



Landesgericht
Innsbruck

RECHTSANWÄLTE
DR. KOSESNIK-WEHRLE
DR. LANGER
25. Jan. 2005
EINGELANGT
FRIST: 22.2.05
J. T. Beruff

59 Cg 75/04m

12

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht Innsbruck hat durch die Richterin Dr. Sabine Völkl-Torggler in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch **Kosesnik-Wehrle & Langer, RAe**, KEG, 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, gegen die beklagte Partei **Engelbert Perlinger, Kaufmann**, 6361 Hopfgarten, Elsbethen 2, vertreten durch **Plankel, Mayrhofer & Partner, RAe**, 6850 Dornbirn, Am Rathauspark, wegen Unterlassung (Streitinteresse EUR 21.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitinteresse EUR 4.500,--) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

- 1. Diese Verkaufsbedingungen gelten auch für alle zukünftigen Geschäfte mit dem Besteller.*
- 2. Sofern die Bestellung als Angebot gemäß § 861 ABGB (bzw. § 145 BGB) anzusehen ist, können wir diese innerhalb von 2 Wochen annehmen; ohne schriftliche Auftragsbestätigung kommt kein Vertrag zustande.*
- 3. Unsere Preise laut Preisliste sind freibleibend. Notwendige Preisänderungen aufgrund der Weltmarkt- und Erntebedingungen behalten wir uns ausdrücklich vor und werden auch ohne Erscheinen einer neuen Preisliste vorgenommen.*

4. Dem Besteller steht das Recht zur Aufrechnung nur zu, wenn seine Gegenansprüche rechtskräftig festgestellt, unbestritten oder von uns anerkannt sind.
5. Der Beginn der von uns angegebenen Lieferzeit setzt die Abklärung aller technischen Fragen sowie die rechtzeitige und ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen des Bestellers voraus.
6. Für den Fall, dass der Besteller in Annahmeverzug kommt oder sonstige Mitwirkungspflichten verletzt, sind wir berechtigt, den uns entstehenden Schaden zu verlangen.
7. Die Angabe von Lieferfristen/Lieferterminen erfolgt unverbindlich. Von uns nicht zu vertretende Störungen im Geschäftsbetrieb, insbesondere Streik, Aussperrungen und Fälle höherer Gewalt, die auf einem unvorhersehbaren und unverschuldeten Ereignis beruhen und zu schwerwiegenden Betriebsstörungen bei uns oder bei unseren Zulieferern führen, verlängern die Lieferfrist angemessen.
8. Zum Rücktritt ist der Besteller nur berechtigt, wenn er in diesen Fällen nach Ablauf der vereinbarten Lieferfrist die Lieferung schriftlich anmahnt und diese dann innerhalb von sechs Wochen nach Eingang des Mahnschreibens bei uns nicht an den Besteller erfolgt ist.
9. Wir sind berechtigt, die Kaufsache zurückzunehmen, wenn der Besteller sich vertragswidrig verhält.
10. Gewährleistungsrechte des Bestellers setzen voraus, dass dieser seinen nach §§ 377, 378 HGB geschuldeten Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten ordnungsgemäß nachgekommen ist.

11. Soweit ein von uns zu vertretender Mangel der Kaufsache vorliegt, sind wir berechtigt, nach unserer Wahl den Mangel entweder zu beseitigen oder Ersatz zu liefern.
12. Die Gewährleistungsfrist hängt vom Verfallsdatum des jeweiligen Produktes ab; abgelaufene Ware kann nicht mehr zurückgenommen werden.
13. Fehlmengen oder Bruch müssen bei Warenübernahme dem Spediteur/Frachtführer/Transporteur gegenüber sofort geltend gemacht werden. Bei berechtigter Reklamation wird entweder eine Gutschrift erteilt oder die entsprechende Menge nachgeliefert.
14. Regelmäßige Lagerungskontrolle sowie die Einhaltung der von uns vorgegebenen Lagerbedingungen sind auch während der Mindest-Haltbarkeitsfrist unerlässlich! Besonders bei Trockenfrüchten sind in den Monaten Mai bis Oktober laufende Kontrollen unbedingt erforderlich!
15. Transportschäden sind unmittelbar nach Erhalt der Lieferung beim Frachtbringer zu melden, da sonst kein Ersatz erfolgen kann. Reklamationen an der Ware sind spätestens 3 Tage nach Wareneingang bei uns zu melden.
16. Eine Rückgabe der bestellten, unbeanstandeten Ware ist aus verständlichen Gründen nicht möglich.
17. Für etwaige Schäden oder Nachteile durch unsachgemäße Anwendung gleicher Art ist die Firma Bioking nicht haftbar.

18. *Gerichtsstand: Erfüllungsort für beide Parteien ist das Bezirksgericht Kitzbühel/Tirol.*

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind;

Das Mehrbegehren auf Erteilung der Ermächtigung, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches samt Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des über diese Klage ergehenden Urteils für die Dauer von 30 Tagen auf der Website des Beklagten mit der Internetadresse www.bioking.at oder, sollte der Beklagte seine Internetadresse ändern, auf der Website mit der anstelle der Internetadresse www.bioking.at verwendeten Internetadresse, auf Kosten des Beklagten zu veröffentlichen, und zwar in Fettdruckumrandung mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, im Übrigen mit Schriftbild, Schriftgröße, Schriftfarbe, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen wie auf der Website des Beklagten, unter den Links "AGB" und "Liefer- und Zahlungsbedingungen" üblich, wobei die Veröffentlichung unter den genannten Links "AGB" und "Liefer- und Zahlungsbedingungen" zu erfolgen habe, wird

a b g e w i e s e n .

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen zu Händen des Klagsvertreters die mit EUR 1.997,57 (darin enthalten EUR 256,71 USt und EUR 457,33 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Mit der am 9.4.2004 eingebrachten Klage stellte die Klägerin das im Spruch genannte Begehren und brachte im Wesentlichen vor, dass der Beklagte Kaufmann sei und ua im Internet unter www.bioking.at Handel mit Lebens- und Nahrungsergänzungsmitteln treibe. Er trete dabei insbesondere mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in Kontakt. Auf der Website des Beklagten seien seine Geschäftsbedingungen enthalten, die er seinen abgeschlossenen Verträgen zugrunde lege. Die im Urteilsbegehren aufgeführten Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten. Es bestehe Wiederholungsgefahr, da der Beklagte diese Klauseln laufend im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwende. Der Aufforderung der klagenden Partei, eine Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, sei der Beklagte nicht nachgekommen. Da die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als solche des Beklagten bezeichnet seien, müsse jeder potentielle Vertragspartner davon ausgehen, dass der Beklagte sein Vertragspartner werde. Der Beklagte sei darüber hinaus Inhaber der Domain "www.bioking.at". Der im Impressum angeführte für den Inhalt Verantwortliche werde nicht Vertragspartner des Verbrauchers, da das Impressum vorwiegend dem Zweck der medienrechtlichen Verfolgung des Inhalts Verantwortlichen und der Transparenz diene. Vertragspartner des Verbrauchers sei der Beklagte geworden.

Die während des laufenden Verfahrens durchgeführte Änderung der Domainregistrierung sei erst unter Druck der eingebrachten Klage erfolgt, könne jederzeit wieder rückgängig gemacht werden und sei ebenso wenig geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, wie die bloße Änderung von AGB ohne

Verpflichtung, auf die Ausübung des Rechtes aus den Klauseln in Altverträgen zu verzichten.

Die Veröffentlichung des Urteils auf der Homepage des Beklagten sei notwendig, um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern.

Der Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete seine mangelnde Passivlegitimation ein, da er nicht mehr unternehmerisch tätig sei. Unter www.bioking.at würden ausschließlich Produkte der Perlinger GmbH zum Verkauf angeboten. Für den Inhalt der von der klagenden Partei beanstandeten Geschäfts-, Liefer- und Zahlungsbedingungen sei allein die Perlinger GmbH verantwortlich. Sie sei dabei, ihre Geschäftsbedingungen zu überarbeiten und inhaltlich neu zu formulieren, sodass diese dann weder sitten- noch rechtswidrig seien. Ein rechtliches Interesse der klagenden Partei an der begehrten Unterlassungsverpflichtung sowie an einer Urteilsveröffentlichung sei nicht gegeben, da nach ständiger Rechtsprechung das Vorliegen eines rechtlichen Interesses Anspruchsvoraussetzung sei, bei dessen Fehlen die Klage abzuweisen sei. Dies gelte auch, wenn das rechtliche Interesse erst nach Klageeinbringung weg falle. Eine allfällige Versäumnis der Perlinger GmbH, die vom Beklagten übernommenen AGB rechtzeitig abzuändern, könne dem Beklagten nicht zugerechnet werden. Aus Altverträgen aus der unternehmerischen Tätigkeit des Beklagten vor dem 1.12.2003 stünden ihm keinerlei Ansprüche mehr zu, da sämtliche Verträge von beiden Seiten erfüllt seien. Eine Berufung des Beklagten auf die von ihm damals allenfalls verwendeten AGB sei ausgeschlossen. Geschäftsbedingungen, die nicht mit der geltenden Rechtslage in Einklang stünden, seien ohnedies unwirksam.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die Liefer- und Zahlungsbedingungen der Firma Bioking Engelbert Perlinger (Beilage A), deren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Beilage B), die Bestellzusammenfassung des Beklagten gegenüber [REDACTED] vom 27.3.2003 (Beilage C), die Domainabfrage betreffend www.bioking.at vom 30.3.2004 (Beilage D), die Domainabfrage betreffend www.engelbert-perlinger.at vom 30.3.2004 (Beilage E), das Abmahnschreiben der klagenden Partei vom 17.3.2004 (Beilage F), die Domainabfrage betreffend www.bioking.at vom 24.6.2004 (Beilage G), den Übernahmschein der Post vom 19.3.2004 (Beilage H), das Impressum der Homepage www.bioking.at vom 21.6.2004 (Beilage 1), die Domainabfrage betreffend www.bioking.at vom 25.8.2004 (Beilage 2), die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Perlinger GmbH, Stand Juli 2004 (Beilage 3), den Firmenauszug der Perlinger GmbH vom 8.6.2004 (Beilage 4), die Rechnung der Perlinger GmbH samt AGB und Preisliste vom 20.10.2004 (Beilage 5), sowie durch Vernehmung des Zeugen [REDACTED] und des Beklagten als Partei (beide ON 9).

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Der Beklagte war Kaufmann und betrieb unter der Bezeichnung "Bioking - Engelbert Perlinger" einen Handel mit Lebens- und Nahrungsergänzungsmitteln. Der Vertrieb der Produkte erfolgte über das Internet auf der Website "www.bioking.at". Dort waren in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie den Liefer- und Zahlungsbedingungen des Beklagten ua folgende Klauseln angeführt:

1. *Diese Verkaufsbedingungen gelten auch für alle zukünftigen Geschäfte mit dem Besteller.*
2. *Sofern die Bestellung als Angebot gemäß § 861 ABGB (bzw. § 145 BGB) anzusehen ist, können wir diese innerhalb von 2 Wochen annehmen; ohne schriftliche Auftragsbestätigung kommt kein Vertrag zustande.*
3. *Unsere Preise laut Preisliste sind freibleibend. Notwendige Preisänderungen aufgrund der Weltmarkt- und Erntebedingungen behalten wir uns ausdrücklich vor und werden auch ohne Erscheinen einer neuen Preisliste vorgenommen.*
4. *Dem Besteller steht das Recht zur Aufrechnung nur zu, wenn seine Gegenansprüche rechtskräftig festgestellt, unbestritten oder von uns anerkannt sind.*
5. *Der Beginn der von uns angegebenen Lieferzeit setzt die Abklärung aller technischen Fragen sowie die rechtzeitige und ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen des Bestellers voraus.*
6. *Für den Fall, dass der Besteller in Annahmeverzug kommt oder sonstige Mitwirkungspflichten verletzt, sind wir berechtigt, den uns entstehenden Schaden zu verlangen.*
7. *Die Angabe von Lieferfristen/Lieferterminen erfolgt unverbindlich. Von uns nicht zu vertretende Störungen im Geschäftsbetrieb, insbesondere Streik, Aussperrungen und Fälle höherer Gewalt, die auf einem unvorhersehbaren und unverschuldeten Ereignis beruhen und zu schwerwiegenden Betriebsstörungen bei uns oder bei unseren Zulieferern führen, verlängern die Lieferfrist angemessen.*

8. *Zum Rücktritt ist der Besteller nur berechtigt, wenn er in diesen Fällen nach Ablauf der vereinbarten Lieferfrist die Lieferung schriftlich anmahnt und diese dann innerhalb von sechs Wochen nach Eingang des Mahnschreibens bei uns nicht an den Besteller erfolgt ist.*
9. *Wir sind berechtigt, die Kaufsache zurückzunehmen, wenn der Besteller sich vertragswidrig verhält.*
10. *Gewährleistungsrechte des Bestellers setzen voraus, dass dieser seinen nach §§ 377, 378 HGB geschuldeten Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten ordnungsgemäß nachgekommen ist.*
11. *Soweit ein von uns zu vertretender Mangel der Kaufsache vorliegt, sind wir berechtigt, nach unserer Wahl den Mangel entweder zu beseitigen oder Ersatz zu liefern.*
12. *Die Gewährleistungsfrist hängt vom Verfallsdatum des jeweiligen Produktes ab; abgelaufene Ware kann nicht mehr zurückgenommen werden.*
13. *Fehlmengen oder Bruch müssen bei Warenübernahme dem Spediteur/Frachtführer/Transporteur gegenüber sofort geltend gemacht werden. Bei berechtigter Reklamation wird entweder eine Gutschrift erteilt oder die entsprechende Menge nachgeliefert.*
14. *Regelmäßige Lagerungskontrolle sowie die Einhaltung der von uns vorgegebenen Lagerbedingungen sind auch während der Mindest-Haltbarkeitsfrist unerlässlich! Besonders bei Trockenfrüchten sind in den Monaten Mai bis Oktober laufende Kontrollen unbedingt erforderlich!"*
(Beilage B).

In den ebenfalls auf der Website des Beklagten www.bioking.at enthaltenen Liefer- und Zahlungsbedingungen finden sich folgende Klauseln:

15. *Transportschäden sind unmittelbar nach Erhalt der Lieferung beim Frachtbringer zu melden, da sonst kein Ersatz erfolgen kann. Reklamationen an der Ware sind spätestens 3 Tage nach Wareneingang bei uns zu melden.*
16. *Eine Rückgabe der bestellten, unbeanstandeten Ware ist aus verständlichen Gründen nicht möglich.*
17. *Für etwaige Schäden oder Nachteile durch unsachgemäße Anwendung gleicher Art ist die Firma Bioking nicht haftbar.*
18. *Gerichtsstand: Erfüllungsort für beide Parteien ist das Bezirksgericht Kitzbühel/Tirol." (Beilage A).*

Inhaber der Domain "www.bioking.at" war bis 24.8.2004 der Beklagte.

Der Beklagte richtete seine Geschäftstätigkeit auch auf Verbraucher im Sinne des § 1 KSchG aus, die zu seinen Kunden gehörten. So bestellte [REDACTED] am 27.11.2003 als Verbraucherin zwei vom Beklagten angebotene Nahrungsergänzungsmittel, wobei dieser Bestellung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie die Liefer- und Zahlungsbedingungen des Beklagten und damit auch die oben angeführten Klauseln zugrunde lagen (Beilage C, B und A).

Am 31.10.2003 wurde die Perlinger GmbH, deren Geschäftsführerin die am 3.2.1983 geborene Tochter des Beklagten [REDACTED] ist, im Firmenbuch des Landesgerichtes Innsbruck eingetragen (Beilage 4). Der Beklagte verkaufte sein Unternehmen Bioking Engelbert Perlinger an die Perlinger GmbH, wobei nicht festgestellt werden kann, ob dieser Verkauf bereits vor dem 24.8.2004 erfolgte.

Weiters kann nicht festgestellt werden, ab welchem Zeitpunkt die Perlinger GmbH die über www.bioking.at von Verbrauchern getätigten Bestellungen erledigte. Bis Juni 2004 wurden jedem Auftrag, der über www.bioking.at erteilt wurde, die im Spruch angeführten Passagen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma Bioking Engelbert Perlinger sowie die ebenfalls im Spruch angeführten Liefer- und Zahlungsbedingungen zugrunde gelegt.

Für den Text und Inhalt der Homepage www.bioking.at war ab dem 21.6.2004 die Perlinger GmbH verantwortlich (Beilage 1). Wer vor dem 21.6.2004 im Impressum der Homepage aufschien, kann nicht festgestellt werden.

Nach dem Verkauf des Unternehmens Bioking Engelbert Perlinger an die Perlinger GmbH war der Beklagte als Berater für die Geschäftsführung angestellt, wobei der Zeitraum der Anstellung nicht festgestellt werden kann.

Mit Schreiben vom 17.3.2004 forderte die klagende Partei den Beklagten auf, zur Vermeidung eines gerichtlichen Unterlassungsverfahrens die in der Anlage beigefügte und durch eine Vertragsstrafevereinbarung gesicherte Unterlassungserklärung binnen einer Frist von 14 Tagen, einlangend bei der klagenden Partei bis spätestens 6.4.2004 abzugeben. In diesem Schreiben waren die beanstandeten Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Liefer- und Zahlungsbedingungen, die im Spruch dieser Entscheidung angeführt sind, enthalten (Beilage F). Dieses Schreiben wurde am 19.3.2004 von einer Person an der Adresse [REDACTED] in Hopfgarten, die zur Entgegennahme von eingeschriebenen Briefsendungen an die Firma Bioking Engelbert Perlinger befugt war, übernommen. Es erfolgte keine Reaktion auf das Schreiben.

Von der Perlinger GmbH wurden die beanstandeten Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Liefer- und Zahlungsbedingungen überarbeitet. Ab 12.10.2004 wurde die überarbeitete Fassung den über www.bioking.at getätigten Bestellungen zugrunde gelegt, in der die beanstandeten Klauseln nicht mehr enthalten waren (Beilage 3).

Es gibt nach wie vor Verträge zwischen dem Beklagten und Konsumenten, denen die beanstandeten Klauseln als Geschäftsbedingungen oder Liefer- und Zahlungsbedingungen zugrunde liegen und aus denen noch Ansprüche einer Seite offen sind, die somit nicht von beiden Seiten endgültig erfüllt sind.

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf folgende

Beweiswürdigung:

Wann das Unternehmen Bioking Engelbert Perlinger an die Perlinger GmbH verkauft wurde, konnte mangels objektiver Beweisergebnisse für den Zeitraum vor dem 24.8.2004 nicht festgestellt werden. Aus Beilage 1 ergibt sich, dass im Impressum für die Website www.bioking.at ab 21.6.2004 die Perlinger GmbH aufscheint. Dies reicht als Beweis für einen Verkauf des Unternehmens Bioking Engelbert Perlinger an die Perlinger GmbH nicht aus, da das Impressum grundsätzlich lediglich Ordnungsangaben enthält und sich aus ihm allein keine Schlussfolgerungen auf einen allfälligen äußeren Tatbestand ableiten lassen (5 Ob 230/70). Gemäß § 24 MedienG sind auf jedem Medienwerk der Name oder die Firma des Medieninhabers (Verlegers) und des Herstellers sowie der Verlags- und der Herstellungsort anzugeben (Impressum). Gemäß § 1 Z 8 MedienG ist Medieninhaber (Verleger), wer ein Medienunternehmen oder einen Mediendienst

betreibt oder sonst das Erscheinen von Medienwerken durch in Verkehr bringen der Medienstücke besorgt. Das Impressum ist daher als Beweis, wann das Unternehmen Bioking Engelbert Perlinger an die Perlinger GmbH verkauft wurde, nicht geeignet. Als weitere Beweismittel zu dieser Frage wurde vom Beklagten lediglich seine eigene Parteienvernehmung und die Vernehmung des Zeugen [REDACTED] angeboten. Auch diese reichen jedoch für Feststellungen zu einem Verkauf des Unternehmens Bioking Engelbert Perlinger an die Perlinger GmbH vor dem 24.8.2004 nicht aus. Der Zeuge [REDACTED] gab zwar an, dass er von September oder Oktober 2002 bis November 2003 im Unternehmen des Beklagten und seit Dezember 2003 im Unternehmen der Tochter des Beklagten tätig sei sowie die Firma Bioking Engelbert Perlinger bis Ende November 2003 existiert habe und an Shaleen Perlinger verkauft worden sei. Diese Angaben sind jedoch schon aufgrund des Naheverhältnisses des Zeugen zum Beklagten mit erheblicher Vorsicht zu werten, abgesehen davon, dass der Zeuge während seiner Vernehmung immer wieder hilfeschend zum Beklagten blickte und offenkundig jene Angaben machte, die der Beklagte von ihm wünschte. Auch die bloßen Angaben des Beklagten im Rahmen seiner Parteilichkeit reichen für gesicherte Feststellungen nicht aus. Für ihn wäre es ein Leichtes gewesen, die entsprechenden Behauptungen zum Zeitpunkt des Verkaufs der Firma Bioking Engelbert Perlinger an die Perlinger GmbH durch Vorlage des entsprechenden Kaufvertrages und die Behauptung, dass die Perlinger GmbH ab Dezember 2003 die über www.bioking.at von Verbrauchern getätigten Bestellungen bediente, durch Vorlage entsprechender Rechnungen unter Beweis zu stellen. Die einzige Rechnung, die vom Beklagten jedoch in diesem Zusammenhang vorgelegt wurde, datiert vom 21.10.2004.

Dasselbe gilt für die Behauptung des Beklagten, dass das Impressum der Homepage www.bioking.at bereits am 1.12.2003 von der Firma Bioking Engelbert Perlinger auf die Perlinger GmbH umgestellt wurde. Obwohl nach den Angaben des Zeugen [REDACTED] die Umstellung von der Firma Mona Lisa in Kufstein durchgeführt worden sei, wurde eine entsprechende Rechnung dieser Firma, die das Datum der Umstellung belegen könnte, nicht vorgelegt. Zur Beweiskraft der Angaben des Beklagten und des Zeugen [REDACTED] wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Auch hinsichtlich des Zeitraums, in dem der Beklagte bei der Perlinger GmbH angestellt gewesen sei, liegen keine objektiven Beweisergebnisse vor, obwohl der Zeitraum der Anstellung (etwa durch die An- und Abmeldung bei der TGKK) leicht nachgewiesen werden hätte können.

Die Feststellung, dass der Beklagte bis 24.8.2004 Inhaber der Domain bioking.at war, gründet sich auf die Urkunde Beilage 2, aus der sich ergibt, dass am 25.8.2004 Domaininhaber die Perlinger GmbH war. Für den Zeitraum vor dem 24.8.2004 liegen Beilage D vor, in der am 30.3.2004 als Domaininhaber der Beklagte aufscheint, sowie Beilage G, in der am 24.6.2004 als Domaininhaber ebenfalls der Beklagte aufscheint. Aufgrund dieser vorliegenden Beweismittel konnte lediglich die Feststellung getroffen werden, dass die Perlinger GmbH ab 25.8.2004 Inhaber der Domain bioking.at war.

Aus Beilage 3 ist zu entnehmen, dass ab 12.10.2004 von der Perlinger GmbH Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet wurden, in denen die beanstandeten Klauseln nicht mehr enthalten sind.

Der Beklagte behauptete, dass es keine Verträge zwischen der Firma Bioking Engelbert Perlinger und Verbrauchern mehr gebe, die die beanstandeten Klauseln zum Inhalt haben, und nicht schon von beiden Seiten erfüllt sind, weiters dass aus diesen Verträgen keine Ansprüche mehr gestellt werden. Den Beweis dafür konnte der Beklagte nicht führen, da es der allgemeinen Lebenserfahrung widerspricht, dass selbst für den Fall, dass sämtliche Kaufpreise aus diesen Verträgen bezahlt sein sollten, nicht innerhalb der vom Gesetz eingeräumten Gewährleistungsfrist irgendwelche Ansprüche aus dem Titel der Gewährleistung gestellt werden oder Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden.

Der Beklagte behauptete, dass ihm das Schreiben der klagenden Partei vom 17.3.2004 (Beilage F) nie zugekommen sei. Daraufhin wurde von der klagenden Partei der Übernahmschein der eingeschriebenen Briefsendung für dieses Schreiben vorgelegt (Beilage H). Die Unterschrift auf diesem Übernahmschein, mit der der Erhalt der Sendung bestätigt wurde, ist nahezu unleserlich. Ein Vergleich dieser Unterschrift mit jener des Beklagten am Protokoll der Streitverhandlung vom 21.10.2004 ergibt keinerlei Ähnlichkeit, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Beklagte selbst den Übernahmschein unterschrieben hat. Da vom Beklagten jedoch weder im Zuge seines Vorbringens noch im Rahmen der Urkundenerklärung zu Beilage H vorgebracht wurde, dass die Person, die den Empfang des Schreibens auf dem Übernahmschein Beilage H bestätigte, nicht zur Entgegennahme einer Postsendung an die Firma Bioking Engelbert Perlinger befugt war, war aufgrund der Urkunde Beilage H festzustellen, dass das Schreiben der klagenden Partei vom 17.3.2004 nicht vom Beklagten selbst, sondern von einer Person an der Adresse Elsbethen 2 in Hopfgarten erfolgte, die zur Entgegennahme

von eingeschriebenen Briefsendungen an die Firma Bioking Engelbert Perlinger befugt war.

Im Übrigen gründen sich die Feststellungen auf die jeweils in Klammer angeführten Beweismittel, die insofern unwidersprochen und unbedenklich sind.

1. Zum Einwand des fehlenden rechtlichen Interesses der klagenden Partei:

Der Beklagte wendete das mangelnde rechtliche Interesse der klagenden Partei ein, das eine Anspruchsvoraussetzung sei, die auch dann zu beachten sei, wenn das rechtliche Interesse nach Klageeinbringung weg falle.

Das Rechtsschutzbedürfnis als allgemeine Prozessvoraussetzung ist zwar umstritten, wird aber jedenfalls bei Leistungsklagen grundsätzlich vermutet (MietSlg 45.660). Der Beklagte verwendete die beanstandeten Klauseln im geschäftlichen Verkehr, da sie allen Geschäften, die über die Homepage www.bioking.at abgeschlossen wurden, zugrunde lagen. Bei solchen behaupteten Rechtsverletzungen ist, wenn es sich um echte Unterlassungsklagen handelt, das Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich schon aus der behaupteten Rechtsverletzung abzuleiten (MietSlg 29.153; 34.725).

2. Zur Wiederholungsgefahr:

Erst eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch eines klagslegitimierten Verbandes beseitigt die Wiederholungsgefahr (OGH ecolex 1999/216 mit Verweis auf die Rechtsprechung zu § 14 UWG). Nach den Materialien wird bei Nichtabgabe oder nicht zeitgerechter Abgabe einer besicherten Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr indiziert (ErläutRV 311 Blg NR 20.GP 31). Eine derartige Unterlassungserklärung gab der Beklagte jedoch nicht ab.

3. Zur Passivlegitimation:

Dass die Perlinger GmbH vor dem 24.8.2004 das Unternehmen "Bioking Engelbert Perlinger" betrieb, konnte nicht festgestellt werden. Daher ist davon auszugehen, dass der Beklagte bei Klageeinbringung Inhaber der Firma Bioking Engelbert Perlinger war.

Selbst dann, wenn der Beklagte seine Behauptung eines Verkaufes des Unternehmens Bioking-Engelbert Perlinger an die Perlinger GmbH für die Zeit vor Klageeinbringung unter Beweis stellen hätte können, wäre für ihn nichts gewonnen. Da er zum Zeitpunkt der Klageeinbringung Inhaber der Domain www.bioking.at war und die Geschäftsbedingungen der Firma Bioking-Engelbert Perlinger verwendet wurden, setzte der Beklagte zumindest im Außenverhältnis den Anschein, Vertragspartner bei Vertragsabschlüssen, die unter www.bioking.at abgeschlossen wurden, zu sein. Durch das Auftreten als Vertragspartner bei Vertragsabschlüssen unter www.bioking.at muss sich der Beklagte auch so behandeln lassen. Diese ungeschriebene Regel wurde vom OGH mehrfach angewendet (SZ 44/90; RdW 1985, 337; SZ 38/161) und erwähnt (SZ 61/162; WBI 1994, 169; HS 1293; RZ 1959, 107). In Betracht kommt nicht nur ein Vertrauen auf eine ausdrückliche Erklärung, sondern auch ein Vertrauen auf Umstände, aus denen auf eine bestimmte Rechtslage geschlossen werden kann (Rebhahn in Jabornek, HGB vor § 1 Rz 38). Die Rechtsscheingrundlage muss demjenigen zurechenbar sein, gegen den sich der Rechtsschein richten soll. Erklärungsfahrlässigkeit reicht dafür aus (Rebhahn in Jabornek, HGB, vor § 1 Rz 44). Sie liegt vor, wenn der Betroffene bei gebotener Sorgfalt das Entstehen des Anscheins verhindern und überdies hätte erkennen können, dass auf den Anschein vertraut werden könnte (SZ 38/161). Das Abmahnschreiben der klagenden Partei wurde von einer Person übernommen, die

zur Entgegennahme von eingeschriebenen Briefsendungen an die Firma Bioking Engelbert Perlinger befugt war, und wurde daher ordnungsgemäß zugestellt. Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass er von diesem Schreiben und damit von der Rechts- und Sittenwidrigkeit der Klauseln auf der Homepage www.bioking.at keine Kenntnis hatte. Die Rechtscheingrundlage ist ihm deshalb auch zuzurechnen. Er setzte sohin durch das Auftreten als Domaininhaber und durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Überschrift "Bioking-Engelbert Perlinger" den Rechtsschein dafür, dass er als Vertragspartner unter www.bioking.at auftritt. Da die Rechtsscheinwirkung nicht nur für Rechtsgeschäfte gilt, sondern auch für die damit zusammenhängenden Prozesshandlungen, kann sich der Beklagte nicht auf seine fehlende Passivlegitimation berufen (*Rebhahn* in *Jabornek*, HGB § 5 Rz 18).

4. Zur Rechts- und Sittenwidrigkeit der beanstandeten Klauseln:

Die Rechts- und Sittenwidrigkeit der beanstandeten Klauseln wurde vom Beklagten nicht substantiiert bestritten.

Er trat im geschäftlichen Verkehr als Unternehmer iSd § 1 KSchG auf und verwendete im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG die beanstandeten Klauseln:

1. Diese Verkaufsbedingungen gelten auch für alle zukünftigen Geschäfte mit dem Besteller.

Diese Klausel ist für den Verbraucher nachteilig, da AGB ausschließlich auf einer ausdrücklichen oder schlüssigen Vereinbarung im Vertragsverhältnis beruhen. Es muss für den Verbraucher bei jedem Vertragsabschluss erkennbar sein, dass der Unternehmer nur zu den jeweils gegenständlichen AGB abschließt. Bei Folgeverträgen wäre dies nicht der Fall, da der Unternehmer nicht mehr auf die

Geltung der AGB hinweisen müsste. Außerdem muss der Verbraucher, ausgehend von dem im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten, nicht mit der Vereinbarung einer solchen Bestimmung rechnen. Diese Klausel ist sohin nicht nur nachteilig für den Verbraucher sondern auch ungewöhnlich und überraschend und verstößt damit insgesamt gegen § 864a ABGB.

2. Sofern die Bestellung als Angebot gemäß § 861 ABGB (bzw. § 145 BGB) anzusehen ist, können wir diese innerhalb von 2 Wochen annehmen; ohne schriftliche Auftragsbestätigung kommt kein Vertrag zustande.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sind Vertragsbestimmungen unzulässig, wonach sich der Unternehmer eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist ausbedingt, während der er einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann oder während der der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist. Diese Bestimmung soll eine ungebührliche Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Verbrauchers und eine damit verbundene besondere Dispositionsfreiheit des Unternehmers verhindern. In diese Frist werden die Zeit des Postlaufs und eine angemessene Überlegungsfrist auf Seiten des Unternehmers miteingerechnet (*Krejci* in Rummel³ § 6 KSchG Rz 25ff). Die beklagte Partei bedingt sich eine Frist von zwei Wochen aus, in der sie das Angebot des Bestellers annehmen kann oder nicht. Bei der Berechnung der Zeit des Postlaufs muss man hier berücksichtigen, dass im Fall der Bestellung per E-Mail diese innerhalb von wenigen Sekunden beim Unternehmen einlangt. Nun stellt sich die Frage nach der angemessenen Frist für die Willensbildung auf Seite der beklagten Partei. Für diese Frage ist die Art des Geschäfts, die Art der Leistung und die erkennbare Unternehmensorganisation von entscheidender Bedeutung. Zieht man für die Zeit des Postlaufs der schriftlichen Auftragsbestätigung drei Tage ab, so bleiben der beklagten Partei 11 Tage Zeit, um sich zu entscheiden.

Bei den Geschäften handelt es sich um den Verkauf von Lebens- und Nahrungsergänzungsmitteln. Für eine solche Art von Geschäft ist eine 11 Tage dauernde Überlegungsfrist unangemessen. Gründe für eine sachliche Rechtfertigung einer 11 Tage dauernden Frist wären z.B. in erhöhtes Kalkulationserfordernis, Nachforschungen über die Verfügbarkeit der gewünschten Leistung oder organisationsbedingte Verzögerungen. Das Gericht sieht aber bei der beklagten Partei keinen Grund, der eine 11 Tage dauernde Überlegungsfrist rechtfertigen würde. Die Klausel verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG.

3. Unsere Preise laut Preisliste sind freibleibend. Notwendige Preisänderungen aufgrund der Weltmarkt- und Erntebedingungen behalten wir uns ausdrücklich vor und werden auch ohne Erscheinen einer neuen Preisliste vorgenommen.

Durch diese Klausel kann sich die beklagte Partei jegliche Preisänderung vorbehalten, und ist nicht an ihre Preise laut Preisliste gebunden. Diese Klausel verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Diese Bestimmung will Verbraucher vor unvorhersehbaren, nicht kalkulierbaren einseitigen Preisänderungen durch den Unternehmer schützen. Eine solche einseitige Preisänderung ist nur dann erlaubt, wenn der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, die für die Entgeltänderung maßgeblichen Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind sowie ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt. Die maßgebenden Umstände für eine Preisänderung müssen klar umschrieben sein, sodass der Verbraucher sich Klarheit verschaffen kann, unter welchen Umständen er in welchem Ausmaß mit einer Preiserhöhung zu rechnen hat. Der vom Beklagten verwendete Hinweis auf die Weltmarkt- und Erntebedingungen reicht als Umstand nicht aus. Ein

solch generalklauselhafter Hinweis ist zu unbestimmt, um Preisänderungen sachlich zu rechtfertigen. Es ist auch kein ausreichender sachlicher Bezug zwischen dem Umstand der Weltmarkt- und Erntebedingungen und der Preiskalkulation erkennbar. Außerdem sagt der Hinweis auf die Weltmarkt- und Erntebedingungen nichts über das Ausmaß von Preisänderungen aus.

4. Dem Besteller steht das Recht zur Aufrechnung nur zu, wenn seine Gegenansprüche rechtskräftig festgestellt, unbestritten oder von uns anerkannt sind.

Vertragsbestimmungen sind gemäß § 6 Abs 1 Z 8 KSchG nichtig, wenn das Recht des Verbrauchers, seine Verbindlichkeiten durch Aufrechnung aufzuheben, für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers oder für Gegenforderungen ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, die gerichtlich festgestellt oder vom Unternehmer anerkannt worden sind. Die Vereinbarung, dass der Kunde nur zur Aufrechnung bei rechtskräftig festgestellten, unbestrittenen oder vom Unternehmer anerkannten Gegenansprüchen ermächtigt ist, verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG.

5. Der Beginn der von uns angegebenen Lieferzeit setzt die Abklärung aller technischen Fragen sowie die rechtzeitige und ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen des Bestellers voraus.

Diese Klausel verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, weil sich daraus keine bestimmte Lieferfrist ergibt. Generell verstoßen Klauseln gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, wenn Liefer- und Nachfristen überlang oder nicht ausreichend bestimmt sind. Der Verbraucher kann im voraus weder kalendermäßig noch wenigstens halbwegs genau abschätzen, wie lange die beklagte Partei für die Lieferung der bestellten Ware

braucht. Der Begriff der "technischen Frage" ist für den Verbraucher nicht ausreichend objektivierbar.

6. Für den Fall, dass der Besteller in Annahmeverzug kommt, oder sonstige Mitwirkungspflichten verletzt, sind wir berechtigt, den uns entstehenden Schaden zu verlangen.

Diese Klausel verletzt das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Die Formulierung "sonstige Mitwirkungspflichten" ist deshalb unklar, weil nicht näher definiert wird, welche Mitwirkungspflichten das sind. Außerdem ist diese Klausel eine gröblich benachteiligende Vertragsbestimmung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Der Beklagte macht einen Schadenersatzanspruch entgegen den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen der §§ 1295 ff ABGB von der Verletzung von Mitwirkungspflichten und des Annahmeverzuges abhängig. Das allgemeine Schadenersatzrecht des ABGB setzt ein kausal-adäquates, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Schädigers voraus. Der Annahmeverzug ist hingegen eine Obliegenheitsverletzung, die nach dem allgemeinen Schadenersatzrecht keine Schadenersatzverpflichtung auslöst. Diese Klausel verschlechtert somit gröblich die Rechtsposition des Verbrauchers, da sie einseitig vom dispositivem Recht abweicht.

7. Die Angabe von Lieferfristen/Lieferterminen erfolgt unverbindlich. Von uns nicht zu vertretende Störungen im Geschäftsbetrieb, insbesondere Streik, Aussperrungen und Fälle höherer Gewalt, die auf einem unvorhersehbaren und unverschuldeten Ereignis beruhen und zu schwerwiegendem Betriebsstörungen bei uns oder bei unseren Zulieferern führen, verlängern die Lieferfrist angemessen.

Diese Vertragsbestimmung verstößt wie jene unter Punkt 5. gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, weil sich daraus keine bestimmte Lieferfrist ergibt. Durch die Formulierungen

"Die Angabe von Lieferfristen/Lieferterminen erfolgt unverbindlich" und "verlängern die Lieferfrist angemessen" kann der Verbraucher auch hier nicht genau abschätzen, wie lange der Beklagte für die Lieferung der bestellten Ware braucht.

8. Zum Rücktritt ist der Besteller nur berechtigt, wenn er in diesen Fällen nach Ablauf der vereinbarten Lieferfrist die Lieferung schriftlich anmahnt und diese dann innerhalb von 6 Wochen nach Eingang des Mahnschreibens bei uns nicht an den Besteller erfolgt ist.

Auch die Setzung überlanger und nicht hinreichend bestimmter Nachfristen im Fall des Unternehmersverzuges ist gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG unzulässig. Eine sechs Wochen dauernde Nachfrist ab Eingang des Mahnschreibens erscheint dem Gericht beim Handel mit Lebens- und Nahrungsergänzungsmitteln jedenfalls nicht mehr als angemessen. Gemäß § 918 ABGB richtet sich die Angemessenheit der Nachfrist nach den konkreten Umständen. Die Nachfrist muss aber keinesfalls so lang sein, dass die bei Fälligkeit noch nicht in Angriff genommene Leistung erbracht werden kann (so *Krejci* in Rummel⁹ § 6 KSchG Rz 29).

9. Wir sind berechtigt die Kaufsache zurückzunehmen, wenn der Besteller sich vertragswidrig verhält.

Diese Klausel verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB, da sie die beklagte Partei berechtigt, wegen jeglichen vertragswidrigen Verhaltens die Sache zurück zu verlangen. Ein Eigentumsvorbehalt dient ausschließlich der Sicherung der Kaufpreisforderung und nicht dem Zweck eines generellen Rücktrittsrechtes für vertragswidriges Verhalten des Käufers. Dementsprechend benachteiligt diese Klausel den Verbraucher gröblich und verstößt somit gegen § 879 Abs 3 ABGB.

10. Gewährleistungsrechte des Bestellers setzen voraus, dass dieser seinen nach §§ 377, 378 HGB geschuldeten Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten ordnungsgemäß nachgekommen ist.

Eine Rügepflicht gemäß §§ 377, 378 HGB trifft nur den Kaufmann, die §§ 922 ff ABGB setzen eine Rügepflicht nicht voraus. Zwar sind die Normen des ABGB grundsätzlich dispositiv, doch kann gemäß § 9 KSchG nicht zum Nachteil eines Verbrauchers davon abgewichen werden. Die Klausel, wonach der Verbraucher einer handelsrechtlichen Rügepflicht unterliegt, verstößt deshalb gegen § 9 KSchG.

11. Soweit ein von uns zu vertretender Mangel der Kaufsache vorliegt, sind wir berechtigt, nach unserer Wahl den Mangel entweder zu beseitigen oder Ersatz zu liefern.

Gemäß § 932 ABGB hat ein Vertragspartner die Wahl zwischen vier Gewährleistungsbehelfen: Die Verbesserung, den Austausch der Sache, Preisminderung und Aufhebung des Vertrages; die Klausel der beklagten Partei schränkt die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers auf die Behelfe der Verbesserung und des Austausches ein und dies auch nur bei Mängeln, die von der beklagten Partei zu vertreten sind. Diese Klausel verstößt somit auch gegen § 9 KSchG, da zum Nachteil des Verbrauchers von den Gewährleistungsregeln des ABGB abgewichen wird.

12. Die Gewährleistungsfrist hängt vom Verfallsdatum des jeweiligen Produktes ab; abgelaufene Ware kann nicht mehr zurückgenommen werden.

Gemäß § 9 KSchG ist die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Gewährleistungsfrist unwirksam. Diese Klausel des Beklagten macht die Gewährleistungsfrist aber vom jeweils auf den Produkten angebrachten Verfallsdatum abhängig, das unter Umständen auch vor dem Zeitpunkt des Endes der gesetzlichen

Frist liegen kann. Lebens- und Nahrungsergänzungsmittel können aber nicht nur verderben, sondern auch andere Mängel aufweisen. Somit verstößt die Klausel gegen § 9 KSchG, da die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Gewährleistungsfrist unwirksam ist.

13. Fehlmengen oder Bruch müssen bei Warenübernahme dem Spediteur/Frachtführer/Transporteur gegenüber sofort geltend gemacht werden. Bei berechtigter Reklamation wird entweder eine Gutschrift erteilt oder die entsprechende Menge nachgeliefert.

Diese Klausel macht die Gewährleistung von einer sofortigen Untersuchung und Reklamation bei Warenübernahme abhängig. Da es in den Gewährleistungsbestimmungen des ABGB keine solche sofortige Untersuchungs- und Rügepflicht gibt, verstößt diese Klausel gegen § 9 KSchG, weil sie wiederum zum Nachteil des Verbrauchers von den Gewährleistungsregeln des ABGB abweicht.

14. Regelmäßige Lagerungskontrollen sowie die Einhaltung der von uns vorgegebenen Lagerbedingungen sind auch während der Mindest-Haltbarkeitsfrist unerlässlich! Besonders bei Trockenfrüchten sind in den Monaten Mai - Oktober laufende Kontrollen unbedingt erforderlich!

Unter Zugrundelegung der kundenfeindlichsten Auslegung schränkt diese Klausel die Gewährleistungsrechte des Kunden unzulässigerweise ein, da die Gewährleistung an die Voraussetzung von Lagerbedingungen und regelmäßigen Kontrollen geknüpft wird. Da es in den Gewährleistungsbestimmungen des ABGB keine solche Verknüpfung der Gewährleistung mit Lagerbedingungen und Kontrollen gibt, verstößt diese Klausel gegen § 9 KSchG, weil zum Nachteil des Verbrauchers von den Gewährleistungsregeln des ABGB abgewichen wird.

15. Transportschäden sind unmittelbar nach Erhalt der Lieferung beim Frachtbringer zu melden, da sonst kein Ersatz erfolgen kann. Reklamationen an der Ware sind spätestens 3 Tage nach Wareneingang bei uns zu melden.

Diese Klausel macht die Gewährleistung von einer sofortigen Untersuchung bei Warenübernahme und einer Reklamation innerhalb von drei Tagen ab Wareneingang abhängig. Da es in den Gewährleistungsbestimmungen des ABGB keine solche sofortige Untersuchungs- und Rügepflicht gibt, verstößt diese Klausel gegen § 9 KSchG, weil sie wiederum zum Nachteil des Verbrauchers von den Gewährleistungsregeln des ABGB abweicht.

16. Eine Rückgabe der bestellten, unbeanstandeten Ware ist aus verständlichen Gründen nicht möglich.

Diese Klausel verstößt gegen § 5e KSchG. Die Verträge werden über das Internet abgeschlossen, daher sind die §§ 5a ff KSchG über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz anzuwenden. Gemäß § 5e KSchG kann der Verbraucher von einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag innerhalb von sieben Werktagen oder falls der Unternehmer seinen Informationspflichten nach § 5d Abs 1 und 2 KSchG nicht nachgekommen ist, innerhalb der Frist von drei Monaten, ab Erhalt der Ware, ohne Angabe von Gründen vom Vertrag zurücktreten. Da die Klausel dem Verbraucher keine Rücktrittsmöglichkeit einräumt, verstößt sie gegen § 5e KSchG.

17. Für etwaige Schäden oder Nachteile durch unsachgemäße Anwendung gleich welcher Art ist die Firma Bioking nicht haftbar.

Diese Klausel schließt unter Zugrundelegung der kundenfeindlichsten Auslegung die Haftung für jedes Verschulden seitens des Unternehmers aus. Solche Freizeichnungsklauseln verstoßen aber gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, der die Nichtigkeit von Vertragsbestimmungen anordnet, welche die Pflicht des Unternehmers

zum Ersatz eines Schadens für den Fall ausschließen, dass der Unternehmer oder eine Person, für die er einzustehen hat, entweder einen Personenschaden oder vorsätzlich oder grob fahrlässig einen sonstigen Schaden verursacht hat.

18. Gerichtsstand: Erfüllungsort für beide Parteien ist das Bezirksgericht Kitzbühel/Tirol.

Diese Klausel verstößt gegen den § 14 KSchG, wonach für Klagen gegen den Verbraucher nur ein Gerichtsstand vereinbart werden darf, in dessen Sprengel der Wohnsitz, der gewöhnliche Aufenthalts- oder Beschäftigungsort des Verbrauchers liegt.

5. Urteilsveröffentlichung:

Die Urteilsveröffentlichung im Verfahren über eine Verbandsklage nach § 28 KSchG verfolgt den gleichen Zweck wie die Urteilsveröffentlichung, zu der die obsiegende Partei nach § 25 UWG ermächtigt werden kann. Zweck der Urteilsveröffentlichung nach § 25 UWG ist es, eine durch den Wettbewerbsverstoß hervorgerufene unrichtige Meinung wieder richtigzustellen und zu verhindern, dass die Meinung weiter um sich greift. Sie dient der Aufklärung des Publikums über den Gesetzesverstoß, der auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen besorgen lässt. Normzweck ist demnach das Bedürfnis, den entstehenden Schaden gutzumachen und den Verletzten vor weiteren Nachteilen zu bewahren, nicht hingegen die Bestrafung des Verletzers (ecolex 2001/147).

Es steht fest, dass Inhaber der Domain www.bioking.at ab 25.8.2004 die Perlinger GmbH war. Das Begehren der klagenden Partei lautet auf Veröffentlichung des Urteils "auf der Website des Beklagten mit der Internetadresse www.bioking.at oder, sollte der Beklagte seine Internetadresse ändern, auf der Website mit der

anstelle der Internetadresse www.bioking.at verwendeten Internetadresse". Da der Beklagte ab 25.8.2004 nicht mehr Inhaber der Domain www.bioking.at war, kann ihm eine Urteilsveröffentlichung auf seiner Website nicht mehr aufgetragen werden. Vielmehr hätte die klagende Partei die Urteilsveröffentlichung auf der Website der Perlinger GmbH, www.bioking.at, begehren müssen. Nach ständiger Rechtsprechung ist es ohne Bedeutung, ob der zur Unterlassung verpflichtete Beklagte mit dem Betreiber der Website ident ist oder nicht. Dem Betreiber der Website, die die rechts- und sittenwidrigen Klauseln enthielt, kann die Veröffentlichung aufgetragen werden (RdW 2003/120). Die klagende Partei hätte daher ihr Begehren auf Urteilsveröffentlichung dahingehend umstellen müssen, dass dieses auf der Website der Perlinger GmbH www.bioking.at begehrt wird. Das Begehren auf Urteilsveröffentlichung war daher abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO.

Die Klägerin drang bei einem Begehren von insgesamt EUR 26.000,- mit EUR 21.500,-, somit 83 % durch und hat daher Anspruch auf Ersatz von 83 % ihrer Barauslagen. Diese umfassen die Pauschalgebühr von EUR 551,-.

83 % hiervon sind

EUR 457,33.

Darüber hinaus hat die Klägerin Anspruch auf Ersatz von 66 % ihrer Vertretungskosten. Diese waren richtig und rechtzeitig verzeichnet. Im Hinblick darauf, dass die Beklagte entgegen der Vorschrift des § 239 Abs 1 ZPO nicht den dort angeführten Inhalt aufwies, waren sowohl der Antrag vom 19.5.2004, als auch der erst nach Vorliegen des vorbereitenden Schriftsatzes des Beklagten vom 21.6.2004 (ON 6) mögliche vorbereitende Schriftsatz der Klägerin vom 2.8.2004 (ON 7) zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig. Die Urkundenvorlage

vom 9.6.2004 (ON 5) war ebenso wie jene vom 2.11.2004 (ON 10) lediglich nach TP 1 zu honorieren (TP 1 I lit a RATG). Die Bekanntgabe in der Urkundenvorlage vom 9.6.2004 umfasst nicht mehr als eine bloße Mitteilung an das Gericht, die ebenfalls nur nach TP 1 zu entlohnen ist.

Insgesamt belaufen sich die Vertretungskosten der Klägerin daher auf EUR 2.333,70 (darin enthalten EUR 388,95).

66 % hiervon sind EUR 1.540,24

(darin enthalten EUR 256,71 USt).

Die Prozesskosten der Klägerin betragen daher insgesamt EUR 1.997,57
(darin enthalten EUR 256,71 USt und EUR 457,33 Barauslagen).

Landesgericht Innsbruck,

Abt. 59, am 13.1.2005.



Dr. Sabine Vökl-Torgler
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung.