



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien erkennt als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten MMRMag. Frank als Vorsitzenden sowie den Richter Dr. Schober und die Richterin Mag.^a Felbab in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Notino Deutschland und Österreich GmbH**, HRB 762098, Stockholmer Platz 1, 70173 Stuttgart, Deutschland, vertreten durch Mag. Ferdinand Attens, Rechtsanwalt in Graz-Andritz, wegen Unterlassung (EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500), Gesamtstreitwert daher EUR 36.000, über die Berufung der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 9.000, bestehend aus Unterlassung [EUR 7.625] und Urteilsveröffentlichung [EUR 1.375]) und die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 27.000, bestehend aus Unterlassung [EUR 22.875] und Urteilsveröffentlichung [EUR 4.125]) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 19.11.2024, 19 Cg 18/24d-14, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht:

Der Berufung der klagenden Partei wird **Folge** gegeben.

Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt wie folgt zu lauten hat:

„I. Die beklagte Partei ist schuldig,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Die Firma Notino Deutschland und Österreich GmbH ist dazu berechtigt, seine Kunden für Zwecke des Direktmarketing zu kontaktieren. Sie können dieser Kontaktaufnahme widersprechen, indem Sie dieses Kontrollkästchen aktivieren. Weitere Informationen finden Sie in den Grundsätzen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten.

Mit dieser Bestellung möchte ich keine Informationen zu Veranstaltungen, Neuigkeiten oder Gutscheine erhalten.

2. Sendung versichern 1,00

Im Falle einer Beschädigung oder eines Verlusts der Sendung müssen Sie nicht auf eine Lösung innerhalb der gesetzlichen Frist warten. Es genügt, wenn Sie uns die verlorene oder beschädigte Sendung rechtzeitig melden und belegen, anschließend können wir Ihnen neue Ware umgehend zuschicken.

3. Falls Sie eine Bestellung nicht abgeschlossen haben, werden Sie daran erinnert. Gegen diesen Verwendungszweck der Daten können Sie in Übereinstimmung mit den Leitlinien für den Umgang mit personenbezogenen Daten jederzeit, also auch vor der eigentlichen Verarbeitung, Einspruch einlegen.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen 3 Wochen zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

b) es binnen 3 Wochen im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu unterlassen, im Fernabsatz vor Abschluss kostenpflichtiger Bestellungen, bei welchen der Bestellvorgang die Aktivierung einer Schaltfläche oder die Betätigung einer ähnlichen Funktion erfordert, diese Schaltfläche oder Funktion nicht mit den Worten ‚zahlungspflichtig bestellen‘ oder einer gleichartigen, eindeutig auf die Zahlungsverpflichtung hinweisenden Formulierung zu kennzeichnen, insbesondere indem die beklagte Partei die entsprechende Schaltfläche nur mit den Worten ‚Jetzt bestellen‘ oder sinngleichen Begriffen kennzeichnet.

II. Der klagenden Partei wird 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 bundesweit veröffentlichten Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der ‚Kronen-Zeitung‘ 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.

III. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 7.442,24 (darin EUR 981,04 USt und EUR 1.561,60 Barauslagen) bestimmte erstinstanzliche Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 5.553,59 (darin EUR 722,43 USt und EUR 1.219 Barauslagen) bestimmte Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt insgesamt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

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

Die Klägerin ist ein gemäß § 29 KSchG klagebefugter Verband.

Die in Deutschland ansässige Beklagte betreibt unter der Marke „Notino“ auf der Website www.notino.at den Versandhandel von Parfümerie- und Drogerieartikeln sowie von Lebensmitteln, Nahrungsergänzungsmitteln und Spezialnahrung und bietet ihre Leistungen unter anderem im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Sie verfügt auch über einen Standort in Wien. Die Beklagte tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr beim Bestellvorgang über die oben genannte Website mit Verbrauchern nachstehende Klauseln, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt:

[Klausel 1]: Die Firma Notino Deutschland und Österreich GmbH ist dazu berechtigt, seine Kunden für Zwecke des Direktmarketings zu kontaktieren. Sie können dieser Kontaktaufnahme widersprechen, indem Sie dieses Kontrollkästchen aktivieren. Weitere Informationen finden Sie in den Grundsätzen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten.

Mit dieser Bestellung möchte ich keine Informationen zu Veranstaltungen, Neuigkeiten oder Gutscheine erhalten.

[Klausel 2]: 2. Sendung versichern 1,00

Im Falle einer Beschädigung oder eines Verlusts der Sendung müssen Sie nicht auf eine Lösung innerhalb der gesetzlichen Frist warten. Es genügt, wenn Sie uns die verlorene oder beschädigte Sendung rechtzeitig melden und belegen, anschließend können wir Ihnen neue Ware umgehend

zuschicken.

[Klausel 3]: 3. Falls Sie eine Bestellung nicht abgeschlossen haben, werden Sie daran erinnert. Gegen diesen Verwendungszweck der Daten können Sie in Übereinstimmung mit den Leitlinien für den Umgang mit personenbezogenen Daten jederzeit, also auch vor der eigentlichen Verarbeitung, Einspruch einlegen.

[Bestellmaske]: Am Ende der Bestellmaske der Beklagten findet sich nachstehender Bereich:

Ich habe die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten gelesen und stimme diesen ausdrücklich zu.

Wir senden Ihnen die genannten Dokumente zusammen mit der Bestellbestätigung per E-Mail zu.

Jetzt bestellen

Die **Klägerin** begehrt von der Beklagten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich die Unterlassung einer unzulässigen Geschäftspraktik gemäß § 28a KSchG hinsichtlich der Schaltfläche „jetzt bestellen“ oder sinngleichen Begriffen in der Bestellmaske, die keine auf die Zahlungsverpflichtung hinweisende Formulierung enthielten, sowie die Unterlassung, die genannten Klauseln 1 bis 3 oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen.

Außerdem beantragte die Klägerin die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils einmal österreichweit im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern.

Zur [Klausel 1]: Die Klausel verstoße gegen §§ 174 Abs 3 TKG, weil keine rechtskonforme vorherige Einwilligung

eingeholt werde. Ebenso liege ein Verstoß gegen § 174 Abs 4 Z 2 TKG vor, weil die Klausel keine Einschränkung auf eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen enthalte, sondern vielmehr mögliche Informationen zu „Veranstaltungen, Neuigkeiten oder Gutscheinen“ ankündige. Auch das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG sei durch die nicht vollständige und nicht im Zusammenhang dargestellte Rechtslage verletzt.

Die Klausel müsse in sich selbst klar und verständlich sein; außerhalb der Vertragsklausel liegende Umstände und Erläuterungen/Texte seien für die Beurteilung im Verbandsprozess irrelevant, vor allem wenn diese erst aktiv angeklickt und aufgerufen werden müssten.

Zur [Klausel 2]: Die Klausel widerspreche §§ 6 Abs 3 und 7b KSchG. Die Ware reise beim Versandkauf ohnehin auf Gefahr der Beklagten. Beschädigte Waren, deren Reparatur nicht wirtschaftlich sei, müssten auch unverzüglich ausgetauscht werden. Dies wäre jeweils eine wesentliche Information für den Verbraucher, um abschätzen zu können, ob sich die Zusatzleistung auszahle. Unklar sei auch, welche „gesetzliche Frist“ gemeint sei. Überdies seien nicht nur Gewährleistungsfälle denkbar. Eine bloße Abänderung der AGB führe nicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Zur [Klausel 3]: Die Klausel entspreche nicht den Vorgaben des Art 6 DSGVO und § 6 Abs 3 KSchG: Es liege kein Erlaubnistatbestand des Art 6 Abs 1 DSGVO vor, insbesondere kein berechtigtes Interesse nach der dortigen lit f. Es liege während bzw bei vorzeitigem Abbruch des Bestellprozesses noch kein Vertrag vor. Es handle sich hier auch nicht um die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgten. Ebenso wenig liege ein berechtigtes Interesse an dieser Verarbeitung iSd Art 6 Abs 1 lit f DSGVO vor. Ein solches werde von der Beklagten

auch überhaupt nicht, schon gar nicht hinreichend klar, angeführt, was im Anwendungsbereich dieser Bestimmung aber erforderlich sei. „Direktwerbung“ könne zwar grundsätzlich als berechtigtes Interesse angesehen werden, jedoch habe eine Interessenabwägung seitens des datenschutzrechtlich Verantwortlichen stattzufinden. Eine solche Abwägung sei im vorliegenden Fall jedoch unterblieben; ein überwiegendes Interesse an der Datenverarbeitung sei im Einzelfall nicht nachprüfbar. Generell sei hervorzuheben, dass der Erlaubnistatbestand der lit f keineswegs als „Lückenfüller“ herangezogen werden dürfe, der jedwede Verarbeitung legitimieren könne.

Damit sei Satz 1 der Klausel unzulässig. Satz 2 hänge mit Satz 1 unmittelbar zusammen und bilde eine materielle Einheit. Da bereits die Verwendung der Daten im gegebenen Zusammenhang unzulässig sei, sei der Einspruch dagegen gar nicht notwendig. Verbrauchern würde die Rechtslage damit falsch dargestellt, was einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG begründe.

Wie bereits zur Klausel 1 ausgeführt, könne eine außerhalb der Klausel - erst durch Aufruf eines separaten Dokumentes - allenfalls erteilte Erläuterung nichts an der Rechtswidrigkeit der Klausel ändern.

Zur [Bestellmaske]: Die Bestellmaske „jetzt bestellen“ erfülle mangels Hinweis auf eine Zahlungspflicht nicht die Vorgaben des § 8 Abs 2 FAGG. Es liege ein systematisch begangener Gesetzesverstoß iSd § 28a Abs 1 KSchG vor. Durch die laufende Verwendung im Geschäftsverkehr sei Wiederholungsgefahr begründet: die Beklagte habe trotz Aufforderung keine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abgegeben und sei weiterhin der Meinung, dass die Ausführung nicht rechtswidrig wäre. Die Verpflichtung ergebe sich aber

bereits aus dem Gesetz.

Die **Beklagte** bestritt und führte dagegen aus:

Zur [Klausel 1]: Dem Konsumenten werde eine rechtskonforme vorherige Einwilligung zur Datenverarbeitung eingeräumt. Dieser erhalte durch das Ankreuzen des Kontrollkästchens die Möglichkeit, der Kontaktaufnahme im Zuge des Direktmarketings kostenlos und problemlos iSd § 174 Abs 4 Z 3 TKG zu widersprechen. Der Widerspruch der Kontaktaufnahme durch das Ankreuzen des - nicht vorangekreuzten - Kästchens stelle eine geeignete Möglichkeit dar, die Einwilligung für die elektronische Kontaktinformation einzuholen. So auch die Entscheidung des „VwGH“ (richtig: BVwG) 20.4.2023 W176 2247508-1. Die Klausel enthalte auch eine Einschränkung auf ähnliche Produkte. Diese Information sei im Punkt 2.3. Marketingangebote der AGBs auf der Website www.notino.at zu finden und könne mittels Link, der sich neben dem Kontrollkästchen befinde, vom Konsumenten aufgerufen werden.

Zur [Klausel 2]: Die Klausel sei nicht intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Nach § 13 Abs 1 VGG habe ein Austausch oder eine Verbesserung innerhalb „angemessener Frist“ zu erfolgen, weswegen keine genauen Fristtage angeführt werden könnten. Bei Zahlung von EUR 1 sei der Kunde nicht auf die gesetzliche Frist angewiesen, sondern erhalte umgehend eine neue Ware.

Im laufenden Verfahren erklärte die Beklagte, dass zur besseren Verständlichkeit ab nun in der Klausel 2 nicht mehr auf die „gesetzliche Frist“ verwiesen werde. Durch die Zahlung sei für den Konsumenten kein Abwarten einer Nachprüfung notwendig, sodass er vor eventuellen Beweisproblemen geschützt sei.

Zur [Klausel 3]: Die Klausel sei gemäß Art 6 lit f

DSGVO gerechtfertigt. Eine Verständigung des Konsumenten bei Nichtabschluss des Bestellvorgangs liege jedenfalls im berechtigten Interesse. Die Kontaktaufnahme erfolge auch nicht im Zuge des Direktmarketings, sondern diene lediglich dazu, die Kunden über ihren Bestellvorgang zu informieren. Sollte dies nicht gewünscht werden, könne der Kontaktaufnahme jederzeit widersprochen werden. In Punkt 7.3. der AGB auf der Website www.notino.at würden die Kunden ausreichend über die Löschung ihrer Daten informiert.

Zur [Bestellmaske]: Ein Hinweis auf eine Zahlungspflicht sei entbehrlich, weil diese durch den Button noch nicht ausgelöst werde: wenn nicht bezahlt werde, erhalte der Kunde auch keine Ware. Sonstige nachteilige Folgen würden nicht eintreten.

Zum Veröffentlichungsbegehren: Mangels gesetz- bzw sittenwidriger Klauseln fehle ein berechtigtes Interesse. Selbst wenn, wäre das bevorzugte Medium für eine Veröffentlichung das Internet, weil die Beklagte einen online-Handel betreibe.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht in Ansehung der Klauseln 1 und 2 sowie der Bestellmaske sowohl dem Unterlassungs- als auch dem Veröffentlichungsbegehren statt; hinsichtlich der Klausel 3 wies es diese Begehren ab.

Ausgehend vom eingangs angeführten, unstrittigen Sachverhalt führte das Erstgericht rechtlich zusammengefasst aus:

Zur [Klausel 1]: Art 95 DSGVO normiere den Anwendungsvorrang der ePrivacy-Richtlinie und damit auch der Bestimmungen des TKG; bei der Auslegung der Bestimmungen des TKG seien auch die Bestimmungen der DSGVO heranzuziehen. Gemäß § 174 Abs 3 TKG 2021 sei die Zusendung von elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung ohne vorherige Einwilli-

gung unzulässig. Die Klausel 1 verstoße gegen § 174 Abs 3 TKG. Der Erwägungsgrund 17 der ePrivacy-Richtlinie verweise zum Verständnis des Begriffes einer Einwilligung ausdrücklich auf die Datenschutz-Richtlinie. Entsprechend der Legaldefinition in Art 4 Z 11 DSGVO müsse eine Einwilligung freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und ausdrücklich (durch eine eindeutige bestätigende Handlung) erfolgen.

Hier müssten die Kunden der Beklagten aktiv ein Kästchen anklicken, um keine Zusendungen zu erhalten. Das Fehlen des Opting-Out, also eine Untätigkeit der Kunden, stelle keine eindeutige und freiwillige Zustimmungserklärung iSd Legaldefinition Art 4 Z 11 DSGVO dar, woraus eindeutig geschlossen werden könnte, dass die Kunden im Einzelfall mit der Datenverarbeitung einverstanden seien.

Daran ändere auch der Verweis der Beklagten auf die Entscheidung des (richtig) BVwG zu W176 2247508-1 nichts, weil der zu beurteilende § 174 Abs 3 TKG eine Einwilligung verlange, deren Vorliegen - ungeachtet des dort behandelten Art 21 Abs 4 DSGVO - nach Art 4 Z 11 DSGVO zu prüfen sei.

Die Klausel verstoße weiters gegen § 174 Abs 4 Z 2 TKG, weil sie weder eine Einschränkung auf Zusendung von Angeboten der Beklagten selbst, also auf Direktwerbung, noch auf „ähnliche Produkte oder Dienstleistungen“ enthalte. Außerhalb der Klausel liegende Umstände, hier ein Link auf die AGB auf der website www.notino.at, seien für die Beurteilung im Verbandsverfahren nicht relevant. Da die Klausel die Rechtslage im Hinblick auf die Zulässigkeit der Kontaktaufnahme zu Zwecken des Direktmarketings unvollständig bzw falsch darstelle, entspreche sie auch nicht den Vorgaben des § 6 Abs 3 KSchG.

Zur [Klausel 2]: Auch diese Klausel sei intransparent

iSd § 6 Abs 3 KSchG. Darin werde festgehalten, dass die Kunden bei Beschädigung oder Verlust einer Sendung nicht auf eine Lösung innerhalb der gesetzlichen Frist warten müssten. Zunächst sei völlig unklar, um welche gesetzliche Frist es sich handle; weiters werde suggeriert, dass nur im Fall der versicherten Versendung ein kostenloser „Ersatz“ einer beschädigten oder verlorenen Sendung erfolge, obwohl § 7b KSchG ohnedies normiere, dass beim Versendungskauf die Gefahr für den Verlust oder die Beschädigung der Ware erst auf den Verbraucher übergehe, sobald die Ware an den Verbraucher oder an einen von diesem bestimmten, vom Beförderer verschiedenen Dritten abgeliefert werde. Der Verweis der Beklagten auf § 13 Abs 1 VGG sei verfehlt, weil sich die Klausel sprachlich eindeutig nicht auf Fälle der Gewährleistung nach dem Erhalt der Ware beziehe, sondern auf den Gefahrenübergang beim Versendungskauf („einer Beschädigung oder eines Verlusts der Sendung“).

Zur [Klausel 3]: Diese Klausel sei zulässig. Die Beklagte berufe sich hier auf den Ausnahmetatbestand des Art 6 Abs 1 lit f DSGVO. Die Verarbeitung personenbezogener Daten sei demnach unter drei kumulativen Voraussetzungen erlaubt: 1. dem Vorliegen eines berechtigten Interesses des von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen, 2. der Erforderlichkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Verwirklichung des berechtigten Interesses und 3. kein Überwiegen der berechtigten Interessen - der Grundrechte und Grundfreiheiten - des Betroffenen. Die Auslegung der Klausel habe ausschließlich aufgrund ihres Wortlautes zu erfolgen; außerhalb des Textes liegende Umstände hätten - wie schon dargelegt - unberücksichtigt zu bleiben.

Die kumulativen Voraussetzungen lägen hier vor: Direktwerbung sei ein „berechtigtes Interesse“. Die Erinnerung

könne nur über eine direkte Kontaktaufnahme über die zuvor vom Kunden im Rahmen des Bestellprozesses bekannt gegebenen Daten erfolgen. Und ein Überwiegen der Interessen bzw der Grundrechte/Grundfreiheiten iSd Art 7 und Art 8 GRC der Verbraucher, die Kunden der Beklagten seien, insbesondere deren Recht auf Schutz der Privatsphäre bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, sei im Vergleich zum berechtigten Interesse der Beklagten zur Durchführung von Direktwerbung nicht zu erkennen. Für die Verbraucher sei eine solche Datenverarbeitung auch absehbar.

Zur [Bestellmaske „jetzt bestellen“]: Gemäß § 8 Abs 2 FAGG habe der Unternehmer dafür zu sorgen, dass der Verbraucher bei der Bestellung ausdrücklich bestätige, dass diese mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden sei. Wenn der Bestellvorgang die Aktivierung einer Schaltfläche oder die Betätigung einer ähnlichen Funktion erfordere, müsse diese Schaltfläche oder Funktion gut lesbar ausschließlich mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer gleichartigen, eindeutigen Formulierung gekennzeichnet sein, die den Verbraucher darauf hinweise, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer verbunden sei. Nach § 8 Abs 1 FAGG müssten die relevanten Informationen unmittelbar vor der Bestellung durch den Kunden eingeblendet werden.

Hier enthalte die Schaltfläche „Jetzt bestellen“ keinen Hinweis auf die mit der Bestellung einhergehenden Zahlungsverpflicht. Das Vorbringen der Beklagten, wonach noch keine Zahlungsverpflichtung ausgelöst werde und die Kunden, die den Kaufpreis nicht bezahlten, lediglich keine Ware erhalten würden, könne am vorliegenden Verstoß gegen § 28a KSchG iVm § 8 Abs 2 FAGG nichts ändern. Da die Beklagte diesen Gesetzesverstoß systematisch begehe, beeinträchtige dies die all-

gemeinen Verbraucherinteressen iSd § 28a Abs 1 KschG.

Gegen den abweisenden Teil dieses Urteils (Klausel 3) samt dem Veröffentlichungsbegehren wendet sich die **Berufung der Klägerin** mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung dahin abzuändern, dass den Klagebegehren zur Gänze stattgegeben werde.

Gegen die stattgebenden Teile des Urteils (Klauseln 1 und 2 sowie Geschäftspraktik samt dem damit verbundenem Veröffentlichungsbegehren) richtet sich die **Berufung der Beklagten**, die ebenfalls nur eine Rechtsrüge enthält, mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung dahin abzuändern, dass die Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werden; im Falle der Stattgebung des Veröffentlichungsbegehrens möge eine solches jedenfalls nur die Veröffentlichung in der Online-Ausgabe, nicht aber im Printmedium „Kronen Zeitung“ umfassen; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Jede Partei stellt in ihrer **Berufungsbeantwortung** den Antrag, dem Rechtsmittel der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Die Berufung der Klägerin ist berechtigt.

Die Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt.

I. Zur Berufung der Klägerin:

1. Das wechselseitige Vorbringen der Parteien wurde bereits eingangs der Rechtsmittelentscheidung dargestellt. Die Beklagte stützt sich auf den Rechtfertigungsgrund des Art 6 Abs 1 lit f DSGVO.

Die Klägerin verweist in ihrer Rechtsrüge weiters darauf, dass die Interessensabwägung vom Erstgericht nicht begründet worden sei; bei dieser würden die Interessen der Konsumenten auch schwerer wiegen als die des Datenverarbeiters. Ein überwiegendes (unternehmerisches) Interesse sei von der Beklagten weder behauptet noch begründet worden.

Sogenannte „Warenkorbabbrecher-Mails“ seien nur an Bestandskunden unter gewissen weiteren Voraussetzungen zulässig. Hier könne die Beklagte jedoch auch an Nicht-Bestandskunden versenden, sodass die Klausel ebenso gegen § 174 TKG verstoße. Letztlich entspreche es auch gerade nicht der Erwartung der Verbraucher, dass - wenn sie einen Bestellprozess abbrechen, Produkte aus dem Warenkorb entfernen oder nach näherer online-Prüfung doch nicht bestellen würden - wiederum per E-Mail oder SMS an diese Produkte erinnert würden.

2. Die Behauptungs- und Beweislast für einen Rechtfertigungstatbestand trifft denjenigen, der sich darauf beruft und in fremdes Rechtsgut eingreift (RS0023098; RS0037797; RS0106638).

3. Die Klausel 3 betrifft sogenannte „Warenkorbabbrecher-Mails“ als Maßnahme eines Re-Marketings, mit denen potentielle Kunden in den Kaufprozess zurückgeholt und zum Kaufabschluss animiert werden sollen, wenn sie den Bestellvorgang nicht abgeschlossen haben.

Die dafür notwendigen rechtlichen Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor.

3.1 Nach der gebotenen dreigliedrigen Interessenabwägung zu Art 6 Abs 1 lit f DSGVO ist eine Datenverarbeitung zulässig, wenn ein berechtigtes Interesse vorliegt, die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Verwirklichung des berechtigten Interesses erforderlich ist und die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen (RS0133919; RS0133890 [T 1]; RS0133706).

3.2 Berechtigte Interessen sind weit zu verstehen, es kann grundsätzlich jedes von der Rechtsordnung gebilligte Interesse sein. Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden (ErwGr 47

S. 7; *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, *DatKomm Art 6 DSGVO* [Stand 7.5.2020, *rdb.at*] Rz 54).

3.3 Dabei müssen aber die gesetzlichen Grundlagen, die eine Einwilligung entbehrlich machen, angegeben werden (Art 13 Abs 1 lit c DSGVO). Ein pauschaler Hinweis auf „Art 6 DSGVO“ reicht dafür nicht aus. Es ist vielmehr die exakte Fundstelle aus Art 6 zu zitieren (vgl. *Illibauer* in *Knyrim*, *DatKomm Art 13 DSGVO* [Stand 1.7.2024] Rz 28). Selbst der Verweis auf ein berechtigtes Interesse nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO, das die Beklagte ohnehin nicht konkret darlegt und das auch in der Klausel nicht genannt wird, würde dem Durchschnittsverbraucher keine hinreichende Klarheit über seine Rechte und Pflichten verschaffen (6 Ob 222/22y [Rz 22]). Die Klausel entspricht daher schon aus diesem Grund nicht den Vorgaben der DSGVO, sodass eine weitere Prüfung der dortigen Voraussetzungen dahinstehen kann.

3.4 Das der Klausel vom Verwender der AGB beigelegte Verständnis ist im Verbandsprozess nicht maßgeblich (RS0016590 [T 23]).

4. Es wären aber auch die Voraussetzungen des § 174 Abs 3 und Abs 4 TKG nicht erfüllt. Der Schutzzweck des § 174 TKG ist die Bewahrung der Privatsphäre (RS0125439).

4.1 § 174 TKG ist *lex specialis* zur DSGVO und geht dieser vor (Art 95 DSGVO). Allerdings erfasst § 174 TKG nur die Versendung, während andere Verarbeitungen, die Voraussetzung eben dieser Versendung sind, nicht erfasst und daher durch die DSGVO geregelt werden (dazu oben ad I.3.). Auch ist die in § 174 TKG genannte Einwilligung eine solche, die den Anforderungen der DSGVO (und der Definition, vgl. Art 4 Z 11 DSGVO) genügen muss. Die Einwilligung muss daher insbesondere freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und ausdrücklich erfolgen (*Forgó* in *Steinmaurer*, TKG

2021 § 174 [Stand 1.9.2024, rdb.at] Rz 4).

4.2 Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder eine Untätigkeit der betroffenen Person reichen für eine Einwilligung in diesem Sinne nicht aus. Auch Schweigen durch einfache Inanspruchnahme (mit nachfolgender Datenverarbeitung) stellt keine erforderliche bestätigende Handlung dar; aus dem Verhalten des Betroffenen muss vielmehr eindeutig geschlossen werden können, dass er im Einzelfall mit der Datenverarbeitung einverstanden ist (vgl. *Kastelitz/Hötzen-dorfer/Tschohl* aaO Rz 27)

5. Klauseln, die der Aufklärung des Verbrauchers dienen sollen, diesem aber ein unrichtiges Bild der Rechtslage vermitteln und geeignet sind, den Vertragspartner des Verwenders von der Durchsetzung seiner Rechte abzuhalten, sind nach § 6 Abs 3 KSchG intransparent (RS0121951 [T 4]).

6. Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RS0038205). Die beiden Sätze der Klausel 3 stehen in einem untrennbaren Zusammenhang.

7. Daher ist die gesamte Klausel 3 unzulässig und die Berufung der Klägerin erfolgreich.

II. Zur Berufung der Beklagten:

1. Die Beklagte beschränkt sich in ihrer Berufung auf die Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Das Berufungsgericht hält die Rechtsmittelausführungen für nicht stichhältig, erachtet hingegen die damit bekämpften Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils für zutreffend. Damit genügt eine auf die für das Berufungsverfahren wesentlichen Punkte eingeschränkte Begründung (§ 500a ZPO).

2. Zur Klausel 1 ist auf die obigen Ausführungen ad I.3.4 sowie I.4. bis 4.2 zu verweisen.

Das Kästchen ist nur dann aktiv anzukreuzen, wenn der Datenverarbeitung widersprochen werden soll, sodass eine Einwilligung im Nichtankreuzen liegen würde. Eine wirksame Einwilligung setzt jedoch eine bestätigende, aktive Handlung voraus, die damit nicht gegeben ist. Einer nicht zulässigen Datenverarbeitung braucht auch nicht widersprochen zu werden (vgl zum Direktmarketing auch 6 Ob 215/22v).

3. Die Klausel 2 widerspricht gemäß den oben ad I.5. dargelegten Grundsätzen dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil dem Verbraucher hier ein falscher Eindruck der Rechtslage vermittelt wird. Denn entgegen den Ausführungen der Beklagten und deren Verweis auf § 13 Abs 1 VGG bezieht sich die Klausel nach ihrem Wortlaut nicht auf Fälle der Gewährleistung, sondern auf den Gefahrenübergang beim Verkauf („einer Beschädigung oder eines Verlusts der Sendung“). Dazu regelt bereits § 7b KSchG, dass - wenn der Unternehmer die Ware übersendet - die Gefahr für den Verlust oder die Beschädigung der Ware erst auf den Verbraucher übergeht, sobald die Ware an den Verbraucher oder an einen von diesem bestimmten, vom Beförderer verschiedenen Dritten abgeliefert wird.

4. Gemäß § 8 Abs 1 FAGG hat der Unternehmer den Verbraucher beim elektronischen Abschluss eines Fernabsatzvertrags, der den Verbraucher zu einer Zahlung verpflichtet, unmittelbar bevor der Verbraucher seine Vertragserklärung abgibt, klar und in hervorgehobener Weise auf die in § 4 Abs 1 Z 1, 4, 5, 14 und 15 FAGG genannten Informationen hinzuweisen. Der Unternehmer hat gemäß § 8 Abs 2 FAGG dafür zu sorgen, dass der Verbraucher bei der Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflich-

tung verbunden ist. Wenn der Bestellvorgang die Aktivierung einer Schaltfläche oder die Betätigung einer ähnlichen Funktion erfordert, muss diese Schaltfläche oder Funktion gut lesbar ausschließlich mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer gleichartigen, eindeutigen Formulierung gekennzeichnet sein, die den Verbraucher darauf hinweist, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer verbunden ist (vgl auch 3 Ob 199/23w).

Der Button „jetzt bestellen“ in der Bestellmaske der Beklagten erfüllt diese gesetzlichen Vorgaben nicht.

5. Gemäß § 30 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG hat das Gericht der erfolgreich auf Unterlassung klagenden Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, auf Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen. 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 (RS0121963).

In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RS0121963 [T9]). Das berechtigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- oder sittenwidrig sind (RS0121963 [T7]). Selbst wenn der Unternehmer „nur

in der Online-Welt aktiv ist“, schließt dies nicht zwingend ein zusätzliches Bedürfnis nach einer allgemeinen Aufklärung des Publikums mithilfe einer Tageszeitung aus (RS0121963 [T13]). Im Gegenteil würde die Urteilsveröffentlichung nur auf der Website der Beklagten dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung nicht gerecht (vgl. RS0121963 [T15]), wird doch dort ein durchschnittlicher Verbraucher besagte Veröffentlichung weder erwarten noch danach suchen. Vielmehr entspricht die Veröffentlichung in der bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der Kronen Zeitung der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (3 Ob 32/23m; 3 Ob 199/23w mwN).

Zudem betreibt die Beklagte hier nicht ausschließlich nur einen Onlinehandel, sondern verfügt auch über einen Verkaufsort in Wien.

6. Der Berufung der Beklagten war daher nicht Folge zu geben.

7. Das Urteil war daher in eine gänzliche Klagsstattgebung abzuändern.

Auch bei Unterlassungsklagen ist nach § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen, wenn die Unterlassung die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (RS0041265 [T2, T3]). Bei Festlegung der Leistungsfrist ist zu berücksichtigen, ob die Umsetzung des Unterlassungsgebots aktiver Vorkehrungen wie bestimmter betrieblicher und/oder organisatorischer Maßnahmen bedarf (vgl. RS0041265 [T12]). Die Länge der Leistungsfrist ist einzel-fallbezogen zu beurteilen (RS0041265 [T8]).

Die Beklagte hat zu allfälligen betrieblich und/oder organisatorisch notwendigen Maßnahmen kein Vorbringen erstattet.

Da auch darauf Bedacht zu nehmen ist, dass der Unter-

nehmer seine Rechtsposition aus den rechtswidrigen Klauseln keinesfalls ohne Notwendigkeit aufrechterhalten können soll, was im Zweifel für eine knappere Bemessung der Frist sprechen wird (RS0041265 [T13]), aber dennoch eine Umgestaltung des Webauftrittes technisch umgesetzt werden muss, ist die Leistungsfrist hier mit drei Wochen anzusetzen.

III. Durch die Abänderung in der Hauptsache ist die erstinstanzliche Kostenentscheidung hinfällig geworden; die nunmehrigen erst- und zweitinstanzlichen Kostenentscheidungen gründen sich auf § 41 ZPO bzw. §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

IV. Der Bewertungsausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO folgt den durch die Klägerin vorgenommenen unbedenklichen Bezifferungen.

V. Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig, weil die vom Berufungsurteil umfassten Klauseln für eine größere Zahl von Verbrauchern von Bedeutung sind und der Oberste Gerichtshof - soweit überblickbar - etwa Klauseln über „Warenkorbabbrecher“-Benachrichtigungen und eine zusätzliche Versicherung einer zu übersendenden Ware noch nicht zu beurteilen hatte (RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 33, 19. Mai 2025

SP MMag. Martin Frank
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG