



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr. Waldner (Vorsitz), Dr. Kanduth und Mag. Stadlmann in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Vereinsregisterzahl 389759993, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Aurena GmbH**, FN 386364 h, Depotstraße 2, 8712 Niklasdorf, nunmehr vertreten durch die Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,00 – Gesamtstreitwert EUR 36.000,00), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Leoben vom 19. Juli 2023, 26 Cg 125/22h-20 (Berufungsstreitwert: EUR 36.000,00), in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin **abgeändert**, dass es lautet:

„Die Klagebegehren,

1. die Beklagte sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1.1. ‚Der Bieter nimmt zur Kenntnis, dass das FAGG auf die öffentlichen, transparenten Versteigerungen des Versteigerers nicht anwendbar ist.‘

1.2. ‚Alle Zuschlagspreise verstehen sich zuzüglich 18 % Auktionsgebühr und zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Davon ausgenommen sind differenzbesteuerte Objekte, diese werden im Katalog gesondert ausgewiesen, hier wird einmalig eine Gebühr von 22 % aufgeschlagen.‘

1.3. ‚Das Auktionsobjekt gilt mit dem Zuschlag an den Käufer als übergeben, womit auch Haftung und Gefahr des zufälligen Untergangs, des Verlustes oder der Beschädigung durch Feuer, Wasser, Sturm, Vandalismus, Diebstahl und Einbruchdiebstahl auf den Käufer übergehen – dies gilt insbesondere auch für

Zubehörteile. Das Eigentum geht jedoch erst nach vollständiger Bezahlung an den Käufer über (Eigentumsvorbehalt).‘

1.4. ‚Keine Rückgabe ersteigerter Posten.‘

1.5. ‚Kein Rücktritt von Geboten oder Zuschlägen.‘

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen; sowie

2. dem Kläger werde die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen,

werden **abgewiesen**.

3. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen zu Händen der Beklagtenvertreterin die mit EUR 9.879,60 (darin EUR 1.646,60 Umsatzsteuer) zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen zu Händen der Beklagtenvertreterin die mit EUR 5.950,42 (darin EUR 610,42 Umsatzsteuer und EUR 2.288,00 Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO ist **nicht zulässig**.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Beklagte ist eine zu Firmenbuchnummer 386364h eingetragene GmbH, Geschäftszweig „Ankauf von Konkursmasse, Handel mit Waren aller Art“, und zu GISA-Zahl 20350826 eingetragene Gewerbeinhaberin des freien Gewerbes „Versteigerung von beweglichen Sachen (Fahrnissen)“. Alleiniger Geschäftsführer der Beklagten ist Karl Kühberger.

Die Beklagte steht als Unternehmerin im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG in regelmäßigem Geschäftskontakt mit Verbrauchern im gesamten österreichischen Bundesgebiet. Sie betreibt die Website www.aurena.at. Bei den von der Beklagten veranstalteten Auktionen können auch Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG Waren erwerben. Beim Erwerb der Waren kontrahiert die Beklagte (im eigenen Namen) mit dem jeweiligen Verbraucher.

Die Beklagte schickt ihre Mitarbeiter zu den zu versteigernden Objekten. Die Mitarbeiter der Beklagten fertigen Fotografien der zu versteigernden Objekte an und erstellen einen Katalog, in dem die Exponate beschrieben werden. Die Beklagte beschäftigt in ihrem Unternehmen Mitarbeiter aus verschiedensten Unternehmensbranchen. Der Rufpreis der zu versteigernden Objekte wird von den Mitarbeitern der Beklagten festgelegt. Es wird der zu erwartende Versteigerungserlös von den Mitarbeitern geschätzt und der Rufpreis mit einem Drittel dieses Schätzwertes festgelegt. Die Produkte werden mit einem Drittel des Schätzwertes zur Versteigerung angeboten.

Nur ein geringer Teil der zu versteigernden Objekte wird in die Geschäftsstelle der Beklagten verbracht. Der Großteil der zu versteigernden Objekte verbleibt dort, wo sie gelegen waren und von der Beklagten angekauft wurden. Somit befinden sich die zu versteigernden Objekte im gesamten Bundesgebiet. Die Beklagte stellt auf ihrer Website eine Österreich-Karte dar, auf der Interessenten sehen können, wo sich die jeweiligen Versteigerungsobjekte befinden.

Ein Verbraucher kann Objekte der Beklagten entweder online auf deren Website ersteigern, oder vor Ort im Geschäftslokal der Beklagten in Niklasdorf. Gebote können somit einerseits in elektronischer Form via Website der Beklagten abgegeben werden, oder auch persönlich im Geschäftslokal der Beklagten in Niklasdorf. Für einen Erwerb von Exponaten ist es somit nicht erforderlich, über einen Internetzugang oder ein digitales Endgerät zu verfügen. Interessierte können im Geschäftslokal der Beklagten in Niklasdorf erscheinen, in die erstellten Kataloge Einsicht nehmen und in einem Versteigerungsraum an den Versteigerungen teilnehmen.

Ein Online-Erwerb setzt voraus, dass sich Interessierte auf der Website der Beklagten registrieren. Ihnen werden sodann auf einer Übersicht die zu versteigernden Objekte präsentiert. Auf dieser Übersicht wird der Nettopreis des jeweiligen Objekts dargestellt. Wenn sich ein Interessent ein Objekt näher ansehen möchte und auf dieses klickt und ein Gebot abgibt, wird ihm die zu bezahlende Gesamtsumme angezeigt. Es wird auch dargestellt, wie sich diese Gesamtsumme zusammensetzt. Es werden der Gebotspreis, die Auktionsgebühr und die Steuer ausgewiesen. Wenn der Interessent in der Folge auf „Gebot bestätigen“ klickt, hat er ein verbindliches Gebot abgegeben. Für die Interessenten ist ersichtlich, wie viele Gebote es für ein zu versteigerndes Objekt bereits gegeben hat.

Interessenten können die zu versteigernden Objekte am jeweiligen Standort besichtigen.

Die jeweiligen Auktionen sind in der Regel zwei oder drei Wochen online. Jedes Produkt hat eine voraussichtliche Ablaufzeit, also eine vorgegebene Zeit, in der Gebote abgegeben werden können. Die Gebotsfrist verlängert sich aber, wenn Gebote noch innerhalb der letzten 60 Sekunden abgegeben werden. Ein Erwerb erfolgt somit erst dann, wenn das höchste Gebot abgegeben wurde und innerhalb der nächsten 60 Sekunden kein Überbot erfolgt. Bei

jedem Überbot kommt es zu einem weiteren Zeitraum von 60 Sekunden, in dem weitere Gebote von Interessenten abgegeben werden können. Die Verlängerung der Gebotszeit wird auf der Website der Beklagten beim jeweiligen Objekt zur Darstellung gebracht.

Die ersteigerten Gegenstände sind von den Kunden am jeweiligen Standort des Objekts selbst abzuholen.

Bis einschließlich März 2023 bot die Beklagte auch „Auktionen mit Versand“ an. Bei diesen Auktionen, die bei niedrigpreisigeren Artikeln verwendet wurden, war (zumindest bis November 2022) keine Besichtigung der zu ersteigernden Objekte möglich. Es war keine Abholung der Objekte durch die Ersteigerer möglich, sondern die ersteigerten Posten wurden an die Kunden versendet. In den Auktionsbedingungen war festgehalten: *„Die ersteigerten Posten werden an Ihre Rechnungsadresse versendet“*, *„Keine Besichtigung möglich“* und *„Keine Abholung möglich“*. Diese „Auktionen mit Versand“ ohne Besichtigungsmöglichkeit wurden von der Beklagten über einen Zeitraum von etwa eineinhalb Jahren angeboten.

Gebote werden bei der Beklagten überwiegend online, hingegen weniger in Präsenz abgegeben.

Die Beklagte kontrahiert mit ihren Kunden im eigenen Namen. Es handelt sich hingegen um keinen Dienst, der es Verbrauchern durch die Verwendung von Software, einschließlich einer Website, eines Teils einer Website oder einer Anwendung, die vom Unternehmer oder im Namen des Unternehmers betrieben wird, ermöglicht, Fernabsatzverträge mit anderen Unternehmern oder Verbrauchern abzuschließen, also um keinen „Online-Marktplatz“, wie er in § 3 Z 10 FAGG definiert ist. Die Beklagte kontrahiert stets selbst mit dem jeweiligen Kunden.

Die Beklagte verwendet(e) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen / Auktionsbedingungen unter anderem folgende Klauseln (unbestritten):

Klausel 1:

„Der Bieter nimmt zur Kenntnis, dass das FAGG auf die öffentlichen, transparenten Versteigerungen des Versteigerers nicht anwendbar ist.“

Klausel 2:

„Alle Zuschlagspreise verstehen sich zuzüglich 18 % Auktionsgebühr und zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Davon ausgenommen sind differenzbesteuerte Objekte, diese werden im Katalog gesondert ausgewiesen, hier wird einmalig eine Gebühr von 22 % aufgeschlagen.“

Klausel 3:

„Das Auktionsobjekt gilt mit dem Zuschlag an den Käufer als übergeben, womit auch Haftung und Gefahr des zufälligen Untergangs, des Verlustes oder der Beschädigung durch Feuer, Wasser, Sturm, Vandalismus,

Diebstahl und Einbruchdiebstahl auf den Käufer übergehen – dies gilt insbesondere auch für Zubehörteile. Das Eigentum geht jedoch erst nach vollständiger Bezahlung an den Käufer über (Eigentumsvorbehalt).“

Klausel 4:

„Keine Rückgabe ersteigter Posten.“

Klausel 5:

„Kein Rücktritt von Geboten oder Zuschlägen.“

In einem Abmahnschreiben vom 15. November 2022 räumte der Kläger der Beklagten zur Vermeidung eines Gerichtsverfahrens die Möglichkeit ein, eine mit Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung betreffend diese (und auch andere) Klauseln abzugeben. Am 14. Dezember 2022 wurde eine solche Unterlassungserklärung betreffend eine Vielzahl von beanstandeten Klauseln abgegeben, aber nicht betreffend die hier verfahrensgegenständlichen Klauseln.

Nach Klagseinbringung/Klagszustellung änderte/ergänzte die Beklagte die Klauseln 1 bis 3 in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sodass sie wie folgt lauteten:

Geänderte Klausel 1 (Punkt 3.4. der aktualisierten AGB):

„Der Bieter nimmt zur Kenntnis, dass ein Rücktrittsrecht aus dem FAGG bei den öffentlichen, transparenten Versteigerungen des Versteigerers nicht gegeben ist.“

Ergänzte Klausel 2 (Punkt 4.1 der aktualisierten AGB):

„Alle Zuschlagspreise verstehen sich zuzüglich 18 % Auktionsgebühr und zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Davon ausgenommen sind differenzbesteuerte Objekte, diese werden im Katalog gesondert ausgewiesen, hier wird einmalig eine Gebühr von 22 % aufgeschlagen. Das gesamte zu leistende Entgelt wird vor Abgabe eines Gebotes einschließlich Auktionsgebühr und Umsatzsteuer detailliert aufgeschlüsselt, sodass der Bieter bei Abgabe des Gebotes über den Gesamtpreis klar und verständlich informiert ist.“

Geänderte Klausel 3 (Punkt 5.1 der aktualisierten AGB):

„Das Eigentum geht erst nach vollständiger Bezahlung an den Käufer über (Eigentumsvorbehalt). Ersteigerte Objekte werden erst nach vollständigem Zahlungseingang ausgefolgt. Die Preise verstehen sich ab Standort/Fundament, nicht demontiert und unverladen. Bei Versendung von Exponaten gegenüber Konsumenten gilt zusätzlich § 7b KSchG.“

In den aktualisierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen finden sich auch folgende weitere Klauseln (Beilage ./1, Punkte 2.2 und 3.6 der AGB):

„Durch Zuschlag kommt zwischen dem Meistbietenden und dem Versteigerer ein bindender Vertrag zustande. Der Meistbietende ist zur Abnahme der erstandenen Objekte sowie zur Zahlung des Zuschlagspreises zuzüglich Auktionsgebühr und Umsatzsteuer verpflichtet.

Es gelten die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen.“

In der Tagsatzung am 28. April 2023 (ON 12, Seite 11) unterbreitete die Beklagte dem Kläger ein Vergleichsangebot mit folgendem Inhalt:

„1. Die beklagte Partei verpflichtet sich,

a) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die folgenden Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen:

1. Der Bieter nimmt zur Kenntnis, dass das FAGG auf die öffentlichen, transparenten Versteigerungen des Versteigerers nicht anwendbar ist.

2. Alle Zuschlagspreise verstehen sich zuzüglich 18 % Auktionsgebühr und zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Davon ausgenommen sind differenzbesteuerte Objekte, diese werden im Katalog gesondert ausgewiesen, hier wird einmalig eine Gebühr von 22 % aufgeschlagen.

3. Das Auktionsobjekt gilt mit dem Zuschlag an den Käufer als übergeben, womit auch Haftung und Gefahr des zufälligen Untergangs, des Verlustes oder der Beschädigung durch Feuer, Wasser, Sturm, Vandalismus, Diebstahl und Einbruchdiebstahl auf den Käufer übergehen – dies gilt insbesondere auch für Zubehörteile. Das Eigentum geht jedoch erst nach vollständiger Bezahlung an den Käufer über (Eigentumsvorbehalt).

b) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die folgenden Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen, sofern die Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter für Versteigerungen verwendet werden, bei denen Verbraucher nicht deutlich auf die Möglichkeit der persönlichen Anwesenheit hingewiesen werden:

1. Keine Rückgabe versteigerter Posten.

2. Kein Rücktritt von Geboten oder Zuschlägen.“

Klarstellend wird festgehalten, dass diese Unterlassungspflicht einem Hinweis gemäß § 4 Abs 1 Z 11 FAGG nicht entgegensteht, dass dem Bieter gemäß § 18 Abs 3 FAGG kein Rücktrittsrecht bei Verträgen zusteht, die auf einer von der beklagten Partei veranstalteten öffentlichen Versteigerung geschlossen werden, bei welcher die Konsumenten persönlich anwesend sind oder die Möglichkeit zur persönlichen Anwesenheit haben und die auf einem auf konkurrierenden Geboten basierenden und transparenten Verfahren beruhen, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den Vergleich im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Veröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.“

In der Tagsatzung am 28. April 2023 (ON 12, Seite 11) unterbreitete die Beklagte dem Kläger ein weiteres Vergleichsangebot mit folgendem Inhalt:

„1. Die beklagte Partei verpflichtet sich,

a) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die folgenden Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen:

1. Der Bieter nimmt zur Kenntnis, dass das FAGG auf die öffentlichen, transparenten Versteigerungen des Versteigerers nicht anwendbar ist.

2. Alle Zuschlagspreise verstehen sich zuzüglich 18 % Auktionsgebühr und zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Davon ausgenommen sind differenzbesteuerte Objekte, diese werden im Katalog gesondert ausgewiesen, hier wird einmalig eine Gebühr von 22 % aufgeschlagen.

3. Das Auktionsobjekt gilt mit dem Zuschlag an den Käufer als übergeben, womit auch Haftung und Gefahr des zufälligen Untergangs, des Verlustes oder der Beschädigung durch Feuer, Wasser, Sturm, Vandalismus, Diebstahl und Einbruchdiebstahl auf den Käufer übergehen – dies gilt insbesondere auch für Zubehörteile. Das Eigentum geht jedoch erst nach vollständiger Bezahlung an den Käufer über (Eigentumsvorbehalt).

4. Keine Rückgabe versteigerten Posten.

5. Kein Rücktritt von Geboten oder Zuschlügen.

Diese Unterlassungspflicht steht einem Hinweis in AGB gemäß § 4 Abs 1 Z 11 FAGG nicht entgegen, dass dem Bieter gemäß § 18 Abs 3 FAGG kein Rücktrittsrecht bei Verträgen zusteht, die auf einer von der beklagten Partei veranstalteten öffentlichen Versteigerung geschlossen werden, bei welcher die Konsumenten persönlich anwesend sind oder die Möglichkeit zur persönlichen Anwesenheit haben und die auf einem auf konkurrierenden Geboten basierenden und damit transparenten Verfahren beruhen, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den Vergleich im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Veröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.“

Vor der (letzten) Tagsatzung vom 14. Juni 2023 gab es eine neuerliche Aktualisierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen / Auktionsbedingungen der Beklagten, wobei die konkreten Inhalte der aktualisierten Klauseln im Vorbringen nicht zur Darstellung gebracht wurden, sondern auf die vorgelegten Urkunden verwiesen wurde.

Mit seiner am 27. Dezember 2023 zu 26 Cg 125/22h des Landesgerichtes Leoben eingebrachten **Klage**, beehrte der **klagende Verein**,

1. die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern, die Verwendung folgender oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese oder sinngleiche zu berufen:

1.1. „Der Bieter nimmt zur Kenntnis, dass das FAGG auf die öffentlichen, transparenten Versteigerungen des Versteigerers nicht anwendbar ist“;

1.2. „Alle Zuschlagspreise verstehen sich zuzüglich 18 % Auktionsgebühr und zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Davon ausgenommen sind differenzbesteuerte Objekte, diese werden im Katalog gesondert ausgewiesen, hier wird einmalig eine Gebühr von 22 % aufgeschlagen“;

1.3. „Das Auktionsobjekt gilt mit dem Zuschlag an den Käufer als übergeben, womit auch Haftung und Gefahr des zufälligen Untergangs, des Verlustes oder der Beschädigung durch Feuer, Wasser, Sturm, Vandalismus, Diebstahl und Einbruchdiebstahl auf den Käufer übergehen – dies gilt insbesondere auch für Zubehörteile. Das Eigentum geht jedoch erst nach vollständiger Bezahlung an den Käufer über (Eigentumsvorbehalt)“;

1.4. „Keine Rückgabe ersteigter Posten“;

1.5. „Kein Rücktritt von Geboten oder Zuschlägen“; sowie

2. dem Kläger die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

Der Kläger begründete seine Begehren im Wesentlichen damit, dass die Beklagte Waren über Auktionen vertreibt, die großteils über ihre Website www.aurena.at abgewickelt würden. Im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwende sie Allgemeine Geschäftsbedingungen, in denen Klauseln (1 bis 5) enthalten seien, die gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen würden.

Die Klausel 1 laute wie folgt:

„Der Bieter nimmt zur Kenntnis, dass das FAGG auf die öffentlichen, transparenten Versteigerungen des Versteigerers nicht anwendbar ist.“

Die darin enthaltene Tatsachenbestätigung bürde dem Verbraucher im Streitfall die Beweislast auf, nicht zur Kenntnis genommen zu haben, dass das FAGG auf die Versteigerungen keine Anwendung fände. Überdies solle der Verbraucher durch die Klausel bestätigen, dass es sich um eine öffentliche Versteigerung handle, die transparent sei. All dies mache die Klausel gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässig. Die Klausel sei intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und daher unwirksam. Dem Konsumenten werde die geltende Rechtslage verschleiert und bei ihm der unrichtige Eindruck erweckt, dass das FAGG nicht anwendbar sei. § 18 Abs 3 FAGG nehme lediglich Verträge, die auf einer öffentlichen Versteigerung

geschlossen würden, vom Rücktrittsrecht aus. Bei den von der Beklagten durchgeführten Versteigerungen handle es sich um keine solchen öffentlichen Versteigerungen. Die Verwendung von Online-Plattformen, die Verbrauchern zu Versteigerungszwecken zur Verfügung stünden, würde nicht als öffentliche Versteigerungen gelten. Es unterbleibe die für herkömmliche Versteigerungen typische Bewertung durch einen unabhängigen Dritten bzw. externen Sachverständigen. Der Verbraucher habe nicht die Möglichkeit, persönlich bei der Versteigerung anwesend zu sein. Überdies werde dem Bieter bei den „Auktionen mit Versand“ nicht (immer) eine Besichtigungsmöglichkeit geboten. Zumindest bis zur Abmahnung durch den Kläger habe es bei „Auktionen mit Versand“ keine Besichtigungsmöglichkeit gegeben. Auch der Umstand, dass der Rechtserwerb durch Ablauf der vorgegebenen Zeit erfolge, spreche gegen eine öffentliche Versteigerung. Der in der Klausel 1 enthaltene Ausschluss des FAGG sei daher unzulässig.

Klausel 2 laute wie folgt:

„Alle Zuschlagspreise verstehen sich zuzüglich 18 % Auktionsgebühr und zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Davon ausgenommen sind differenzbesteuerte Objekte, diese werden im Katalog gesondert ausgewiesen, hier wird einmalig eine Gebühr von 22 % aufgeschlagen.“

Diese Klausel verstoße gegen § 5a Abs 1 Z 3 KSchG bzw § 4 Abs 1 Z 4 FAGG, weil der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung klar und verständlich über den Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller Steuern und Abgaben zu informieren sei. Zudem sehe § 9 Abs 1 PrAG gegenüber Verbrauchern vor, dass Preise einschließlich der Umsatzsteuer sowie aller sonstigen Abgaben und Zuschläge auszuzeichnen seien. Dieser Verpflichtung, Preise einschließlich der Umsatzsteuer und der Gebühr anzugeben, komme die Beklagte nicht nach. Durch die Klausel, dass sich die Preise zuzüglich 18 % Auktionsgebühr bzw. einer einmaligen Gebühr von 22 % und zuzüglich 20 % Umsatzsteuer verstünden, werde die Rechtslage unrichtig dargestellt, wodurch ein Verstoß gegen das Richtigkeitsgebot und somit Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG vorliege. Die Intransparenz ergebe sich auch daraus, dass nicht klar sei, ob die Umsatzsteuer von 20 % direkt dem Zuschlagspreis hinzugerechnet werde, oder vom Zuschlagspreis zuzüglich Auktionsgebühr anfalle.

Klausel 3 laute wie folgt:

„Das Auktionsobjekt gilt mit dem Zuschlag an den Käufer als übergeben, womit auch Haftung und Gefahr des zufälligen Untergangs, des Verlustes oder der Beschädigung durch Feuer, Wasser, Sturm, Vandalismus, Diebstahl und Einbruchdiebstahl auf den Käufer übergehen – dies gilt insbesondere auch für Zubehörteile. Das Eigentum geht jedoch erst nach vollständiger Bezahlung an den Käufer über (Eigentumsvorbehalt).“

Diese Klausel sehe vor, dass der Käufer die Haftung und Gefahr auch bei einem von der Beklagten verschuldeten Vandalismus- oder Diebstahlsakt zu tragen habe, wodurch ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG wie auch gegen § 879 Abs 3 ABGB vorliege. Die Klausel

enthalte eine verschuldensunabhängige Überwälzung der Sachgefahr auf den Bieter und führe dadurch zu einer unangemessenen Verschiebung der Rechtslage. Die Klausel kreiere ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner. Sie benachteilige den Verbraucher gröblich im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB in sachlich nicht gerechtfertigter Weise und sei daher unwirksam.

Diese Klausel wende die Beklagte auch dann an, wenn es sich um eine „Auktion mit Versand“ handle. § 7b KSchG sehe jedoch vor, dass die Gefahr auf den Verbraucher erst mit Ablieferung, also Besitzerlangung durch den Verbraucher, übergehe.

Die Klausel 3 sei intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Dem Konsumenten werde die geltende Rechtslage verschleiert und der Eindruck erweckt, dass durch die Klausel unter anderem Schadenersatzrechte eingeschränkt würden. Es werde ein Besitzkonstitut suggeriert, wonach das Auktionsobjekt mit Zuschlag als übergeben gelte, während das Eigentum aber tatsächlich erst nach vollständiger Bezahlung an den Käufer übergehe.

Klausel 4 laute wie folgt:

„Keine Rückgabe ersteigter Posten.“

Diese Klausel schließe pauschal die Rückgabe ersteigter Posten aus. Somit würden auch die Rückgabe in Gewährleistungs- und Schadenersatzfällen sowie Anfechtungen wegen Irrtum oder Wegfall der Geschäftsgrundlage bzw. die Rückgabe im Rahmen von Rücktritten nach FAGG ausgeschlossen, was gegen § 9 KSchG iVm VGG, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, § 6 Abs 1 Z 14 KSchG und FAGG verstoße. Die Klausel sei intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und somit unwirksam. Dem Konsumenten werde die geltende Rechtslage verschleiert, und er könne dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden.

Klausel 5 laute wie folgt:

„Kein Rücktritt von Geboten oder Zuschlägen.“

Nach dieser Klausel werde jeglicher Rücktritt, der einem Verbraucher zustehen könnte (etwa nach FAGG oder im Rahmen der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen oder Ansprüchen wegen einer Irrtumsanfechtung), ausgeschlossen. Dies sei gesetzwidrig, zumal unter anderem die Rücktrittsrechte nach dem FAGG zugunsten des Verbrauchers zwingend seien. Der pauschale Ausschluss des Rücktrittsrechtes verstoße daher gegen § 9 KSchG iVm VGG, § 6 Abs 1 Z 14 KSchG und FAGG. Die Klausel sei intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und somit unwirksam, weil dem Konsumenten die geltende Rechtslage verschleiert werde, und er dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden könne.

Die Beklagte verwende die Klauseln 1 bis 5 im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Der Kläger habe die Beklagte vor Klageeinbringung aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Betreffend die klagsgegenständlichen Klauseln sei die Beklagte dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist jedoch nicht nachgekommen. Soweit die Beklagte allenfalls faktische Anpassungen ihrer Vorgangsweise als Reaktion auf die Abmahnung vorgenommen habe, seien diese für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr irrelevant. Die Beklagte sei keine Unterlassungsverpflichtungen, geschweige denn in der in § 28 Abs 2 KSchG vorgesehenen Form, gegenüber dem Kläger eingegangen. Durch die von der Beklagten im Gerichtsverfahren erstatteten Vergleichsangebote würde die Wiederholungsgefahr auch nicht wegfallen. Die Beklagte habe nicht den Klagebegehren entsprechend angeboten, sondern Zusätze mitaufgenommen. Die Formulierung von Einschränkungen oder Präzisierungen stehe dem Wegfall der Wiederholungsgefahr entgegen.

Es bestehe ein berechtigtes Interesse der Verbraucher an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern, sodass die Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ berechtigt sei.

Die **Beklagte** bestreite das Klagevorbringen dem Grunde nach, beantragte die Abweisung der Klagebegehren und wandte zusammengefasst ein, dass es ihr nicht darum gehe, die angefochtenen Klauseln unbedingt weiterzuverwenden. Sie versuche jedoch zu vermeiden, dass ihr breite und mitunter unklare/sinngleiche Unterlassungsverpflichtungen rechtskonforme Handlungen verbieten oder sie in ein Exekutionsverfahren zwingen würden. Aufgrund ihrer Eigenschaft als echtes Auktionshaus sei es der Beklagten nicht möglich, eine Unterlassungsverpflichtung für die Klauseln 1, 4 und 5 abzugeben, weil nicht nur diese, sondern auch sinngleiche Klauseln zu unterlassen wären und die Gefahr bestünde, dass sie sich nicht mehr auf das Nichtvorliegen eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes berufen könne. Grundsätzlich wäre die Beklagte – unpräjudiziell – dazu bereit, das Verfahren hinsichtlich der Klauseln 2 und 3 einer Bereinigung zuzuführen. Zu den Klauseln 1, 4 und 5 müsste ein allfälliges Unterlassungsgebot aber präzisiert werden.

Das FAGG komme hinsichtlich des Rücktrittsrechtes auf Versteigerungen der Beklagten nicht zur Anwendung. Die Beklagte betreibe echte Versteigerungen, an denen persönlich teilgenommen werden könne. Für den Bieter sei es nicht notwendig, über einen Internetzugang oder ein digitales Endgerät zu verfügen, sondern sei es möglich, im Geschäftsbetrieb der Beklagten in Niklasdorf zu erscheinen und ein Gebot abzugeben. Es würden daher beim Zustandekommen des Vertrags nicht ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet. Die Beklagte biete vor jeder Versteigerung die

Möglichkeit, dass die Exponate in natura besichtigt werden könnten. Zu Versteigerungen ohne Besichtigungstermin sei es erst im Rahmen der Covid-19-Pandemie gekommen. Um die Geschäftstätigkeit während des Lockdowns aufrecht erhalten zu können, seien zusätzlich „Auktionen mit Versand“ ohne Besichtigungstermin und mit Versendung der Waren eingeführt worden. Nach Abmahnung durch den Kläger seien solche „Auktionen mit Versand“ zunächst lückenlos mit Besichtigungsmöglichkeiten durchgeführt und mit Ende März 2023 sodann vollständig eingestellt worden.

Die Beklagte betreibe keinen Online-Marktplatz, sondern kontrahiere selbst mit den Kunden. Die Geschäftstätigkeit sei ausgerichtet auf ein reines, echtes Auktionshaus. Es würde nie ein Verkauf zu statischen Preisen angeboten. Die Versteigerungen würden auf konkurrierenden Geboten basieren, und es handle sich um ein transparentes Verfahren. Die Waren würden intern sachverständig bewertet und zu einem Drittel des von der Beklagten angenommenen Schätzwertes in das Versteigerungsverfahren eingeführt. Dass Exponate bei einer Versteigerung durch einen externen Sachverständigen bewertet werden müssten, sei unrichtig.

Es gebe bei den Auktionen keine zeitlich absolute Frist für ein letztes Gebot, sondern verschiebe sich der Gebotsabgabetermin jeweils um 60 Sekunden nach hinten, wenn Gebote innerhalb der letzten 60 Sekunden vor dem Zuschlagszeitpunkt abgegeben würden. Ein fixer Zeitpunkt, zu welchem die Versteigerung ende, sei nicht gegeben. Der Bieter könne auch sehen, wie viele Gebote bereits abgegeben worden wären.

Es seien im Zeitpunkt der Klagebeantwortung 24. Jänner 2023 in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nachstehende Klauseln verwendet worden:

Punkt 3.4.:

„Der Bieter nimmt zur Kenntnis, dass ein Rücktrittsrecht aus dem FAGG bei den öffentlichen, transparenten Versteigerungen des Versteigerers nicht gegeben ist.“

Punkt 4.1.:

„Alle Zuschlagspreise verstehen sich zuzüglich 18 % Auktionsgebühr und zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Davon ausgenommen sind differenzbesteuerte Objekte, diese werden im Katalog gesondert ausgewiesen, hier wird einmalig eine Gebühr von 22 % aufgeschlagen. Das gesamte zu leistende Entgelt wird vor Abgabe eines Gebotes einschließlich Auktionsgebühr und Umsatzsteuer detailliert aufgeschlüsselt, sodass der Bieter bei Abgabe des Gebotes über den Gesamtpreis klar und verständlich informiert ist.“

Die klassische Preisauszeichnungspflicht könne für Versteigerer nicht gelten. Das Preisauszeichnungsgesetz sehe insoweit keine Pflicht zur Auszeichnung vor. Der Verpflichtung des § 5a Abs.1 Z 3 KSchG komme die Beklagte nach. Bevor der Kunde ein Gebot elektronisch abgebe, sei der Gesamtpreis einschließlich Umsatzsteuer und

Auktionsgebühr ausgewiesen. Auch bei persönlich überreichten Geboten werde dem Kunden der Gesamtpreis schriftlich vor Abgabe des Gebots ausgewiesen. Vor Abschluss eines Kontraktes werde der jeweilige Preis zuzüglich Auktionsgebühr und jeweils auszuweisender Umsatzsteuer brutto als Gesamtpreis ausgewiesen. Der Kunde habe daher volle Transparenz über das jeweils zu bezahlende Entgelt.

Die Klausel 3, Punkt 5.1. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sei bereits vor Verfahrensbeginn abgeändert worden. Sie laute wie folgt:

„Das Eigentum geht erst nach vollständiger Bezahlung an den Käufer über (Eigentumsvorbehalt). Ersteigerte Objekte werden erst nach vollständigem Zahlungseingang ausgefolgt. Die Preise verstehen sich ab Standort/Fundament, nicht demontiert und unverladen.“

Die Beklagte habe diese Klausel in der Folge neuerlich überarbeitet und mit der Ergänzung versehen, dass diese nunmehr der Bestimmung des § 7b KSchG nicht widerspreche, zumal sie hinsichtlich der Versendung keine abändernde Regelung schaffe. Die Beklagte anerkenne daher, es hinkünftig zu unterlassen, die nachstehende Klausel im Geschäftsbetrieb zu verwenden:

„Das Auktionsobjekt gilt mit dem Zuschlag an den Käufer als übergeben, womit auch Haftung und Gefahr des zufälligen Untergangs, des Verlustes oder der Beschädigung durch Feuer, Wasser, Sturm, Vandalismus, Diebstahl und Einbruchdiebstahl auf den Käufer übergehen – dies gilt insbesondere auch für Zubehörteile“.

Punkte 2.2. und 3.6.:

„Durch Zuschlag kommt zwischen dem Meistbietenden und dem Versteigerer ein bindender Vertrag zustande. Der Meistbietende ist zur Abnahme der erstandenen Objekte sowie zur Zahlung des Zuschlagspreises zuzüglich Auktionsgebühr und Umsatzsteuer verpflichtet.

Es gelten die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen.“

Die Klausel reguliere, dass bei der Erzielung des Höchstgebotes durch den Kunden ein bindender Kaufvertrag zu Stande komme und keine freie Rücktrittsmöglichkeit gegeben sei. Durch den expliziten Verweis auf das gesetzliche Gewährleistungsrecht sei dem VGG und § 9 KSchG Genüge getan. Ein freies Rücktrittsrecht aus dem FAGG sei nicht gegeben. Die Beklagte treffe die gesetzliche Verpflichtung, auf das Nichtbestehen eines Rücktrittsrechtes hinzuweisen.

Betreffend die inkriminierte Klausel 5 schließe die Beklagte die Geltendmachung einer Irrtumsanfechtung nicht aus. Eine Irrtumsanfechtung lasse sich nicht unter den Begriff „Rücktritt“ subsumieren. Eine freie Rücktrittsmöglichkeit aus dem FAGG sei nicht gegeben. Das Gewährleistungsrecht werde in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen explizit bestätigt und sei damit klar anwendbar. Die Klausel sei daher nicht intransparent.

Wenn sich die Beklagte in Zukunft nicht mehr auf das fehlende Rücktrittsrecht berufen könnte, müsste sie ihr Geschäftsmodell gegenüber Verbrauchern überdenken und dieses mittelfristig auch einstellen. Aus diesen Gründen sehe sich die Beklagte gezwungen, das gegenständliche Verfahren zu führen, soweit seitens des Klägers keine Einschränkung bzw. Präzisierung des überschießenden/unklaren Klagebegehrens erfolge.

Der Kläger habe beide von der Beklagten angebotenen Vergleiche abgelehnt, weshalb die Klage aufgrund der weggefallenen Wiederholungsfahr abzuweisen sei. In den Vergleichsanboten sei dem Kläger alles angeboten worden, was er in einem Prozess zugesprochen erhalten könnte. Die Vergleichsanbote hätten lediglich Klarstellungen und Präzisierungen enthalten, zumal das Klagebegehren überschießend sei. Es könne der Beklagten nicht verboten werden, Klauseln zu verwenden, die erlaubt seien. Der Beklagten müsse die Möglichkeit bleiben, künftig über den zulässigen Entfall des Rücktrittsrechtes zu informieren.

Ein Anspruch auf Urteilsveröffentlichung lasse sich nicht ableiten.

Mit dem **angefochtenen Urteil** (ON 20) gab das Erstgericht den Klagebegehren zur Gänze statt und verpflichtete die Beklagte zum Ersatz der Kosten des Verfahrens erster Instanz an den Kläger. Ausgehend vom eingangs dargestellten Sachverhalt, der im Rechtsmittelverfahren unstrittig ist, begründete es sein Urteil (auf den Seiten 15 bis 18) rechtlich wie folgt:

„Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist (§ 28 Abs 1 KSchG). Die Gefahr einer Verwendung derartiger Bedingungen besteht nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 [KSchG] klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abgibt (§ 28 Abs 2 KSchG).

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der beanstandeten Klauseln im kundenfeindlichsten Sinn zu erfolgen, und es ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt. Für eine geltungserhaltende Reduktion bei Teilzulässigkeit ist kein Raum (RIS-Justiz RS0016590, auch T1).

Zur beanstandeten Klausel 1:

Gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft.

Das FAGG gilt grundsätzlich für alle Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 Abs 1 Z 1 FAGG). Damit ist das FAGG auf Verträge mit Kunden,

die die Produkte der Beklagten online über die Website der Beklagten erwerben, anwendbar, und die verwendete Klausel 1 unzulässig.

Der Erwerb von Waren oder Dienstleistungen auf einer öffentlichen Versteigerung führt zur differenzierten Anwendung des FAGG (*Dehn in Schwimann/Kodek, ABGB⁵, § 3 FAGG, Rz. 23*). Die Frage, ob dem Verbraucher trotz grundsätzlichen Unterfallens unter das Regime des FAGG kein Rücktrittsrecht zusteht, wird untenstehend zu den Klauseln 4 und 5 behandelt.

Zur beanstandeten Klausel 2:

Gemäß § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Wie der klagende Verein darlegte, geht aus der Klausel 2 nicht hervor, ob die Steuer von 20 % dem Zuschlagspreis hinzugerechnet wird, oder ob sie vom Zuschlagspreis zuzüglich Auktionsgebühr anfällt. Damit ist die Klausel als unklar zu qualifizieren.

Zur beanstandeten Klausel 3:

Gemäß § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sind für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz sonstiger Schäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat.

Die Klausel 3 stellt einen umfassenden Haftungsausschluss der Beklagten dar. Nach dieser Klausel würde sie beispielsweise auch für einen von ihr verschuldeten Untergang des Versteigerungsobjektes keine Haftung tragen. Durch diese Klausel kommt es zu einer verschuldensunabhängigen Überwälzung der Gefahr auf den Bieter, was unzulässig ist.

Zu den beanstandeten Klauseln 4 und 5:

Gemäß § 18 Abs 3 FAGG steht dem Verbraucher kein Rücktrittsrecht zu bei Verträgen, die auf einer öffentlichen Versteigerung geschlossen werden. Laut § 3 Z 8 FAGG ist eine öffentliche Versteigerung eine Verkaufsmethode, bei der der Unternehmer Verbrauchern, die bei der Versteigerung persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet, und zwar in einem vom Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist.

Die Fälle, in denen kein Rücktrittsrecht zustehen soll, sind eng auszulegen (*Schwarzenegger in Schwimann/Kodek, ABGB⁵, § 18 FAGG, Rz. 1*). Eine öffentliche Versteigerung setzt die Möglichkeit der persönlichen Anwesenheit des Verbrauchers, ein vom Versteigerer durchgeführtes, auf konkurrierenden Geboten basierendes transparentes Verfahren sowie eine Zuschlagserteilung voraus. Nicht unter diesen Begriff fallen Internet-Auktionen, weil ein solcher Erwerbsvorgang keine Möglichkeit zur Anwesenheit der Erwerbwilligen bietet und der Rechtserwerb in der Regel auch nicht durch Zuschlag erfolgt, sondern es lediglich durch Ablauf der vom Verkäufer bestimmten Zeit zum Vertragsschluss mit dem Höchstbieter kommt (*Dehn in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 3 FAGG, Rz 22*).

In der Entscheidung des OGH 4 Ob 204/12x wurde unter anderem festgehalten wie folgt:

,Ob der Zweck der Ausnahmeregelung eine Anwendung auf Online-Auktionen erfordert, ist in der Lehre strittig.

[...]

Nach Auffassung des Senats hat die Anwendung des Fernabsatzrechts auf Online-Auktionen die besseren Gründe für sich. Die Ausnahmebestimmung der Richtlinie bezog sich offenkundig auf die (organisierte) Möglichkeit einer „Distanzteilnahme“ an herkömmlichen Versteigerungen. Online-Auktionen unterscheiden sich davon nicht nur durch eine andere rechtliche Konstruktion (Unterbleiben eines Zuschlags, statt dessen Wirksamkeit des letzten Angebots innerhalb der vom Anbieter gesetzten Frist), sondern auch in der Sache: Weder treffen anwesende und abwesende Bieter mit möglicherweise unterschiedlichen Interessenlagen aufeinander, noch wird der versteigerte Gegenstand durch einen unabhängigen Dritten bewertet; weiters sind die Teilnehmer dem Anbieter regelmäßig namentlich bekannt, sodass im Fall eines Rücktritts eine formlose Kontaktaufnahme mit anderen Interessenten ohne größere Schwierigkeiten möglich ist. Während herkömmliche Versteigerungen in der Regel auf hochwertige Güter beschränkt sind, wurden Online-Auktionen zu einem Massenphänomen, das es bei Ausarbeitung der Richtlinie jedenfalls in dieser Form noch nicht gegeben hatte. Die Nichtanwendung des Fernabsatzrechts führte hier zu einer Schutzlücke, die von Unternehmen ausgenutzt werden könnte. Der Gefahr einer ‚dynamischen Preisbildung‘ könnten sie dabei leicht durch ein entsprechend hohes Mindestgebot entgegenwirken. Ihr Interesse am ‚Koordinationsmechanismus‘ einer Versteigerung hat nur geringes Gewicht, ist doch nicht erkennbar, weswegen gerade diese Geschäftsform besonders schutzwürdig sein soll.‘

Ausgehend von diesen Ausführungen fallen die von der Beklagten angebotenen Versteigerungen nicht unter den Begriff der öffentlichen Versteigerung, weil es insbesondere an der Bewertung der Versteigerungsobjekte durch unabhängige Dritte fehlt und die Beklagte selbst ihre Mindestgebote/Rufpreise festlegt. Somit ist ein Rücktrittsrecht der Verbraucher zumindest bei solchen Verträgen, die online via Website der Beklagten zustande kommen, zu bejahen, sodass die inkriminierten Klauseln 4 und 5 (‚Keine Rückgabe ersteigter Posten‘ sowie ‚Kein Rücktritt von Geboten oder Zuschlägen‘) unzulässig sind, weil sie den Verbrauchern eine unzutreffende Rechtslage vermitteln, nämlich dass eine Rückgabe bzw. ein Rücktritt in keinem Fall möglich wäre. Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass die Beklagte auch ‚Auktionen mit Versand‘ angeboten hatte, bei denen es gar keine Besichtigungsmöglichkeit gegeben hat. Schon deshalb sind die Klagebegehren betreffend die Klauseln 4 und 5 berechtigt.

Die Wiederholungsgefahr ist zu bejahen, weil eine solche nur durch eine vollständige Unterwerfung beseitigt werden kann. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen reicht nicht aus, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Auch eine mit der Formulierung einer Ersatzklausel abgegebene Unterlassungserklärung beseitigt die Wiederholungsgefahr nicht. Der Unternehmer müsste, wenn er die Wiederholungsgefahr beseitigen will, nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben (RIS-Justiz RS0111637, auch T8, T9, T11).

Betreffend die Klausel 3 gab es in diesem Verfahren zwar ein Anerkenntnis (siehe Klagebeantwortung ON 4, S 9, sowie Protokoll ON 12, S 11), dieses bezog sich aber nur auf einen Teil der inkriminierten Klausel 3, und es handelte sich auch nicht um eine strafbewehrte Unterlassungserklärung. Auch die in der Tagsatzung abgegebenen Vergleichsangebote können nicht zu einer Klagsabweisung führen, denn wenn die Beklagte im Verfahren darauf beharrt, dass ein Teil der Klauseln gesetzmäßig Verwendung finde, ist mangels Angebotes eines umfassenden vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs weiter die Wiederholungsgefahr gegeben (RIS-Justiz RS0012087, T11). Eine umfassend vollstreckbare Unterlassung liegt den Vergleichsanboten nicht zugrunde, weil in diesen Einschränkungen enthalten sind.

Die Urteilsveröffentlichung dient zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. An diesen Zwecken gemessen ist die begehrte Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln zweckmäßig und angemessen (RIS-Justiz RS0079764, RS0121963).

Der Klage war daher stattzugeben.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 41 ZPO. Einwendungen gegen das Kostenverzeichnis des Klägers gibt es nicht. Amtswegig aufzugreifende Unrichtigkeiten sind darin nicht enthalten, sodass der verzeichnete Betrag von EUR 11.438,00 zuzusprechen war.“

Dagegen richtet sich die auf den Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützte **Berufung der Beklagten** (ON 21), mit der sie die Abänderung des bekämpften Urteils dahingehend verfolgt, dass das Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise stellt sie einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

Mit seiner **Berufungsbeantwortung** (ON 23) beantragt der **Kläger**, dem Rechtsmittel der Beklagten nicht Folge zu geben.

Die Berufung, über die gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung entschieden werden konnte, ist **nicht berechtigt**.

1. Zur **Rechtsrüge**:

1.1. Die **Beklagte** stützt ihre **Berufung** auf das Wesentliche zusammengefasst darauf, dass durch ihr Angebot eines ausreichenden vollstreckbaren Vergleichs in der Tagsatzung vom 28. April 2023 die Wiederholungsgefahr entfallen sei. Sie habe alles angeboten, was der Kläger im Verfahren erreichen hätte können. Nicht gerechtfertigte Begehren müssten im Rahmen des Vergleichsangebotes nicht berücksichtigt werden. Sie habe die Klagebegehren gar nicht eingeschränkt, sondern lediglich auf die Gesetzeslage verwiesen und klargestellt, dass sie sich im Rahmen des angebotenen Vergleichs nicht auch zur Unterlassung eines rechtmäßigen Verhalten verpflichte (Berufungspunkt 1.1. und 1.2.). Die Klarstellung im Vergleichsangebot habe auf die Klauseln 1 bis 3 überhaupt keine Auswirkung, sodass dieses inhaltlich den geltend gemachten Klagebegehren entspreche (Berufungspunkt 1.3.). Zu den Klauseln 4 und 5 sei die Wiederholungsgefahr weggefallen, weil die eingefügte Klarstellung berechtigt gewesen sei und der Kläger auch insoweit bei Annahme des Angebotes nicht weniger erhalten hätte, als er im Gerichtsverfahren erreichen hätte können. Hätte die Beklagte einen Vergleich ohne entsprechende Klarstellung geschlossen und sodann eine öffentliche Versteigerung iSd FAGG unter Verwendung von AGB durchgeführt, in denen gesetzskonform auf den Entfall des Rücktrittsrechtes gemäß § 18 Abs 3 FAGG hingewiesen werde, so hätte der Kläger unter Hinweis auf den Titel und dessen Wortlaut Exekution führen können, zumal sich daraus keinerlei Einschränkungen ergeben hätten, unter welchen Voraussetzungen entsprechende Klauseln benutzt werden dürften (Berufungspunkt 1.4.).

Auch inhaltlich habe das Erstgericht die Sache insofern unrichtig beurteilt, als es sich bei den Versteigerungen der Beklagten eindeutig um öffentliche Versteigerungen iSd FAGG handle, bei denen kein Rücktrittsrecht bestehe, wobei auf diesen Umstand nach dem FAGG

hinzuweisen sei. Das Auktionsmodell der Beklagten erfülle jedes einzelne Kriterium der Legaldefinition "öffentliche Versteigerung" gemäß § 3 Z 8 FAGG (Berufungspunkt 2.1. bis 2.3.). Zwischen dem Geschäfts- und Versteigerungsmodell der Beklagten und reinen Onlineauktionen, wie sie auf Plattformen wie eBay stattfänden, bestünden wesentliche Unterschiede, sodass die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu 4 Ob 204/12x, die im Übrigen vor Einführung und Umsetzung der Legaldefinition der öffentlichen Versteigerungen im FAGG ergangen sei, nicht einschlägig sei (Berufungspunkt 2.4.). Wer die Exponate schätze (eigene oder externe Sachverständige), wie der Ausrufpreis angesetzt werde (Berufungspunkt 2.5.) und ob es schon vor der Versteigerung (mit persönlicher Teilnahmemöglichkeit) eine Besichtigungsmöglichkeit gebe (Berufungspunkt 2.6.), spiele keine Rolle. Der Rechtsstandpunkt der Klägerin (nicht des Erstgerichtes), wonach Onlineangebote eine öffentliche Versteigerung ausschließen würden, sei absurd (Berufungspunkt 2.7.). Selbst wenn man – unrichtig – davon ausgehen wollte, dass das FAGG grundsätzlich anwendbar sei, so entfalle gemäß § 18 Abs 3 FAGG aber jedenfalls das Rücktrittsrecht der Verbraucher, zumal ein Rücktrittsrecht mit Versteigerungen inkompatibel sei (Berufungspunkt 2.8.). Schließlich verstoße die beanstandete Klausel 2 bei korrekter rechtlicher Beurteilung nicht gegen § 6 Abs 3 KSchG (Berufungspunkt 2.9.). Da der Unterlassungsanspruch nicht zu Recht bestehe, komme auch dem Anspruch auf Urteilsveröffentlichung keine Berechtigung zu. Zudem fehle es auch an einem Interesse an der beantragten (breiten) Veröffentlichung (Berufungspunkt 2.10.).

Die Beklagte regt zudem an, ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH einzuleiten (Berufungspunkt 3).

1.2. Dem hält der **Kläger** in seiner **Berufungsbeantwortung** zusammengefasst entgegen, dass die Wiederholungsgefahr zu bejahen sei. Weder eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen noch eine mit der Formulierung einer Ersatzklausel abgegebene Unterlassungserklärung beseitige die Wiederholungsgefahr. Der Unternehmer müsse nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben. Die beiden in der Tagsatzung abgegebenen Vergleichsangebote könnten nicht zur Klagsabweisung führen, weil die Beklagte im Verfahren die angebliche Zulässigkeit der inkriminierten Klauseln verteidigt und keinen umfassenden vollstreckbaren, sondern einen Einschränkungen enthaltenden Unterlassungsvergleich angeboten habe. Alle Vorbehalte, Bedingungen und Einschränkungen, welcher Art auch immer, würden dazu führen, dass die Wiederholungsgefahr nicht weg falle. Die Überlegungen der Beklagten dazu, dass der Kläger das Vergleichsanbot hinsichtlich der Klauseln 1 bis 3 hätte annehmen können, gingen an der Sache vorbei, weil die Vergleichsanbote als „Paket“ formuliert gewesen seien und nicht nur in Teilen hätten angenommen werden können. Die angeführten Zusätze würden sich außerdem auf das gesamte Klagebegehren beziehen. Die Klauseln 4 und 5 würden sich nicht auf einen

Ausschluss des Rücktrittsrechtes iSd § 18 Abs 3 FAGG beschränken, sondern hätten einen Ausschluss des Rücktrittes aus jedem erdenklichen Rechtsgrund zum Inhalt. Je nach Ausgestaltung der darauf basierenden Klausel wäre es der Beklagten unter Berufung auf die Einschränkung möglich, einen gesetzlich unzulässigen Rücktrittsausschluss in ihren AGB festzulegen. Die „Präzisierung“ der Unterlassungsverpflichtung in den angebotenen Vergleichen bewirke eben keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch und beseitige die Wiederholungsgefahr daher nicht. Die Beklagte verkenne, dass die Wiederholungsgefahr nur durch einen umfassenden und vollstreckbaren Vergleich beseitigt werden könne, und zwar nur dann, wenn er inhaltlich uneingeschränkt, dh dem Anspruch des Klägers vollständig entsprechend, geschlossen werde. Ein in diesem Sinne umfassendes Vergleichsangebot habe die Beklagte zu keinem Zeitpunkt unterbreitet. Es gebe überhaupt keinen Grund, im Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG und im folgenden Prozess unterschiedliche Maßstäbe dafür anzuwenden, welche Einschränkungen und Zusätze allenfalls dazu führen würden, dass die Wiederholungsgefahr nicht wegfalle (Berufungsbeantwortung Punkt 1.).

Die Beklagte habe bis einschließlich März 2023 auch „Auktionen mit Versand“ angeboten, bei welchen zumindest bis November 2022 keine Besichtigung der zu ersteigernden Objekte und keine Abholung der Objekte durch die Ersteigerer möglich gewesen seien (Berufungsbeantwortung Punkt 2.1.). Die Klausel 4 schließe pauschal die Rückgabe ersteigeter Posten aus. Damit würden auch die Rückgabe in Gewährleistungs- und Schadenersatzfällen sowie Anfechtungen von Verträgen wegen Irrtums oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw die Rückgabe im Rahmen von Rücktritten nach FAGG ausgeschlossen. Durch die Klausel 5 werde jeglicher Rücktritt, der einem Verbraucher zustehen könnte (beispielsweise nach FAGG oder im Rahmen der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen oder Ansprüchen wegen einer Irrtumsanfechtung) ausgeschlossen. Dies sei gesetzwidrig, zumal ua die Rücktrittsrechte nach dem FAGG zugunsten des Verbrauchers zwingend seien. Die Klauseln 4 und 5 würden daher gegen § 9 KSchG iVm VGG, § 6 Abs 1 Z 14 KSchG und FAGG verstoßen. Die Klauseln seien intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG und somit unwirksam, weil dem Konsumenten die geltende Rechtslage verschleiert werde, und dieser dadurch von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden könne. Wenn die Beklagte argumentiere, dass es für die Qualifikation einer öffentlichen Versteigerung irrelevant sei, ob eine Schätzung durch externe Experten erforderlich sei oder nicht, missverstehe sie die Bedeutung eines für öffentliche Versteigerungen essentiellen und charakteristischen transparenten Verfahrens. Klausel 1 sei ua auch deshalb unzulässig, weil sie die geltende Rechtslage verschleierte, denn selbst wenn eine öffentliche Versteigerung vorliegen sollte, sei das FAGG anwendbar und nur eine Ausnahme vom Rücktrittsrecht gemäß § 18 Abs 3 FAGG gegeben. Klausel 3 habe nebst seiner Intransparenz eine verschuldensunabhängige Überwälzung der Haftung und Gefahr zum Inhalt, wodurch diese Klausel insbesondere gegen § 6 Abs 1 Z 9 und § 879 Abs 3 ABGB

verstoße. Die Klausel 2 verstoße gegen § 5a Abs 1 Z 3 KSchG bzw § 4 Abs 1 Z 4 FAGG, weil der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung klar und verständlich über den Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller Steuern und Abgaben zu informieren sei. Zudem sehe § 9 Abs 1 Preisauszeichnungsgesetz (PrAG) gegenüber Verbrauchern vor, dass Preise einschließlich der Umsatzsteuer sowie aller sonstigen Abgaben und Zuschläge auszuzeichnen seien. Die Intransparenz der Klausel iSd § 6 Abs 3 KSchG ergebe sich auch daraus, dass nicht klar sei, ob die Umsatzsteuer direkt dem Zuschlagspreis hinzugerechnet werde oder ob sie vom Zuschlagspreis zuzüglich Auktionsgebühr anfalle. Damit sei diese Klausel als unklar zu qualifizieren (Berufungsbeantwortung Punkt 2.2.).

Da es sich bei den von der Beklagten durchgeführten Auktionen um keine „öffentlichen Versteigerungen“ handle, sei eine Vorabentscheidung des EuGH nicht erforderlich (Berufungsbeantwortung Punkt 3.).

1.3. Rechtlich folgt:

1.3.1. Die Bestimmungen über die Verbandsklage zielen darauf ab, gesetz- und sittenwidrige Vertragsbestimmungen „aus dem Verkehr zu ziehen“ und gesetzwidrige Verhaltensweisen im geschäftlichen Verkehr zu unterbinden. Das dient öffentlichen Interessen, aber auch dem einzelnen Verbraucher, der es vielfach wegen einer oder mehrerer bedenklicher Vertragsbestimmungen nicht auf einen Prozess ankommen lassen wird (Erl 744 BlgNR 14. GP 41; 2 Ob 215/10x = wobl 2012, 404 *Vonkilch/Riss*; 9 ObA 113/14d EvBl 2015/87 *Graf-Schimek* = ZAS 2015, 217 *Kodek*). Die Regeln der §§ 28 ff KSchG entsprechen den in verschiedenen Verbraucherschutz-RL vorgegebenen Anforderungen (vgl zB Art 23 Abs 2 VR-RL, Art 13 Abs 2 Fernabsatz-Finanzdienstleistungs-RL). Zudem erfüllen sie die Vorgaben der Unterlassungsklagen-RL (*Kathrein/Schoditsch* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* [Hrsg], KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ [2023] zu § 28 KSchG Rz 1 mwN).

1.3.2. Die Unterlassungsklage nach § 28 Abs 1 KSchG geht gegen einen Unternehmer, der im geschäftlichen Verkehr gesetz- oder sittenwidrige Vertragsbestimmungen in AGB oder in Vertragsformblättern verwendet. Zum geschäftlichen Verkehr gehört jede selbständige wirtschaftliche Tätigkeit, in der eine Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt, ohne dass schon eine Gewinnabsicht vorliegen muss. Passiv legitimiert ist jedenfalls der Unternehmer, der die AGB oder Vertragsformblätter im geschäftlichen Verkehr gebraucht oder gebrauchen will oder sie für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt (*Kathrein/Schoditsch* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* [Hrsg], KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ [2023] zu § 28 KSchG Rz 2 mwN).

1.3.3. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG richtet sich gegen die Verwendung aller gesetz- und sittenwidrigen Vertragsbestimmungen in AGB oder vorformulierten Vertragsformblättern; gleichgültig ist, ob sie in die Vertragsurkunde aufgenommen werden oder einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden (RIS-Justiz RS0123499). Der

Unterlassungsanspruch ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt (5 Ob 87/15b), sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher (1 Ob 146/15z) Vorschriften. Der Abschluss eines Rechtsgeschäftes unter Verwendung rechtswidriger Klauseln ist nicht erforderlich; vielmehr reicht der drohende Gebrauch solcher Bedingungen (RIS-Justiz RS0065718). Werden mehrere Gesetzesverstöße geltend gemacht – etwa gegen § 6 KSchG und gegen § 879 ABGB –, so genügt eine einzige Gesetzesverletzung, um den Unterlassungsanspruch zu begründen. Der Unternehmer kann sich auch dadurch nicht entlasten, dass er sich im einzelnen Geschäftsfall nicht auf die Bedingungen beruft (OLG Wien KRES 1h/7) oder sie in der Praxis anders gehandhabt werden (RIS-Justiz RS0121943). Erfasst sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen (1 Ob 46/10m; *Kathrein/Schoditsch in Bydlinski/Perner/Spitzer* [Hrsg], KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ [2023] zu § 28 KSchG Rz 3 mwN).

1.3.4. Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr. Dabei darf nach der Rechtsprechung „nicht engherzig“ vorgegangen werden (*Kathrein/Schoditsch in Bydlinski/Perner/Spitzer* [Hrsg], KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ [2023] zu § 28 KSchG Rz 4): Schon ein bloß einmaliger Verstoß reicht im Allgemeinen aus (siehe 7 Ob 68/11t JBI 2012, 310 P. *Bydlinski* = ÖBA 2012, 249 *Kozioł*), und nur die vollständige Unterwerfung unter das Unterlassungsbegehren kann sie beseitigen (1 Ob 146/15z). Wiederholungsgefahr besteht nur dann nicht, wenn es geradezu ausgeschlossen ist, dass der Unternehmer die beanstandeten Bedingungen oder sinngleiche Klauseln in seine AGB aufnimmt (4 Ob 98/04x *ecolex* 2005, 115 *Th. Rabl*). Fügt er seiner Unterlassungserklärung Bedingungen hinzu, so fällt die Wiederholungsgefahr ebenso wenig weg (8 Ob 17/00h *ecolex* 2001, 43 *Wilhelm*) wie bei einem Beisatz, wonach die Unterlassungserklärung nur für den Fall gilt, dass die Klauseln tatsächlich gesetz- oder sittenwidrig sind (4 Ob 98/04x *ecolex* 2005, 115 *Th. Rabl*). Gleiches gilt, wenn die Beklagte die „konsumentenschutzrechtlich unbedenklichen Teile“ der Klauseln in der Neufassung weiterverwenden will (vgl 2 Ob 1/09z), oder sein Prozessverhalten nach dem Gesamteindruck überhaupt zwiespältig ist (7 Ob 78/06f). Wiederholungsgefahr liegt auch bei Abgabe einer Unterlassungserklärung vor, mit der die Verwendung „sinngleicher Klauseln“ abgelehnt wird (2 Ob 215/10x *wobl* 2012, 404 *Vonkilch/Riss*; dazu *Grau*, *immolex* 2012, 145; *Reichholz*, *immolex* 2012, 141). Wiederholungsgefahr besteht jedoch nicht mehr, wenn die Beklagte den beanstandeten Zustand beseitigt hat und sich unter vorbehaltloser Anerkennung des gegnerischen Prozessstandpunktes nur mehr auf die Bestreitung der Wiederholungsgefahr beschränkt (7 Ob 118/13y), die inkriminierten AGB durch neue gesetzeskonforme ersetzt (vgl 2 Ob 153/08a ÖBA 2010, 123 *Apathy*) oder noch vor der Klageeinbringung geändert hat (7 Ob 118/13y; *Kathrein/Schoditsch in Bydlinski/Perner/Spitzer* [Hrsg], KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ [2023] zu § 28 KSchG Rz 4).

1.3.5. Die Verbandsklage dient der Durchsetzung des allgemeinen Interesses, gesetz- und sittenwidrige Vertragsbestimmungen aus dem geschäftlichen Verkehr zu ziehen und die gesetzlichen Bestimmungen in der Geschäftspraxis effektiv durchzusetzen (2 Ob 215/10x wobl 2012, 404 *Vonklich* und *Riss*). Maßstab für die Beurteilung einer Vertragsbestimmung ist daher die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung (RIS-Justiz RS0016590), mag auch eine kundenfreundlichere Interpretation denkbar sein (6 Ob 551/94). Im Verbandsklageverfahren kommt idR keine geltungserhaltende Reduktion in Betracht (RIS-Justiz RS0038205; 3 Ob 57/14z ÖBA 2014, 937 *Kriegner*; § 879 ABGB Rz²⁶; krit *Koziol*, RdW 2011, 67; *Kathrein/Schoditsch* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* [Hrsg], KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ [2023] zu § 28 KSchG Rz 5).

1.3.6. Das – nicht obligatorische – Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG verhindert, dass der Unternehmer dem Unterlassungsanspruch durch die Änderung der außergerichtlich inkriminierten Klauseln vor Einbringung einer Klage die Grundlage entzieht (Erl 311 B1gNR 20. GP 31); zugleich ermöglicht es beiden Teilen eine kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit (6 Ob 24/11i; *Bollenberger*, ÖJZ 2017, 993). Der Wegfall der Wiederholungsfahr setzt in diesem Fall voraus, dass der Unternehmer nach der Abmahnung innerhalb einer vom Verband bestimmten Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe abgesicherte außergerichtliche Unterlassungserklärung abgibt. Der Unternehmer muss sich hier dem Begehren des Verbandes bedingungslos unterwerfen und absolute Sicherheit dafür bieten, dass die inkriminierten Klauseln nicht mehr verwendet werden (5 Ob 15/20x). Wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch den Verband seine Vertragsbedingungen ändert, aber keine vollständige Gewähr dafür bietet, dass er sich in laufenden Vertragsverhältnissen nicht doch auf die frühere Fassung beruft, steht dies einer vollständigen Unterwerfung nicht gleich (8 Ob 110/08x ÖBA 2009, 469 *Apathy*). Fügt er seiner nach der Abmahnung abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte „Ersatzklauseln“ mit der Bemerkung bei, dass diese von der Unterlassungserklärung ausgenommen seien, so wird die Wiederholungsfahr ebenfalls nicht beseitigt (5 Ob 33/18s ÖBA 2018, 888 *Bollenberger*: Bankomatgebühren; dagegen *Bollenberger*, ÖBA 2010, 304; *Pöchhacker/Riede*, wbl 2010, 217; *Riss*, RdW 2009, 695). Dies gilt unabhängig davon, ob die neuen Vertragsklauseln im Verhältnis zu den beanstandeten sinngleich sind oder nicht (verst Senat 6 Ob 24/11i; 3 Ob 109/13w ÖBA 2013, 749 *Bollenberger*; dazu *Iro*, RdW 2012, 703; krit *Klicka*, *ecolex* 2013, 126; *Kathrein/Schoditsch* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* [Hrsg], KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ [2023] zu § 28 KSchG Rz 8).

1.3.7. Ist der Unternehmer zu einer vollständigen Unterwerfung im Abmahnverfahren nicht bereit, steht ihm die Möglichkeit eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches mit Beschränkungen im Prozess offen. Umfasst dieses Angebot den gesamten berechtigten Teil des Unterlassungsanspruches (samt Veröffentlichung und Kostentragung), so beseitigt es die Wiederholungsfahr (vgl 5 Ob 33/18s ÖBA 2018, 888 *Bollenberger*; näher *Oberhammer*, VbR 2017, 152;

Kathrein/Schoditsch in Bydlinski/Perner/Spitzer [Hrsg], KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ [2023] zu § 28 KSchG Rz 3).

1.3.8. Der Oberste Gerichtshof hat in der zuletzt zitierten Entscheidung zu 5 Ob 33/18s im hier maßgeblichen Kontext ausgeführt wie folgt:

„2.1. Ein Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches beseitigt im Regelfall die Wiederholungsgefahr (RIS-Justiz RS0079899; vgl auch RS0079966). Wegfall der Wiederholungsgefahr wird angenommen, wenn der Verletzer einen den ganzen Unterlassungsanspruch umfassenden, an keinerlei Bedingungen geknüpften Vergleich anbietet und nach den Umständen keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Handlungen künftig Abstand zu nehmen (1 Ob 96/17z mwN; RIS-Justiz RS0079899 [T2, T15, T28]; RS0012087 [T9]). Es macht dabei in der Regel keinen Unterschied, ob der Beklagte gleichzeitig auch den Rechtsstandpunkt des Klägers als richtig bezeichnet oder aber weiter daran festhält, durch die beanstandete Handlung keinen Gesetzesverstoß begangen zu haben (RIS-Justiz RS0079899 [T5, T6, T18, T28]; RS0079164 [T2]). Entscheidend ist, ob der angebotene Unterlassungsvergleich dem Kläger einen Titel in jenem Umfang verschaffen kann, den er auch mit seiner Klage erreicht hätte (4 Ob 97/17v; RIS-Justiz RS0079899 [T19, T33]). Ein nicht gerechtfertigtes Begehren muss der Beklagte im Rahmen des Vergleichsangebotes also nicht berücksichtigen (RIS-Justiz RS0079899 [T11, T12]).

2.2. Im Verbandsprozess ist jede beanstandete Klausel (zur Qualifikation als eigenständig: RIS-Justiz RS0121187) für sich zu prüfen; das betrifft auch die Frage der Wiederholungsgefahr (5 Ob 118/13h; 3 Ob 109/13w). Allein der Umstand, dass ein Unternehmen im Fall der Beanstandung von mehreren Klauseln eine bedingungslose Unterlassungserklärung nur für einige Klauseln abgibt, rechtfertigt es daher nicht, nur deshalb das Fehlen einer vollständigen Unterwerfung und das Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr anzunehmen. Ob und für welche Klauseln die Vermutung der Wiederholungsgefahr in solch einer Konstellation wegfällt, hängt vielmehr von einer Gesamtwürdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls ab (5 Ob 118/13h; RIS-Justiz RS0107902).

2.3. Im Verbandsprozess sind zudem die außergerichtliche Unterlassungserklärung im Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG und das Anbot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs im Prozess zu unterscheiden. In einem Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG setzt die Beseitigung der Wiederholungsgefahr voraus, dass zwischen dem Abmahnenden und jenem, der die Unterlassungserklärung abgibt, Willenseinigung über deren Inhalt besteht und damit eine mit konstitutiver Wirkung ausgestattete Vereinbarung zustande kommt. Im Fall einer Übermaßabmahnung fehlt bei einer bloß teilweisen Unterwerfungserklärung eine solche Willenseinigung, weshalb die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt wird; der Unternehmer muss sich vielmehr vollständig („alles oder nichts“) und ohne auslegungsbedürftige Zusätze im Sinn der Abmahnung unterwerfen (6 Ob 24/11i [verstärkter Senat]; 5 Ob 118/13h; 3 Ob 109/13w). Die Unterlassungserklärung hat daher eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch zu enthalten (RIS-Justiz RS0111640 [T20]). Fügt der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln bei, liegt auch dann keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht „sinngleich“ sind (RIS-Justiz RS0128187).

2.4. Der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der sich zu einer solchen vollständigen Unterwerfung nicht bereit findet, hat jedoch die Möglichkeit, für den von ihm auch nach seiner Ansicht berechtigten Teil einen Unterlassungsvergleich anzubieten (6 Ob 24/11i; 3 Ob 109/13w; vgl auch 4 Ob 139/16v; *Binder/Keiler* in *Keiler/Klauser*, Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht §§ 28–30 KSchG Rz 40; *Langer*, Abmahnverfahren und Wiederholungsgefahr bei der Verbandsklage nach dem KSchG, VbR 2013, 47 [50 f]; *Oberhammer*, Wiederholungsgefahr im AGB-Recht und prätorischer Vergleich, VbR 2017, 152). Umfasst

dieses Angebot den gesamten berechtigten Teil des Anspruchs, beseitigt es – gemäß den allgemeinen für das Angebot eines Unterlassungsvergleiches im Prozess geltenden Grundsätzen – die Wiederholungsgefahr; ein nicht gerechtfertigtes Begehren muss er nicht berücksichtigen (vgl. *Spitzer*, Inkassokosten, Wiederholungsgefahr und Leistungsfrist, ÖBA 2016, 733 [735]). Ein Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches im Prozess, dessen Unterlassungsverpflichtung zwar mit Einschränkungen und Vorbehalten verbunden ist, beseitigt demnach die Wiederholungsgefahr, wenn diese Einschränkungen und Vorbehalte richtig und zulässig sind. Wenn der Unternehmer bestimmte Bereiche von der Unterlassungspflicht zu Recht ausnimmt, bietet er dem klagenden Verband schließlich alles, was dieser durch ein durch seine Entscheidungsgründe determiniertes Urteil erlangen könnte (so mit ausführlicher Begründung *Bollenberger* in seiner Glosse zu 3 Ob 109/13w, ÖBA 2013/1948; und in „Neue Debatte über die Wiederholungsgefahr nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG; Lieber bis zu einem Urteil streiten, als den Konflikt bereinigen?“, ÖJZ 2017/138). Wenn der Beklagte mit seiner Bestreitung Recht behält, wird die Klage des Verbands abgewiesen, und zwar unabhängig davon, ob dieser den Vergleich akzeptiert hat oder nicht. Denn hinsichtlich des von der angebotenen Unterlassungsverpflichtung umfassten Begehrens fehlt die Wiederholungsgefahr und hinsichtlich der bestrittenen Begehren und Gründe bestand kein Unterlassungsanspruch (*Iro*, Verstärkter Senat zur Wiederholungsgefahr bei KSchG-Verbandsklage – causa finita? RdW 2012, 703 [704]; *Klicka*, Die große Schlacht ist geschlagen, *ecolex* 2013, 126 [128]).

1.3.9. Die Beklagte bot dem Kläger hier im Prozess den Abschluss eines vollstreckbaren Vergleichs an, der die Unterlassung der Verwendung der beanstandeten – oder sinn gleicher – Klauseln und eine dem Klagebegehren entsprechende Veröffentlichungsermächtigung umfasste. Die Unterlassungsverpflichtung beinhaltete – zur Klarstellung – die Einschränkung, *„sie stehe einem Hinweis in den AGB gemäß § 4 Abs 1 Z 11 FAGG nicht entgegen, dass dem Bieter gemäß § 18 Abs 3 FAGG kein Rücktrittsrecht bei Verträgen zusteht, die auf einer von der Beklagten veranstalteten öffentlichen Versteigerung geschlossen werden, bei welcher die Konsumenten persönlich anwesend sind oder die Möglichkeit zur persönlichen Anwesenheit haben und die auf einem auf konkurrierenden Geboten basierenden und damit transparenten Verfahren beruhen, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist.“* Die Beklagte bot weiters an, sich dazu zu verpflichten, es zu unterlassen, sich auf die beanstandeten oder sinn gleiche Klauseln zu berufen. Für den Fall der Annahme des Vergleichsangebotes durch den Kläger erklärte sie, auch dessen Verfahrenskosten zur Gänze zu übernehmen (vorbereitende Tagsatzung ON 12, Seite 12).

1.3.10. Die von der Beklagten vorgenommene Einschränkung der angebotenen Unterlassungsverpflichtung im Sinne einer dem Rücktrittsausschluss (§ 18 Abs 3 FAGG) bei öffentlichen Versteigerungen – und deren Legaldefinition in § 3 Z 4 FAGG (= „Verkaufsmethode, bei der der Unternehmer Verbrauchern, die bei der Versteigerung persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet, und zwar in einem vom Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist“) – im Wesentlichen entsprechenden Klarstellung war mit Blick auf eine insoweit zudem bestehende Hinweispflicht nach § 4 Abs 1 Z 11 FAGG zulässig und berechtigt. Mit dem angebotenen Unterlassungsvergleich hätte der Kläger – trotz des klarstellenden Hinweises der Beklagten – auch all das bekommen, was er

mit einem klagsstattgebenden Urteil im Prozess erhalten hätte können. Ein dem Klagebegehren entsprechendes Unterlassungsurteil hätte den von der Beklagten in ihrem Vergleichsanbot klarstellend ausgenommenen Bereich der nicht gegebenen Rücktrittsmöglichkeit (vgl dazu *Schwarzenegger* in *Schwimann/Kodek* [Hrsg], ABGB Praxiskommentar⁵ [2021] zu § 18 FAGG Rz 7 mwN) bei einer nach den gesetzlichen Vorgaben als öffentliche Versteigerung einzuordnenden Verkaufsmethode nicht umfasst. Der angebotene Unterlassungsvergleich war demnach geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

2. Ergebnis:

Das auf Unterlassung gerichtete Klagebegehren ist daher mangels Wiederholungsgefahr ebenso wenig berechtigt wie das Veröffentlichungsbegehren. Da bereits deshalb der Berufung der Beklagten Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung in eine vollinhaltliche Klagsabweisung abzuändern ist, muss auf die weiteren Berufungsausführungen, wonach es sich bei den Versteigerungen der Beklagten „*eindeutig um öffentliche Versteigerungen gehandelt*“ habe, sowie zur behaupteten Rechtmäßigkeit der „Klausel 2“ nicht näher eingegangen werden. Davon ausgehend besteht auch kein Anlass zur Einleitung eines von der Beklagten angeregten Vorabentscheidungsverfahrens.

3.1. Aufgrund der Abänderung des Urteils sind die **Kosten des Verfahrens erster Instanz** ohne Rücksicht auf den bisherigen Kostenzuspruch neu zu berechnen (vgl *Obermaier*, Kostenhandbuch³ Rz 1.456, 1.90 mwN; RIS-Justiz RS0035900).

3.2. Da das Verfahrenskostenersatzrecht vom Erfolgsprinzip gekennzeichnet ist, gibt es keinen „fiktiven Phasenerfolg“, sondern nur den im Urteil ausgedrückten Erfolg, der zur Ermittlung der Erfolgsquote mit dem eingeklagten Betrag zu vergleichen ist (*Obermaier*, Kostenhandbuch³ Rz 1.150 und 1.159; *M.Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ § 41 ZPO Rz 47). Die nur von einem Teil der (auf – nunmehr – *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ III/1 § 45 ZPO Rz 18 zurückzuführenden) Rechtsprechung vertretene Annahme fiktiver Verfahrensabschnitte bzw fiktiver Erfolgsquoten teilt der Berufungssenat nicht.

3.3. Die Kostenentscheidung erster Instanz gründet sich auf § 41 ZPO. Da der Kläger keine Einwendungen gegen das Kostenverzeichnis der Beklagten erhoben hat, und offenbare, von Amts wegen aufzugreifende Unrichtigkeiten nicht zu erkennen sind, waren der Beklagten gemäß § 54 Abs 1a ZPO die verzeichneten Kosten laut Kostenverzeichnis (ON 18.3), nämlich EUR 9.879,60 (darin EUR 1.646,60 Umsatzsteuer), zuzuerkennen.

4. Die Entscheidung über die **Kosten des Berufungsverfahrens** gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO. Der Beklagten sind die – trotz Angabe eines Streitwertes von EUR 43.200,00 tatsächlich auf Basis der Bemessungsgrundlage von EUR 36.000,00 – der Höhe nach richtig verzeichneten Kosten ihrer Berufung zu ersetzen.

5. Der Ausspruch über den **Wert des Entscheidungsgegenstandes** (§ 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO) orientiert sich an der angemessenen Bewertung durch den Kläger.

6. Der **(Un-)Zulässigkeitsausspruch** beruht auf der zitierten höchstgerichtlichen Judikatur und dem Rechtssatz, dass der Frage, ob ein angebotener Unterlassungsvergleich die Wiederholungsgefahr beseitigt, keine Erheblichkeit iSd § 502 Abs 1 ZPO zukommt (RIS-Justiz RS0042818).

Oberlandesgericht Graz
Abteilung 5, am 26. Jänner 2024
Dr. Rupert Waldner, Senatspräsident

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG