



Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Korn, den Hofrat Dr. Stefula und die Hofrätin Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M*, vertreten durch Dr. Josef Fromhold, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei L* AG, *, vertreten durch Reif & Partner Rechtsanwälte OG in Graz, wegen 7.320 EUR sA, über den (richtig:) Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien als Berufungsgericht vom 12. März 2021, GZ 1 R 49/21h-12, womit das Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien vom 30. November 2020, GZ 16 C 199/20m-8, samt dem vorangegangenen Verfahren als nichtig aufgehoben und die Klage zurückgewiesen wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

I. Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und dem Berufungsgericht die Entscheidung über die Berufung der beklagten Partei unter Abstandnahme von dem als gegeben erachteten Nichtigkeitsgrund aufgetragen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 833,88 EUR (darin 138,98 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

II. Die Schriftsätze der klagenden Partei vom 5. Juni 2021 (Urkundenvorlage) und 8. Oktober 2021 (Ergänzende Begründung zur Zulässigkeit des ordentlichen Revisionsrekurses samt Urkundenvorlage) werden zurückgewiesen.

B e g r ü n d u n g :

[1] Die in der Schweiz ansässige Beklagte bietet ein Geschäftssystem mit sogenannten Rabattgutscheinen an, dem sie neben ihren „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für C* Mitglieder idF November 2017“ (./A) die „L*-Vereinbarung für unabhängige L* Marketer idF November 2017“ (kurz: L*-Vereinbarung; ./1) samt den „Zusatzbedingungen für Rabattgutscheine idF November 2017“ (kurz: Zusatzbedingungen; ./2) zugrunde legt. Vertragspartner der Beklagten müssen, um eine Registrierung auf der Webseite der Beklagten durchführen zu können, bestätigen, dass sie diese Bedingungen gelesen und akzeptiert haben. Der Kläger registrierte sich am 27. 5. 2018 über seinen Empfehlungsgeber zu diesen Bedingungen auf der Plattform der Beklagten. Im Zuge dessen wurden ausschließlich die Felder unter „Persönliche Daten“, nicht aber unter „Meine Firmendaten“ ausgefüllt.

Die „L*-Vereinbarung“ (./1) lautet auszugsweise wie folgt:

„3. *Rechtsverhältnis*

3.1 L* räumt dem Marketer ein nicht exklusives Recht ein, nach Maßgabe der L*-Vereinbarung vertrieblich für L* tätig zu werden. [...]

3.2 Der Marketer handelt im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit als selbständiger Unternehmer. [...]

4. Voraussetzung für die Tätigkeit und den Vergütungsanspruch

[...]

4.2 Der Marketer hat – als Voraussetzung für die Entstehung seines Vergütungsanspruchs – in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit zu handeln. Dabei hat der Marketer selbständig dafür Sorge zu tragen, dass sein Gewerbe ordnungsgemäß angemeldet ist und er über die für die Ausübung seines Gewerbes benötigten behördlichen Genehmigungen verfügt. [...]

6. Mitgliederregistrierung

6.1 Der Marketer kann mithilfe des originalen Registrierungsformulars neue Mitglieder des C* Programms werben, um das C* Programm somit zu verbreiten. [...]

9. Vergütung

9.1 Der Marketer wird für seine Tätigkeit von L* nach dem L* Compensation Plan in Anlage I vergütet. [...]

9.2 In Ergänzung der Vergütungen gemäß Compensation Plan kann L* nach eigenem Ermessen auch weitere Prämien ausrichten. Ein Anspruch darauf besteht jedoch nicht.

9.3 Die Berechnung sämtlicher Vergütungen erfolgt wöchentlich bzw monatlich unter Berücksichtigung aller im Rahmen des L* Marketing Programm gutgeschriebenen Shopping Points (gemäß dem L* Compensation Plan in Anlage I). In den Abrechnungen, die dem Marketer über seinen www.l*.com Zugang im Login-

Bereich zugänglich gemacht werden, bildet L sämtliche Informationen ab, die nach dem L* Compensation Plan für die Vergütung des Marketers relevant sind.*

[...]

9.5 Die dem Marketer aus dem L Marketing Programm zustehende Vergütung wird wöchentlich auf das Konto des Marketers ausgezahlt, sofern die Summe der Zahlungsansprüche einen Betrag iHv EUR 5 erreicht.*

[...]

17. Rechtswahl und Gerichtsstand

[...]

17.2 Ausschließlicher Gerichtsstand für sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dieser L-Vereinbarung ist Buchs, Kanton St. Gallen (Schweiz).“*

[2]

Die „**Zusatzbedingungen**“ (. /2) legen „ergänzend zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für L* Mitglieder [...] sowie der L* Vereinbarung für unabhängige L* Marketer [...] in ihrer jeweils aktuellen Fassung [...] die Rechte und Pflichten des Marketers im Zusammenhang mit dem Erwerb von L* Rabattgutscheinen fest“ und enthalten ua folgende Bestimmungen:

„2. Erwerb von Rabattgutscheinen

2.1 Nur Marketer können Rabattgutscheine bei der L AG [der Beklagten] [...] erwerben. Diese Möglichkeit besteht nicht für L* Mitglieder, die keine L* Vereinbarung abgeschlossen haben. L* behält sich vor, Bestellungen von Rabattgutscheinen im eigenen Ermessen abzulehnen.*

2.2 Der Rabattgutschein ist ein von L ausgestellter Gutschein, den man online unter www.l*.com beziehen und der insbesondere für Marketingzwecke oder zur Einlösung bei Einkäufen bei Partnerunternehmen (Online,*

Offline) gemäß diesen Zusatzbedingungen eingesetzt werden kann. Der Rabattgutschein kann nicht im direkten Wege bei Einkäufen bei Partnerunternehmen eingesetzt werden. Der Rabattgutschein kann weder vollständig noch teilweise bar zurückerstattet werden.

3. Shopping Point Gutschriften

3.1 Der Marketer erhält beim Kauf von Rabattgutscheinen die daraus resultierenden Shopping Points für die Wertung im L Compensation Plan (Anlage 1 der L* Vereinbarung), dh im Balance Program sowie im Career Program, gutgeschrieben. Die jeweils aus dem Kauf eines Rabattgutscheins resultierenden Shopping Points sind vor Abschluss des Kaufprozesses ausgewiesen.“*

Der „L Compensation Plan (Anlage 1 der L* Vereinbarung)“ (. /C) hält unter „Vergütungsberechtigung“ fest (vgl RIS-Justiz RS0121557 [T3]):*

„Für sämtliche Vergütungen im L Marketing Programm gilt die Vergütungsberechtigung als Voraussetzung. Um die Vergütungsberechtigung zu erlangen, benötigt der Marketer 50 Shopping-Points in der aktuellen Woche + in max 5 vorangegangenen Wochen. Gewertet werden die Shopping-Points der eigenen Kunden bzw Mitglieder der C* sowie die persönlichen Shopping-Points aus eigenen vollbezahlten Einkäufen [...] oder gekauften Rabattgutscheinen.“*

[3] Der Kläger bezahlte insgesamt 7.400 EUR für Rabattgutscheine, und zwar für „Discount Voucher“ im Mai 2018 2.350 EUR („Einstiegspaket“) sowie von Mai 2018 bis einschließlich März 2019 monatlich je 50 EUR und für „Limited Edition Discount Voucher“ (mit denen die Teilnahme an sogenannten Clouds verbunden war) im Mai 2018 zweimal 1.500 EUR („German Customer Cloud“,

„Spanish & Portuguese Customer Cloud“), im September 2018 1.000 EUR („Enterprise 1 Cloud“), im Februar 2019 500 EUR („Enterprise 2 Cloud“) sowie für einen „mVoucher“ am 18. 6. 2020 50 EUR. Er warb auch direkt neun weitere Personen und indirekt noch andere Mitglieder an.

[4] Der Kläger begehrt von der Beklagten die Rückzahlung des für die Rabattgutscheine an die Beklagte geleisteten Betrags abzüglich der Auszahlungen von 130 EUR, insgesamt somit 7.320 EUR sA. Die internationale und örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts stütze er auf Art 15 Abs 1 lit c iVm Art 16 Abs 1 LGVÜ 2007. Der auch für die Beklagte objektiv erkennbare Zweck des Vertrags sei die private Vermögensanlage und -vorsorge gewesen.

[5] Die Beklagte bestreitet und erhob insbesondere den Einwand der internationalen und örtlichen Unzuständigkeit des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien. Mit der L*-Vereinbarung sei wirksam der Gerichtsstand Buchs, Kanton St. Gallen, Schweiz vereinbart worden. Der Kläger habe gegenüber der Beklagten zu erkennen gegeben, das L* Marketing Programm zu beruflichen und gewerblichen Zwecken nutzen zu wollen. Er habe sich ein Vertriebssystem eingerichtet bzw einzurichten versucht.

[6] Das Erstgericht wies mit in das Urteil aufgenommenem Beschluss ua die Einrede der internationalen und örtlichen Unzuständigkeit ab und gab dem Klagebegehren im Übrigen zur Gänze statt. Es traf ua die (von der Beklagten im Berufungsverfahren bekämpften) Feststellungen, dass der Kläger sich „zum Zwecke der Vermögensveranlagung, nicht jedoch der Erzielung eines Lebensunterhalts“ auf der Plattform der Beklagten registriert und in Rabattgutscheine „investiert“ habe. In rechtlicher Hinsicht ging es davon aus, dass der Kläger als Verbraucher im Sinn des Art 15

LGVÜ 2007 zu qualifizieren und die Gerichtsstandvereinbarung in den AGB daher unbeachtlich sei. Auch wenn der Kläger noch weitere Personen angeworben habe, sei der primäre Zweck seiner Registrierung nach den Feststellungen die passive Vermögensvermehrung gewesen. Dafür spreche auch die geringe Höhe der Veranlagungen.

[7] Das Berufungsgericht gab der von der Beklagten erhobenen Berufung – ohne die Beweistrüge zu erledigen – Folge, hob das angefochtene Urteil und das der Urteilsfällung vorangegangene Verfahren wegen fehlender inländischer Gerichtsbarkeit als nichtig auf und wies die Klage zurück. Bei der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft komme es nicht darauf an, dass das Erstgericht einen subjektiven Zweck des Klägers festgestellt habe, sein Vermögen zu veranlagen. Natur und Zielsetzung der vom Erstgericht festgestellten L*-Vereinbarung sei es, dass der Kläger als Marketer einer gewerblichen Tätigkeit als selbstständiger Unternehmer nachgehe und dafür einen Vergütungsanspruch erhalte. Er habe auch neun weitere Personen direkt und indirekt noch weitere angeworben. Er sei daher nicht als Verbraucher gemäß Art 15 Abs 1 LGVÜ 2007 anzusehen. Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung führe eine Gerichtsstandvereinbarung gemäß Art 17 LGVÜ zu einer ausschließlichen Zuständigkeit. Das angerufene Gericht sei damit für die gegenständliche Klage nicht international zuständig.

[8] Mit Beschluss vom 30. 9. 2021 sprach das Berufungsgericht nachträglich aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs im Anbetracht der Vielzahl der [wegen ihres Geschäftsmodells mit Rabattgutscheinen gegen die Beklagte] anhängigen Verfahren zulässig sei.

[9] Gegen diese Entscheidung richtet sich das als „Rekurs“ bezeichnete Rechtsmittel des Klägers, mit dem er in erster Linie die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Rückverweisung der Rechtssache an das Berufungsgericht zur neuerlichen Entscheidung über die Berufung der Beklagten unter Abstandnahme vom herangezogenen Zurückweisungsgrund beantragt.

[10] Die Beklagte beantragt in ihrer Rechtsmittelbeantwortung, das Rechtsmittel zurückzuweisen; hilfsweise ihm keine Folge zu geben.

[11] Der Revisionsrekurs ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig. Er ist auch berechtigt.

[12] 1. Im Hinblick auf den Sitz der Beklagten in der Schweiz und das Datum der Klageeinbringung (16. 8. 2020) richtet sich die internationale Zuständigkeit nach dem am 30. 10. 2007 in Lugano abgeschlossenen Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Art 64 Abs 2 lit a LGVÜ 2007).

[13] Das LGVÜ 2007 stimmt inhaltlich mit den Art 1 bis 61 der EuGVVO nahezu wortgleich überein, sodass die diesbezügliche Literatur und Rechtsprechung weitgehend auch für das LGVÜ 2007 herangezogen werden kann (RS0131605).

[14] Maßgeblich für die Beurteilung der internationalen Zuständigkeit sind die Klageangaben (RS0115860; RS0050455). Sind die die Zuständigkeit begründenden Tatsachenbehauptungen zugleich Anspruchsvoraussetzungen („doppelrelevante Tatsachen“), so ist ihre Richtigkeit zu unterstellen (RS0115860 [T4]; sie sind auch dann der Zuständigkeitsentscheidung zugrunde zu legen, wenn sie vom Beklagten bestritten wurden, RS0050455 [T1]), soweit sie nicht durch das bereits durchgeführte

Beweisverfahren und die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen eine Änderung erfahren haben (8 Ob 23/19v; 8 Ob 31/19w; 8 Ob 45/19d).

[15] **2.1** Nach Art 16 Abs 1 LGVÜ 2007 kann die Klage eines Verbrauchers gegen den anderen Vertragspartner entweder vor den Gerichten des durch das LGVÜ 2007 gebundenen Staates erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet dieser Vertragspartner seinen Wohnsitz hat, oder vor dem Gericht des Ortes, an dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat.

[16] Gemäß Art 17 LGVÜ 2007 ist eine Gerichtsstandvereinbarung in Verbrauchersachen nur nach der Entstehung der Streitigkeit zulässig; weiters wenn sie dem Verbraucher noch andere Gerichtsstände zur Verfügung stellt und schließlich wenn sie für beide Parteien den gemeinsamen Wohnsitz oder den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt als Gerichtsstand festschreibt, es sei denn, dass eine solche Vereinbarung nach dem Recht dieses Staates nicht zulässig ist (zum gleichlautenden Art 15 LGVÜ: RS0124949).

[17] Gerichtsstandvereinbarungen haben nach Art 23 Abs 5 LGVÜ 2007 keine rechtliche Wirkung, wenn sie, wie die vorliegende Klausel in der L*-Vereinbarung, die sich in dieser Form auch unter Punkt 9.2 der Zusatzbedingungen findet, den Vorschriften des Art 17 LGVÜ 2007 zuwiderlaufen.

[18] Für die Frage der internationalen Zuständigkeit ist daher – wie die Vorinstanzen erkannt haben – entscheidend, ob der Kläger als Verbraucher im Sinn des Art 15 Abs 1 LGVÜ zu beurteilen ist.

[19] **2.2** Spezialgerichtsstände sind autonom unter Berücksichtigung der Systematik und Zielsetzung des Übereinkommens (vgl C-96/00, ECLI:EU:C:2002:436, Rn 37

mwN) und – wie der EuGH bereits mehrfach betont hat (etwa C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, Rn 32 f mwN) – als Ausnahme zur Allzuständigkeit des Wohnsitzstaates des Beklagten eng auszulegen (RS0128703; RS0112833; vgl 4 Ob 218/06x).

[20] Der Begriff des Verbrauchers bestimmt sich nach seiner Stellung innerhalb des konkreten Vertrags in Verbindung mit dessen Natur und Zielsetzung und nicht nach seiner subjektiven Stellung (C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, Rn 36). Es kommt auf die für den Vertragspartner des Verbrauchers objektiv erkennbaren Umstände des Geschäfts an (1 Ob 115/12m mwN). Der innere Wille der Person, die sich auf die Verbrauchereigenschaft beruft, ist demgegenüber irrelevant (*Simotta in Fasching/Konecny*² Art 15 EuGVVO Rz 30; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht⁴ EuGVVO Art 17 Rz 61; jeweils mwN).

[21] Geschützt werden soll nur der nicht berufs- oder gewerbebezogen handelnde private Endverbraucher. Erfasst sind deshalb nur Verträge, die eine (natürliche) Einzelperson zur Deckung ihres Eigenbedarfs beim privaten Verbrauch schließt und die keinen Bezug zu einer gegenwärtigen oder zukünftigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person haben (stRsp des EuGH seit C-89/91, ECLI:EU:C:1993:15, Rn 20 und 22). Da schon der Bezug zu einer zukünftigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit schadet, sind etwa Vorbereitungsgeschäfte zur Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit vom Schutzbereich der Zuständigkeitsregeln für Verbraucher nicht erfasst (vgl C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337, Rn 17 f; 4 Ob 218/06x). Wohl aber können, zumal sich die Zuständigkeitsregeln im Zusammenhang mit Verbrauchersachen grundsätzlich auf alle Vertragstypen erstrecken, auch Geschäfte zur privaten

Kapitalanlage darunter fallen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Kleinanleger handelt oder nicht (vgl dazu C-208/18, ECLI:EU:C:2019:825, Rz 48 ff; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht⁴ EuGVVO Art 17 Rz 40, 65c mwN).

[22] Bei sowohl privaten als auch beruflich-gewerblichen Zwecken dienenden Verträgen liegt ein Verbrauchervertrag dann vor, wenn der beruflich-gewerbliche Zweck derart nebensächlich ist, dass er im Gesamtzusammenhang des betreffenden Geschäfts nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt (1 Ob 115/12m mwN; vgl RS0115822 [T1]). Bei gemischten Zwecken ist eine Gesamtbewertung geboten, bei der Inhalt, Art und Zweck des Vertrags sowie die objektiven Umstände bei Vertragsabschluss zu berücksichtigen sind (C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, Rn 44 und 47; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht⁴ EuGVVO Art 17 Rz 46).

[23] Die Beweislast dafür, dass in einem Vertrag der beruflich-gewerbliche Zweck nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt, obliegt der Person, die sich auf den Verbrauchergerichtsstand beruft (RS0115822 [T3]), wobei die gegnerische Partei berechtigt ist, den Gegenbeweis zu erbringen. Ein non liquet geht nach der Rechtsprechung des EuGH zu Lasten des Vertragspartners des Verbrauchers, weil anderenfalls die Schutzregelung ihre praktische Wirksamkeit verlöre. Zu prüfen bleibt in diesem Fall nur, ob der andere Vertragspartner den nicht beruflich-gewerblichen Zweck des Geschäfts zu Recht deswegen nicht zu kennen brauchte, weil der vermeintliche Verbraucher durch sein eigenes Verhalten gegenüber seinem (zukünftigen) Vertragspartner bei diesem den Eindruck erweckt hat, dass er zu beruflich-gewerblichen

Zwecken gehandelt hat (zu all dem C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, Rn 46 bis 53; *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht⁴ EuGVVO Art 17 Rz 49 bis 54; *Simotta in Fasching/Konecny*² Art 15 EuGVVO Rz 31 bis 36; jeweils mwN).

[24] **3.** Der Kläger behauptete erstmals im Rechtsmittelverfahren, der Erwerb der Rabattgutscheine sei getrennt von seiner Tätigkeit als „Marketer“ zu betrachten, weil er einen Vergütungsanspruch aus der L*-Vereinbarung gar nicht geltend mache.

[25] Dieser Einschätzung kann schon angesichts des Umstands, dass nach Punkt 2.1 der Zusatzbedingungen die Tätigkeit als „Marketer“ Voraussetzung für den Erwerb von Rabattgutscheinen ist, nicht beigetreten werden. Ausgehend von einem einheitlichen Rechtsverhältnis kommt eine kompetenzrechtliche Aufteilung in einen unter das allgemeine Zuständigkeitsrecht fallenden und einen unter den Verbrauchergerichtsstand zu subsumierenden Teil nicht in Betracht (vgl dazu *Geimer in Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht⁴ EuGVVO Art 17 Rz 46 mwN; C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, Rn 44).

[26] **4.** Zu Recht bemängelt der Kläger im Ergebnis allerdings, dass das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft bloß auf die von der Beklagten vorgegebene formale Vertragsgestaltung abgestellt und die damit verfolgte inhaltliche Zielsetzung außer Acht gelassen hat.

[27] Schon aus dem Bedingungsmerk der Beklagten (insbesondere Punkt 3.1 der Zusatzbedingungen iVm mit Punkt 9. der L*-Vereinbarung) geht bei objektiver Betrachtung hervor, dass durch den Erwerb von Rabattgutscheinen sogenannte Shopping Points generiert

werden sollen, die zu einem (periodischen) Vergütungsanspruch für den „Marketer“ führen sollen (Punkt 9.3 iVm Punkt 9.5 der L*-Vereinbarung). Um diese wiederkehrenden Vergütungen beziehen zu können, ist neben der Registrierung als „Marketer“ nur eine gewisse Mindestanzahl von „Shopping Points“ erforderlich, die auch allein durch den Kauf von Rabattgutscheinen erlangt werden können, wie in der Anlage 1 der L*-Vereinbarung klargestellt wird („persönlichen Shopping Points aus ... oder gekauften Rabattgutscheinen“). Weder ist der „Marketer“ zu irgendeiner Vertriebstätigkeit verpflichtet, noch ist die Anwerbung anderer „Marketer“ oder Mitglieder notwendigerweise Voraussetzung für einen Vergütungsanspruch bzw die Zuteilung von „Shopping Points“.

[28] Dieses Prinzip kommt auch in den Werbeaussagen der Beklagten in den (als ./G zum Bestandteil der Feststellungen erklärten) Informationsbroschüren zu den sogenannten Clouds zum Ausdruck, wonach die von Kunden der jeweiligen Cloud „durch ihre Einkäufe jeden Monat [produzierten] Shopping Points [...] anteilig auf alle Sponsoren (teilnehmende Marketer)“ der jeweiligen Cloud im Rahmen monatlicher Zuteilungen verteilt werden sollen.

[29] Das Geschäftsmodell der Beklagten im Zusammenhang mit den Rabattgutscheinen lässt sich dahin zusammenfassen, dass der „Marketer“ durch den Erwerb der Rabattgutscheine an der regelmäßigen Ausschüttung von „Shopping Points“ teilnimmt, für die wiederum periodische Auszahlungen in Geld in Aussicht gestellt werden (Punkt 9. der L*-Vereinbarung).

[30] Damit ergibt sich bereits aus den von der Beklagten selbst stammenden Angaben, dass der Erwerb von Rabattgutscheinen vom Interessenten nicht nur gleichsam

zweckentfremdet als Kapitalanlage genützt werden kann, sondern vielmehr geradezu als Investmentform angelegt ist.

[31] Die Beklagte musste vor diesem Hintergrund bei Abschluss des Erwerbsgeschäfts redlicherweise den Eindruck gewinnen, dass es dem Kläger beim Kauf der Rabattgutscheine auf die Erzielung eines passiven Einkommens ankam und nicht auf deren Einsatz zu Marketingzwecken, den die Beklagte in Punkt 2.2 der Zusatzbedingungen beispielhaft anspricht, was sich allerdings in keiner Weise in den Informationsbroschüren zu den sogenannten Clouds (./G) widerspiegelt.

[32] Daran ändert nichts, dass die Beklagte für den Erwerb von Rabattgutscheinen die Anmeldung als „Marketer“ fordert (Punkt 2.1 der Zusatzbedingungen) und sich durch Akzeptanz ihrer Geschäftsbedingungen bestätigen lässt, dass der Marketer „im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit als selbständiger Unternehmer“ handelt (insbesondere Punkt 3.2 der L*-Vereinbarung). Bei der Unterwerfungserklärung ihres Vertragspartners handelt es sich um ein reines Formalerfordernis, das von dessen tatsächlicher Tätigkeit völlig losgelöst ist. Auf die Fiktion der Unternehmereigenschaft kann sich die Beklagte schon deshalb nicht berufen, weil sonst durch entsprechende Klauseln in Geschäftsbedingungen der zwingende Verbraucherschutz umgangen werden könnte.

[33] Es schadet auch nicht, dass der Kläger Personen für die Beklagte angeworben hat (die seine Position in der sogenannten Lifeline hätten verbessern sollen; vgl Punkt 8. der L*-Vereinbarung). Die Beklagte musste zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses davon ausgehen, dass die dem Kläger eingeräumte Berechtigung zum Tätigwerden als Vertriebsmittler für diesen bloß einen ganz untergeordneten

Aspekt des mit ihr eingegangenen Rechtsverhältnisses darstellte. Jedenfalls kann aber bei dieser Sachlage keine Rede davon sein, dass die Beweismittel für den rechtlichen Schluss ausreichen, dass der Vertrag in nicht ganz unerheblichem Maße zur Deckung von Bedürfnissen diene, die der beruflich-gewerblichen Tätigkeit des Betroffenen zuzurechnen sind, sodass ein Verbrauchervertrag anzunehmen ist (vgl. C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, Rn 50). Ein schützenswertes Vertrauen der Beklagten auf Erklärungen, die sie ihren Vertragspartnern – wie ausgeführt – pro forma abverlangt, besteht nicht.

[34] **5.** Da bei einer Gesamtbetrachtung entgegen der Meinung des Berufungsgerichts eine Verbrauchersache im Sinn des Art 15 Abs 1 lit c LGVÜ 2007 vorliegt, war dem als Revisionsrekurs zu qualifizierenden Rechtsmittel des Klägers Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung aufzuheben. Das Berufungsgericht wird im fortgesetzten Verfahren neuerlich über die Berufung der Beklagten zu entscheiden haben.

[35] **6.** Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 50 und 41 ZPO. Das Revisionsrekursverfahren vor dem Obersten Gerichtshof betrifft ausschließlich den Zwischenstreit über die internationale und örtliche Zuständigkeit, der nunmehr abschließend erledigt ist. Die in diesem Zwischenstreit unterlegene Beklagte hat dem Kläger daher die Kosten des Rechtsmittels zu ersetzen (RS0035955). Eine Pauschalgebühr fällt für das Revisionsrekursverfahren nicht an (vgl. Anm 1 TP 3 GGG).

[36] **7.** Dem Rechtsmittelwerber steht nur ein einziges Rechtsmittel zu, weitere Ergänzungen sind zurückzuweisen (RS0041666 [T56]). Eine Verbesserung des ersten

Rechtsmittelschriftsatzes im Sinn einer Ergänzung wurde dem Kläger nicht aufgetragen.

Oberster Gerichtshof
Wien, am 29. November 2021
Dr. K u r a s
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: