denn dies stellt keine angemessene Massnahme vor Abgabe der Bestellung dar. Die Vorinstanz bejahte somit zu Recht die Nichteinhaltung von Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 3 UWG (angefochtenes Urteil, E. 3.1.1.3).

g) Schliesslich ist die Bestellung des Kunden unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen (Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 4 UWG). Die Vorinstanz erachtete auch diese Vorgabe als nicht erfüllt. Sie ging davon aus, dass eine SMS an die Nummer des Bestellers mit einem „Gratis-Code“ versendet werde, jedoch keine weitere Bestätigung der Bestellung. Die dem Kunden eingehenden Nachrichten liessen daher nicht auf eine getätigte Bestellung schliessen (angefochtenes Urteil, E. 3.1.1.4).

aa) Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe am 16. November 2016 um 23:24:26 Uhr und drei Sekunden später um 23:24:29 Uhr zwei SMS mit dem Text „Danke für Ihre Bestellung des 72 Std. Gratiszugangs [http://\\_\\_\\_\\_\\_.com/\(...\)](http://_____.com/(...)) - Nach der Gratiszeit wird das kostenpflichtige Abonnement aktiviert“ erhalten, wobei die ältere SMS von der jüngeren überschrieben worden sei. Zudem habe der Kläger umgehend eine Bestätigung auf der Webseite erhalten (KG-act. 1, S. 43 f. mit Verweis auf S. 34). Der Kläger hält dafür, dass die von der Beklagten eingereichten Screenshots nicht als Bestellbestätigung ausgelegt werden könnten. Aus der Bestätigung gehe nicht hervor, dass ein Kauf oder ein Vertrag abgeschlossen worden sei; es werde einzig auf das kostenlose Testabonnement hingewiesen (KG-act. 13, S. 22 f.).

bb) Die von Ziffer 4 verlangte Bestätigung erfolgt in der Regel mittels einer (automatisierten) E-Mail oder direkt auf der Webseite nach Abschluss des Bestellvorgangs (Vasella, a.a.O., N 51 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; Probst, a.a.O., N 29 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG). Letzteres aber unter der Bedingung, dass der Kunde die Bestätigung jederzeit auf der entsprechenden Webseite abrufen kann, beispielweise über ein Benutzerkonto (Fischer-Siddiqui, a.a.O., N 409 zu Art. 3 UWG; Vasella, a.a.O., N 51 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; Bühler, a.a.O., N 37 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG). Zum notwendigen Inhalt der Bestätigung äussert sich die Bestimmung nicht. Vasella fordert, dass diejenigen Angaben angezeigt werden müssen, welche

dem Kunden auch vor der Abgabe der Bestellung anzuzeigen sind, somit die vertragswesentlichen Punkte (Vasella, a.a.O., N 41 f. zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG). Bühler hält dafür, dass das schweizerische Recht im elektronischen Geschäftsverkehr – anders als das EU-Recht – kein Widerrufsrecht für den Kunden vorsehe, wodurch der Sinngehalt der Bestimmung unklar bleibe. Dieser könnte indessen darin bestehen, dass die Bestellbestätigung dem Kunden unverzüglich Klarheit darüber verschaffen solle, ob seine Bestellung den Anbieter erreicht habe. Auch könne der Konsument durch die Bestätigung prüfen, ob die erhaltene Leistung tatsächlich der Bestellung entspreche (Bühler, a.a.O., N 38 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; vgl. Fischer-Siddiqui, a.a.O., N 407 zu Art. 3 UWG). Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Denn eine blosser Bestellbestätigung ohne Nennung zumindest der wesentlichen Vertragspunkte erscheint nicht sinnvoll beziehungsweise wäre für den Interessenten wenig nützlich. Somit ist aus dieser Sicht zu fordern, dass in der Bestätigung mindestens der Kaufgegenstand und der Kaufpreis (nochmals) genannt werden müssen (so auch Werro/Carron, a.a.O., N 36 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG).

cc) Zweifellos stellt die von der Vorinstanz erwähnte SMS betreffend den „Gratis-Code“ keine Bestellbestätigung im Sinne von Ziffer 4 dar, was auch die Beklagte nicht behauptet. Fraglich ist dagegen, ob die nach der Darstellung der Beklagten an den Kläger versandte SMS mit dem Inhalt „Danke für ihre Bestellung des 72 Std. Gratiszugangs [http://\\_\\_\\_\\_\\_.com/\(...\)](http://_____.com/(...)) - Nach der Gratiszeit wird das kostenpflichtige Abonnement aktiviert“ als hinreichende Bestellbestätigung gelten kann (vgl. KG-act. 1, S. 27). Der erwähnten Nachricht ist zu entnehmen, dass ein „72 Std. Gratiszugang“ zum Inhalt der fraglichen Homepage bestellt wurde. Auch wird darauf hingewiesen, dass nach Ablauf der „Gratiszeit“ das „kostenpflichtige Abonnement“ aktiviert werde. Allerdings fehlt die Angabe des Preises des nach der „Gratiszeit“ aktivierten kostenpflichtigen Abonnements, sodass mit der fraglichen SMS dem Erfordernis einer hinreichenden Bestellbestätigung nicht Genüge getan



wurde. Wie die Beklagte selber ausführt, gelangt der Interessent über den personalisierten Link, der ihm per SMS zugestellt wird, direkt auf das Videoportal (vgl. vorstehende E. 4.e/bb). Sie behauptet nicht, dass der Kunde eine Bestellbestätigung direkt nach dem Anwählen des Buttons „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“ auf der Webseite erhält (KG-act. 1, S. 28 f.). Die Bestätigung kann er zwar über die Fusszeile oder über das Menü in der Abonnementverwaltung abrufen (vgl. KG-act. 1, S. 28 f.; Vi-act. BB 4/28-30). Sie stellt aber aufgrund der fehlenden Unmittelbarkeit keine elektronische Bestellbestätigung im Sinne von Ziffer 4 dar, zumal der Interessent die Bestellbestätigung nicht umgehend erhält, sondern diese erst durch Navigieren durch die Website auffindet. Nach dem Gesagten erkannte die Vorinstanz zu Recht, dass Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 4 UWG nicht eingehalten wurde (angefochtenes Urteil, E. 3.1.1.4).

h) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Bestellvorgang die Vorgaben der Ziffern 2-4 nicht erfüllt und also nach Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG unlauter ist.

5. a) Die Vorinstanz erwog, beim vorliegenden Videoabonnement handle es sich um einen Unterhaltungsdienst aus dem Internet, der unter die Mehrwertdienste falle, mithin sei Art. 11a<sup>bis</sup> PBV anwendbar (angefochtenes Urteil, E. 3.2.1). Die Rechnungsstellung erfolge nicht durch die Anbieterin von Fernmeldediensten beziehungsweise werde nicht über einen Anschluss mit Vorbezahlung (Prepaid) abgerechnet, sodass die Preisbekanntgabe nach den Bestimmungen von Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV zu erfolgen habe. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen von Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV als nicht erfüllt, weil auf der Schaltfläche zur Annahme des Angebots eine Preisangabe oder eine entsprechend eindeutige Formulierung wie „zahlungspflichtig bestellen“ fehle und die Preisangabe nicht in unmittelbarer Nähe der Schaltfläche zur Annahme des Angebots stehe (angefochtenes Urteil, E. 3.2.2).

Die Beklagte wendet ein, die Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV sowie Art. 11a<sup>bis</sup> PBV seien nur in Bezug auf telefonische Mehrwertdienste anwendbar (KG-act. 1, S. 46). Bei der streitgegenständlichen Dienstleistung diene die Telefondienstleistung lediglich der Identifizierung und der Bestellbestätigung und würde für die eigentliche Dienstleistung und Abrechnung nicht benötigt. Im Übrigen handle es sich jedoch um eine ganz normale Internet-Webseiten-Bestellung, mithin liege kein Mehrwertdienst im Sinne der genannten Bestimmungen vor (KG-act. 1, S. 46 ff.). Abgesehen davon hätten die E. \_\_\_\_\_ und die Beklagte die Voraussetzungen von Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV eingehalten. Die Preisangabe sei unmittelbar unterhalb der Buttons „Play\*“ und „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“ unmissverständlich und in einer eindeutigen Formulierung aufgeführt. Mit dem Sternzeichen werde zudem auf die Preisangabe hingewiesen (KG-act. 1, S. 51 f.).

Der Kläger führt aus, die Preisbekanntgabepflicht nach PBV betreffe alle entgeltlichen Mehrwertdienste, die beispielsweise via Festnetznummern, Nummern des Mobiltelefondienstes oder Internet angeboten werden, mithin seien auch normale Internetbestellungen oder Internetseiten Mehrwertdienste, sofern sie beispielsweise Unterhaltungsdienstleistungen darstellten (KG-act. 13, S. 24 ff.). Beim vorliegenden Videoabonnement handle es sich um einen Unterhaltungsdienst aus dem Internet, der unter die Mehrwertdienste falle, weswegen Art. 11a<sup>bis</sup> PBV anwendbar sei (KG-act. 13, S. 26). Die Voraussetzungen von Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV seien sodann nicht erfüllt, da weder der Preis noch eine eindeutige Formulierung über die Zahlungspflicht auf dem Button angegeben sei (KG-act. 13, S. 27 ff.).

b) Die PBV gilt unter anderem für das Angebot der in Art. 10 PBV genannten Dienstleistungen (Art. 2 Abs. 1 lit. c PBV). Die Preisbekanntgabepflicht erfasst unter anderem Dienstleistungen wie Informations-, Beratungs-, Vermarktungs- und Gebührenteilungsdienste gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV, die über Fernmeldedienste erbracht oder

angeboten werden, unabhängig davon, ob sie eine Anbieterin von Fernmeldediensten verrechnet. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. So können auch Unterhaltungsdienste unter Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV subsumiert werden (vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Preisbekanntgabeverordnung PBV, Wegleitung für die Praxis 2019, S. 12; dasselbe, Preisbekanntgabe und Werbung für telefonische Mehrwertdienste, Informationsblatt vom 1. Juli 2015, S. 3; vgl. Bühlmann/Schirnbacher, Preiswerbung im E-Commerce zwischen der Schweiz und Deutschland, in: Jusletter vom 22. Februar 2010, Rn. 72). Die Dienstleistungen nach Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV (im Titel von Art. 11a<sup>bis</sup> PBV Mehrwertdienste genannt; vgl. auch Art. 10 Abs. 1 lit. q aPBV [Stand am 17. Februar 2004]: „auf Fernmeldediensten aufbauende Mehrwertdienste wie Informations-, Beratungs-, Vermarktungs-, Gebührenteilungsdienste [...]“) haben einen weiteren Anwendungsbereich als jene nach Art. 1 lit. c der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1; BGer, Urteil 6B\_551/2012 vom 21. Januar 2013, E. 2.2.3 mit Verweis auf den erläuternden Bericht des UVEK vom 28. Juni 2006 zur Anhörung zur Revision der Ausführungsbestimmungen zum FMG). Letztere umfassen eine breite Palette von Angeboten, welche von der Online-Beratung, namentlich in den Bereichen der Informatik, des Rechts und der Medizin, über die Informationsübermittlung von beispielsweise Börsennews, Wetterberichten und Horoskopen bis hin zur Bereitstellung von Klingeltönen und Logos, dem Online-Kauf und -Ausdruck von Tickets oder die Bezahlung verschiedener Produkten und Dienstleistungen via Mobiltelefon reicht, soweit die Anbieterin von Fernmeldediensten diese Dienste zusätzlich zu den Fernmeldediensten in Rechnung stellt (erläuternder Bericht des UVEK, a.a.O., S. 2). Unter dem Begriff „Dienstleistungen“ nach Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV werden demnach die im Sinne des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10; vgl. auch Art. 1 lit. c FMV) bereitgestellten Mehrwertdienste sowie – zusätzlich – alle kostenpflichtigen Dienste zusammengefasst, die über Fernmeldedienste erbracht, aber nicht über die Telefonrechnung bezahlt werden (BGer, Urteil

6B\_551/2012 vom 21. Januar 2013, E. 2.2.3; erläuternder Bericht des UVEK, a.a.O., S. 29; vgl. auch Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Preisbekanntgabe und Werbung für telefonische Mehrwertdienste, Informationsblatt vom 1. Juli 2015, S. 3). Die Dienstleistung ist über einen Fernmeldedienst nach Art. 3 lit. b FMG anzubieten oder zu erbringen, sprich beispielsweise via Festnetznummern, Nummern des Mobiltelefoniedienstes (inkl. SMS; MMS, WAP [Wireless Application Protocol], DOB [Direct Operator Billing], DCB [Direct Carrier Billing]), Internet, 090x-Nummern, Kurz- oder Faxnummern (Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Preisbekanntgabe und Werbung für telefonische Mehrwertdienste, Informationsblatt vom 1. Juli 2015, S. 3). Der Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV geht demnach über das Beispiel der telefonischen Mehrwertdienste, namentlich SMS- und MMS-Dienste oder 0900-Nummern, hinaus (vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Preisbekanntgabeverordnung PBV, Wegleitung für die Praxis 2019, S. 12; dasselbe, Preisbekanntgabe und Werbung für telefonische Mehrwertdienste, Informationsblatt vom 1. Juli 2015, S. 3).

Umstritten ist, ob es sich beim Videoabonnement auf [www.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www._____.com) um eine Dienstleistung nach Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV handelt (vgl. KG-act. 1, S. 46 ff.; KG-act. 13, S. 27). Das Videoabonnement bietet unbestrittenermassen Zugang zu pornografischen Inhalten (angefochtenes Urteil, E. 3.2.1; KG-act. 1, S. 33; vgl. KG-act. 13, S. 25 und 9 f.) und ist somit der Erwachsenenunterhaltung zuzuordnen, weshalb es einen Unterhaltungsdienst, mithin eine Dienstleistung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV, darstellt (vgl. auch BGer, Urteil 6B\_551/2012 vom 21. Januar 2013, E. 2.3, wonach die PBV telefonische Erotikdienstleistungen erfasst). Dass Videoabonnements unter Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV fallen können, ergibt sich auch aus den vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO publizierten Informationsblatt, das ein „Abonnement Video-Premium“ im Rahmen eines Beispiels für die korrekte Umsetzung von Art. 11 Abs. 2 PBV verwendet (Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Preisbekanntgabe und Werbung für

telefonische Mehrwertdienste, Informationsblatt vom 1. Juli 2015, S. 6). Unbestrittenermassen wird das Abonnement via Internet auf der Webseite [www.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www._____.com) angeboten und die Inhalte können dort konsumiert werden (vgl. KG-act. 1, S. 49; KG-act. 13, S. 27; angefochtenes Urteil, E. 3.2.1). Das Angebot und die Erbringung des Unterhaltungsdienstes erfolgt demzufolge über einen Fernmeldedienst im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV. Durch wen die Rechnungsstellung der Dienstleistung erfolgt (vgl. KG-act. 1, S. 4; KG-act. 13, S. 4), ist für die Qualifizierung als Dienstleistung gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV unerheblich. Zusammenfassend ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass es sich beim auf [www.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www._____.com) angebotenen Videoabonnement um eine Dienstleistung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. q i.V.m. Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV handelt (angefochtenes Urteil, E. 3.2.1).

c) Wird die Dienstleistung nach Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV über eine Internet- oder Datenverbindung angeboten, so ist aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen an die Art und Weise der Preisbekanntgabe respektive Angebotsannahme zu differenzieren, ob die Rechnungsstellung durch eine Anbieterin von Fernmeldediensten oder die Abrechnung über einen Anschluss mit Vorbezahlung erfolgt (Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 3 PBV), oder ob etwa die Inhaltsanbieterin oder ein Inkassounternehmen die Dienste in Rechnung stellt (Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV; vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Preisbekanntgabe und Werbung für telefonische Mehrwertdienste, Informationsblatt vom 1. Juli 2015, S. 6). Das Videoabonnement auf [www.\\_\\_\\_\\_\\_.com](http://www._____.com) wird unbestrittenermassen weder durch die Anbieterin eines Fernmeldedienstes in Rechnung gestellt noch über einen Anschluss mit Vorbezahlung abgerechnet (vgl. KG-act. 1, S. 4 und 52; KG-act. 13, S. 4 und 27 f.), sodass die Vorschriften von Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV zur Anwendung kommen.

Mit der am 1. Juli 2015 in Kraft getretenen Teilrevision der PBV führte der Bundesrat in Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV für Dienstleistungen, die über eine Internet- oder Datenverbindungen angeboten werden, die sogenannte Button-Lösung ein, welche sich an der Richtlinie 2011/83/EU der Europäischen Union für Verbraucherrechte orientiert (Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Erläuterungen zur Änderung der Preisbekanntgabeverordnung vom 5. November 2014, S. 3 f.; Thouvenin, Dynamische Preise, in: Jusletter IT vom 22. September 2016, Rn. 32). Nach Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV darf die Leistung nur in Rechnung gestellt werden, wenn den Konsumentinnen oder Konsumenten der Preis gut sichtbar auf der Schaltfläche zur Annahme des Angebots bekannt gegeben wird (lit. a), oder in unmittelbarer Nähe der Schaltfläche zur Annahme des Angebots der Preis gut sichtbar und deutlich lesbar angegeben wird und auf dieser Schaltfläche entweder der Hinweis „zahlungspflichtig bestellen“ oder eine entsprechende eindeutige Formulierung gut sichtbar und deutlich lesbar angebracht ist (lit. b). Eine alternative Formulierung wäre beispielsweise „entgeltlich bestellen“ oder „kostenpflichtig bestellen“ (Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Erläuterungen zur Änderung der Preisbekanntgabeverordnung vom 5. November 2014, S. 4; dasselbe, Preisbekanntgabe und Werbung für telefonische Mehrwertdienste, Informationsblatt vom 1. Juli 2015, S. 6).

Gemäss den Ausführungen der Beklagten zum Bestellvorgang trägt die Schaltfläche zum Abschluss des Kaufvorgangs bzw. zur Annahme des Angebots die Beschriftung „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“<sup>4</sup>. Darunter steht in pink und Fettschrift „3 TAGE GRATIS!“, ehe in kleinerer Schriftgrösse und in weisser Schrift „\*Danach 89.90 CHF/Monat“ folgt (vgl. vorstehende E. 4.e/bb und 4.e/dd; KG-act. 1, S. 52; Vi-act. BB 4/20 und 4/21). Eine Preisangabe erfolgt demnach nicht auf der Schaltfläche zur Annahme des Angebots, sodass Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 lit. a PBV nicht erfüllt ist. Der Button trägt sodann die Beschriftung „WEITER ZU DEN VIDEOS\*“<sup>4</sup>, mithin handelt es sich nicht um den Hinweis „zahlungspflichtig bestellen“ gemäss Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 lit. b PBV.

Der Button selbst suggeriert zudem nur, dass der Konsument mit dem nächsten Klick zu den Videos gelangt, ohne dass er eine analoge Formulierung zu „zahlungspflichtig bestellen“ o.ä. enthält. Zwischen dem Button „WEITER ZU DEN VIDEOS“ und der Preisangabe „\*Danach 89.90 CHF/Monat“ ist der Text „3 TAGE GRATIS!“ platziert. Um dem Zweck der Button-Lösung und der Preisbekanntgabeverordnung nach Art. 1 PBV gerecht zu werden, ist die Unmittelbarkeit eng zu verstehen, sodass der Raum zwischen Schaltfläche und der Angabe zum Preis möglichst gering ausfallen muss. Mit anderen Worten darf zwischen dem Button und der Preisangabe kein weiterer Text stehen. Deshalb wäre auch das Erfordernis der unmittelbaren Nähe gemäss Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 lit. b PBV nicht erfüllt. Hinzu kommt, dass der Text „3 TAGE GRATIS!“ grafisch auffällig in Fettdruck und pink gehalten ist, während die Angabe des Preises in kleinerer und in unauffälliger weisser Schrift folgt (vgl. Vi-act. BB 4/20 und 4/21), weshalb der Preis ebenso wenig „gut sichtbar“ im Sinne von Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 lit. b PBV angegeben wird. Die Vorbringen der Beklagten betreffend den Sternverweis in „WEITER ZU DEN VIDEOS“, welcher sowohl auf den Text „\*Danach 89.90 CHF/Monat“ als auch auf den weiter unten stehenden Informationstext verweist, in welchem auf den Abschluss des Bestellvorgangs hingewiesen wird (vgl. KG-act. 1, S. 52), vermögen daran nichts ändern. Denn gerade mit der Button-Lösung soll verhindert werden, dass Angaben, welche auf den Abschluss eines kostenpflichtigen Abonnements bei Anwählen des Buttons hinweisen, sich in den allgemeinen Geschäftsbedingungen oder auf einem separaten Feld und nicht auf der Schaltfläche befinden (Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Erläuterungen zur Änderung der Preisbekanntgabeverordnung vom 5. November 2014, S. 3). Dementsprechend ist der Hinweis „zahlungspflichtig bestellen“ oder eine entsprechend eindeutige Formulierung auf dem Button anzubringen und ein ungenügender Hinweis kann nicht durch den Verweis auf einen Informationstext kompensiert werden.

Zusammenfassend sind die Voraussetzungen an die schriftliche Preisbekanntgabe nach Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV nicht erfüllt: Weder wird dem Konsument der Preis gut sichtbar und deutlich lesbar auf der Schaltfläche zur Annahme des Angebots bekannt gegeben (lit. a) noch wird der Preis in unmittelbarer Nähe der Schaltfläche zur Annahme des Angebots gut sichtbar und deutlich lesbar angegeben und auf dieser Schaltfläche entweder der Hinweis «zahlungspflichtig bestellen» oder eine entsprechende eindeutige Formulierung gut sichtbar und deutlich lesbar angebracht (lit. b).

6. a) Die Vorinstanz erklärte unter Verweis auf Probst, a.a.O., N 39, die Gültigkeit des Vertrags sei grundsätzlich zu verneinen. Die Transparenzanforderungen seien zwingender Natur und lägen neben dem individuellen auch im öffentlichen Interesse eines lautereren Wettbewerbs im elektronischen Geschäftsverkehr. Dementsprechend handle es sich vorliegend um einen nichtigen Vertrag (angefochtenes Urteil, E. 3.3.).

Die Beklagte bringt in der Beschwerde vor, die Vorinstanz verkenne eklatant, dass ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG nicht die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge habe; eine derartige Annahme sei sowohl mit den Prinzipien des allgemeinen Obligationenrechts als auch mit der Systematik des UWG unvereinbar (KG-act. 1, S. 54). Nach allgemeiner Auffassung sei der unter Verletzung des UWG geschlossene Vertrag nicht bereits aus diesem Grund nach Art. 20 OR nichtig, weil sich das unlautere Verhalten bloss auf die Vertragsanbahnung beziehe, während Art. 20 OR nicht das Zustandekommen, sondern den Vertragsinhalt betreffe.

Der Kläger macht in der Beschwerdeantwort im Wesentlichen geltend, der Folgevertrag sei wegen der krassen Verletzungen des UWG nichtig. Es dürfe nicht angehen, dass der Besuch einer Homepage, die klar zum Zweck habe, die Konsumenten mit irreführenden Buttons und unübersichtlicher Seitengestaltung zu täuschen, in einem Vertragsverhältnis münden könne.



Dies sei mit dem Zweck der PBV und dem UWG nicht vereinbar. Am Schluss resultiere aus den grundlegenden Verletzungen des Konsumentenschutzrechts die Nichtigkeit des Vertrags (KG-act. 13, S. 29).

b) Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig. Widerrechtlichkeit des Inhalts liegt nicht nur dann vor, wenn der Gegenstand des Vertrags, die vereinbarte Vertragsleistung, gesetzeswidrig ist, sondern auch dann – über den engen Wortlaut hinaus –, wenn der Abschluss des Vertrags mit dem vereinbarten Inhalt dem Gesetz entgegensteht oder wenn der mittelbare Zweck rechtswidrig ist (Kramer, in: Meier-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Art. 19–22 OR, Bern 1991, N 136 f. zu Art. 19–20 OR; Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rn. 640 ff.).

aa) Zwar liegt mit dem Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG (vgl. vorstehende E. 4.h) eine Widerhandlung gegen eine zwingende Norm und damit Widerrechtlichkeit vor. Allerdings beschlägt diese Widerrechtlichkeit nicht den Gegenstand der Vereinbarung (hier: Video-Abonnement für Pornografie), sondern die Modalitäten, die beim Angebot von Produkten und Dienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr einzuhalten sind, also die Umstände der Vertragsanbahnung. Daher kann eine Verletzung der Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG keine Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR wegen Widerrechtlichkeit des Vertragsgegenstands zur Folge haben (so auch die überwiegende Lehre, siehe Bühler, a.a.O., N 46 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; Weber/Wolf, a.a.O., Rn. 46; vgl. Vasella, a.a.O., N 58 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; vgl. Kut/Stauber, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter vom 20. Februar 2012, Rn. 75).

Die erwähnte Widerrechtlichkeit des Vertragsabschlusses kann beispielsweise in einer Vereinbarung des Verzichts auf den Widerruf der Vollmacht (Art. 34 Abs. 2 OR), einem Abtretungsvertrag, der gegen ein gesetzliches Zessionsverbot verstösst (so BGE 123 III 60, E. 3.b), oder einem Versprechen, einen Erbvertrag abzuschliessen, liegen (BGE 108 II 409; vgl. zum Ganzen auch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rn. 641 mit weiteren Beispielen; Huguenin/Meise, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. A., Basel 2015, N 17 zu Art. 19/20 OR). Im Unterschied zu den genannten Beispielen untersagt Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG jedoch nicht den Vertragsabschluss, sondern erklärt wie dargelegt bestimmte Unterlassungen im Zusammenhang mit dem Angebot von Produkten im elektronischen Geschäftsverkehr als unlauter. Deshalb liegt ebenso wenig eine Widerrechtlichkeit in Bezug auf den Abschluss des Videoabonnements vor (ähnlich Weber/Wolf, a.a.O., Rn. 45 f.). Die dogmatisch ebenfalls mögliche Widerrechtlichkeit des mittelbaren Vertragszwecks – eines Zwecks, der ausserhalb des Vereinbarten steht – wurde weder je thematisiert noch belegt und erscheint vorliegend ohnehin abwegig (dazu grundsätzlich Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rn. 643 f., und als Beispiel BGE 87 II 203 [eine zum Zwecke blosser Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung]).

Die von der Vorinstanz angeführte Literaturstelle begründet die Nichtigkeit insbesondere damit, die Transparenzanforderungen seien zwingender Natur und schützten nicht nur die individuellen Interessen des Kunden, sondern lägen auch im öffentlichen Interesse eines lautereren Wettbewerbs im elektronischen Geschäftsverkehr (Probst, a.a.O., N 39 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG). Damit befasst sich der genannte Autor aber nicht mit der Frage, ob Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG wie in Art. 20 Abs. 1 OR vorausgesetzt den Vertragsinhalt, den Abschluss des Vertrags an sich oder dessen mittelbaren Zweck beschlägt. Im nächsten, von der Vorinstanz nicht wiedergegebenen Satz erklärt der Autor sodann, es sei namentlich dort, wo die Unlauterkeit des

Angebots auf den Vertragsinhalt durchschlage, angezeigt, solche Verträge mit der Nichtigkeitsfolge zu belegen, wie dies auch der herrschenden Meinung bei Art. 8 UWG entspreche. In zugehöriger Fussnote 55 ergänzt er, dies sei typischerweise bei einer fehlenden Korrekturmöglichkeit von Eingabefeldern (Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 3 UWG) der Fall. Zwar trifft es zu, dass eine gegen Art. 8 UWG verstossende AGB-Klausel nichtig ist, weil Art. 8 UWG gerade den Inhalt von Verträgen regelt (offene Inhaltskontrolle, vgl. nur Thouvenin, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], a.a.O., N 144 zu Art. 8 UWG); dass aber auch die fehlende Korrekturmöglichkeit von Eingabefeldern den Vertragsinhalt betreffen soll, erschliesst sich nicht, zumal die Korrekturmöglichkeit wie die anderen Anforderungen in Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG die Vertragsanbahnung sowie die Umstände des Vertragsschlusses betrifft und es zudem nicht zu einer fehlerhaften Eingabe kommen muss. Insgesamt gesehen vermögen die Ausführungen von Probst daher nicht zu überzeugen.

bb) Laut bundesgerichtlicher Praxis liegt Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR vor, wenn Verträge gegen das allgemeine Anstandsgefühl, die herrschende Moral oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen (vgl. nur BGE 123 III 101 E. 2; BGE 136 III 474 E. 3). Die Frage, ob der vorliegende Vertrag sittenwidrig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR ist, klärte die Vorinstanz nicht. Auch wenn die Frage der Sittenwidrigkeit eine Rechtsfrage und von Amtes wegen zu prüfen ist (Huguenin/Meise, a.a.O., N 37 zu Art. 19/20 OR, m.N.), hat doch diejenige Partei, die sich auf die Sittenwidrigkeit des Vertrags beruft, nach der Verhandlungsmaxime die tatsächlichen Grundlagen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergeben soll, prozessrechtskonform darzulegen (BGer, Urteile 4A\_69/2014 vom 28. April 2014, E. 6.3.1; 4A\_3/2014 vom 9. April 2014, E. 3.1). Vorliegend berief sich der Kläger jedoch nie auf Sittenwidrigkeit und legte folglich ebenso wenig die tatsächlichen Grundlagen der Sittenwidrigkeit dar, weshalb auf die Frage nach der Sittenwidrigkeit des Videoabonnements

nicht einzugehen ist (vgl. ohnehin BGE 136 III 401, E. 5.4.2). Dasselbe gilt für eine allfällige Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR.

c) In Bezug auf Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV ergibt sich als Rechtsfolge, dass die Leistung den Konsumenten nur unter Einhaltung der genannten Voraussetzungen „in Rechnung gestellt werden“ darf. Wird trotzdem Rechnung gestellt, liegt ein Verstoss gegen die PBV vor, was strafbar ist (Art. 21 PBV i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. e UWG). Für den Vollzug sind aber nicht die Zivilgerichte zuständig (vgl. Art. 22 f. PBV). Abgesehen davon ergibt sich in Bezug auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit wie bei Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG, dass ein Verstoss gegen Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV weder den Vertragsinhalt noch den Abschluss des Vertrags an sich betrifft, sondern die Umstände des Vertragsschlusses, was keine Nichtigkeit des Folgevertrags nach sich ziehen kann. Andere Nichtigkeitsgründe sind ebenso wenig ersichtlich.

d) Damit steht fest, dass entgegen der vorinstanzlichen Erwägung (E. 3.3) ein Vertrag, der in der Folge eines Verstosses gegen Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG und/oder Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV geschlossen wird, grundsätzlich und auch vorliegend nicht nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR ist. Unabhängig davon kann ein solcher Vertrag aber an einem Willensmangel im Sinne von Art. 21 ff. OR leiden (Vasella, a.a.O., N 58 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; Bühler, a.a.O., N 47 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; vgl. Weber/Wolf, a.a.O., Rn. 47).

7. a) Nachdem die Hauptbegründung des vorinstanzlichen Urteils zu den Rechtsfolgen einer Verletzung der Bestimmungen von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG und Art. 11a<sup>bis</sup> Abs. 2 PBV der Überprüfung nicht standhält, ist nachfolgend auf die Rügen einzugehen, welche die Beklagte gegen die Eventualbegründung vorbringt, in welcher sich die Vorinstanz mit der Frage der Anfechtbarkeit des Vertrags befasste und zum Schluss kam, der Kläger sei einem Erklärungsirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR unterlegen und er

habe den Vertrag mit Klage vom 29. Januar 2018 fristgerecht angefochten (E. 4.2).

b) Die Beklagte erklärt, die Vorinstanz habe die bestrittene Behauptung des Klägers, wonach er erst an der Schlichtungsverhandlung von der Art der Dienstleistung erfahren habe, als gegeben angenommen, obwohl die Beklagte den Telefonmitschnitt betreffend die Adresserfassung sowie die an den Kläger versandten Rechnungen samt Zustellnachweis ins Recht gelegt habe, aus denen sich die frühere Kenntnis und somit verspätete Anfechtung des Vertrags ergebe (KG-act. 1, S. 57 f.). Die Beklagte rügt somit die Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil eine Begründung zu dieser vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung fehle und aus den vorinstanzlichen Erwägungen keine Auseinandersetzung mit ihren Vorbringen ersichtlich werde.

c) Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus ergibt sich sodann der Anspruch auf Begründung des Entscheids (BGE 134 I 83, E. 4.1 m.N.; Steinmann, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. A., Zürich 2014, N 49 zu Art. 29 BV). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene sie gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht leiten liess und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 184, E. 2.2.1; 134 I 83, E. 4.1; 133 III 439, E. 3.3; 117 IB 481, E. 6; ZK2 2017 95 vom 16. April 2018, E. 2.a; Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 14 zu Art. 53 ZPO). Das Gericht muss sich indes nicht mit allen Parteistandpunkten

einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen, sondern kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 136 I 229, E. 5.2; 143 III 65, E. 5.2; Biaggini, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., 2017, N 23 zu Art. 29 BV; Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 14 zu Art. 53 ZPO; Hurni, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-149 ZPO, 2012, N 59 zu Art. 52 ZPO; KG ZK2 2019 51 vom 23. Dezember 2019, E. 3.c).

d) Der Kläger führte im vorinstanzlichen Verfahren an, er habe erst an der Friedensrichterverhandlung (gemeint Vermittleramt) vom 24. Oktober 2017 erfahren, um welche Art von Dienstleistung es sich bei der in Betreuung gesetzten Forderung handle, und habe folglich am 29. Januar 2018 mit Klageeinreichung rechtzeitig den Vertrag innert Frist wegen Erklärungsirrtums und absichtlicher Täuschung angefochten (Vi-act. 1, S. 5 und 15 f.; Vi-act. 14, S. 4 ff. und 11). Die Beklagte bestritt, dass der Kläger bis zur Verhandlung vor dem Vermittleramt in Unkenntnis über die bezogene Dienstleistung und in Betreuung gesetzte Forderung gewesen sei. Er habe einerseits bis zu diesem Zeitpunkt sechs Rechnungen von der Beklagten sowie drei Schreiben von der F. \_\_\_\_\_ AG erhalten (Vi-act. 6, S. 6; Vi-act. 27, S. 5; vgl. Vi-act. 27, S. 6 f.; Vi-act. 29, S. 5) und andererseits gehe aus der Telefonaufzeichnung vom 21. November 2016 betreffend die Adresserfassung eine entsprechende Kenntnis des Klägers hervor (Vi-act. 6, S. 6 und 10; Vi-act. 27, S. 12). Die Beklagte führte weiter sinngemäss an, dass eine Anfechtung des Vertrags auch nicht aus den Schreiben der Rechtsanwälte der Rechtsschutzversicherung hervorgehe (vgl. Vi-act. 29, S. 6). Die Anfechtung des Vertrags sei demzufolge nicht rechtzeitig erfolgt (Vi-act. 6, S. 10; Vi-act. 27, S. 12). Der vorinstanzliche Richter erwog lediglich, der Kläger habe erst an der Friedensrichterverhandlung (Verhandlung vor dem Vermittleramt) vom 24. Oktober 2017 erfahren, um welche Art von Dienstleistung es sich bei der Betreuung gesetzten Forderung handle. Mit Klage vom 29. Januar 2018

habe der Kläger den Vertrag nach Art. 31 Abs. 2 OR fristgerecht angefochten (angefochtenes Urteil, E. 4.2). Der Vorderrichter zeigte jedoch nicht auf, welche Punkte für den Entscheid wesentlich waren, sondern stützte sich ohne weitere Begründung auf die Tatsachenbehauptung des Klägers. Eine Berücksichtigung der Vorbringen der Beklagten geht aus den vorinstanzlichen Erwägungen nicht hervor, sodass der Erstrichter das rechtliche Gehör der Beklagten i.S.v. Art. 53 ZPO sowie Art. 29 Abs. 2 BV verletzte.

8. a) Aufgrund der formellen Natur des Anspruchs führt eine Gehörsverletzung gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 135 I 187, E. 2.2 m.w.H.). Ausnahmsweise erfolgt eine Heilung der Gehörsverletzung vor der Rechtsmittelinstanz, sofern die Verletzung nicht besonders schwerwiegend ist, die Rechtsmittelinstanz über dieselbe Kognition verfügt und sich die betroffene Person vor der Rechtsmittelinstanz äussern kann (Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 27 f. zu Art. 53 ZPO). Darüber hinaus kann – unter denselben Voraussetzungen – eine schwerwiegende Verletzung vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden, wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen würde (BGer, Urteil 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017, E. 4.2.3 m.w.H; Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 28 zu Art. 53 ZPO). Im Beschwerdeverfahren kann nebst der unrichtigen Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) nur eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 lit. b ZPO). Rechtsfragen prüft die Beschwerdeinstanz also mit gleicher Kognition wie die Vorinstanz (Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, N 1 zu Art. 320 ZPO; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 197–408, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 4 zu Art. 320 ZPO). In tatsächlicher Hinsicht ist die Kognition der Beschwerdeinstanz hingegen auf offensichtlich unrichtige

Sachverhaltsfeststellungen beschränkt (Spühler, a.a.O., N 3 zu Art. 320 ZPO). Rechtsfrage ist die rechtliche Würdigung der festgestellten oder mangels Bestreitung als bestehend anzunehmende Tatsachen, d.h. die korrekte Subsumtion eines Sachverhalts unter die einschlägige Rechtsnorm und die richtige Bestimmung der Rechtsfolgen (Blickenstorfer, a.a.O., N 20 zu Art. 320 ZPO). Während Tatfrage ist, ob sich die rechtserheblichen Tatsachen verwirklicht haben, mithin wird der Sachverhalt festgestellt. Sie umfasst insbesondere die Würdigung der Beweismittel und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen (Blickenstorfer, a.a.O., N 19 zu Art. 320 ZPO).

Umstritten ist, wann der Kläger den behaupteten Irrtum entdeckte und ob die Anfechtung fristgerecht erfolgte (Vi-act. 1, S. 5 und 15 f.; Vi-act. 14, S. 4 f. und 11; Vi-act. 6, S. 6 und 10; Vi-act. 27, S. 5 ff. und 12; Vi-act. 29; KG-act. 1, S. 56 f.; KG-act.13, S. 30 ff.; KG-act. 15, S. 14; KG-act. 18, S. 8 f.). Der Zeitpunkt der Entdeckung des Irrtums ist eine Frage nach der Verwirklichung der rechtserheblichen Tatsache und folglich Teil der Sachverhaltsfeststellung, demnach handelt es sich um eine Tatfrage, weshalb die Heilung der Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren aufgrund der eingeschränkten Kognition ausgeschlossen ist (vgl. Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 27 f. zu Art. 53 ZPO). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, das Urteil vom 3. Dezember 2018 aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen, die sich mit den Vorbringen der Beklagten auseinanderzusetzen (vgl. vorstehende E. 7.d). Bei Rückweisung ist die untere Instanz an den Entscheid und die Rechtsauffassung der oberen Instanz gebunden (§ 7 Abs. 1 Satz 3 JG; Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 13 zu Art. 327 ZPO; Spühler, a.a.O., N 10 zu Art. 327 ZPO). Es steht dem vorinstanzlichen Richter offen, die E. 4 des angefochtenen Urteils, mithin den vom Kläger geltend gemachten Erklärungsirrtum, im neuen Entscheid umfassend zu prüfen, als das Urteil vom 3. Dezember 2018 vollumfänglich aufgehoben wird.



b) Ebenso umstritten ist, ob überhaupt ein Vertragsschluss zustande gekommen ist. Nach Art. 327 Abs. 3 ZPO hebt die Rechtsmittelinstanz den Entscheid oder die prozessleitende Verfügung bei Gutheissung der Beschwerde auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück (lit. a) oder entscheidet neu, wenn die Sache spruchreif ist (lit. b). Spruchreif ist die Streitsache, wenn die Beschwerdeinstanz über alle für einen Sachentscheid notwendigen Grundlagen verfügt und kein weiteres Beweisverfahren notwendig ist (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 11 zu Art. 327 ZPO; Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band 2, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, N 13 zu Art. 327 ZPO). Eine Streitsache ist namentlich dann nicht spruchreif, wenn die Rechtsmittelinstanz auch als Berufungsinstanz nicht selbst entscheiden könnte und somit dann, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist sowie beim Vorliegen schwerer Verfahrensmängel (Sterchi, a.a.O., N 8 ff. zu Art. 327 ZPO). Ob dies der Fall ist, beurteilt die Beschwerdeinstanz grundsätzlich nach freiem Ermessen und ohne Bindung an Parteianträge (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 11 zu Art. 327 ZPO; Sterchi, a.a.O., N 13 zu Art. 327 ZPO).

Der Kläger brachte vor, eine übereinstimmende Willenserklärung fehle, weder auf Käufer- noch Verkäuferseite seien die Vertragsparteien rechtsgenügend nachgewiesen und ein Vertragsschluss sei nicht bewiesen (Vi-act. 1, S. 7 ff.; Vi-act. 14, S. 3 und 7 f. und 11 f.; KG-act. 6, S. 16 f.). Die Beklagte stellte sich hingegen auf den Standpunkt, ein Vertragsschluss sei erfolgt (vgl. Vi-act. 6, S. 3 und 8; Vi-act. 27, S. 9 f.; KG-act. 1, S. 37). Der Vorderrichter liess die Frage indes offen, ob eine übereinstimmende Willensäusserung vorlag, mithin ein Vertragsschluss erfolgte (vgl. angefochtenes Urteil, E. 4.3). Weil die Anfechtung eines Vertrags wegen Willensmängeln einen Vertragsschluss voraussetzt (vgl. Schwenzer, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler

Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. A., Basel 2015, N 1 zu Vor Art. 23–31 OR) und dieser strittig ist, blieb der Sachverhalt in wesentlichen Teilen unvollständig, sodass der Entscheid mangels Spruchreife auch unter diesem Gesichtspunkt an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Die Vorinstanz hat die vom Kläger angeführte (Vi-act. 1, S. 15 f.; KG-act. 13, S. 32) und von der Beklagten bestrittene (vgl. Vi-act. 6, S. 4 und 9; Vi-act. 23, S. 12; KG-act. 1, S. 41, 43 und 52) arglistige Täuschung im Sinne von Art. 28 OR ebenso wenig beurteilt (vgl. angefochtenes Urteil, E. 4.2). Auch hier handelt es sich aufgrund der Anfechtung des Vertrags durch den Kläger um einen wesentlichen Bestandteil der Klage, weshalb sich die Vorinstanz auch hiermit noch auseinandersetzen hat.

9. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

10. a) In einer Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Weil nicht ohne Weiteres absehbar ist, welche Partei in welchem Umfang letztlich obsiegen wird, ist die Kostenverteilung durch die Vorinstanz festzulegen. Das Kantonsgericht beschränkt sich deshalb darauf, die Kostenhöhe zu bestimmen (Rüegg/Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], a.a.O., N 7 zu Art. 104 ZPO; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 11 zu Art. 104 ZPO).

b) Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind pauschal auf Fr. 3'000.00 festzusetzen (§ 34 i.V.m. § 32 i.V.m. § 3 der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz, SRSZ 173.111).

c) Im Beschwerdeverfahren beläuft sich das Honorar auf Fr. 180.00 bis Fr. 2'400.00 (§ 12 GebTRA). Innerhalb dieses Tarifrahmens ist die Entschädigung nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand zu bemessen (§ 2 Abs. 1 GebTRA). In Verfahren, die aussergewöhnlich viel Arbeit beanspruchen, namentlich das Studium von fremdem Recht, von Akten, die in einer Fremdsprache abgefasst sind, oder von besonders umfangreichem

Aktenmaterial, dürfen die Höchstansätze des Tarifs bis 100 % überschritten werden (§ 16 Abs. 1 GebTRA), was jedoch zu behaupten und zu substantiieren ist (vgl. KG ZK2 2019 51 vom 23. Dezember 2019, E. 5.b mit Verweis auf KG ZK1 2016 21 vom 31. Januar 2017, E. 7.a). Eine Partei kann eine spezifizierte Kostennote über ihre Tätigkeit und ihre Auslagen einreichen. Erscheint sie angemessen, ist sie der Festsetzung der Vergütung zugrunde zu legen. Andernfalls wird die Vergütung nach pflichtgemäsem Ermessen festgesetzt (§ 6 GebTRA). Werden die Anwaltskosten (teilweise) der Gegenpartei überbunden, befindet das Gericht über die Angemessenheit der Kostennote (§ 6 Abs. 3 lit. a GebTRA).

Beide Rechtsvertreter reichten je eine Kostennote ins Recht. Der Rechtsvertreter der Beklagten machte mit Eingabe vom 21. Mai 2019 einen Aufwand und Auslagen von total Fr. 2'894.35 inkl. MWST geltenden (KG-act. 20 und 20/1). Der Rechtsvertreter des Klägers bezifferte mit Eingabe vom 19. Juni 2019 seinen Aufwand auf insgesamt Fr. 8'266.55 (KG-act. 23 und 23/1).

Die klägerische Kostennote enthält lediglich die Anzahl aufgewendeter Stunden ohne weitere Spezifizierung der jeweiligen Tätigkeiten und einer Begründung für die Überschreitung des Tarifrahmens (KG-act. 23 und 23/1), sodass sie der Festsetzung der Vergütung nicht zugrunde zu legen und mithin die Verfügung nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen ist (§ 6 Abs. 1

GebTRA). Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beklagten erscheint von der Sache her aufwand- und auslagenmässig (namentlich für nicht näher begründete Kopierkosten von Fr. 281.00, die der Rechtsvertreter entgegen seinen eigenen Angaben nicht à Fr. 0.50 berechnete, vgl. KG-act. 20/1) als nicht angemessen, sodass die Entschädigung ermessensweise anhand der Kriterien von § 2 GebTRA festzusetzen ist.

Mit Blick auf die Schwierigkeit der Streitsache gilt zu berücksichtigen, dass sich sowohl in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG und Art. 10 Abs. 1 lit. q PBV sowie Art. 11a<sup>bis</sup> PBV als auch betreffend die Folgen eines Verstosses gegen die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG auf den Bestand des Vertrags komplexe rechtliche Fragen stellten, der Streitwert aber mit Fr. 561.30 als gering zu bezeichnen ist. Die Beklagte reichte eine Beschwerdeschrift im Umfang von 58 Seiten ein, wovon auf mehrere Seiten lediglich Kopien der bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Beilagen abgedruckt waren, sowie eine als Replik bezeichnete Eingabe von 16 Seiten. Der Kläger legte eine Beschwerdeantwort und eine Duplik mit ähnlichem Umfang ins Recht. Eine

– besondere – Wichtigkeit der Streitsache geht aus den Akten nicht hervor. In Anbetracht dieser Gründe erscheint eine Entschädigung in der Höhe des im Tarif vorgesehenen Maximums von pauschal je Fr. 2'400.00 (inkl. MWST) und Auslagen von je Fr. 200.00 (inkl. MWST) als angemessen;-

**beschlossen:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht March vom 3. Dezember 2018 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
  - a) Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf Fr. 3'000.00 festgesetzt. Sie werden vom in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss der Beklagten bezogen.
  - b) Die volle Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren wird für den Beklagten und den Kläger auf je Fr. 2'600.00 festgesetzt (jeweils pauschal inkl. Auslagen und MWST).
  - c) Der Einzelrichter am Bezirksgericht March wird im Rahmen seiner neuerlichen Entscheidung über die Verteilung der Gerichtskosten und die Tragung der Parteientschädigung zulasten der unterliegenden Partei für das Beschwerdeverfahren zu befinden und dabei den allfälligen Gerichtskostenersatz des Klägers an die Beklagte festzusetzen haben.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, die in der gleichen Rechtsschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 561.30.

4. Zufertigung an Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ (2/R), Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_ (2/R), die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer  
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

16. September 2020 kau