



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 177/19k

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekurs- und Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richterinnen des Oberlandesgerichts Mag. Istjan, LL.M., und Mag. Waldstätten in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **viagogo AG**, Rhone 8 Sarl, Rue du Commerce 4, 1204 Genf, Schweiz, vertreten durch die Haslinger / Nagele Rechtsanwälte GmbH in Linz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert im Berufungsverfahren EUR 45.700,-) über den Rekurs und die Berufung der beklagten Partei gegen den Beschluss und das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 30.9.2019, 17 Cg 6/18s-30, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Dem **Rekurs** wird **nicht Folge** gegeben.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

II. Der **Berufung** wird **nicht Folge** gegeben und das erstinstanzliche Urteil aus Anlass der Berufung mit der **Maßgabe** bestätigt, dass dessen Spruch zu lauten hat (Änderungen hervorgehoben):

„I. Die beklagte Partei ist schuldig, binnen drei

Monaten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich die Verwendung der nachstehend genannten Klauseln oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese bereits Inhalt der von der beklagten Partei mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträge geworden sind:

[...]

28. [Die Laufzeit dieser Nutzungsvereinbarung] ... endet ... gemäß Ziffer 1.4 oder 5.2 dieser Nutzungsvereinbarung.

[...]

II. Hingegen wird das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei darüber hinaus schuldig, die Verwendung auch der nachstehend genannten Klauseln oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese bereits Inhalt der von der beklagten Partei mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträge geworden sind:

[...]

28. Die Laufzeit dieser Nutzungsvereinbarung ist unbeschränkt. Sie beginnt zu dem Zeitpunkt, zu dem Sie den Nutzungsbedingungen im Zuge der Erstellung Ihres Kontos zustimmen, und endet [...], indem Sie Ihr Konto kündigen;

abgewiesen. [...]"

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.086,22 bestimmten Kosten des

Rechtsmittelverfahrens (darin EUR 514,37 an USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,-.

Die Revision ist zulässig.

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

Der Kläger ist ein iSd § 29 KSchG klageberechtigter Verband.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz und vermittelt im Wege eines „Online Ticket Marktplatzes“ gewerbsmäßig Tickets zwischen Veranstaltern bzw Verkäufern und Kaufinteressenten für weltweit stattfindende Veranstaltungen, wofür sie ua die - auch in Österreich und in deutscher Sprache abrufbaren - Webseiten www.viagogo.com und www.viagogo.at betreibt.

Im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit tritt die Beklagte laufend mit Verbrauchern in Österreich in rechtsgeschäftlichen Kontakt, die über ihre Plattform nicht nur Tickets kaufen, sondern auch verkaufen können, und schließt mit diesen im elektronischen Geschäftsverkehr Verträge, denen sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde legt, die sie als „Nutzungsvereinbarung“ bezeichnet. Die hier angefochtenen Klauseln sind (überwiegend wortgleich) sowohl in der Version des Jahres 2017 als auch 2019 enthalten.

Im November 2017 forderte der Kläger die Beklagte erfolglos auf, hinsichtlich 66 ihrer AGB-Klauseln eine strafbewehrte Unterlassungserklärung iSd § 28 Abs 2 UWG abzugeben.

Mit seiner Klage vom 8.2.2018 begehrte der **Kläger** zunächst, der Beklagten sinngemäß zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen

Geschäftsbedingungen zwei näher bezeichnete Klauseln zur „viagogo-Garantie“ und der Rechts- bzw Gerichtsstandswahl zu verwenden (bewertet mit pauschal EUR 30.500,-) sowie die Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstags-Ausgabe der Kronen-Zeitung (bewertet mit EUR 5.500,-).

Nach Aufhebung eines Versäumungsurteils über Widerspruch der Beklagten und rechtskräftiger Beendigung eines Zuständigkeitsstreits (1 R 158/18i) dehnte der Kläger das Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren mit vorbereitendem Schriftsatz vom 11.6.2019 (ON 26) um weitere 42 Klauseln aus (pauschal bewertet mit EUR 10.000,-), die ebenfalls Gegenstand der Abmahnung gewesen wären, und stellte klar, dass sich die Unterlassungsbegehren auf den geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern „in Österreich“ beziehen würden.

Die **Beklagte** sprach sich gegen die Klagsänderung aus, weil dadurch ihr rechtliches Gehör iSd Art 6 EMRK verletzt werde, erstattete jedoch in ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 4.7.2019 (ON 27) ein Bestreitungsverbringen zu allen Klauseln und beantragte weder eine Fristerstreckung, noch eine Vertagung.

In der vorbereitenden Tagsatzung vom 11.7.2019 (ON 28) schloss das Erstgericht die Verhandlung, ohne dass weitere Anträge gestellt worden wären.

Mit der angefochtenen Entscheidung erklärte das **Erstgericht** die Klagsänderung beschlussmäßig für zulässig und gab der Klage im Umfang der begehrten Unterlassung (unter amtswegiger Setzung einer Leistungsfrist von drei Monaten) sowie der Urteilsveröffentlichung statt, ausgenommen jedoch zu den Klauseln 6 und 26 lit d, die es abwies, sowie Teile der Klausel 28, wobei eine formelle Abweisung des Mehrbegehrens insoweit unterblieb.

Gegen diese Entscheidung richten sich **Rekurs** und **Berufung der Beklagten** wegen eines Verstoßes gegen Art 6 EMRK und einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem erkennbaren Antrag, diese dahingehend abzuändern, dass die Klagsausdehnung nicht zugelassen und die ursprüngliche Klage abgewiesen werde, in eventu, dass die ausgedehnte Klage abgewiesen werde. Nochmals hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der **Kläger** beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben. Die Abweisung der Klagebegehren zu den Klauseln 6, 26 lit d und 28 wird von ihm nicht bekämpft und ist damit in Rechtskraft erwachsen; auch die Leistungsfrist wird nicht beanstandet.

I. Der Rekurs ist nicht berechtigt.

1. Die Beklagte wiederholt dazu im Wesentlichen ihr bereits in erster Instanz erstattetes Vorbringen, wonach sie durch die Ausdehnung in ihrem Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK verletzt worden sei. So habe der Kläger nach rund eineinhalbjähriger Prozessdauer auf einen außergerichtlichen Vergleichsvorschlag überraschend und kurzfristig vor der vorbereitenden Tagsatzung mit einer Ausdehnung der Klage von zwei auf 44 Klauseln reagiert, um sie zu überrumpeln. Da ihr Sitz in der Schweiz liege und die Unternehmenssprache Englisch sei, sei eine fundierte Abstimmung mit der österreichischen Rechtsvertretung in der kurzen Zeit nicht möglich gewesen.

2. Wie das Erstgericht jedoch bereits zutreffend betonte, sind Klageänderungen nach stRsp tunlichst zuzulassen, insbesondere dann, wenn der bisher geleistete Prozessaufwand verwertbar bleibt und durch sie ein neuer Prozess vermieden und das Ziel der endgültigen und erschöpfenden Bereinigung erreicht werden kann (vgl RIS-Justiz RS0039518 [T7], RS0039441 [T5]). Sie ist immer

dann zuzulassen, wenn sie einen zweiten Prozess erspart, ohne den ersten unbillig zu erschweren oder zu verzögern (RS0039428; vgl auch RS0039441, RS0039683).

Da hier die Klagsausdehnung noch vor Beginn des (in concreto weder für die ursprüngliche, noch die ausgedehnte Klage notwendigen) Beweisverfahrens erfolgt ist, kann nicht gesagt werden, dass dadurch ein Prozessaufwand vernichtet worden wäre; vielmehr wurde durch die Einbeziehung eine Übersetzung und Zustellung einer neuen Klage im Ausland vermieden, wie das Erstgericht zu Recht aufzeigte. Auch führte diese nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens, stellte die Beklagte doch nicht einmal einen Antrag auf Verlängerung der Frist für den vorbereitenden Schriftsatz und auf Vertagung der vorbereitenden Tagsatzung oder auf Erstreckung derselben. Im Übrigen hätte sich die Beklagte von der Rechtmäßigkeit ihrer Klauseln schon vor der Ausrichtung ihres Geschäftsbetriebs auf Österreich überzeugen müssen, spätestens aber anlässlich der Abmahnung im November 2017, sodass die Frist zwischen der Ausdehnung und der vorbereitenden Tagsatzung keineswegs zu kurz erscheint.

Damit steht die Zulassung der Klagsänderung aber in Einklang mit § 235 Abs 3 ZPO. Ebenso wenig kann von einer Nichtigkeit des Verfahrens über die ausgedehnte Klage nach Art 6 EMRK bzw § 477 Abs 1 Z 4 ZPO gesprochen werden, wurde der Beklagten doch gerade nicht die Möglichkeit genommen, sich zu dieser zu äußern (vgl RS0005915).

Zwar hätte das Erstgericht grundsätzlich nicht über die ursprüngliche sowie die geänderte Klage ohne beschlussmäßige Zulassung undifferenziert verhandeln dürfen; dies begründet aber keine Nichtigkeit wegen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten, sondern bloß einen allfälligen Verfahrensmangel (vgl RS0039438,

9 Ob 16/19x). Angesichts des Relevanzerfordernisses (vgl RS0116273) hätte die Beklagte insofern darlegen müssen, dass und von welchem (Tatsachen-)Vorbringen sie dadurch abgeschnitten worden wäre, was sie jedoch unterlassen hat; Rechtsvorbringen unterliegt nicht dem Neuerungsverbot (vgl RS0041965 [T7]).

Der Widerspruch gegen die Klagsänderung und der Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs sind damit unberechtigt.

II. Die Berufung ist ebenfalls nicht berechtigt.

1. Einleitend ist festzuhalten, dass der Kläger seine Klage iSd Ausführungen des Senats im Zuständigkeitsstreit (ON 24 S 12) im Rahmen der Klagsausdehnung ausdrücklich auf einen geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern „in Österreich“ präzisiert hat (ON 26 S 45 f), sodass die erstinstanzliche Entscheidung (amtswegig) mit dieser Maßgabe zu bestätigen ist.

Dass als Prüfungsmaßstab materielles österreichisches Recht als Marktortrecht iSd Art 6 Rom II-VO zur Anwendung kommt, wird von der Beklagten nicht bezweifelt (vgl auch 4 Ob 181/18y, RS0127138).

Die Grundsätze für die Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verbandsverfahren werden als bekannt vorausgesetzt (s dazu etwa 7 Ob 242/18s mwN).

Auch auf die Wiederholungsgefahr und die Leistungsfrist muss hier mangels Strittigkeit nicht eingegangen werden.

2. Zu den einzelnen Klauseln:

Klausel 1: (Pkt 1.3)

„Wenn Sie Tickets über die Website kaufen, garantiert viagogo Ihnen, dass Sie Tickets, für die Sie gezahlt haben, rechtzeitig vor der Veranstaltung erhalten. In dem höchst unwahrscheinlichen Fall, dass Probleme auftreten und der ursprüngliche Verkäufer die

Karten, die zum Kauf angeboten wurden, nicht an Sie liefert, wird viagogo, nach eigenem Ermessen, vergleichbar bepreiste Tickets prüfen und Ihnen ohne Mehrkosten Ersatztickets anbieten oder Ihnen den Betrag für die Tickets zurückerstatten. „Vergleichbar bepreiste“ Ersatztickets bestimmt viagogo ausschließlich nach eigenem Ermessen.“

Klagsvorbringen:

Da es sich bei der Buchung einer Veranstaltung um ein Fixgeschäft iSd § 919 ABGB handle, zerfalle der Vertrag eo ipso bei einem Verzug des Schuldners der Tickets, wobei der Käufer bei Verschulden nach § 921 ABGB einen auf das Erfüllungsinteresse gerichteten Schadenersatzanspruch habe. Der Käufer könne daher trotz nicht rechtzeitiger Lieferung auf Erfüllung bestehen, wenn diese noch möglich sei und er dies dem Schuldner unverzüglich mitteile. Die Klausel der Beklagten, die dem Verbraucher suggeriere keine derartigen Rechte zu haben, verstoße damit gegen § 6 Abs 3 KSchG. Da etwa Punkt 12 der AGB auch die Option vorsehe, dass der Verkäufer die Tickets an die Beklagte schicke, sei diese als dessen Erfüllungsgehilfin anzusehen. Auch habe die Beklagte ein massives eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen eines Kaufvertrags und verkaufe nach Punkt 1.3 selbst Tickets, wenn dies dem „ursprünglichen Verkäufer“ nicht möglich sei. Ob diese direkt dadurch profitiere, dass der Verbraucher von der Geltendmachung seiner gesetzlichen Rechte abgehalten werde, sei im Übrigen irrelevant.

Weiters sei die Klausel auch deswegen intransparent und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil diese ohne sachliche Rechtfertigung eine Schlechterstellung des Verbrauchers durch eine alleine im Ermessen der Beklagten liegende und nicht näher

determinierte Möglichkeit vorsehe, „vergleichbar bepreiste“ Ersatztickets anzubieten.

Damit erfülle die Klausel ebensowenig die Voraussetzungen des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG für eine einseitige Leistungsänderung durch den Unternehmer.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte betonte, dass sie selbst keine Tickets verkaufe, sondern lediglich vermiddle, indem sie eine Plattform iS eines Online-Marktplatzes zur Verfügung stelle. Auch in Fällen, in denen sie namens des Verkäufers die Bereitstellung von Tickets übernehme, werde sie lediglich als dessen Erfüllungsgehilfin tätig und nicht selbst haftbar. Der Käufer könne Rechtsfolgen aus einem Verzug des Verkäufers daher nur gegen diesen geltend machen und nicht gegen sie, sodass die bloß ihr Vertragsverhältnis betreffende AGB-Bestimmung, die keineswegs eine umfassende Rechtsbelehrung des Verbrauchers enthalten müsse, weder Rechte verschleiere, noch den Kunden schlechter stelle. Vielmehr biete sie mit ihrer „viagogo Garantie“ freiwillig einen Service und eine gewisse Absicherung für den Kunden an. Damit liege aber gerade keine Änderung ihrer Leistung vor; wenn doch, sei diese zumutbar, weil der Käufer ein gleichwertiges Ticket erhalte. Auch sei es sachlich gerechtfertigt, dass sie das Ersatzticket aussuche, müsse sie ein solches doch selbst erst besorgen; insoweit trete sie aber nicht als Verkäuferin auf, sondern überlasse Tickets nur als Ersatzleistung.

Erstgericht:

Das Erstgericht erklärte diese Klausel für unzulässig iSd § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und § 6 Abs 3 KSchG, weil es dadurch ohne sachliche Rechtfertigung und transparente Kriterien zu einer Abweichung vom dispositiven Recht über den

Schuldnerverzug beim Fixgeschäft zulasten des Verbrauchers komme, indem die Beklagte „nach eigenem Ermessen“ „rechtzeitig vor der Veranstaltung“ „vergleichbar bepreiste“ Tickets anbieten könne oder die Rückerstattung des Ticketpreises. Bei der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung könne im Übrigen ein vergleichbar bepreistes Ticket auch ein qualitativ minderwertiges sein.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte beruft sich darauf, dass ihre Garantie eine freiwillige zusätzliche Serviceleistung sei und keine Abweichung vom dispositiven Recht, weil sie nicht Schuldnerin im Verzugsfall sei; der Käufer werde daher auch nicht über seine Rechte gegen den Verkäufer aus dem Kaufvertrag in die Irre geführt. Durch die von ihr angebotene und gleichwertige Ersatzvermittlung werde dieser tatsächlich bessergestellt. Da eine solche jedoch nicht in jedem Fall faktisch möglich sei, könne sie keine bedingungslose Garantie abgeben, sondern müsse sich die Entscheidung darüber vorbehalten und die Voraussetzungen allgemein umschreiben, wodurch die Klausel aber nicht intransparent werde. Der Käufer könne im Übrigen die Ersatzvermittlung ablehnen.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger betont, dass die Beklagte bei der sogenannten Ersatzvermittlung nach eigener Willkür zur Verkäuferin eines von ihr selbst bestimmten Tickets werde.

Berufungsentscheidung:

Auch wenn man dem Vorbringen der Beklagten uneingeschränkt folgt, dass der Käufer eines Tickets im Verzugsfall ausschließlich Ansprüche gegen den Verkäufer hat und es sich bei ihrer Garantie daher um eine Zusatzleistung und keine für den Käufer nachteilige

Abweichung vom vertraglich Geschuldeten bzw dem dispositiven Recht iSd § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG iVm §§ 919, 921 ABGB handelt (vgl auch 6 Ob 56/19g Klausel 7), ist diese Klausel dennoch unzulässig.

Bei der „viagogo Garantie“ (so die ausdrückliche Bezeichnung laut den Beilagen ./A und ./B) handelt es sich zweifellos um einen Teil der von der Beklagten entgeltlich angebotenen Vermittlungsleistung, sodass sie auch deren Inhalt und Bedingungen transparent gestalten muss. Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verlangt dabei nicht nur eine formale Verständlichkeit im Sinne einer Lesbarkeit, sondern auch, dass Inhalt und Tragweite der Bestimmung, insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht, für den Verbraucher durchschaubar sind und nachteilige Folgen nicht verschleiert werden (vgl RS0122169 [T6], RS0115219 [T33]).

Dem Kläger und dem Erstgericht ist beizupflichten, dass die Klausel entgegen den Berufungsausführungen völlig offen lässt, wann und in welcher Form sowie in welchem Umfang ein Kunde der Beklagten Leistungen aus dieser Garantie beanspruchen kann. Allein aufgrund des Wortlauts der Klausel könnte die Beklagte kurzfristig vor der Veranstaltung, für die vom Verkäufer keine Tickets geliefert werden konnten, und sohin zu einem Zeitpunkt, zu dem der Käufer bereits anderweitig disponiert haben wird, Tickets mit einem vergleichbaren Preis, aber dennoch schlechterer Qualität (etwa wegen ursprünglich nicht angefallener Zuschläge) anbieten. Da dieses Angebot nach der Klausel ausdrücklich im alleinigen Ermessen der Beklagten liegt und kein Ablehnungsrecht des Käufers vorgesehen ist, wird der Verbraucher aufgrund dieser Bestimmung daher zu Unrecht davon ausgehen, dass er bei einer Ablehnung auch keinen Anspruch auf Kostenersatz aus der Garantie gegen die Beklagte und auf Schadenersatz aus

dem Kaufvertrag gegen seinen Verkäufer hat. Ebenso wird der Eindruck erweckt, dass der Käufer, wenn er ein nach dem Ermessen der Beklagten ausgewähltes, für ihn uU aber schlechteres Ersatzticket akzeptiert, schad- und klaglos gestellt würde und er keine (weiteren) Ansprüche gegenüber seinem Verkäufer mehr geltend machen könnte.

Damit begründet diese Klausel aber nicht nur eine Intransparenz, sondern es wird der Umfang der sogenannten Garantie als Teil der Leistung der Beklagten auch in sachlich nicht gerechtfertigter Weise ausgehöhlt (vgl auch Klausel 20, Pkt 2.16).

Der Einwand der Berufungswerberin, dass die Klausel in der Praxis anders gehandhabt werde, ist im Verbandsverfahren unbeachtlich (vgl RS0121943).

Klausel 2: (Pkt 7.4)

„Diese Vereinbarung ist geregelt und interpretiert nach Schweizer Gesetzen. Sie stimmen der nicht-ausschließlichen Zuständigkeit und Gerichtsstand in der Schweiz zu.“

Klagsvorbringen:

Diese Klausel sei als Rechtswahl zugunsten Schweizer Rechts zu verstehen. Nach C-191/15, VKI/Amazon, müsste diesfalls aber - auch von einem in einem Drittstaat ansässigen Unternehmer - auf Art 6 Abs 2 Rom I-VO verwiesen werden, nach dem eine Rechtswahl nicht dazu führen dürfe, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen werde, den ihm das Recht an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort gewähre. Dienstleistungen, die über das Internet erbracht würden, fielen nicht unter die Ausnahme des Art 6 Abs 4 lit a Rom I-VO, wenn das Angebot auch im Verbraucherstaat abgerufen werden könne.

Ebenso fehle ein Günstigkeitsvergleich iSd § 13a Abs 1 KSchG. Gemäß § 13a Abs 2 KSchG seien § 6 KSchG und §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB zudem zwingend.

Selbst bei einer Anwendung von § 120 schweizer IPRG über grenzüberschreitende Verträge mit Konsumenten käme man zu keinem anderen Ergebnis.

Die Gerichtsstandsvereinbarung verstoße gegen § 14 KSchG und die auch im Verhältnis zur Schweiz geltenden Art 13 und 14 LGVÜ II.

Da die Klausel all diese Umstände verschweige, sei sie zudem intransparent.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte berief sich auf eine Zulässigkeit ihrer Rechtswahl, weil iSd Art 6 Abs 4 lit a Rom I-VO die dem Verbraucher geschuldete Dienstleistung ausschließlich in einem anderen Staat als jenem erbracht werde, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe.

Die Art 13, 14 LGVÜ II und § 120 schweizer IPRG kämen mangels Kaufverträgen mit ihr nicht zur Anwendung.

Erstgericht:

Das Erstgericht betonte, dass eine Rechtswahl zwar zulässig sei, eine solche gemäß Art 6 Abs 2 Rom I-VO aber nicht dazu führen dürfe, dass dem Verbraucher der Schutz seines Wohnsitzstaates entzogen werde, insbesondere nach §§ 864a oder 879 Abs 3 ABGB und dem KSchG. Die Beklagte könne sich auch nicht auf die Ausnahmebestimmung des Art 6 Abs 4 lit a Rom I-VO berufen, weil sie ihr Angebot sogar konkret auf in Österreich ansässige Verbraucher ausrichte, indem sie eine Website in deutscher Sprache unter der Top-Level-Domain .at betreibe.

Ungeachtet des Verbraucherschutzniveaus nach Schweizer Recht sei die Klausel aufgrund des fehlenden

Hinweises auf zwingende Verbraucherschutzvorschriften des Wohnsitzstaates iSd Rs C-191/15, *VKI/Amazon*, unzulässig.

Die Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Gerichte am Sitz der Beklagten verstoße gegen die zwingenden Bestimmungen des Art 17 LGVÜ II und § 14 KSchG.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte argumentiert weiterhin mit einer Zulässigkeit der Rechtswahl, weil sie ihre Dienstleistungen weder in Österreich erbringe noch ihre Tätigkeit bzw Website auf Österreich ausrichte. Durch die Bezugnahme auf einen nicht-ausschließlichen Gerichtsstand in der Schweiz werde zudem klar zum Ausdruck gebracht, dass dieser freiwillig sei.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist darauf, dass die Klausel mit den Vorgaben der Rom I-VO und des LGVÜ II in unlösbarem Widerspruch stehe.

Berufungsentscheidung:

Der OGH hielt zu 2 Ob 155/16g (RS0131887) unter Verweis auf C-191/15, *VKI/Amazon*, fest, dass eine in AGB enthaltene Rechtswahlklausel bei Verbrauchergeschäften wegen Intransparenz missbräuchlich und daher nicht anzuwenden sei, wenn der Verbraucher nicht darauf hingewiesen werde, dass er sich nach Art 6 Abs 2 Rom I-VO auf den Schutz der zwingenden Bestimmungen des im Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts geltenden Rechts berufen könne; nichts anderes ist hier der Fall.

Davon, dass die Beklagte ihre Dienstleistungen iSd Art 6 Abs 4 lit a Rom I-VO „ausschließlich“ in einem anderen Staat erbringt, kann bei einem deutschsprachigen Online-Marktplatz unter der Top-Level-Domain .at und der

Vermittlung von Veranstaltungen (auch) in Österreich keine Rede sein, selbst wenn die Beklagte über keine Niederlassung odgl in Österreich verfügt (vgl 4 Ob 228/17h Pkt 1.1.2; 6 Ob 110/07f zur Anlageberatung; *Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*⁵ Art 6 Rom I-VO Rz 4).

Die Klausel über den „nicht-ausschließlichen“ Gerichtsstand in der Schweiz ist entweder ebenfalls irreführend, wenn diese iSd Berufungsvorbringens zu keiner Änderung der gesetzlich vorgesehenen internationalen Zuständigkeit bei Verbrauchersachen führen soll, oder sie verstößt gegen die zwingende Bestimmung des Art 17 LGVÜ II.

Klausel 3: (Pkt 1.1)

„Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen („Nutzungsvereinbarung“) enthalten die Vertragsbedingungen zwischen Ihnen („Sie“ bzw „Ihnen“ oder „Kunde“), viagogo AG („viagogo“, „Wir“ oder „Uns“) und YSG Safe Processing Limited („Zahlungsdienstleister“) für den Kauf, den Verkauf und die Bezahlung von Tickets („Tickets“) und für alle weiteren Serviceleistungen, die wir oder der Zahlungsdienstleister anbieten („Services“). Indem Sie unsere Website nutzen, erklären Sie sich dazu bereit, diese Nutzungsvereinbarung mit uns und dem Zahlungsdienstleister zu akzeptieren. (...) Die nachfolgend niedergelegten Bedingungen (und keine anderen Bedingungen) sind deshalb die einzigen Regelungen, die auf das Vertragsverhältnis zwischen Ihnen und viagogo sowie zwischen Ihnen und dem Zahlungsdienstleister Anwendung finden.“

Klagsvorbringen:

AGB würden nur dann Vertragsinhalt, wenn ihre Geltung spätestens bei Vertragsabschluss vereinbart werde und der Kunde die Möglichkeit habe, von ihrem Inhalt Kenntnis zu erlangen, und könnten nicht einseitig in Geltung gesetzt werden, wie es in dieser Klausel vorgesehen sei bzw suggeriert werde. Damit würde dem Konsumenten zudem entgegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG die Beweislast dafür auferlegt, dass die AGB in concreto nicht zur Anwendung kämen. Da die Klausel weiters normiere, dass die vorliegenden AGB die einzigen Regelungen seien, die für das Vertragsverhältnis maßgeblich seien, werde schließlich zum Nachteil des Verbrauchers von der Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers iSd § 10 Abs 3 KSchG abgegangen.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verwies darauf, dass ihre AGB jederzeit online zugänglich seien und deren Anwendbarkeit bereits „mit der Nutzung der Plattform“ als vereinbart gelte. Mit der Klausel werde nur vermittelt, dass sie ihre Leistungen auf Grundlage ihrer und keiner anderen Bedingungen erbringe. Damit werde weder die Beweislast verschoben, noch die Rechtsgültigkeit formloser Erklärungen ausgeschlossen.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete die Klausel für unzulässig, weil demnach die AGB schon dann gelten würden, wenn ein Verbraucher die Webseite nutze, was bei kundenfeindlichster Auslegung auch als bloßer Abruf aufgefasst werden könne und grundlegenden Bestimmungen des Vertragsrechts widerspreche. Die Wendung, dass der

Verbraucher die AGB „akzeptiere“, könne weiters dahingehend verstanden werden, dass er darauf verzichte, Verstöße gegen zwingendes (Verbraucher-)Recht geltend zu machen. Dem dritten Satz sei zudem sehr wohl zu entnehmen, dass mündliche Erklärungen des Unternehmers ausgeschlossen sein sollen. Aus dem ersten Satz würden sich zwar keine nachteiligen Rechtsfolgen ergeben, da dieser jedoch keinen eigenständigen Regelungsbereich habe, sei die Klausel somit insgesamt zu verbieten.

Berufungsvorbringen:

Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichtes sei den AGB nicht zu entnehmen, dass diese bereits bei einer bloßen Nutzung der Website Gültigkeit entfalten sollten, werde doch im ersten Satz auf die Bedingungen des „Vertrags“ Bezug genommen. Auch werde kein Verbraucher davon ausgehen, dass er deswegen ein Geschäft mit ihm nicht genehmen AGB schließen müsse. Ein Schriftformvorbehalt sei gerade nicht vorgesehen.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verwies darauf, dass sich das Vorbringen der Beklagten nicht mit dem Wortlaut der Klausel decke.

Berufungsentscheidung:

AGB gelten regelmäßig nur kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Parteienvereinbarung. Dabei genügt es, wenn der Unternehmer vor dem Abschluss des Vertrages erklärt, nur zu seinen AGB kontrahieren zu wollen, und sich der Geschäftspartner daraufhin mit ihm einlässt. Andernfalls darf eine stillschweigende Unterwerfung des Kunden nur dann angenommen werden, wenn ihm deutlich erkennbar ist, dass der Unternehmer nur zu seinen AGB abschließen will, und er überdies wenigstens die Möglichkeit hat, vom Inhalt dieser Bedingungen Kenntnis

zu nehmen. Bei Fehlen dieser Voraussetzungen kann der Erklärung des Kunden nicht der objektive Sinn eines Einverständnisses mit den AGB des Unternehmers beigelegt werden (RS0014506).

Dem Kläger und dem Erstgericht ist beizupflichten, dass die Beklagte nach dem Wortlaut der Klausel die Geltung ihrer AGB („Nutzungsvereinbarung“) schon mit der bloßen „Nutzung der Website“ in Kraft setzen will (oder zumindest dem Kunden iSd § 6 Abs 3 KSchG diesen irreführenden Eindruck vermittelt), ohne dass entgegen §§ 863, 864a ABGB überhaupt auf einen Vertragsabschluss, die Einbeziehung derselben und eine Kenntnisnahmemöglichkeit abgestellt wird.

Da damit inhaltlich keine Tatsachenbestätigung is einer Wissenserklärung fingiert werden soll, sondern eine Willenserklärung auf Anerkennung der AGB, verstößt diese weiters zwar nicht gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, sehr wohl aber gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG (vgl 10 Ob 70/07b Klausel 1; RS0121955).

Ebenso wird dem Kunden die wahre Rechtslage verschleiert iSd § 6 Abs 3 KSchG, wenn die Beklagte davon spricht, dass „die nachfolgend niedergelegten Bedingungen (und keine anderen Bedingungen)“ die „einzigen Regelungen“ wären, die auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und der Beklagten sowie dem Zahlungsdienstleister anzuwenden seien. Bei kundenfeindlichster Auslegung ist dies nämlich nicht bloß als Ausschluss von allfälligen AGB des Kunden zu verstehen (die es bei Verbrauchern nicht geben wird) oder als bloßer Verweis darauf, dass der Zahlungsdienstleister keine eigenen AGB verwende. Vielmehr wird dadurch der Eindruck erweckt, dass sich der Kunde nicht etwa auf im

Einzelfall ausgehandelte abweichende Vereinbarungen berufen könnte, etwa Zusagen einer Servicestelle im Reklamationsfall.

Dieser Satz steht damit ebenfalls in Widerspruch mit § 10 Abs 3 KSchG, wonach die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann (s dazu 9 Ob 15/05d Klausel 11).

Klausel 4: (Pkt 1.3)

„Wenn Sie Tickets über die Website verkaufen - und vorausgesetzt Sie liefern exakt die Tickets, die Sie zum Kauf angeboten haben, und der Käufer erhält erfolgreich Zugang zu der Veranstaltung - garantiert viagogo, dass Sie für den Verkauf bezahlt werden.“

Klagsvorbringen:

Da der Verkäufer - der Konsument sein könne - nach dieser Klausel selbst dann haftbar gemacht werde, wenn dem Käufer der Zutritt zur Veranstaltung aus Gründen verweigert werde, die dem Verkäufer nicht zurechenbar seien, sei diese gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und überraschend iSd § 864a ABGB. Weiters verschleierte diese die wahre Rechtslage, indem dem Verkäufer suggeriert werde, dass er in diesen Fällen keinen Entgeltanspruch gegen den Käufer habe.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte erwiderte, dass damit lediglich die Übergabe von gültigen Tickets sichergestellt werden solle. Über die im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer geltenden Bestimmungen müsse sie nicht belehren, und die Rechtsposition des Verkäufers werde durch die Klausel verbessert und nicht verschlechtert.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete die Klausel als gröblich benachteiligend, weil die Überweisung des Kaufpreises demnach nicht bloß die ordnungsgemäße Lieferung voraussetze, sondern den tatsächlichen Zugang zur Veranstaltung, der außerhalb der Einflussssphäre des Verkäufers liege. Damit weiche diese zum Nachteil des Verkäufers vom dispositiven Recht ab.

Berufungsvorbringen:

In der Berufung argumentiert die Beklagte damit, dass die Klausel nach ihrem Regelungsinhalt lediglich auf Fälle anwendbar sei, in denen der Käufer wegen eines Verschuldens des Verkäufers keinen Zugang zur Veranstaltung erhalte.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger hält dem den Wortlaut der Klausel entgegen, unter den sehr wohl auch jener Fall subsumiert werden könne, dass etwa das Verhalten des Käufers zu einer Zutrittsverweigerung führe.

Berufungsentscheidung:

Unstrittig ist die Beklagte nicht selbst Käuferin der Tickets und damit auch nicht unmittelbare Kaufpreisschuldnerin. Vielmehr handelt es sich bei dieser Klausel um den zweiten Teil der sog „viagogo Garantie“ laut Klausel 1, nämlich zugunsten der Verkäufer. Daher kann nicht gesagt werden, dass die Beklagte durch die Beschränkung ihrer Garantie auf Fälle, in denen dem Käufer auch tatsächlich Zutritt gewährt wurde, zum Nachteil ihrer Kunden vom dispositiven Recht abweicht (vgl auch 6 Ob 56/19g Klausel 7).

Allerdings verschleierte sie dadurch iSd § 6 Abs 3 KSchG, ebenso wie bei Klausel 1, dass der Verkäufer auch

dann einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung hat (haben kann), wenn der Käufer nicht an der Veranstaltung teilnehmen konnte.

Soweit die Beklagte und ihr Zahlungsdienstleister als Treuhänder auftreten, wären sie daher auch in diesen Fällen und ungeachtet der für die Garantie normierten Voraussetzungen zur Auszahlung an den Verkäufer verpflichtet, was ebensowenig eindeutig hervorgeht.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu Klausel 15 (Pkt 2.12) verwiesen.

Klausel 5: (Pkt 1.4)

„Wir behalten uns vor, diese Nutzungsvereinbarung jederzeit und ohne Nennung von Gründen zu ändern. Sollten wir diese Nutzungsvereinbarung ändern, werden wir eine überarbeitete Version dieser Nutzungsvereinbarung auf der Website veröffentlichen. Die überarbeitete Version wird Ihnen zwei Monate vor Inkrafttreten der Änderungen (oder früher, sofern gesetzlich möglich) zugänglich gemacht werden. Sollten Sie den Änderungen innerhalb dieser zwei Monate (oder früher, sofern gesetzlich möglich) nicht widersprechen, gelten die Änderungen als von Ihnen akzeptiert. Sollten Sie den Änderungen widersprechen, sind viagogo und der Zahlungsdienstleister berechtigt, diese Nutzungsvereinbarung fristlos zu kündigen. Davon unberührt bleibt Ihr Recht, Ihr Konto bei viagogo und dem Zahlungsdienstleister kostenlos vor dem Tag des Inkrafttretens der Änderungen zu kündigen.“

Klagsvorbringen:

Bei kundenfeindlichster Auslegung würden die Änderungen ungeachtet einer Kenntnismöglichkeit auch für bestehende Vertragsverhältnisse gelten und schrankenlos zulässig sein. Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG

müsse der Verbraucher bei Beginn der Frist für eine Erklärungsfiktion auf die Bedeutung seines Verhaltens und die Frist besonders hingewiesen werden. Soweit die Klausel den Zahlungsdienstleister betreffe, komme § 29 Abs 1 Z 1 iVm § 26 Abs 1 Z 1 u Abs 2 ZaDiG zur Anwendung, wonach die Änderungen des Rahmenvertrags spätestens zwei Monate vor dem geplanten Änderungszeitpunkt in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger übermittelt werden müssten.

Beklagtenvorbringen:

Eine Hinweispflicht müsse gerade nicht vereinbart werden und aus dem Wortlaut ergebe sich eindeutig, dass die überarbeitete Version zwei Monate vor deren Inkrafttreten zugänglich gemacht werde und der Kunde dieser widersprechen bzw kündigen könne, sodass die Klausel mit den Bestimmungen des KschG und des ZaDiG in Einklang stehe.

Erstgericht:

Das Erstgericht betonte, dass eine Vorwegunterwerfung unter (geänderte) AGB zwar nicht ausgeschlossen sei, Voraussetzung sei jedoch, dass der Vertragspartner wisse, mit welchen Änderungen er rechnen müsse, widrigenfalls diese neuen Bestimmungen gegen § 864a ABGB verstießen. Indem die Beklagte suggeriere, dass die neuen AGB auch für Altverträge ungeachtet einer Kenntnisnahmemöglichkeit gelten würden, würden ihre Kunden über die wahre Rechtslage iSd § 6 Abs 3 KSchG getäuscht.

Berufungsvorbringen:

Mit der Klausel werde lediglich darauf hingewiesen, dass es zu einer Änderung der AGB kommen könne, die bei

einem späteren Vertragsabschluss zu beachten sei, was nicht gegen gesetzliche Vorgaben verstoße.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist darauf, dass die Klausel nicht nur intransparent sei, sondern auch gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und das ZaDiG verstoße.

Berufungsentscheidung:

§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG verbietet eine Klausel, nach der ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. Sowohl die Widerspruchsmöglichkeit, als auch die Frist müssen bereits in den Vertragstext aufgenommen werden (vgl RS0127099). In 8 Ob 144/18m (Klausel 3) ging der OGH auch von der Unwirksamkeit einer Klausel aus, in der sich kein Hinweis auf die gesetzliche Verpflichtung fand, zum Zeitpunkt der Änderung noch einmal darauf hinzuweisen, dass die Zustimmung als erteilt gilt, wenn die Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt angezeigt wird.

Der OGH hat weiters bereits wiederholt ausgesprochen, dass eine Klausel, die Änderungen des Vertrags im Wege einer Zustimmungsfiktion schrankenlos zulässt, gegen das Transparenzgebot verstößt (vgl RS0128865).

Die hier vorliegende Klausel, laut deren Wortlaut auch die auf Altverträge anwendbaren AGB jederzeit von der Beklagten geändert werden können, wobei die überarbeitete Version auf der Website veröffentlicht bzw dem Kunden „zugänglich gemacht werde“ (wie? laut Pkt 6.10

oder auch anders?), und zwar zwei Monate vor Inkrafttreten der Änderungen „oder früher, sofern gesetzlich möglich“ (also wann?) und der Kunde dieser Änderung innerhalb dieser zwei Monate „oder früher, sofern gesetzlich möglich“ widersprechen müsse, genügt weder diesen Vorgaben noch § 6 Abs 3 KSchG.

Soweit es die AGB des Zahlungsdienstleisters betrifft, die laut Klausel 1 mitgeregelt werden sollen, ist zusätzlich darauf zu verweisen, dass eine Website mit Speichermöglichkeit des Kunden, deren Inhalt aber jederzeit vom Zahlungsdienstleister verändert werden kann, nicht die Voraussetzungen eines „dauerhaften Datenträgers“ iSd ZaDiG erfüllt (vgl. RS0132116, RS0131715).

Klausel 6: (Pkt 2.6)

- rechtskräftig abgewiesen -

Klausel 7: (Pkt 2.9)

„Außer wie in Paragraph 2.10 erwähnt, muss der Verkäufer die Bestellung innerhalb von 48 Stunden nach dem Verkauf der Tickets bestätigen.“

Klausel 8: (Pkt 2.9)

„Hat der Verkäufer einen Verkauf innerhalb von 48 Stunden weder bestätigt noch ein Problem gemeldet, qualifiziert sich die Bestellung zur Substitution durch viagogo. Sollte viagogo die Bestellung substituieren, behält es sich das Recht vor, dem Verkäufer eine Ersatzgebühr und weitere Gebühren, wie in Paragraph 5 beschrieben, in Rechnung zu stellen.“

Klagsvorbringen:

Der Regelungsinhalt dieser Klausel sei unklar, weil der Kaufvertrag grundsätzlich mit der Annahme durch den Käufer zustandekomme und die Rechtsqualität der

Bestätigung offenbleibe; solle er bis dahin nur schwebend unwirksam sein, weiche dies von den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers und von § 6 Abs 1 Z 1 KSchG ab.

Die Unzulässigkeit der Klausel ergebe sich schließlich aus dem Verweis auf die ebenfalls beanstandeten Klauseln 9 und 10.

Auch die Klausel 8 sei aufgrund ihres Zusammenhangs mit den Klauseln 7 und 25 bis 28 zu verbieten. Zudem seien die „Qualifikation zur Substitution“ und deren Rechtsfolgen für Käufer und Verkäufer intransparent.

Beklagtenvorbringen:

Diese Bestimmung sowie Punkt 2.10 der AGB würden nicht das Zustandekommen des Vertrags regeln, sondern lediglich eine Pflicht des Verkäufers vorsehen, seine Lieferbereitschaft zu bekräftigen, widrigenfalls die „viagogo Garantie“ greife, sodass sowohl der Käufer als auch sie ein berechtigtes Interesse an einer solchen Bestätigung hätten. Der Inhalt der Garantie sowie deren Rechtsfolgen würden an anderer Stelle klar umschrieben. Damit liege aber keine Benachteiligung, Überrumpelung oder Intransparenz vor.

Erstgericht:

Nach dem Verständnis des Erstgerichts seien beide Klauseln unzulässig, weil es keine sachliche Rechtfertigung dafür gebe, dass die Beklagte in den Vertrag eintreten könne, wenn der Verkäufer nicht binnen 48 Stunden eine Bestätigung abgebe. Weiters sei damit für nicht rechtskundige Verbraucher unklar, wann und wie der Kaufvertrag zustande komme. Der letzte Satz der Klausel sei schon deswegen unzulässig, weil sich weder aus diesem

noch einer Zusammenschau mit Punkt 5. der AGB eine konkrete Kostenbelastung ergebe.

Berufungsvorbringen:

Klausel 7 sei nicht intransparent, weil diese eindeutig auf eine Bestätigung nach dem Verkauf Bezug nehme. Inhaltlich gehe es iVm Klausel 8 einzig darum, dem Käufer eine Sicherheit zu verschaffen, sohin um einen ergänzenden Schutz. Auch die Gebühren seien klar geregelt.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger wiederholt dazu im Wesentlichen sein erstinstanzliches Vorbringen.

Berufungsentscheidung:

Einleitend ist festzuhalten, dass kein Vorbringen zum Modus laut den Punkten 2.6, 2.7 und 2.8 der AGB erstattet wurde, die grundsätzlich nahelegen, dass die Einstellung von Tickets auf der Plattform der Beklagten bloß eine Aufforderung zur Angebotslegung sein soll und erst der Käufer ein Angebot stellt, das vom Verkäufer angenommen werden muss. Vielmehr soll der Kaufvertrag laut übereinstimmendem Vorbringen beider Streitparteien bereits durch das Drücken des „Kaufen-Buttons“ durch den Käufer zustande kommen.

Dem Erstgericht ist damit aber beizupflichten, dass die Klauseln 7 und 8 einerseits die wahre Rechtslage verschleiern und andererseits eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht begründen. Kommt ein Kaufvertrag durch Angebot und Annahme zustande, ist nach allgemeinem Vertragsrecht keine weitere Bestätigung vonnöten, sodass für den Verkäufer einerseits eine zusätzliche Pflicht normiert wird (wobei noch dazu fraglich ist, wem gegenüber was in

welcher Form bestätigt werden muss) und andererseits für beide Vertragsparteien unklar ist, welche Rechtsfolgen sich aus dieser bzw deren Verletzung ergeben.

Auch wenn man den vagen Begriff „Substitution“ mit der „viagogo-Garantie“ gleichsetzt, bleibt weiters offen, ob und in welchen Fällen diese greifen soll und welche Rechtsfolgen (Vertrags- oder Erfüllungsübernahme?) diese auslöst, ist doch in Klausel 8 nur die Rede davon, dass sich die Bestellung „qualifiziert“ und „sollte“ die Beklagte diese „substituieren“, sie sich „das Recht vorbehält“ Gebühren zu verrechnen. Da die „viagogo Garantie“ aber laut Klausel 1 dann greifen soll, wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig vor der Veranstaltung liefert, und gerade nicht auf die Verletzung der Bestätigungspflicht abstellt, bleibt das Verhältnis dieser Bestimmungen völlig unklar. Ungeregelt ist weiters, was in jenen Fällen mit dem Vertrag passieren soll, in denen der Verkäufer nicht (rechtzeitig, ordnungsgemäß) bestätigt und die Beklagte nicht substituiert.

Die Möglichkeit, für die nach eigenem Ermessen durchgeführte „Substitution“ „eine Ersatzgebühr und weitere Gebühren, wie in Paragraph 5 [Anm: nicht abschließend] beschrieben“ zu verlangen, ist wegen ihrer völligen Unbestimmtheit schließlich ebenso gröblich benachteiligend wie intransparent (s auch Klausel 10 und 27).

Klausel 9: (Pkt 2.10)

„Verkäufer, die sich verpflichten, ihre Tickets auf direktem Weg an viagogo zu schicken, müssen Bestellungen nicht bestätigen. Diese Verkäufer haben nicht das Recht

ein 'Problem [zu] melden' und die Bestellung ist automatisch sofort nach Kaufabschluss bestätigt."

Klagsvorbringen:

Auch durch diese Klausel werde irreführend suggeriert, dass der Bestätigung eine eigene Rechtsqualität zukomme, die jedoch offenbleibe, und verkaufende Verbraucher diesfalls keine Ansprüche gegen die Beklagte geltend machen könnten, sodass diese ebenso intransparent sei wie gröblich benachteiligend.

Beklagtenvorbringen:

Laut der Beklagten komme diese Klausel in Fällen zur Anwendung, in denen der Verkäufer die Tickets an sie übersendet habe, sodass sie bereits eine entsprechende Gewissheit für ihre Garantie habe, und sei daher eine logische und transparente Ausnahme von der Bestätigungspflicht. Da es diesfalls keinen Grund für einen Verkäufer gebe, ein „Problem zu melden“, würde dieser auch nicht in seinen Rechten beschnitten.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete diese Klausel schon deswegen für unzulässig, weil ihr neben den rechtswidrigen Klauseln 7 und 8 keine eigenständige Bedeutung zukomme, und auch insofern die wahre Rechtslage zum Zustandekommen des Kaufs verschleiert werde.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung argumentiert damit, dass diese Klausel sehr wohl einen eigenen und berechtigten Regelungsinhalt habe.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger beruft sich auf die Regelungseinheit und eine Intransparenz.

Berufungsentscheidung:

Da, wie zu den Klauseln 7 und 8 ausgeführt, die Bestätigungspflicht des Verkäufers mangels sachlicher Rechtfertigung gröblich benachteiligend ist und beide Vertragsparteien über die Bedeutung einer solchen im Unklaren gelassen werden, muss dies auch auf die Klausel 9 durchschlagen.

Weiters ist in Klausel 9 nur die Rede davon, dass sich der Verkäufer verpflichtet, die Tickets direkt an die Beklagte zu schicken, aber nicht, dass diese bei Vertragsabschluss bereits dort eingegangen sein müssen. Dennoch soll auch in diesen Fällen der Kaufabschluss sogleich bestätigt sein und der Verkäufer kein Recht haben, ein Problem zu melden, ohne dass das Verhältnis der in Klausel 10 bei einem Lieferverzug angeordneten Rechtsfolge zur „Substitution“ nach Klausel 8 oder der „viagogo Garantie“ nach Klausel 1 klargestellt würde.

Klausel 10: (Pkt 2.10)

„Wird/werden das/die angebotene(n) Ticket(s) nicht geliefert, behält sich viagogo das Recht vor, den Verkäufer mit einer Ersatzgebühr und weiteren Gebühren, wie in Paragraf 5 beschrieben, zu belasten.“

Klagsvorbringen:

Sowohl diese Klausel, als auch der bezughabende Paragraf 5 würden die tatsächliche Kostenbelastung und deren Voraussetzungen nicht objektiv und transparent regeln, sodass beide Bestimmungen unzulässig seien.

Beklagtenvorbringen:

Im Punkt 5.4 ihrer AGB sei eindeutig geregelt, wann welche Gebühren verrechnet würden; die Gesamtbelastung könne vom Verkäufer auch problemlos ermittelt werden.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete die Reichweite dieser Klausel insbesondere für Verbraucher nicht abschätzbar, zumal die Auflistung der Gebühren weder abschließend sei noch der Höhe nach bestimmt.

Berufungsvorbringen:

Die Berufungswerberin bringt vor, dass eine genaue Bezifferung der im Einzelfall anfallenden Kosten naturgemäß nicht vorweggenommen werden könne, die Auflistung in ihren AGB aber ein klares Bild vermitteln.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger bestreitet dies ua unter Hinweis auf die Intransparenz der verwiesenen Bestimmung.

Berufungsentscheidung:

Wie bereits zu Klausel 8 (s auch Klausel 27) festgehalten, ist die Möglichkeit der Beklagten, eine „Ersatzgebühr“ und „weitere Gebühren, wie in Paragraf 5 beschrieben“ zu verlangen, überschießend und damit gröblich benachteiligend sowie intransparent. Hervorzuheben ist, dass Punkt 5.4 ausdrücklich nur eine demonstrative Aufzählung von (weiter-)verrechenbaren Kosten enthält, bloß auf eine Verursachung durch den Verkäufer abstellt und etwa auch „die Beschaffung von Ersatzkarten“ sowie „andere Kosten, um den Käufer zu entschädigen“ nennt, sodass offen bleibt, was die laut Klausel 8 und 10 kumulativ (!) zu leistende „Ersatzgebühr“ sein soll.

Klausel 11: (Pkt 2.11a)

„Die Ausführungszeit für den Zahlungsdienst ist im Allgemeinen sofort, kann jedoch je nach der von Ihnen gewählten Zahlungsmethode variieren. Wenn der Zahlungsdienstleister den Zahlungsbetrag nicht innerhalb

von 30 Tagen nach Fälligkeit der Zahlung erhält, gerät der Käufer in Zahlungsverzug."

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei intransparent, weil der Hinweis, dass Verzug spätestens 30 Tage nach Fälligkeit eintrete, gerade keine klare Auskunft gebe, daran aber in Klausel 12 Kostenfolgen geknüpft würden. Gemäß § 6a Abs 2 KSchG sei es für die Rechtzeitigkeit einer Zahlung eines Verbrauchers an einen Unternehmer zudem ausreichend, wenn der Überweisungsauftrag - vorbehaltlich einer ausreichenden Kontodeckung - am Fälligkeitstag erteilt werde.

Beklagtenvorbringen:

Die Klausel normiere tatsächlich ein 30-tägiges Respiro für den Käufer und sei damit begünstigend; weiterer Rechtsbelehrungen zur Begleichung von Geldschulden bedürfe es nicht.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete die Klausel für intransparent, weil sich der Zeitpunkt des Verzugs aus dieser nicht eindeutig bestimmen lasse und auch deren Verhältnis zu § 6a Abs 2 KSchG offenbleibe.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte beruft sich darauf, dass Fälligkeit und Verzug klar und zugunsten des Käufers geregelt seien und diesem auch die Wahl der Zahlungsmodalität obliege.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verwies auf die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts.

Berufungsentscheidung:

Vorauszuschicken ist, dass in Punkt 2.11a der AGB 2017 (Beilage ./A), betitelt mit „Abrechnung“, noch die

Rede davon war, dass der Zahlungsbetrag nach der Bestätigung gemäß Paragraf 2.9. oder 2.10 sofort fällig sei und der Verzug „spätestens 30 Tage“ nach Fälligkeit eintrete. Punkt 2.11a der AGB 2019 (Beilage ./B), der nunmehr den „Einzug der Zahlung“ regelt, hält demgegenüber fest, dass die Zahlung „normalerweise“ vom Käufer eingezogen werde, sobald die „Transaktion abgeschlossen“ sei, und der Zahlungsdienstleister den Zahlungsbetrag vom Käufer einhole bzw an diesen gezahlt werde.

Damit lässt sich aber aus der aktuellen Version, auf die das Klagebegehren abstellt, tatsächlich keine Fälligkeit und damit auch kein Verzugszeitpunkt eindeutig bestimmen. Vielmehr ist die Fälligkeit in dieser Version überhaupt nicht mehr geregelt, weil unter der „Ausführungszeit“ nur der faktische Buchungsvorgang verstanden werden kann und auch der „Abschluss der Transaktion“ - gerade im Hinblick auf die unklaren Regelungen zur Bestätigungspflicht - nicht objektiv nachvollziehbar ist. Da damit die gesamte Passage ein unklares Bild vermittelt, ist diese insgesamt zu verbieten.

§ 6a Abs 2 KSchG ist hingegen nicht einschlägig, weil dieser auf eine Zahlung am Fälligkeitstag abstellt und die Beklagte zu Recht darauf hinweist, dass sie ein 30-tägiges Respiro „nach Fälligkeit“ für das Einlangen gewährt.

Klausel 12: (Pkt 2.11a)

„Befindet sich der Käufer in Zahlungsverzug, kann viagogo dem Käufer im Namen des Zahlungsdienstleisters ein Erinnerungsschreiben senden und dritte Parteien (Inkassounternehmen und/oder einen Rechtsanwalt)

einbeziehen, um die ausstehende Zahlung durchzusetzen, bis der Zahlungsanspruch vor Gericht geklärt ist. Der Käufer ist verpflichtet, viagogo und dem Zahlungsdienstleister alle hierdurch entstandenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu erstatten. Der Käufer kann nachweisen, dass der tatsächliche Schaden geringer war."

Klagsvorbringen:

Nach der stRsp zu Mahn- und Inkassospesen stehe diese unbeschränkte und verschuldensunabhängige Kostenüberwälzung in Widerspruch mit § 1333 Abs 2 ABGB und sei gröblich benachteiligend sowie intransparent.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte berief sich darauf, dass sie einen Verbraucher weder über gesetzlich bestehende Rechte belehren müsse, noch die Höhe der tatsächlich im Einzelfall anfallenden Kosten abschätzen könne, und dass ein bloß geringfügiges Abgehen vom Text des § 1333 Abs 2 ABGB keine Sittenwidrigkeit begründe.

Erstgericht:

Eine undifferenzierte Überwälzung sämtlicher Kosten einer allfälligen Be- und Eintreibung auf den säumigen Schuldner sei nach der Rechtsprechung unzulässig. Der letzte Satz begründe zudem eine nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verpönte Beweislastverschiebung.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte wiederholte ihr Vorbringen, dass die vorgesehene Kostenüberwälzung zulässig sei, und hob hervor, dass der letzte Satz den Verbraucher tatsächlich begünstige.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger führte ins Treffen, dass eine Konkretisierung der vom Käufer zu tragenden Kosten sehr wohl möglich und nach der Rechtsprechung auch geboten sei.

Berufungsentscheidung:

Eine derartige Vereinbarung ist nach der stRsp dann gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, wenn sie undifferenziert „sämtliche“ Kosten der allfälligen Betreuung und Eintreibung auf den säumigen Schuldner überwälzt. Damit wird dem Schuldner ein von vorneherein unabschätzbares Zahlungsrisiko aufgebürdet und er wird dem Betreibungsverhalten des Unternehmers „ausgeliefert“ (vgl RS0110991). Eine Vereinbarung über künftig zu tragende Betreuungskosten, die weder Hinweise auf eine mögliche Höhe der Kosten enthält, noch festlegt, dass nur die zur zweckentsprechenden Betreuung oder Einbringung der Forderung notwendigen Kosten zu ersetzen sind, ist damit unzulässig (RS0110991 [T5]; vgl auch RS0121945).

Weiters verlangt auch das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG für eine Klausel über die Verpflichtung zur Tragung von Betreuungskosten, dass in ihr der zu leistende Betrag entweder selbst genannt oder seine Auffindung durch eine unmittelbar zielführende, auch dem Durchschnittsverbraucher leicht verständliche Verweisung ermöglicht wird (RS0110991 [T8]).

Schließlich ist eine Klausel, mit der ein Verbraucher zu Schadenersatzzahlungen verpflichtet werden soll, ohne dass in dieser auf ein Verschulden abgestellt wird, ebenfalls gröblich benachteiligend (vgl RS0129621 [T1]).

Die umfassende Kostenüberwälzung der Beklagten ist damit wegen eines Verstoßes gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG unzulässig. Der darauf abstellende zweite Satz ist schon wegen der Regelungseinheit zu verbieten, ohne dass näher auf das Argument der verpönten Beweislastumkehr eingegangen werden müsste.

Klausel 13: (Pkt 2.11b)

„(...) Erfolgt die Zahlung der Entgelte durch ELV und fallen vom Käufer verursachte Rücklastschriften an, so berechnet der Zahlungsdienstleister eine Bearbeitungsgebühr iHv EUR 10 pro Lastschrift. Hierin sind die dem Zahlungsdienstleister entstandenen Bankrücklastkosten bereits enthalten. Dem Käufer bleibt nachgelassen, einen geringeren Schaden nachzuweisen.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei gröblich benachteiligend, weil auch diese nicht auf ein Verschulden abstelle und ein Käufer mangels Einblick in die Abläufe der Beklagten nie einen geringeren Schaden nachweisen werde können, weswegen diese auch gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstoße. Schließlich sei diese intransparent, weil einem Durchschnittsverbraucher die Abkürzung ELV unbekannt sei.

Beklagtenvorbringen:

Laut der Beklagten sei die Bezugnahme auf eine Verursachung als Verschulden zu verstehen und der Verbraucher müsse keinen Nachweis über die Schadenshöhe erbringen. Die Abkürzung ELV für elektronischen Lastschriftverkehr sei in diesem Geschäftszweig üblich und auch im Gesamtzusammenhang verständlich.

Erstgericht:

Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung müsse der Verbraucher sogar nicht verschuldete Spesen

ersetzen, sodass diese Bestimmung vom dispositiven Schadenersatzrecht zu dessen Nachteil abweiche. Der letzte Satz sei wiederum als unzulässige Beweislastumkehr zu verstehen. Schließlich sei die Klausel intransparent, weil die Bedeutung der Abkürzung ELV im Dunkeln bleibe.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte beharrt weiterhin darauf, dass eine Verursachung begrifflich auch ein Verschulden umfasse und der letzte Satz einen verbraucherfreundlichen Hinweis enthalte. Die Abkürzung ELV sei jedenfalls im Gesamtkontext klar.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist auf die zutreffende erstgerichtliche Beurteilung.

Berufungsentscheidung:

Der Beklagten ist insoweit beizupflichten, dass die Abkürzung ELV jedenfalls im Gesamtkontext verständlich ist, ist doch im (nicht beanstandeten) Einleitungssatz der Klausel die Rede von „Überweisungen“, und auch die Bezugnahme auf „Rücklastschriftspesen“ erschließt, dass es um (elektronische) Lastschriftverfahren geht.

Eine Pauschalierung von Entgelten ist zwar nicht von vornherein unzulässig; die Festsetzung eines Minimums an zu leistendem Schadenersatz ganz unabhängig davon, ob überhaupt ein Aufwand anfällt, ist jedoch gröblich benachteiligend (RS0123253 [T1]). Diese Benachteiligung durch die pauschale Verrechnung von EUR 10,- pro Rücklastschrift, ohne dass auf die konkreten Bankspesen und den Bearbeitungsaufwand abgestellt wird, wird auch nicht dadurch beseitigt, dass dem Kunden ein Mäßigungsanspruch eingeräumt wird, müsste nach

allgemeinem Schadenersatzrecht doch der Geschädigte seinen Schaden nachweisen.

Wie bereits zu Klausel 12 ausgeführt, liegt eine gröbliche Benachteiligung zudem dann vor, wenn ein Verbraucher zu Schadenersatzzahlungen verpflichtet werden soll, ohne dass auf ein Verschulden abgestellt wird (vgl. RS0129621 [T1]). Verursachung wird aber entgegen der Argumentation der Beklagten weder im allgemeinen noch im juristischen Sprachgebrauch mit einem Verschulden gleichgesetzt, sodass nach dem Wortlaut der Klausel sehr wohl eine pauschale und verschuldensunabhängige und damit unzulässige Haftung des Kunden begründet wird (vgl. auch 9 Ob 38/19g Klausel 8: „zu vertretender Umstand“).

Klausel 14: (Pkt 2.12)

„Sollte der Verkäufer Tickets zum Kauf anbieten, den Verkauf bestätigen (bzw eine automatische Bestätigung gemäß Paragraf 2.10 vorliegen) und dann nicht in der Lage sein, exakt die Tickets zu liefern, die zum Kauf angeboten wurden, behält sich viagogo das Recht vor, den Verkauf zu annullieren, Ersatzkarten für den Käufer zu beschaffen und dem Verkäufer die Kosten für diese Ersatzkarten sowie weitere Gebühren in Rechnung zu stellen und/oder anderweitige Konsequenzen zu vollziehen (siehe auch Kapitel 5).“

Klagsvorbringen:

Die Unzulässigkeit dieser Klausel ergebe sich einerseits aus dem Verweis auf unzulässige Bestimmungen und andererseits aus einer Intransparenz, weil weder die Folgen der Annullierung noch die Kosten oder die angedrohten anderweitigen Konsequenzen absehbar seien. Auch sei nicht ersichtlich, warum es der Beklagten

freigestellt sein solle, derartig in den Vertrag einzugreifen.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte rechtfertigte diese Klausel mit denselben Argumenten wie die Klauseln 8 und 10.

Erstgericht:

Das Erstgericht erklärte die Klausel aus eben diesen Gründen für unzulässig und betonte, dass demnach ein vom dispositiven Recht abweichender Prozess bei Leistungsmängeln des Verkäufers gelten solle, der aber keineswegs in jedem Falle zu einer Besserstellung des Verbrauchers führe und im Detail intransparent sei.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte verweist auch insoweit auf die Vorteilhaftigkeit und die Freiwilligkeit ihrer „viagogo Garantie“.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger hebt hervor, dass der Beklagten mit dieser Klausel ein unbegrenzter Handlungsspielraum eingeräumt werde.

Berufungsentscheidung:

Die Klausel ist schon deswegen unzulässig, weil die Beklagte damit in das Vertragsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer eingreifen will, die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen sowie die „anderweitigen Konsequenzen“ aber nicht näher umschreibt, und auch das Verhältnis dieser Bestimmung zur „viagogo Garantie“ laut Klausel 1 und der „Substitution“ nach Klausel 8 völlig unklar bleibt. Zur Intransparenz der Kostenbelastung wird auf die Ausführungen zu den Klauseln 8 und 10 verwiesen.

Klausel 15: (Pkt 2.12)

„Ungültige Karten: Sollte dem Käufer der Einlass zur Veranstaltung aufgrund ungültiger Tickets nicht gewährt werden, behält sich der Zahlungsdienstleister das Recht vor, dem Käufer jederzeit den vollen Kaufpreis zurück zu erstatten. Der Verkäufer erhält in diesem Fall keine Bezahlung. Ungültige Karten umfassen jeden Fall, in dem der Käufer keinen Einlass zur Veranstaltung erhält. Käufer werden gebeten einen Nachweis zum Ausschluss der Veranstaltung vorzuweisen, allerdings behält sich der Zahlungsdienstleister das Recht vor, auch ohne einen Nachweis Auszahlungen an den Verkäufer nicht auszuführen, sollte ein Käufer ungültige Karten erhalten haben.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei deswegen unzulässig, weil ein Ticket demnach schon dann als ungültig angesehen werde, wenn der Käufer bloß keinen Einlass erhalte, selbst wenn dieser Umstand etwa aus seinem eigenen Verhalten resultiere. Weiters werde der Beklagten im zweiten Satz ein unbegrenzter Spielraum eröffnet, Auszahlungen zu verweigern. Insofern sei widersprüchlich, wann eine Ungültigkeit vorliege.

Beklagtenvorbringen:

Mit der Klausel werde nur der Fall geregelt, dass dem Käufer aufgrund eines ungültigen Tickets kein Einlass zur Veranstaltung gewährt werde, wobei er keinen Nachweis über den Ausschluss erbringen müsse, sondern die Vorlage des ungültigen Tickets ausreiche, um eine Auszahlung des Kaufpreises zu verhindern. Dies sei sachlich gerechtfertigt, um Betrugsversuche mit gefälschten Tickets hintanzuhalten.

Erstgericht:

Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung sei nach dem Verständnis des Erstgerichts jedoch auch dann von einer Ungültigkeit eines Tickets auszugehen, wenn der Einlass aus beim Käufer gelegenen Gründen verweigert werde, was nicht dem Verkäufer aufgebürdet werden dürfe.

Dadurch, dass die Beklagte auch ohne Nachweis Auszahlungen verweigern könne, komme es weiters zu einer Beweislastverschiebung, die jedenfalls für einen Verbraucher als Verkäufer nachteilig sei, müsse doch im Regelfall der Käufer die Ungültigkeit der Tickets nachweisen.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte berief sich ausdrücklich darauf, dass eine isolierte Betrachtung der einzelnen Sätze unzulässig sei und aus dem Gesamtzusammenhang klar hervorgehe, dass das Entgelt nur bei ungültigen Tickets verweigert werden könne, was gerade zu keiner Beweislastverschiebung führe.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger streicht hervor, dass die Klausel eine eigene Definition der Ungültigkeit kenne, die weiter sei als die nunmehrige Argumentation der Beklagten, und die Voraussetzungen für die Zurückbehaltung unbestimmt seien.

Berufungsentscheidung:

Die Beklagte übergeht bei ihren Berufungsausführungen, dass in ihrer Klausel die „Ungültigkeit“ näher definiert wird, und zwar als jeder Fall, in dem der Käufer keinen Einlass zu Veranstaltung erhält. Zu Klausel 4 (Pkt 1.3) wurde bereits klargestellt, dass der Verkäufer aber auch dann einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung hat (haben kann), wenn der Käufer nicht an der Veranstaltung teilnehmen konnte,

insbesondere wenn dem Käufer aus in dessen Sphäre liegenden Gründen der Einlass verweigert wird. Das Recht der Beklagten, in diesen Fällen dem Käufer den vollen Kaufpreis zurückzuerstatten, greift daher ohne sachliche Rechtfertigung in den Entgeltanspruch des Verkäufers ein.

Dasselbe gilt für den Modus; zwar erscheint es sachlich gerechtfertigt, dass Käufer auch ohne einen konkreten Nachweis der Verweigerung des Einlasses ihren Kaufpreis zurückverlangen können, weil ein solcher im Einzelfall vor Ort nicht immer und ohne weiteres erhältlich sein wird. Allerdings verlangt die Klausel entgegen den Berufungsausführungen nicht einmal die Vorlage des behauptetermaßen ungültigen Tickets, sondern die Beklagte ist demnach auch ohne einen Nachweis schon dann zur Verweigerung der Auszahlung berechtigt, „sollte ein Käufer ungültige Karten erhalten haben“. Damit könnte aber eine Auszahlung aufgrund einer bloßen Behauptung und selbst in jenen Fällen verweigert werden, in denen der Verkäufer mangels Vertretbarkeit der Einlassverweigerung einen Zahlungsanspruch hat.

Da diese Regelungseinheit als Ganzes auf ungültige Karten abstellt und dieser Begriff einer näheren Determinierung bedarf, die von der Beklagten gewählt jedoch unzulässig ist, ist die beanstandete Passage insgesamt zu verbieten.

Klausel 16: (Pkt 2.12)

„Sollte eine Veranstaltung gecancelt oder verschoben werden, so behält sich viagogo das Recht vor die Transaktion eines Verkäufers zu stornieren.“

Klagsvorbringen:

Da die Klausel die Auswirkungen für den Käufer offenlasse und überdies die Stornierung dem Ermessen der

Beklagten überlasse, sei sie intransparent und gröblich benachteiligend.

Beklagtenvorbringen:

Logische Konsequenz der Stornierung der Transaktion des Verkäufers sei auch eine solche des Käufers, wodurch es etwa zur Rückgängigmachung bereits geleisteter Zahlungen komme, weswegen die Klausel weder intransparent noch benachteiligend sei.

Erstgericht:

Das Erstgericht sah in dieser Klausel ein unzulässiges Abgehen vom dispositiven Recht zur nachträglichen Unmöglichkeit, insbesondere weil eine Stornierung auch bei einer bloßen Verschiebung der Veranstaltung zulässig sein und im Ermessen der Beklagten liegen solle. Weder sei klar, anhand welcher Kriterien diese Entscheidung getroffen würde, noch welche Rechtsfolgen sich für den Verbraucher im einen oder anderen Fall ergeben würden. Aus dem Text lasse sich keineswegs ableiten, dass auch die Transaktion des Käufers storniert werde und dieser den Kaufpreis zurückerhalte.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung verweist darauf, dass die Klausel sehr wohl auch die Rettung eines Vertrags bei einer Verschiebung der Veranstaltung vor Augen habe, primär jedoch den Käufer in jenen Fällen schützen wolle, in denen die Veranstaltung abgesagt oder auf einen für diesen unpassenden Termin verschoben werde. Dem Verbraucher werde dabei eine Wahlmöglichkeit eingeräumt. Völlig klar sei schließlich, dass es bei einer Stornierung zu einer Rückabwicklung komme, etwa auch von Zahlungen.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger betont, dass die Stornierung oder Verschiebung nach dem Wortlaut der Klausel gerade nicht in der Disposition der Vertragsparteien liegen solle und die Klausel keinen Aufschluss über die Rechtsfolgen für den Käufer gebe.

Berufungsentscheidung:

Dem Kläger und dem Erstgericht ist auch insoweit beizupflichten, dass ein derartiges, willkürliches Eingriffsrecht der Beklagten in das Vertragsverhältnis gröblich benachteiligend ist, zumal die Klausel gerade kein Mitsprache- bzw Widerspruchsrecht der Vertragsparteien kennt. Weiters ist völlig unklar, welche Rechtsfolgen aus einer derartigen „Stornierung“ resultieren sollen, und zwar nicht nur im Hinblick auf den Kaufpreis des Tickets, sondern auch die Gebühren der Beklagten.

Dazu ist ergänzend anzumerken, dass sich der Zahlungsdienstleister nach Klausel 18 lediglich „das Recht vorbehält“, die Bezahlung zurückzuhalten oder das Geld zurückzuziehen, sollte eine Veranstaltung verschoben oder gecancelt werden, ihn aber keine Pflicht trifft, die Zahlung bei einer Stornierung rückzuerstatten.

Klausel 17: (Pkt 2.12)

„Sollten aus irgendwelchen Gründen Tickets zu uns zurückgesendet worden sein oder diese nicht zugestellt werden, dann werden wir eine neue Lieferung maximal dreimal versuchen. Wir streben eine Neu-Auslieferung für den Käufer an oder versuchen einen Abholpunkt zu vereinbaren. Sollte uns dies nicht möglich sein, dann kann der Zahlungsdienstleister leider keine Rückerstattung anbieten. Wir versuchen alle Tickets

rechtzeitig vor dem Event auszuliefern, Bestellzeitpunkt abhängig. Gegebenenfalls können wir auch eine Abholung der Tickets am Eventort bzw den Ticketkassen verlangen (,Abholung')."

Klagsvorbringen:

Da nach dem Wortlaut der Klausel eine Rückerstattung auch dann ausgeschlossen sei, wenn die Zustellung aus von der Beklagten zu vertretenden Gründen scheitere, sei diese gröblich benachteiligend. Weiters täusche diese über die wahre Rechtslage, weil der Verbraucher bei Nichterfüllung vom Vertrag zurücktreten und bei Verschulden Schadenersatz verlangen könne. Diese Bestimmung könne weiters als unzulässige Haftungsfreizeichnung iSd § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstanden werden.

Beklagtenvorbringen:

Weder gebe das dispositive Recht eine Anzahl von Zustellversuchen vor, noch eine Haftung der Beklagten für eine fehlerhafte Zustellung. Sollte sowohl die Zustellung als auch die Vereinbarung eines Abholortes aus in der Sphäre des Käufers liegenden Gründen scheitern, sei eine Verweigerung der Rückerstattung zweifellos gerechtfertigt. Ebenso wenig werde der Käufer über seine gesetzlichen Rücktrittsrechte in die Irre geführt oder eine Haftungsfreizeichnung vereinbart.

Erstgericht:

Nach dem Verständnis des Erstgerichts sei die Klausel gröblich benachteiligend, weil die Anzahl von Zustellversuchen allein der Beklagten überlassen bleibe und der Käufer insofern keine Ansprüche habe, selbst wenn er für das Scheitern der Zustellung nicht verantwortlich sei. Weiters sei unklar, nach welchen Maßgaben

Zustellungen versucht würden oder auch nicht, wann und wie ein Abholpunkt vereinbart werde, ob danach zu unterscheiden sei, ob die Zustellung aus Gründen in der Sphäre des Käufers oder der Beklagten scheitere und welche Rechtsfolgen sich daraus ableiten würden.

Der vierte Satz sei zwar nicht zu beanstanden, habe allein aber keinen Regelungsinhalt.

Die im fünften Satz vorgesehene Möglichkeit der Beklagten, nach eigenem Ermessen darüber zu entscheiden, ob Tickets zugestellt würden oder „gegebenenfalls“ am Veranstaltungsort abgeholt werden müssten, sei wiederum gröblich benachteiligend und intransparent.

Berufungsvorbringen:

Da Tickets auch kurzfristig vor Veranstaltungen gekauft werden könnten, könnte sie keine allgemein gültige Regel über die Zustellart und die Anzahl der Versuche aufstellen. Sie dürfe nach der Klausel eine Abholung aber erst verlangen, wenn eine Zustellung nicht erfolgreich gewesen und/oder aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich sei. Schon der Wortlaut schließe eine Freizeichnung für von ihr verschuldete Zustellmängel aus.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist darauf, dass sich die Berufungsausführungen wiederum vom Wortlaut der Klausel entfernen würden und die Rechtsansicht des Erstgerichts zutreffend sei.

Berufungsentscheidung:

Nach dem hier allein maßgeblichen Wortlaut der ersten drei Sätze ist eine Rückerstattung des Kaufpreises schon dann ausgeschlossen, wenn eine Zustellung des Tickets „aus irgendwelchen Gründen“ für die Beklagte

„nicht möglich“ ist, sohin selbst dann, wenn zB eine verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit auf Seiten der im Einzelfall mit der Übermittlung beauftragten Beklagten vorliegen sollte, was zulasten des Verbrauchers vom dispositiven Recht bei Leistungsstörungen abweicht und damit gröblich benachteiligend ist. Weiters ist nicht nachvollziehbar geregelt, wann eine Auslieferung oder die Vereinbarung eines Abholpunkts „nicht möglich“ sein soll und wann „gegebenenfalls“ eine Abholung verlangt werden kann. Da die Beklagte bei kundenfeindlichster Auslegung eine solche selbst dann nach eigenem Ermessen und ohne objektive Notwendigkeit verlangen kann, wenn die Vertragsparteien eine andere Form der Zustellung gewählt haben sollten, ist der letzte Satz ebenso gröblich benachteiligend.

Das Verbot auch des vierten Satzes als Teil einer Regelungseinheit wird von der Beklagten nicht bekämpft.

Klausel 18: (Pkt 2.13)

„Der Zahlungsdienstleister behält sich das Recht vor die Bezahlung zurückzuhalten oder das Geld zurückzuziehen, sollte die Veranstaltung verschoben oder gecancelt worden sein oder sollte er das Gefühl haben, dass der Verkauf rechtswidrig war oder es einen Verstoß gegen diese Nutzungsvereinbarung gegeben hat.“

Klagsvorbringen:

Das schrankenlose Recht, Zahlungen bereits beim „Gefühl“ irgendeiner Rechtsverletzung zurückzubehalten bzw zurückzuziehen, sei gröblich benachteiligend und intransparent. Unklar sei auch, was mit derartigen Kundengeldern in der Folge geschehe und welche Ansprüche der Käufer diesfalls gegen den Zahlungsdienstleister, die Beklagte und den Verkäufer habe.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte führe eine sachliche Rechtfertigung ins Treffen, nämlich wiederum den Schutz der rechtstreuen Plattformnutzer. Die Anführung aller denkbaren Verstöße würde den Rahmen der AGB sprengen. Die Rechtsfolgen für die Käufer seien in der „viagogo Garantie“ geregelt.

Erstgericht:

Das Erstgericht hielt fest, dass mit dem ersten Teil der Klausel, wie bei Klausel 16, ohne sachliche Rechtfertigung ein vom dispositiven Recht abweichender Mechanismus bei nachträglicher Unmöglichkeit vereinbart werde und im zweiten Teil eine schrankenlose Zurückbehaltung nach Gutdünken der Beklagten bzw des Zahlungsdienstleisters vorgesehen sei. Der Schutz der Plattformnutzer sei zwar grundsätzlich eine geeignete sachliche Rechtfertigung, die konkrete Umsetzung sei jedoch überschießend. Weiters seien weder die Voraussetzungen noch die Rechtsfolgen einer derartigen Zurückbehaltung transparent geregelt.

Berufungsvorbringen:

Der erste Teil der Klausel sei aus den zu Klausel 16 ins Treffen geführten Gründen zulässig, der zweite zur Hintanhaltung von Rechtswidrigkeiten sachlich gerechtfertigt. Der Inhalt dieser Regelung sei eindeutig, eine konkretere Formulierung sei aufgrund der Vielzahl der denkbaren Rechtsverletzungen nicht möglich.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger hält daran fest, dass der Klausel keine objektiven Kriterien und Folgen zu entnehmen seien.

Berufungsentscheidung:

Wie bereits zu Klausel 16 ausgeführt, ist der Vorbehalt des Rechts, eine Zahlung zurückzuhalten oder

zurückzuziehen, sollte eine Veranstaltung verschoben oder gecancelt worden sein, sachlich nicht gerechtfertigt und sowohl im Hinblick auf die Voraussetzungen, als auch die Rechtsfolgen intransparent.

Umso mehr gilt dies für den 2. Halbsatz der Klausel, wonach dem Zahlungsdienstleister schon dann ein derartiges Recht eingeräumt werden soll, wenn er das bloße „Gefühl“ hat, dass der Verkauf „rechtswidrig“ war oder es (irgend-)einen Verstoß gegen die AGB gegeben hat. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung könnte sich die Beklagte sogar auf den Standpunkt stellen, dass wegen einer rechtswidrigen bzw gegen die AGB verstoßenden Handlung beider Vertragsparteien sowohl eine Auszahlung an den Verkäufer als auch eine Rückzahlung an den Käufer unterbleibt.

Klausel 19: (Pkt 2.15)

„Die Ticketangebote repräsentieren tatsächliche Sitzplätze. Sie können ohne Zustimmung des Käufers durch vergleichbare oder bessere Sitzplätze ausgetauscht werden.“

Klagsvorbringen:

Diese Klausel sei überraschend iSd § 864a ABGB, weil ein Verbraucher nicht damit rechnen müsse, dass jene Sitzplätze, die er sich explizit ausgesucht habe, nachträglich einseitig geändert würden. Es sei auch keineswegs sichergestellt, dass die offenbar nach eigenem Ermessen der Beklagten gewählten neuen Sitzplätze tatsächlich vergleichbar oder besser wären; dabei sei nämlich auch die subjektive Interessenlage des Verbrauchers zu beachten. Eine Unzumutbarkeit sei daher indiziert und eine sachliche Rechtfertigung für den

einseitigen Änderungsvorbehalt nicht erkennbar, sodass zudem eine gröbliche Benachteiligung vorliege.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verwies darauf, dass es nach dieser Klausel gerade nicht zu einer Schlechterstellung des Käufers komme; „vergleichbar“ berücksichtige etwa auch das Nebeneinanderliegen von gekauften Sitzplätzen udgl. Da bei Veranstaltungen immer wieder Probleme auftreten würden, die auch Ersatzbeschaffungen notwendig machen würden, sei eine derartige Änderungsmöglichkeit gerechtfertigt und im Sinne der Käufer.

Erstgericht:

Dieses Klausel sei gröblich benachteiligend und verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil der Vertragsinhalt einseitig von der Beklagten auf Tickets geändert werden könne, die womöglich nicht im Interesse des Käufers wären, und dieser kein Mitsprache- oder Ablehnungsrecht habe, wofür keine Rechtfertigung erkennbar sei.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte betonte nochmals, dass in der Abwicklung Probleme auftreten könnten und eine Leistungsänderung auf ein vergleichbares Ticket tatsächlich im Interesse des Käufers liege.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger streicht hervor, dass „vergleichbar“ nicht transparent sei und kein Grund ersichtlich, warum der Käufer kein Mitspracherecht haben solle.

Berufungsentscheidung:

Diese Argumente sind zutreffend. Es kann nicht angehen, dass sich ein Käufer, der sich bestimmte Sitzplätze ausgesucht hat, ohne seine Zustimmung und ohne

weitergehende Ansprüche auf andere Plätze verweisen lassen muss, die nach dem alleinigen Ermessen der Beklagten oder des Verkäufers behauptetermaßen vergleichbar sein sollen. Dies ist sowohl eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht bei Leistungsstörungen zum Nachteil des Verbrauchers, als auch überraschend iSd § 864a ABGB.

Klausel 20: (Pkt 2.16)

„Probleme müssen innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Tickets gemeldet werden, ansonsten verfällt die viagogo Garantie.“

Klagsvorbringen:

Die Vereinbarung einer Rügepflicht, die eine Haftungsfreizeichnung des Unternehmens bewirke, verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Weiters müsse ein Garantiegeber gem § 9b Abs 1 KSchG darauf hinweisen, dass die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Übergebers nicht eingeschränkt werde.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte betont neuerlich, dass es sich bei der „viagogo Garantie“ um einen zusätzlichen Service im Interesse der Käufer handle, sie selbst aber keine Haftung treffe und damit auch keine Haftungsfreizeichnung vereinbart werde. Dabei handle es sich aber nicht um eine herkömmliche Garantie für Mängel, sodass § 9b KSchG nicht anwendbar sei.

Erstgericht:

Das Erstgericht sah sowohl einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 als auch § 9b KSchG als gegeben an. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung könne für einen rechtsunkundigen Verbraucher, der nicht zwischen den Rechtsgrundlagen seiner Ansprüche unterscheide, der

Eindruck entstehen, dass bei Versäumung der Frist auch Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte und den Verkäufer verfallen würden. Bei einer Garantie iSd § 9b KSchG handle es sich weiters um jede von einem Unternehmer gegenüber einem Verbraucher ohne Aufpreis eingegangene Verpflichtung, ua Abhilfe zu schaffen, wenn die Sache nicht den zugesagten bzw angekündigten Eigenschaften entspreche, sodass darunter sehr wohl auch die Garantie der Beklagten subsumiert werden könne. Zweck dieser Bestimmung sowie der zugrundeliegenden RL 1999/44/EG sei nämlich, durch den Hinweis eine Irreführung von Verbrauchern zu verhindern, was hier gleichermaßen notwendig sei.

Berufungsvorbringen:

Da die Klausel ausdrücklich nur auf die Garantie Bezug nehme, werde der Käufer gerade nicht über seine sonstigen Ansprüche getäuscht. Der von ihr in Klausel 1 umschriebene Service bei Problemen zwischen Käufern und Verkäufern könne aber nicht mit einer Hersteller- oder Verkäufergarantie nach § 9b KSchG gleichgesetzt werden.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Aus Sicht des Klägers würden Verbraucher durch die Formulierung der Klausel und den unterlassenen Hinweis auf ihre gesetzlichen Ansprüche über ihre Rechte im Unklaren gelassen.

Berufungsentscheidung:

Einleitend ist festzuhalten, dass die Klausel schon deswegen nicht nachvollziehbar ist, weil diese erkennbar auf „Probleme“ des Käufers abstellt, die Beklagte mit ihrer „viagogo Garantie“ laut Klausel 1 (vgl auch Klausel 8) für die Käuferseite aber (nur) garantiert, dass bezahlte Tickets rechtzeitig vor der Veranstaltung

geliefert werden. Welche Ansprüche aus der Garantie verfallen sollen, wenn diese nicht binnen 14 Tagen nach Erhalt der Tickets gemeldet werden, ist damit unklar (selbst im Gesamtkontext des Punktes 2.16).

Im Übrigen ist dem Kläger und dem Erstgericht beizupflichten, dass durch die Pflicht, „Probleme“ binnen 14 Tagen zu melden, widrigenfalls die „viagogo Garantie“ verfalle, Verbraucher von der Durchsetzung gesetzlicher Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte und/oder den Verkäufer abgehalten werden könnten.

Auf eine (analoge) Anwendbarkeit des § 9b KSchG kommt es damit nicht an.

Klausel 21: (Pkt 2.16)

„Sollten Sie am Tag der Veranstaltung Probleme mit den bereitgestellten Karten haben, müssen Sie viagogo innerhalb von 48 Stunden nach dem Vorfall in Kenntnis setzen.“

Klagsvorbringen:

Da die Klausel keine Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Meldepflicht vorsehe, müsse angesichts der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung von einer Haftungsfreizeichnung ausgegangen werden, die jedoch mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unvereinbar sei. Weiters sei eine derartige, noch dazu kurze Meldepflicht überraschend und gröblich benachteiligend und daher unwirksam nach § 864a und § 879 Abs 3 ABGB, nicht zuletzt weil die Beklagte gemäß Punkt 2.13 den Verkäufer erst acht Werkzeuge nach der Veranstaltung bezahlen müsse.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte wiederholte, dass sie nicht selbst ersatzpflichtig werde und daher auch keine

Haftungsfreizeichnung normiert werde. Mit dieser Klausel seien überhaupt keine nachteiligen Folgen für den Käufer verbunden. Mit Punkt 2.16 solle lediglich die Beilegung eines Streitfalls geregelt werden. Sachlich gerechtfertigt sei es, ihr eine längere Frist für die Bearbeitung einzuräumen, als dem Käufer für die bloße Meldung.

Erstgericht:

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als intransparent, weil für den Verbraucher nicht klar sei, ob und welche Folgen eine unterlassene Meldung habe.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung argumentiert damit, dass die Meldepflicht im Interesse des Käufers sei, damit die „viagogo Garantie“ in Gang gesetzt werden könne. Müsste sie bei jeder Klausel anführen, dass deren Nichtbefolgung zu keinen Nachteilen führe, würden die AGB unnötig aufgebläht und unübersichtlich.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger erwidert, dass die Klausel gerade nicht auf die Garantie abstelle und die zu meldenden „Probleme“ nicht näher konkretisiere.

Berufungsentscheidung:

Auch hier sind der Kläger und das Erstgericht im Recht, dass die Klausel intransparent ist, weil völlig offen bleibt, welche „Probleme“ gemeldet werden müssen und was die Rechtsfolgen einer Unterlassung sind (so auch 8 Ob 128/17g Klausel 1 und 8 Ob 24/18i Klausel 5 zu einer Meldepflicht bei einem Kreditkartenmissbrauch bzw -diebstahl).

Da „Probleme am Veranstaltungstag“ auch nicht unter die „viagogo Garantie“ laut Klausel 1 fallen, kann sich

diese Bestimmung denkunmöglich auf Garantiefälle bzw den Verlust von Garantieansprüchen beziehen. Soweit die Beklagte damit argumentiert, dass bei einer Verletzung der Meldepflicht keine nachteiligen Rechtsfolgen für den Käufer denkbar wären, ist etwa auf Klausel 18 zu verweisen, wonach (Rück-)Zahlungen bei Verstößen gegen die AGB zurückbehalten werden könnten.

Klausel 22: (Pkt 2.16)

„Unter gewissen Umständen kann es sein, dass Sie ein Reklamationsformular ausfüllen und weitere Informationen angeben müssen, um Anspruch auf die Rückerstattung zu haben. Die Reklamationsformulare müssen innerhalb von 5 Arbeitstagen an viagogo geschickt werden.“

Klagsvorbringen:

Da für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nicht bloß die Schriftform, sondern die Verwendung eines speziellen Reklamationsformulars verlangt werde, sei die Klausel gemäß § 6 Abs 1 Z 4 und Z 9 KSchG unwirksam. Dies gelte auch für die Frist, die noch dazu unsachlich kurz sei, sodass die Klausel wegen gröblicher Benachteiligung zu verbieten sei.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass gerade keine strengere als die Schriftform verlangt werde. Die Verwendung eines Reklamationsformulars erleichtere die Abwicklung und liege daher ebenso im Interesse des Verbrauchers. Die Frist von fünf Arbeitstagen für das Abschicken sei weder zu kurz, noch verstoße diese gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG, wo bloß die Form geregelt sei. Es gehe insoweit auch eindeutig nur um Ansprüche aus der „viagogo Garantie“ und keine Schadenersatzansprüche,

weswegen weder die dreijährige Verjährungsfrist noch § 6 Abs 1 Z 9 KSchG anwendbar seien. Schließlich werde gerade nicht normiert, dass es ansonsten zu einem Verlust des Rückerstattungsanspruchs komme.

Erstgericht:

Das Erstgericht bejahte einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 4 KSchG, weil nach dem Wortlaut der Klausel ein Anspruch auf Rückerstattung nur bei der Verwendung eines Reklamationsformulars zustehen solle, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung bestünde. Der zweite Satz sei - analog zu Klausel 21 - intransparent, weil die Rechtsfolgen einer Fristversäumung nicht geregelt seien.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte führt ins Treffen, dass die Geltendmachung von Ansprüchen mittels Reklamationsformulars nicht erschwert werde, sondern dies vielmehr eine raschere und effizientere Durchsetzung ermögliche, sodass eine sachliche Rechtfertigung gegeben sei. Zudem komme in der Klausel klar zum Ausdruck, dass ein Reklamationsformular „nur unter gewissen Umständen“ ausgefüllt werden müsse. Der zweite Satz beziehe sich eindeutig ausschließlich auf ihre „viagogo Garantie“ und sei damit zulässig.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist auf sein erstinstanzliches Vorbringen und die zutreffende Rechtsansicht des Erstgerichts.

Berufungsentscheidung:

Einleitend ist festzuhalten, dass die Notwendigkeit, „unter gewissen Umständen“ ein Reklamationsformular auszufüllen und „weitere

Informationen“ abzugeben, um einen Rückerstattungsanspruch zu haben, sowie die unklaren Rechtsfolgen bei einer Versäumung der im zweiten Satz vorgesehenen Frist von fünf Arbeitstagen (deren Beginn im Übrigen unregelt ist) zweifelsfrei intransparent ist iSd § 6 Abs 3 KSchG (wie Klausel 21), dieser Rechtsgrund vom Kläger in der ersten Instanz jedoch nicht geltend gemacht wurde.

Aber auch die von diesem herangezogenen Argumente treffen zu. So qualifizierte der OGH jüngst eine Verpflichtung, „Unstimmigkeiten“ über eine bestimmte Telefonnummer bekanntzugeben, als Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG, der nicht durch Praktikabilitätserwägungen gerechtfertigt werden könne (vgl 4 Ob 169/17g Pkt 2.4). Nichts anderes kann für spezielle Reklamationsformulare gelten, noch dazu weil nicht darauf hingewiesen wird, wie der Kunde überhaupt zu einem solchen gelangen kann.

Da es nach dem Gesamtzusammenhang um einen „Rückerstattungsanspruch“ aufgrund von „Problemen“ nach Erhalt der Tickets bzw am Veranstaltungstag geht, die nicht unter die „viagogo Garantie“ laut Klausel 1 fallen (vgl auch Klausel 20 und 21), können nur gesetzliche Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gemeint sein, sodass eine Verfallsfrist von fünf Arbeitstagen zudem gröblich benachteiligend ist.

Klausel 23: (Pkt 2.17)

„Falls Tickets oder Sitzplätze verkauft werden, die mit einer Jahreskarte verknüpft sind, die dem Käufer während der Veranstaltung vorliegen muss, ist der Käufer nach dem Ende der Veranstaltung verpflichtet, die Jahreskarte unverzüglich viagogo zurückzugeben. Hierzu hat der Käufer die Jahreskarte entweder an einem viagogo

Stand vor Ort abzuliefern (falls vorhanden) oder mittels eingeschriebenen Briefs viagogo innerhalb von 48 Stunden nach Ende der Veranstaltung zu übersenden. Sollte der Käufer die Jahreskarte(n) nicht innerhalb des vorgenannten Zeitraums an viagogo zurückgeben, stimmt er hiermit zwei separaten Abbuchungen auf seiner Kreditkarte - oder einer jeweilig anderen zum Ticketkauf genutzten Zahlungsmethode, zu: (i) dem Verkaufspreis für das/die Ticket(s) oder den/die Sitzplatz/Sitzplätze, (ii) einer „Strafzahlung“ von EUR 200,- pro Jahreskarte.“

Klagsvorbringen:

Zwar sei es sinnvoll, eine Jahreskarte nachweislich zu retournieren, die Beschränkung auf die zwei genannten Übermittlungsarten sei jedoch überraschend iSd § 864a ABGB und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, insbesondere wenn der Unternehmer dadurch Karten, die auf anderem Wege bei ihm eingegangen seien, zurückweisen könne. Die Frist von 48 Stunden sei unzumutbar kurz und es sei auch unklar, ob auf den Versand oder das Einlangen abzustellen sei. Die Strafzahlung von EUR 200,-, die selbst in Fällen gelten solle, in denen kein Schaden entstanden sei oder die Pauschale unverhältnismäßig zum Restwert der Jahreskarte sei, sei ebenso überraschend und gröblich benachteiligend. Weiters sei nach dem Wortlaut der Klausel unklar, ob der Ticketpreis einfach oder doppelt in Rechnung gestellt werde. Soweit mit dieser Klausel eine Willenserklärung des Verbrauchers fingiert werden solle, die im Ergebnis einer Beweislastverschiebung gleichkomme, verstoße diese gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG.

Beklagtenvorbringen:

Zweck dieser Klausel sei die möglichst sichere Retournierung von Jahreskarten, die im Interesse aller liege und für die sich die zwei genannten Rückgabearten am besten eignen würden. Allerdings gebe die Klausel ihr keineswegs die Möglichkeit, eine anderweitig übermittelte Karte zurückzuweisen, sodass daraus keine Nachteile für den Verbraucher entstünden. Klar geregelt sei, dass die Karte binnen 48 Stunden nach der Veranstaltung zu versenden sei, was zweifellos zumutbar sei. Die Strafzahlung solle eine missbräuchliche Zurückbehaltung verhindern, wobei entweder die Pauschale oder nochmals der Ticketpreis abgebucht werde. Durch die Strafzahlung würden jene Ansprüche beglichen, die vom eigentlichen Jahreskarteninhaber und/oder Besuchern von Folgeveranstaltungen gegen sie insbesondere aus ihrer „viagogo Garantie“ geltend gemacht würden. Die Zustimmung zur Abbuchung entsprechender Beträge begründe aber keine Beweislastumkehr.

Erstgericht:

Da die Möglichkeiten des Verbrauchers, Jahreskarten wirksam zurückzuschicken, erheblich eingeschränkt würden und die Klausel keineswegs sicherstelle, dass die Beklagte andere Übermittlungsarten akzeptieren müsse, liege nach Ansicht des Erstgerichts eine gröbliche Benachteiligung vor. Bei kundenfeindlichster Auslegung der Pönalevereinbarung könnte der Verbraucher zudem verpflichtet werden, zuzüglich zur Pauschale von EUR 200,- noch den gesamten Preis der Jahreskarte zu zahlen; insbesondere bei einer kurzen Restlaufzeit sei dies unverhältnismäßig.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte betont, dass die Klausel bloß als Vorschlag an den Kunden für eine möglichst sichere und komplikationslose Abwicklung zu verstehen sei, sie anderweitig retournierte Jahreskarten jedoch keineswegs ablehnen könne. Selbst wenn man aber von einer Beschränkung ausgehe, sei diese sachlich gerechtfertigt, weil Jahreskarten einen entsprechenden Vermögenswert darstellen würden und eine missbräuchliche Verwendung verhindert werden solle. Da Postfilialen mittlerweile praktisch rund um die Uhr zugänglich seien, sei die Frist auch nicht zu kurz bemessen. Die Höhe der Strafzahlung sei im Hinblick auf die von ihr zu erbringenden Leistungen aus der „viagogo Garantie“ angemessen, eine derartige Vertragsstrafe sei auch üblich.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verwies auf die Unbeachtlichkeit einer allfälligen anderen Praxis und die Unverhältnismäßigkeit und Intransparenz der Pönale.

Berufungsentscheidung:

Da die Beklagte nachhaltig bestreitet, auch nur in irgendeiner Form in Österreich vertreten zu sein, haben österreichische Verbraucher lediglich eine einzige Möglichkeit eine Jahreskarte zurückzugeben, ohne zahlungspflichtig zu werden, nämlich eine Übersendung mittels „eingeschriebenen Briefs“ (also nicht einmal mittels Botendienstes) binnen 48 Stunden nach Veranstaltungsende. Diese massive Beschränkung nach Art und Zeit, die unabhängig von Wochenenden und Feiertagen sowie vom Veranstaltungsort und vom Zeitpunkt der nächsten Veranstaltung gelten soll, ist aber sachlich nicht gerechtfertigt. Deswegen ist nicht nur der zweite

Satz der Klausel unzulässig, sondern auch der erste, der auf eine „unverzügliche“ Rückgabe Bezug nimmt.

Der dritte Satz ist selbst dann als gröblich benachteiligend und intransparent zu qualifizieren, wenn man für die Rechtzeitigkeit davon ausgeht, dass „zurückgeben“ mit „abschicken“ gleichzusetzen ist. Zunächst ist nicht eindeutig, ob mit „Verkaufspreis“ jener gemeint ist, den der Käufer für die von ihm besuchte Veranstaltung bezahlt hat (mit/ohne Gebühren der Beklagten?), jener für (eine oder mehrere) Folgeveranstaltungen oder der Verkaufspreis der Jahreskarte als solche. Weiters kann nach dem Wortlaut kumulativ eine Strafzahlung von EUR 200,- verlangt werden. Abgesehen davon, dass insofern nicht auf ein Verschulden an der nicht rechtzeitigen Retournierung abgestellt wird, ist die Festsetzung eines Minimums an zu leistendem Schadenersatz ganz unabhängig davon, ob überhaupt ein Aufwand anfällt, gröblich benachteiligend (RS0123253 [T1]; 9 Ob 38/19g Klausel 6; s auch hier Klausel 13). Wenn der Käufer die Karte zwar später als 48 Stunden, aber noch so retourniert, dass eine Weiterleitung an den Inhaber oder einen weiteren Käufer rechtzeitig vor der nächsten Veranstaltung möglich ist, würde überhaupt kein Schaden entstehen, der die Abbuchung eines weiteren Ticketpreises und/oder einer Strafpauschale rechtfertigen würde.

Auf die Frage eines Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 11 oder Z 2 KSchG (vgl Klausel 3) muss damit nicht eingegangen werden.

Klausel 24: (Pkt 4.3)

„Sie erklären sich damit einverstanden, den Käufer zu keiner Zeit aus irgendeinem Grund gesondert zu

kontaktieren. Beachten Sie, dass Ihre Bezahlung zurückgehalten wird, falls Sie dagegen verstossen sollten."

Klagsvorbringen:

Es sei sowohl überraschend als auch sachlich ungerechtfertigt, eine Online-Plattform für die Kontaktaufnahme zwischen Käufer und Verkäufer zur Verfügung zu stellen, im Weiteren jedoch ein pönalisiertes Kontaktverbot auszusprechen. Vielmehr entspreche es der berechtigten Erwartungshaltung beider, nach Vertragsabschluss insbesondere mit An- oder Rückfragen in direkten Kontakt treten zu können.

Beklagtenvorbringen:

Laut Beklagter gehe es nach dem Gesamtzusammenhang des Punktes 4.3 um den Schutz der Käuferdaten und der Vermeidung von unerwünschter Werbung, ein generelles Kontaktverbot werde dadurch nicht begründet.

Erstgericht:

Das Erstgericht verstand die Klausel sehr wohl als allgemeines Kontaktverbot, das ungewöhnlich und gröblich benachteiligend sei, weil dieses ohne berechtigten Grund von den üblichen geschäftlichen Gepflogenheiten abweiche.

Berufungsvorbringen:

In ihrer Berufung verweist die Beklagte wiederum auf die Überschrift der Klausel und den Gesamtzusammenhang, nach dem sich die Verpflichtung lediglich auf Werbematerial beziehe, sowie den Datenschutz.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger hält dem entgegen, dass die angefochtene Passage allgemein und umfassend formuliert sei.

Berufungsentscheidung:

Auch wenn man berücksichtigt, dass die Überschrift von Punkt 4.3 lautet: „Verkäufer dürfen den Tickets kein Werbematerial beifügen“ und einleitend die Rede davon ist, dass die Käuferdaten nur für den Versand des gekauften Produktes verwendet und keine Werbematerialien mitgesendet werden dürften, ist der letzte Satz nicht nur bei kundenfeindlichster Auslegung, sondern schon nach seinem objektiven Wortlaut ein absolutes Kontaktverbot. Ein solches mag vielleicht im wirtschaftlichen Interesse der Beklagten sein, um zukünftige direkte Abschlüsse hintanzuhalten und weiter Vermittlungsprovisionen zu lukrieren. Ein generelles und pönalisiertes Kontaktverbot kann damit aber nicht gerechtfertigt werden. Vielmehr ist es ein gröblich benachteiligender und überraschender Eingriff in die Privatautonomie, einem Verkäufer das Recht zu nehmen, mit seinem Vertragspartner in Kontakt zu treten.

Klausel 25: (Pkt 5.2)

„Wir behalten uns das Recht vor, Maßnahmen zu ergreifen, die wir nach unserem eigenen Ermessen für angebracht halten (einschließlich und ohne Einschränkung die Aussprache einer Verwarnung, die Zugangsverweigerung, das Entfernen eines Angebots und die Empfehlung zur Bearbeitung eines Angebots), falls wir begründeten Verdacht zu der Annahme haben, dass Sie gegen die Nutzungsvereinbarung oder geltendes Recht verstoßen. Sie erklären sich damit einverstanden, dass der Zahlungsdienstleister die Ihnen nach dieser Nutzungsvereinbarung zustehenden Geldbeträge einfrieren und/oder Zahlungen zurückhalten darf, wenn Sie nach vernünftigem Dafürhalten des Zahlungsdienstleisters in

betrügerische oder illegale Aktivitäten involviert sind oder auf andere Art diese Nutzungsvereinbarung erheblich verletzen."

Klagsvorbringen:

Da völlig un geregelt sei, welche Maßnahmen die Beklagte aus welchem Grund mit welchen Rechtsfolgen ergreifen könne, sei die Klausel intransparent und gröblich benachteiligend.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte berief sich darauf, dass die Maßnahmen sehr wohl konkret in der Klausel angeführt seien.

Erstgericht:

Diese Ansicht teilte das Erstgericht nicht, das einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 und Abs 3 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB ortete. Die zu setzenden Maßnahmen seien nur demonstrativ aufgezählt, zur Ausübung des Ermessens, ob/wann/welche Maßnahme gesetzt würde, gebe es keinerlei Vorgaben. Auch sei offen, was die Beklagte bzw der Zahlungsdienstleister unter einem „begründeten Verdacht“, „vernünftigem Dafürhalten“ sowie „betrügerischen oder illegalen Aktivitäten“ verstehe. Der zweite Satz könne schließlich als Tatsachenbestätigung aufgefasst werden, die zu einer unzulässigen Beweislastverschiebung zulasten des Verbrauchers führe.

Berufungsvorbringen:

In ihrer Berufung argumentiert die Beklagte damit, dass die Anführung aller möglichen Maßnahmen zu Überfrachtung der Klausel führen würde und die Zurückbehaltung bei betrügerischen oder illegalen Aktivitäten inhaltlich verständlich und sachlich gerechtfertigt sei. Auch werde damit keine Beweislast verschoben.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist darauf, dass die Klausel deutlich weiter sei, deren genauer Inhalt aber wegen Intransparenz nicht erfassbar.

Berufungsentscheidung:

Mit dem ersten Satz der Klausel wird der Beklagten das Recht eingeräumt, beliebige Maßnahmen nach ihrem Ermessen zu ergreifen, wenn nach ihrer eigenen Einschätzung ein „begründeter Verdacht zur Annahme“ besteht, dass ein Käufer oder Verkäufer gegen irgendeine Bestimmung der AGB oder des geltenden Rechts verstoßen habe, was nicht nur mit § 6 Abs 3 KSchG in eklatantem Widerspruch steht, sondern angesichts der Willkürkomponente und der fehlenden Relation zwischen Anlassfall und Maßnahme auch gröblich benachteiligend ist. Nichts anderes gilt für den zweiten Satz, laut dem der Zahlungsdienstleister Gelder einfrieren darf, wenn nach dessen „vernünftigem Dafürhalten“ eine Involvierung in „betrügerische oder illegale Aktivitäten“ vorliegt oder eine andere „erhebliche“ Verletzung der AGB. Unklar ist schließlich das Verhältnis zum außerordentlichen Kündigungsrecht laut Klausel 26 (Arg: „Unbeschadet des Vorherigen [...]“).

Klausel 26: (Pkt 5.2)

„Unbeschadet des Vorherigen behalten wir uns und der Zahlungsdienstleister sich das Recht vor, die Nutzungsvereinbarung fristlos zu kündigen und Ihr viagogo Konto dauerhaft zu sperren:

a) wenn Sie die Bedingungen dieser Nutzungsvereinbarung verletzen, insbesondere (ohne hierauf beschränkt zu sein) wenn Sie nach dieser Nutzungsvereinbarung fällig werdende Zahlungsbeträge

nicht an uns zahlen oder Rückbuchungen in übermäßigem Ausmaß veranlassen;

b) wenn Sie nach unserem vernünftigen Dafürhalten in betrügerische oder illegale Aktivitäten involviert sind;

c) wenn Sie es versäumen, einzelne oder alle Compliance-Checks einzuhalten, die der Zahlungsdienstleister von Zeit zu Zeit ggf von Ihnen verlangt, und wenn dieses Versäumnis nicht binnen angemessener, vom Zahlungsdienstleister vorgegebener Frist behoben wird. Für diesen Fall behält sich der Zahlungsdienstleister das Recht vor, aufgrund Ihres Verhaltens Gelder einzufrieren und/oder zurückzuhalten;

d) in anderen, gesetzlich begründeten Fällen.

Klagsvorbringen:

Diese Klausel zum einseitigen Kündigungs- bzw Rücktrittsrecht sei mangels nachvollziehbarer Vorgaben ebenso intransparent und gröblich benachteiligend wie die Klausel 25. Nach § 6 Abs 2 Z 1 KSchG dürfe der Unternehmer nicht ohne sachliche Rechtfertigung vom Vertrag zurücktreten, was angesichts der vagen Formulierungen gerade nicht sichergestellt sei. Schließlich stünde der Kündigungsvorbehalt in einem Spannungsverhältnis zum Rücktrittsrecht des Verbrauchers nach § 11 FAGG und sei überraschend iSd § 864a ABGB.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte wandte ein, dass die Kündigungsgründe abschließend und verständlich dargestellt würden und von ihrer Qualität die Sperrung des Benutzerkontos rechtfertigen würden. Da ihre Plattform weltweit zugänglich sei und sie sich vor unterschiedlichsten Formen von Missbrauch schützen müsse, müsse ihr ein gewisser Beurteilungsspielraum bleiben. Da sie aber eben

nicht Partei des Kaufvertrags sei, sei weder § 6 Abs 2 Z 1 KSchG noch § 11 FAGG anwendbar.

Erstgericht:

Das Erstgericht verbot die lit a - c der Klausel, nicht jedoch die lit d; die Abweisung dieses Mehrbegehrens erwuchs in Rechtskraft.

Nach dem dispositiven Recht bestünde ein einseitiges und fristloses Kündigungsrecht bei einem erheblichen Vertrauensverlust. Aufgrund der Formulierungen der lit a - c könnten Verbraucher jedoch über die tatsächliche Rechtslage zum Bestand und den Voraussetzungen eines solchen außerordentlichen Kündigungsrechts getäuscht werden. Weiters sei unklar, was die in lit c genannten „Compliance-Checks“ seien und was eine „angemessene“ Frist sei. Dieser Teil enthalte zudem eine nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässige Tatsachenbestätigung is einer Beweislastverschiebung zulasten des Verbrauchers.

Berufungsvorbringen:

Das Transparenzgebot erfordere nach dem Berufungsvorbringen keineswegs, dass die grundsätzliche Rechtslage zur außerordentlichen Kündigung wiedergegeben werden müsse. Die in dieser Bestimmung verwendeten Begriffe seien für die Nutzer ihrer Plattform verständlich, zu einer Beweislaständerung komme es damit nicht.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Nach Ansicht des Klägers gehe die Argumentation in der Berufung an der zutreffenden Begründung des Erstgerichts vorbei.

Berufungsentscheidung:

Der in der Rechtsprechung anerkannte allgemeine Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem

Grund jederzeit ex nunc aufgelöst werden können, steht in keinem Zusammenhang mit der Zulässigkeitsprüfung einer in AGB enthaltenen Klausel unter dem Aspekt des § 6 Abs 3 KSchG (vgl 4 Ob 91/08y).

Daher kann im Wesentlichen auf die Begründung zu Klausel 25 verwiesen werden; das bloß cursorisch geregelte Kündigungsrecht ist einerseits intransparent und andererseits nicht in allen Fällen sachlich gerechtfertigt. So soll dieses „unbeschadet“ der „Maßnahmen“ laut Klausel 25 gelten, wenn (a) (irgend-)eine AGB-Bestimmung verletzt wird, insbesondere wenn Rückbuchungen in „übermäßigem Ausmaß“ veranlasst werden (für die in Klausel 13 bereits ein Schadenersatzanspruch verankert ist) oder (b), wenn nach „vernünftigem Dafürhalten“ der Beklagten eine Involvierung in „betrügerische oder illegale Aktivitäten“ vorliegt oder (c), wenn verabsäumt wird, „einzelne oder alle“ nicht näher definierte und nach dem Wortlaut auch für Verbraucher geltende „Compliance-Checks“ einzuhalten, die der Zahlungsdienstleister „von Zeit zu Zeit gegebenenfalls“ verlangt.

Klausel 27: (Pkt 5.4)

„Durchführung von Anpassungen. Wenn (a) ein Verkauf aus irgendeinem Grund annulliert wird; (b) der Zahlungsdienstleister aus gutem Grund davon ausgehen muss, dass Sie einen Betrug oder eine andere illegale Handlung oder Unterlassung während des Kauf- bzw Verkaufsprozesses begangen haben; (c) Sie eine Bestellung für mehr als 48 Stunden unbestätigt lassen und kein Problem gemeldet haben; (d) Sie vorbehaltlich der Ausnahmen in Paragraf 2.9 und 2.15 nicht exakt die Tickets liefern können, die Sie auf unserer Website zum

Verkauf angeboten haben oder die Tickets (und gegebenenfalls entsprechende Zugangspässe) nicht vor bzw am Must Ship By Date versendet haben oder aus anderen Gründen nicht in der Lage sind, die Bestellung zu erfüllen; (e) Sie falsche, unleserliche, ungültige oder gefälschte Tickets, Zugangspässe oder sonstige Bestandteile der Bestellung verschicken; (f) Sie dem Zahlungsdienstleister oder viagogo noch einen Betrag schuldig sind; oder (g) Sie diese Nutzungsvereinbarung in irgendeiner Form verletzen, dann berechtigen Sie den Zahlungsdienstleister, nach seinem alleinigen Ermessen, Zahlungen zurückzubehalten oder ausstehende Beträge, die Sie uns oder dem Zahlungsdienstleister schulden, sowie alle Kosten, die dem Zahlungsdienstleister oder viagogo durch Ihr Verhalten entstehen, über Ihre Zahlungsmethode einzuziehen; dazu zählen (nicht ausschließlich) Kosten wie Gebühren für das verspätete Senden und Liefern, das erneute Drucken von Tickets, die Umleitung von Tickets, die Beschaffung von Ersatzkarten und dazu gehörigen Zugangspässen, Gutscheine, Rückerstattungen und andere Kosten, um den Käufer oder Verkäufer zu entschädigen."

Klagsvorbringen:

Die Bestimmung sei intransparent und gröblich benachteiligend, aber schon aufgrund des Verweises auf andere unzulässige Bestimmungen zu verbieten. Soweit es um Entgelte des Zahlungsdienstleisters gehe, verstoße diese auch gegen § 27 iVm § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG (idF BGBl I Nr 66/2009).

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verweist insofern auf ihr Vorbringen zu den Klauseln 8, 10 und 14.

Da die in dieser Klausel genannten Positionen keine Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdienstleistungen seien, sondern Kosten aufgrund von Verstößen der Plattformnutzer, sei das ZaDiG insoweit nicht anwendbar.

Erstgericht:

Das Erstgericht hob hervor, dass die Klausel eine Zurückbehaltung bzw Einziehung durch die Beklagte nach deren alleinigem Ermessen und ungeachtet eines Verschuldens des Verbrauchers vorsehe sowie eine schrankenlose Überwälzung von Kosten, weswegen diese intransparent und gröblich benachteiligend sei.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte beruft sich darauf, dass hier klar definiert sei, in welchen Fällen - bei denen es sich allesamt um verschuldete Verfehlungen von Plattformnutzern handle - es zu welchen Rechtsfolgen komme; auch sei die Kostenbelastung daraus abschätzbar. Vorrangiges Ziel der Bestimmung sei der Schutz des Käufers.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist auf sein Vorbringen zu den bezughabenden Klauseln sowie darauf, dass nach der Rechtsprechung auch Aufwandsersatz unter die Aufschlüsselungspflicht nach dem ZaDiG falle.

Berufungsentscheidung:

Der Rechtsansicht des Erstgerichts, dass diese weite Bestimmung intransparent und gröblich benachteiligend ist, ist auch hier uneingeschränkt beizupflichten; verwiesen wird weiters auf die Ausführungen zu den ebenfalls Ersatzpflichten regelnden Klauseln 8, 10 und 12 - 14. So sind einerseits nicht alle Fallgruppen klar umrissen, andererseits kann ein Einbehalt und/oder die

Weiterverrechnung von Kosten schrankenlos und verschuldensunabhängig nach alleinigem Ermessen der Beklagten bzw des Zahlungsdienstleisters stattfinden.

Klausel 28: (Pkt 5.5)

„Die Laufzeit dieser Nutzungsvereinbarung ist unbeschränkt. Sie beginnt zu dem Zeitpunkt, zu dem Sie den Nutzungsbedingungen im Zuge der Erstellung Ihres Kontos zustimmen, und endet entweder, indem Sie Ihr Konto kündigen, oder gemäß Ziffer 1.4 oder 5.2 dieser Nutzungsvereinbarung.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei aufgrund des Verweises auf die Punkte 1.4 und 5.2 der AGB (Klauseln 5, 25 und 26) ebenfalls zu verbieten.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte wandte ein, dass jene Bestimmungen, auf die verwiesen werde, zulässig seien.

Erstgericht:

Das Erstgericht hielt fest, dass der erste Satz der Klausel nicht zu beanstanden sei und im zweiten Beginn und Ende der Laufzeit näher definiert würden, was ebenso zulässig sei. Nur der letzte Halbsatz sei wegen des Verweises auf (größtenteils) unzulässige andere AGB-Bestimmungen zu verbieten. Da dem verbleibenden Teil des zweiten Satzes eine eigenständige rechtliche Bedeutung zukomme, könne dieser aber bestehen bleiben. Angesichts der Unzulässigkeit der Klausel 3 über die Geltung der Nutzungsbedingungen bestehe insoweit auch kein Widerspruch mehr.

Punkt 28 im Spruch des Ersturteils über die Unterlassungspflicht lautet: *„Sie beginnt zu dem Zeitpunkt, zu dem Sie den Nutzungsbedingungen im Zuge der*

Erstellung Ihres Kontos zustimmen, und endet entweder, indem Sie Ihr Konto kündigen, oder gemäß Ziffer 1.4 oder 5.2 dieser Nutzungsvereinbarung." Eine ausdrückliche Abweisung eines Mehrbegehrens erfolgte insofern nicht.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte betonte in ihrer Berufung lediglich, dass das Erstgericht den ersten Satz als rechtlich nicht zu beanstanden qualifiziert habe und führt eine Zulässigkeit der verwiesenen Bestimmungen ins Treffen.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger beruft sich insofern lediglich auf die Unzulässigkeit der verwiesenen Bestimmungen.

Berufungsentscheidung:

Ein Querverweis in einem Klauselwerk führt an sich noch nicht zur Intransparenz im Sinn von § 6 Abs 3 KSchG; allerdings folgt aus der Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend die Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (vgl RS0122040). Da die Punkte 1.4 und 5.2 der AGB mit den Klauseln 5, 25 und 26 verboten wurden, hat auch dieser Klauselteil zu entfallen.

Von keiner Seite wird jedoch beanstandet, dass das Erstgericht die Klausel als teilbar erachtete und daher auch nur ein teilweises Verbot aussprach. Zulässig ist nach der insoweit unangefochtenen Rechtsansicht damit der Klauselteil: *„Die Laufzeit dieser Nutzungsvereinbarung ist unbeschränkt. Sie beginnt zu dem Zeitpunkt, zu dem Sie den Nutzungsbedingungen im Zuge der Erstellung Ihres Kontos zustimmen, und endet [...], indem Sie Ihr Konto kündigen.“* Da der dahingehende Entscheidungswille des Erstgerichts klar erkennbar ist, ist seine Entscheidung

insofern amtswegig mit der Maßgabe zu bestätigen, dass dieses Mehrbegehren in Punkt III abgewiesen wird.

Klausel 29: (Pkt 6.1)

„Vorbehaltlich der in dieser Nutzungsvereinbarung ausdrücklich erwähnten Garantien stellen viagogo bzw der Zahlungsdienstleister die Software, die Website und die Services nach Verfügbarkeit ohne Garantie zur Verfügung. viagogo und der Zahlungsdienstleister übernehmen keine Garantie im Hinblick auf die Software, Tickets, Veranstaltungen und Services, die sie bereitstellen oder dafür, dass die Verkäufer und Käufer wie vereinbart leisten.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei intransparent, weil unklar sei, wofür garantiert werde und wofür nicht und welche Ansprüche dennoch bestünden, und verstoße ebenso wie Klausel 20 gegen § 9b KSchG.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte berief sich darauf, dass Querverweise in einem Klauselwerk nach der Rechtsprechung zulässig seien und durch diese Bestimmung unmissverständlich klargestellt werde, dass sie abgesehen von ihrer „viagogo Garantie“ keine weitere Garantie übernehme; dabei handle es sich aber wie zu Klausel 20 dargelegt nicht um einen Anwendungsfall des § 9b KSchG.

Erstgericht:

Das Erstgericht qualifizierte diese Klausel als intransparent, weil der rechtsunkundige Verbraucher den Eindruck gewinnen könne, dass auch Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche ausgeschlossen seien und ihm damit ein unklares Bild von seiner Rechtsposition vermittelt werde.

Berufungsvorbringen:

Die Berufungswerberin betont, dass dem Verbraucher aufgrund der Regelungen zur „viagogo Garantie“ klar sei, welche Garantieansprüche er habe, durch die Bestimmung weitere Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gerade nicht ausgeschlossen würden und sie nicht verpflichtet sei, eine allgemeine Rechtsbelehrung zu erteilen.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist auf die gleich mehrfache Intransparenz der Klausel.

Berufungsentscheidung:

Richtig ist, dass ein Querverweis in einem Klauselwerk an sich noch nicht zur Intransparenz im Sinn von § 6 Abs 3 KSchG führt; allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben (vgl RS0122040).

Wie bereits wiederholt näher ausgeführt, sind die Voraussetzungen, der Umfang und die Rechtsfolgen der „viagogo Garantie“ sowie deren Verhältnis zu gesetzlichen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen in den AGB der Beklagten völlig unklar geregelt, sodass der Inhalt dieser Bestimmung ebensowenig nachvollzogen werden kann, die auf die Beklagte „bzw“ den Zahlungsdienstleister abstellt sowie auf „Garantien“ (Plural). Vielmehr liest sich diese als umfassender Haftungsausschluss, was ein Verbraucher auch auf gesetzliche Ansprüche beziehen wird, sodass das Erstgericht völlig zu Recht eine Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG bejaht hat.

Auf § 9b KSchG muss daher auch hier nicht eingegangen werden.

Klausel 30: (Pkt 6.2)

„viagogo und der Zahlungsdienstleister haften nach den gesetzlichen Vorschriften für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit von viagogo oder dem Zahlungsdienstleister, deren gesetzlichen Vertretern, leitenden Angestellten oder sonstigen Erfüllungsgehilfen. Gleiches gilt bei der Übernahme von Garantien oder einer sonstigen verschuldensunabhängigen Haftung sowie bei Ansprüchen nach dem Produkthaftungsgesetz oder bei einer schuldhaften Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit.“

Klausel 31: (Pkt 6.2)

„In allen anderen Fällen ist die Haftung von viagogo und des Zahlungsdienstleisters auf den Ihnen entstandenen tatsächlichen und direkten Schaden begrenzt. Weder viagogo noch der Zahlungsdienstleister haften in diesen Fällen für indirekte Schäden oder Folgeschäden wie beispielsweise Reisekosten, Hotelkosten oder entgangenen Gewinn.“

Klagsvorbringen:

Angesichts der Verschleierung der wahren Rechtslage sei die Klausel 30 intransparent. Da der Haftungsausschluss gleichermaßen Personenschäden umfasse, verstoße sie überdies gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Auch sonst sei ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit nicht schrankenlos zulässig; hier sei ein solcher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Weiters verletze die Beklagte wiederum § 9b KSchG. Soweit es den Zahlungsdienstleister betreffe, stehe die Regelung mit § 46 ZaDiG (idF BGBl I Nr 66/2009) in Widerspruch, der eine verschuldensunabhängige Verantwortlichkeit des Zahlungsdienstleisters des Zahlers für das ordnungsgemäße

Einlangen der Zahlung beim Zahlungsdienstleister des Empfängers vorsehe. Schließlich könne sich die Beklagte angesichts der Entscheidung des EuGH C-324/09, *L'Oreal/eBay*, nicht auf das Haftungsprivileg des Hostproviders berufen, weil sie eine aktive Rolle spiele, indem sie Verkäufer bei der Angebotslegung und Bewerbung unterstütze.

Ebenso intransparent sei die Klausel 31. Auch dürfe nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG die Haftung für Folgeschäden nicht ausgeschlossen werden. Der generelle Ausschluss sei mangels sachlicher Rechtfertigung überdies gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte berief sich auf die Zulässigkeit des Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit; Personenschäden seien nach dem Wortlaut nicht umfasst. Vielmehr gehe klar hervor, dass sie und der Zahlungsdienstleister in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen haften würden, etwa nach dem ZaDiG. Hingegen komme ihr sehr wohl das Haftungsprivileg des Hostproviders zu (wie zu Klausel 35 näher begründet wird) und § 9b KSchG sei auch insoweit unanwendbar.

Erstgericht:

Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung beider Klauseln, die nach Ansicht des Erstgerichts aufgrund des Verweises in Klausel 31 gemeinsam zu lesen seien, werde von der Beklagten auch bei Personenschäden ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit postuliert, was gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unzulässig sei. Diese Bestimmung verbiete weiters einen Haftungsausschluss für Folgeschäden. Zudem sei der Inhalt beider Klauseln irreführend und in sich widersprüchlich,

insbesondere wenn darauf verwiesen werde, dass „gleiches“ gelten solle. Angesichts dieser Formulierung könnte beim rechtsunkundigen Verbraucher der Eindruck entstehen, dass die Beklagte und der Zahlungsdienstleister selbst bei einer nach dem Gesetz oder den AGB grundsätzlich verschuldensunabhängigen Haftung im Falle von leichter Fahrlässigkeit nicht leisten und auch Folgeschäden nie ersetzen müssten.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte wiederholt ihr Vorbringen, dass die Klauseln keine mit dem dispositiven Recht in Widerspruch stehenden Haftungsbeschränkungen vorsehen würden. Diese seien auch gemeinsam mit ihrer Haftung laut Klausel 29 zu lesen, wobei sich insgesamt ein klares und transparentes Gesamtbild von ihrer Haftung ergebe.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist darauf, dass die Berufung keine stichhaltige Argumente gegen die zutreffende Rechtsansicht des Erstgerichts ins Treffen führen könne und losgelöst vom tatsächlichen Wortlaut argumentiere.

Berufungsentscheidung:

Die Klauseln 30 und 31 normieren nach ihrer ausdrücklichen Überschrift eine „Haftungsbeschränkung“. Laut dem ersten Satz haften die Beklagte und der Zahlungsdienstleister „nach den gesetzlichen Bestimmungen“ [nur] für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Nach dem zweiten Satz solle „gleiches“ bei der Übernahme von Garantien, einer sonstigen verschuldensunabhängigen Haftung sowie Ansprüchen nach dem PHG oder „einer schuldhaften Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit“ gelten. Dem Erstgericht ist beizupflichten, dass dies nicht anders verstanden werden kann als ein

gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstoßender Haftungsausschluss bei Personenschäden, und für einen Verbraucher nicht im Geringsten nachvollziehbar ist, in welchen Fällen die Beklagte und der Zahlungsdienstleister verschuldensunabhängig haften wollen oder müssen und in welchen nur bei grobem Verschulden oder Vorsatz.

Der zweite Absatz (Klausel 31) will nach seinem Wortlaut offenbar die Haftung in den Fällen, in denen die Beklagte und der Zahlungsdienstleister wegen zumindest grober Fahrlässigkeit eintreten müssen („in allen anderen Fällen“) auf den Primärschaden begrenzen und Folgeschäden ausschließen, wozu etwa auch Reise- und Hotelkosten sowie entgangener Gewinn zählen sollen. Abgesehen davon, dass diese Klausel im Sinne des Erstgerichts schon deswegen zu verbieten ist, weil das Gesamtkonzept zur Haftungsbeschränkung mit § 6 Abs 3 KSchG unvereinbar ist, steht dieser Teil auch mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB in Widerspruch. So ist insbesondere keine sachliche Rechtfertigung für den Ausschluss von typischen Folgen aus der Verletzung einer der Hauptleistungspflichten der Beklagten ersichtlich, deren Leistungsinhalt ja gerade eine ordnungsgemäße Ver- und Übermittlung von Veranstaltungstickets ist (vgl. RS0130673, RS0050109 [T8]).

Klausel 32:

„Sie bestätigen und erkennen an, dass die vorhergehenden Haftungsbeschränkungen angemessene Risikoverteilungen darstellen und die Preisgestaltung und andere Bedingungen dieser Nutzungsvereinbarung eine solche Risikoverteilung reflektieren.“

Klagsvorbringen:

Dabei handle es sich um eine unzulässige Beweislastvereinbarung nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG und um eine Verschleierung der wahren Rechtslage iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Beklagtenvorbringen:

Eine Tatsachenbestätigung sei nicht per se unzulässig und die Klausel nehme überhaupt nicht Bezug auf eine Beweislast.

Erstgericht:

Das Erstgericht ging davon aus, dass diese Bestimmung in ihren Wirkungen einer unzulässigen Beweislastvereinbarung zumindest nahe komme, und schon aufgrund des Verweises auf die rechtswidrigen Klauseln 30 und 31 zu verbieten sei.

Berufungsvorbringen:

In ihrer Berufung legt die Beklagte neuerlich dar, dass und warum die Klausel zu keiner Beweislastverschiebung führe.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger hält daran fest, dass ein Fall der Z 11 vorliege und verweist auf die Intransparenz.

Berufungsentscheidung:

§ 6 Abs 1 Z 11 KSchG ist analog anzuwenden, wenn zwar keine formelle Beweislastvereinbarung getroffen wird, der Konsument aber eine Wissenserklärung abgibt, die zumindest im Ergebnis den Wirkungen einer entsprechenden Vereinbarung nahekommen kann (vgl RS0121955 [T6]). Soll mit einer Klausel hingegen keine Tatsachenbestätigung iS einer Wissenserklärung fingiert werden, sondern eine Willenserklärung, ist diese nach § 6

Abs 1 Z 2 KSchG zu prüfen (vgl 10 Ob 70/07b Klausel 1; s hier Klausel 3).

Die Bestätigung, die auf die Angemessenheit der Risikoverteilung sowie der Preisgestaltung und der Bedingungen der AGB abstellt, bezieht sich inhaltlich nicht auf Tatsachen, sondern vielmehr auf Rechtsfolgen, soll dadurch doch offenbar ua der Einwand der gröblichen Benachteiligung, der Überrumpelung sowie der laesio enormis abgeschnitten werden. Da es sich sohin nicht um eine „Risikoverteilung“ handelt, wie in der Überschrift behauptet, sondern um eine Ergänzung der als unzulässig beurteilten Haftungsausschlüsse, ist diese gleichermaßen intransparent wie gröblich benachteiligend.

Klausel 33: (Pkt 6.4)

„Weder wir noch der Zahlungsdienstleister sind an der eigentlichen geschäftlichen Transaktion zwischen Käufer und Verkäufer beteiligt. Sollten Sie eine Auseinandersetzung mit einem oder mehreren Mitgliedern haben, stellen Sie viagogo, den Zahlungsdienstleister und alle assoziierten Unternehmen, Führungskräfte, Direktoren, Vermittler, Mutter- und Tochtergesellschaften, gesetzlichen Vertreter und Mitarbeiter von viagogo oder dem Zahlungsdienstleister von Ansprüchen, Forderungen und Schadensersatzansprüche (direkter Schaden und Folgeschaden) jeglicher Art und Beschaffenheit, bekannt und unbekannt, vermutet und unvermutet, bekannt gegeben und nicht bekannt gegeben frei, die auf einer schuldhaften Pflichtverletzung beruhen, für die Sie verantwortlich sind, und die aus einer solchen Auseinandersetzung hervorgehen oder damit in irgendeiner Weise zusammenhängen.“

Klagsvorbringen:

Da die Beklagte Käufer und Verkäufer auf ihrer Plattform zusammenführe und der Zahlungsdienstleister die Zahlung abwickle, seien beide nach der allgemeinen Verkehrsauffassung an der geschäftlichen Transaktion beteiligt, sodass die Klausel überraschend sei iSd § 864a ABGB. Soweit damit ein umfassender Haftungsausschluss normiert werde, verstoße diese wiederum gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Im Umkehrschluss führe diese zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Kunden, die mangels sachlicher Rechtfertigung gröblich benachteiligend sei.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verweist darauf, dass sie lediglich die Plattform als Marktplatz zur Verfügung stelle und damit gerade nicht an der eigentlichen Transaktion beteiligt sei, wie es von ihr auch klar im - nicht beanstandeten - Punkt 1.2 ihrer AGB beschrieben werde. Der weitere Text sei keine Haftungsbeschränkung, sondern lediglich ein Hinweis darauf, dass sie daher für Handlungen der Plattformnutzer nicht verantwortlich sei, was dem geltenden Recht entspreche. Damit sei die Klausel weder überraschend noch benachteiligend oder intransparent.

Erstgericht:

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als intransparent, weil sich weder ihr Inhalt, noch ihr Zweck oder die Rechtsfolgen zweifelsfrei ermitteln ließen; insbesondere sei unklar, was die Beklagte mit „freistellen“ meine.

Berufungsvorbringen:

In ihrer Berufung argumentiert die Beklagte damit, dass „freistellen“ sowohl im allgemeinen Sprachgebrauch, als auch im Kontext eine eindeutige Bedeutung habe.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger hält dem entgegen, dass die Beklagte den Begriff zwar als eindeutig bezeichne, selbst in ihrer Berufung aber nicht darlege, was der genaue Inhalt der Klausel sein solle und warum diese zulässig sei.

Berufungsentscheidung:

Der erste Satz der Klausel beschränkt sich nicht auf den Hinweis, dass der Kaufvertrag ausschließlich zwischen Käufer und Verkäufer zu Stande komme, sondern suggeriert, dass die Beklagte und der Zahlungsdienstleister überhaupt nicht an der „Transaktion“ beteiligt wären, was nicht zutrifft, ist die Beklagte doch wie bereits mehrfach ausgeführt für die Ver- und Übermittlung von Tickets zuständig und der Zahlungsdienstleister für die Abwicklung der Zahlung. Da dadurch uU nicht rechtskundige Verbraucher von der Geltendmachung von Ansprüchen abgehalten werden könnten, verstößt dieser gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Ebenso intransparent ist der zweite Satz, selbst wenn man „freistellen“ mit „haftungsfrei“ bzw „schad- und klaglos stellen“ gleichsetzt (so die Überschrift zu Klausel 34 = Pkt 6.5). Es ist nämlich unklar, was eine „Auseinandersetzung“ mit einem oder mehreren „Mitgliedern“ sein soll, „die auf einer schuldhaften Pflichtverletzung beruht, für die [der Kunde] verantwortlich ist, aus einer solchen hervorgeht oder damit in irgendeiner Weise zusammenhängt“ und damit die Reichweite der Haftung des Kunden. Sofern es sich dabei um eine umfassende Schad- und Klagslosstellung handeln soll, die nach dem Wortlaut etwa auch „unvermutete Folgeschäden“ umfasst, die in „irgendeiner Weise“ mit der schuldhaften Pflichtverletzung zusammenhängen, ist diese

schon wegen des Ungleichgewichts mit dem Ausschluss der Haftung der Beklagten gröblich benachteiligend iSd § 879 Ab 3 ABGB.

Klausel 34: (Pkt 6.5)

„Sie stimmen zu, dass viagogo und der Zahlungsdienstleister in keinster Weise für die Genauigkeit oder Angemessenheit von Steuerzahlungen an irgendeine juristische Person oder öffentliche Stelle für Sie verantwortlich ist. Sie erklären sich damit einverstanden, viagogo, den Zahlungsdienstleister und ggf alle Mutter- und Tochtergesellschaften, assoziierten Unternehmen, Führungskräfte, Direktoren, Vermittler und Mitarbeiter von viagogo oder dem Zahlungsdienstleister zu entschädigen und von jeglicher Haftung, allen Kosten, Zinsen und Ausgaben (einschließlich angemessener Anwaltsgebühren) freizustellen, die viagogo oder dem Zahlungsdienstleister durch eine Forderung eines Dritten oder einer Regierung entstanden sind, (i) die irgendeine örtliche, regionale, nationale oder internationale Steuerverpflichtung betreffen, sich darauf belaufen oder unter einer Steuervorschrift, einem Steuergesetz oder -erlass oder (ii) einem Streitfall im Hinblick auf den Steuerstatus viagogos oder des Zahlungsdienstleisters entstehen.“

Klagsvorbringen:

Diese Klausel normiere unzulässige Beweislastverschiebungen und Haftungsausschlüsse iSd § 6 Abs 1 Z 9 u 11 KSchG und sei gröblich benachteiligend, soweit eine verschuldensunabhängige Haftung des Kunden vorgesehen werde. Darüber hinaus sei die Klausel insbesondere in den Fällen, in denen Steuerschuldner die Beklagte sei, gröblich benachteiligend und unwirksam iSd

§ 864a ABGB, weil der Verbraucher nicht damit rechnen müsse, dass er ein Unternehmen, das als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB angesehen werden könne, entschädigen oder von einer Haftung freistellen müsste, die dieses selbst zu vertreten habe, weil es sich nicht mit innerstaatlichen steuerrechtlichen Vorschriften auseinandergesetzt habe. Sofern damit die wahre Rechtslage verschleierte werde, sei die Klausel schließlich intransparent.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verweist zur Rechtfertigung auf ihr Vorbringen zu Klausel 33 und den vom Kläger nicht beanstandeten Punkt 2.5 ihrer AGB zur „Mehrwertsteuer auf Verkaufserlöse“ sowie darauf, dass sich die Schadloshaltung unzweifelhaft nur auf jene Steuerschulden beziehe, die den Ticketverkäufer betreffen würden, und damit keine Abweichung von gesetzlichen Regelungen zulasten ihrer Kunden normiert werde.

Erstgericht:

Das Erstgericht erachtete die Klausel für intransparent, weil insbesondere einem nicht rechtskundigen Verbraucher als Verkäufer verborgen bleibe, dass er nicht zur Abfuhr von Einkommens- und Umsatzsteuer verpflichtet sei, und dieser den Inhalt und die Tragweite der Schadloshaltung der Beklagten und des Zahlungsdienstleisters nicht nachvollziehen könne.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte wiederholt im Wesentlichen ihr Vorbringen, dass der Inhalt der Klausel, auch im Kontext zu Punkt 2.5, eindeutig und rechtmäßig sei.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist darauf, dass die Klausel nicht nur intransparent sei, sondern auch gegen § 6 Abs 1 Z 9 u 11 KSchG und §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB verstoße.

Berufungsentscheidung:

Zu Satz 1 der Klausel wird auf die Ausführungen zu Klausel 32 (Punkt 6.3) verwiesen; auch hier soll tatsächlich keine Tatsachenbestätigung mit Beweislastverschiebung iSd § 6 Abs 1 Z 11 KSchG normiert werden, sondern ein Haftungsausschluss. Da dieser bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung aber auch Fälle umfasst, die in den Verantwortungsbereich der Beklagten oder des Zahlungsdienstleisters fallen könnten, etwa Steuer(nach)forderungen aus verschuldeten Fehlern bei der Bewerbung (zB Auspreisung) und Vermittlung der Tickets oder falscher oder verspäteter Zahlungen, ist dieser Teil der Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Die im zweiten Satz normierte Schadloshaltung beschränkt sich nach ihrem Wortlaut keineswegs auf Steuerschulden des Verkäufers; vielmehr soll dadurch eine Haftung eines jeden Kunden begründet werden für ua „jegliche Haftung und alle Kosten“, die der Beklagten oder dem Zahlungsdienstleister „durch eine Forderung eines Dritten oder einer Regierung entstanden sind“, „irgendeine Steuerverpflichtung betreffen“ oder aus einem Streitfall im Hinblick auf den Steuerstaus der Beklagten (!) oder des Zahlungsdienstleisters entstehen. Damit verstößt die Beklagte kumulativ gegen §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 9 u Abs 3 KSchG.

Klausel 35: (Pkt 6.7)

„Benutzen Sie diese Website bitte mit Bedacht und denken Sie daran, dass das Risiko besteht, mit Menschen zu tun zu haben, die unrichtige Angaben machen. Durch die Nutzung dieser Website erklären Sie sich damit einverstanden, solche Risiken hinzunehmen, und dass weder viagogo noch der Zahlungsdienstleister für die Handlungen oder Versäumnisse der Website-Nutzer verantwortlich sind.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei unwirksam gemäß § 864a ABGB, weil Verbraucher nicht damit rechnen müssten, das Risiko unrichtiger Angaben in jedem Fall tragen zu müssen. Da die Beklagte angesichts ihrer aktiven Rolle bei der Präsentation der Verkaufsangebote iSd Rs C-324/09, *L'Oreal/eBay*, nicht das Haftungsprivileg des Hostproviders in Anspruch nehmen könne, wie bereits zu Klausel 30 ausgeführt, verschleierte sie die Rechtslage iSd § 6 Abs 3 KSchG und normiere einen mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG in Widerspruch stehenden Haftungsausschluss, soweit ihr das Verschulden Dritter zurechenbar sei.

Beklagtenvorbringen:

Die Klausel sei weder intransparent noch als Haftungsausschluss zu verstehen, sondern sei ein bloßer Hinweis auf die Gefahren, die die Nutzung des Internets mit sich bringe, und für die sie aber nicht haftbar gemacht werden könne. Sie spiele auch keine aktive Rolle iSd Rsp des EuGH, weil sie insbesondere nicht für Verkaufsangebote werbe; ihre Angaben, etwa zur Menge der noch verfügbaren Tickets, würden ausschließlich der Information von potentiellen Käufern dienen. Punkt 2.4 über die Möglichkeit der inhaltlichen Änderung von

Angeboten finde sich gerade nicht mehr in ihren AGB idF 2019.

Erstgericht:

Das Erstgericht arbeitete heraus, dass der erste Satz der Passage inhaltlich nicht zu beanstanden sei, aber auch keinen eigenständigen Regelungsinhalt habe. Der zweite Satz könnte von rechtsunkundigen Verbrauchern als genereller und bedingungsloser Ausschluss der Haftung der Beklagten oder des Zahlungsdienstleister für Schäden aus der Nutzung der Website verstanden werden, was ungeachtet der Frage, ob die Beklagte als Hostprovider zu qualifizieren sei, mit § 16 ECG in Widerspruch stehe, der weitere Voraussetzungen normiere. Da der zweite Satz zudem als Tatsachenbestätigung formuliert sei, die wiederum eine unzulässige Beweislastverschiebung mit sich bringe, verstoße dieser überdies gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte beruft sich darauf, dass die Klausel nichts anderes sei als ein zulässiger Warnhinweis und dem ersten Satz sehr wohl ein eigenständiger Regelungsinhalt zukomme.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Nach Ansicht des Klägers kann die Beklagte der umfassenden rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts nichts Stichhaltiges entgegensetzen.

Berufungsentscheidung:

Warnhinweise in AGB können durchaus zulässig sein; ein solcher liegt jedoch nicht vor, wenn es sich dabei tatsächlich um eine Willenserklärung des Unternehmers handelt oder eine nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verpönte Tatsachenbestätigung (vgl RS0121188, 9 Ob 63/17f).

Der zweite Satz der angefochtenen Passage normiert, dass sich der Kunde „durch die Nutzung der Website“ „einverstanden erkläre“, die im ersten Satz näher beschriebenen „Risiken“ „hinzunehmen“ und weder die Beklagte noch der Zahlungsdienstleister für Handlungen oder Unterlassungen der Nutzer verantwortlich seien. Wie bereits etwa zu den Klauseln 3 und 32 näher ausgeführt, ist dies zwar keine Tatsachenbestätigung iSd § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, aber als Haftungsausschluss zu verstehen, dessen genauer Umfang für den Verbraucher nicht nachvollziehbar ist und der auch nicht sachlich gerechtfertigt erscheint, sodass ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 u Abs 3 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB vorliegt. Schließlich kann die Beklagte der Rechtsansicht des Erstgerichts nichts entgegen, wonach sie iSd § 6 Abs 3 KSchG verschleierte, dass das Haftungsprivileg des Hostproviders nach § 16 ECG von weiteren Voraussetzungen abhängig sei.

Klausel 36: (Pkt 6.8)

„Alle Verkäufe und Gebote sind endgültig. Es gibt keine Erstattung, Widerruf oder Austausch für Datums- oder Zeitänderungen, teilweise Erfüllung oder Verlust.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel stehe mit § 9 KSchG in Widerspruch, laut dem Gewährleistungsansprüche eines Verbrauchers vor Kenntnis eines Mangels weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden könnten, sowie mit den Bestimmungen zum Rücktrittsrecht nach § 4 Abs 1 Z 8 ff FAGG; daher sei diese auch intransparent.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte führt ins Treffen, dass sie nicht Vertragspartner eines Kaufvertrages über ein Ticket sei

und daher weder gewährleistungspflichtig sei noch ein Rücktrittsrecht nach dem FAGG gewähren müsse.

Erstgericht:

Das Erstgericht verbot die Klausel wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs 3 und § 9 Abs 1 KSchG.

Berufungsvorbringen:

Die Berufung verweist auf die Unanwendbarkeit von § 9 Abs 1 KSchG in diesem Fall und darauf, dass die Beklagte ihre Kunden nicht über gesetzliche Ansprüche gegen deren Vertragspartner belehren müsse.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger hebt hervor, dass die Klausel einen generellen Gewährleistungsausschluss suggeriere, und zwar auch im Verhältnis zum Ticketverkäufer, und damit jedenfalls irreführend sei.

Berufungsentscheidung:

Dem ist beizupflichten, wie etwa auch schon zu Klausel 4 und an anderer Stelle festgehalten. Indem die Beklagte in dieser Klausel auf „Verkäufe und Gebote“ Bezug nimmt, suggeriert sie, dass es im Falle von Änderungen, bloß teilweiser Erfüllung oder Verlust überhaupt keine Erstattungsmöglichkeiten gebe, also auch nicht aus dem Kaufvertrag, wodurch sie die wahre Rechtslage verschleiern iSd § 6 Abs 3 KSchG. Bei kundenfeindlichster Auslegung kann „Verlust“ weiters dahin verstanden werden, dass auch dann keine Ansprüche bestünden, wenn ein Ticket bei einer von ihr zu bewerkstelligen Übermittlung aus ihrem Verschulden verloren gehen sollte, was gegen § 9 Abs 1 KSchG verstößt (s dazu auch Klausel 17).

Klausel 37: (Pkt 6.9)

Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihnen oder Dritten gegenüber keine Haftung im Hinblick auf Änderungen, zeitweilige Aufhebungen oder Einstellungen der Website oder unter dieser Vereinbarung aufgeführten Serviceleistungen übernehmen, um welchen Grund es sich auch handeln möge.

Klagsvorbringen:

Dabei handle es sich erneut um eine unzulässige Beweislastverschiebung nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG sowie um einen generellen und sohin mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB unvereinbaren Haftungsausschluss, der selbst bei grobem Verschulden und bei Personenschäden gelten sollte. Insoweit seien noch dazu Hauptleistungspflichten der Beklagten als Betreiberin der Website betroffen. Diese Freizeichnung sei überdies versteckt geregelt und verstoße damit gegen § 864a ABGB und sei schließlich intransparent, weil deren Verhältnis zu den anderen in den AGB enthaltenen Haftungsregelungen ebenso unklar sei sowie die Bezugnahme auf unbestimmte „Dritte“.

Beklagtenvorbringen:

Im Gesamtkontext des Punktes 6.9 werde die beanstandete Passage als Hinweis verstanden, dass eine 100%ige Verfügbarkeit der Website technisch nicht möglich sei, etwa aufgrund von Änderungen und Wartungen, aber auch aufgrund von Umständen außerhalb ihrer Sphäre, und nur für diese Fälle eine Haftung ausgeschlossen werden sollte. Klar sei in Zusammenschau mit Punkt 6.2, dass sie bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit hafte.

Erstgericht:

Das Erstgericht ging davon aus, dass eine verschuldensabhängige Haftung der Beklagten nach dem dispositiven Recht durchaus auch in den in der Klausel genannten Fällen gegeben sein könnte, weswegen der generelle Haftungsausschluss, für den keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich sei, gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB verstoße sowie wegen der Tatsachenbestätigung gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG.

Berufungsvorbringen:

In ihrer Berufung verweist die Beklagte neuerlich auf den Gesamtkontext des Punktes 6.9 und darauf, dass das Erstgericht diese Klausel falsch ausgelegt habe.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger führt die weite Formulierung und die gebotene kundenfeindlichste Auslegung ins Treffen sowie die zusätzlichen von ihm im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Gründe.

Berufungsentscheidung:

Entgegen der Argumentation der Beklagten ist die beanstandete Passage auch dann unzulässig, wenn man sie im Kontext des Punktes 6.9 sowie der übrigen Bestimmungen zur Haftung liest. Vielmehr wird mit dieser wiederum ein umfassender Haftungsausschluss für Änderungen und Ausfälle der Website (also der von der Beklagten angebotenen Plattform) sowie „unter dieser Vereinbarung aufgeführter Serviceleistungen“ normiert, daher gerade für die Hauptleistungspflichten der Beklagten, „um welchen Grund es sich auch handeln möge“. Das Erstgericht ist daher völlig zu Recht von einem Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB ausgegangen (s dazu auch die Klauseln 30, 31 und 38).

Weiters ist aufgrund des unklaren Verhältnisses der einzelnen Haftungsbeschränkungen eine Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG gegeben.

Klausel 38: (Pkt 6.9)

„Wir übernehmen keine Gewährleistung für einen kontinuierlichen, ununterbrochenen oder sicheren Zugang zu unseren Serviceleistungen. Der Betrieb unserer Website kann durch zahlreiche Faktoren gestört werden, über die wir keine Kontrolle haben. Darüber hinaus kann es sein, dass die Website vorübergehend für unterschiedliche Zeitperioden nicht verfügbar ist, während sie aktualisiert oder modifiziert wird. Während dieser Zeit ist die Website nicht verfügbar.“

Klagsvorbringen:

Auch der zweite Teil des Punktes 6.9 sei als unzulässiger Gewährleistungsausschluss iSd § 9 Abs 1 KSchG zu verstehen und verschleierte die wahre Rechtslage.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte beruft sich auf ihr Vorbringen zu Klausel 37 und darauf, dass sie die Nutzung ihrer Website nicht entgeltlich zu Verfügung stelle und damit insoweit auch keine Gewährleistungsansprüche bestünden.

Erstgericht:

Das Erstgericht ging davon aus, dass mit den ersten beiden Sätzen jedenfalls bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung der Eindruck entstehen könne, dass auch Gewährleistungsansprüche aus einem entgeltlichen Vertrag mit der Beklagten über die Nutzung der Website ausgeschlossen wären, weswegen ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 und § 9 Abs 1 KSchG vorliege. Der dritte und der vierte Satz seien zwar unbedenklich, hätten aber keinen selbstständigen Regelungsgehalt.

Berufungsvorbringen:

In der Berufung wird damit argumentiert, dass diese Klausel nur über technische Gegebenheiten informiere und keinen Gewährleistungsausschluss zum Inhalt habe.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist darauf, dass sich auch hier das Vorbringen nicht mit dem Wortlaut der Klausel decke.

Berufungsentscheidung:

Laut der beanstandeten Passage, die inhaltlich eine Einheit bildet, übernimmt die Beklagte keine Gewährleistung für den Zugang zu ihren Serviceleistungen und den Betrieb ihrer Website. Mangels irgendeiner Einschränkung kann dies aber nur als umfassender Ausschluss der Gewährleistung selbst bei einer Verletzung von aus einer Nutzungsvereinbarung vertraglich geschuldeten Verpflichtungen verstanden werden, sodass sehr wohl ein Verstoß gegen § 9 Abs 1 KSchG vorliegt.

Klausel 39: (Pkt 6.10)

„Jede nach dieser Nutzungsvereinbarung abzugebende Mitteilungsfrist hat angemessen zu sein.“

Klagsvorbringen:

Nach dem Wortlaut der Klausel liege es im alleinigen Ermessen der Beklagten, was eine „angemessene“ Frist sei, weswegen diese Bestimmung nicht nur intransparent, sondern auch gröblich benachteiligend sei.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte verweist darauf, dass die Klausel klar, verständlich und einfach abgefasst sei und auch keine Rechtsfolgen damit verbunden seien, weswegen es zu keiner Schlechterstellung des Kunden kommen könne.

Erstgericht:

Das Erstgericht hob hervor, dass der Inhalt der Bestimmung schon deswegen im Dunkeln bleibe, weil unverständlich sei, was „angemessene abzugebende Mitteilungsfristen“ wären, weswegen diese als intransparent zu untersagen sei.

Berufungsvorbringen:

Nach Ansicht der Berufungswerberin ergebe sich eindeutig, dass „wechselseitig in Mitteilungen allenfalls festgesetzte Fristen angemessen lange“ zu sein hätten, sodass die Klausel keinen Beurteilungsspielraum offen lasse, aber ohnedies keine Rechtsfolgen normiere.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist auf sein erstinstanzliches Vorbringen.

Berufungsentscheidung:

Dem Erstgericht ist beizupflichten, dass sich Inhalt, Zweck und Folgen dieser Klausel nicht klar ermitteln lassen, und zwar auch nicht im Gesamtzusammenhang des Punktes 6.10. Dieser nennt „Mitteilungen“, „Bekanntmachungen“, „Benachrichtigungen“ und „Kommunikation“, ohne dass nachvollziehbar ist, ob es sich dabei um Synonyme oder etwa unterschiedliche vertragliche Mechanismen handeln soll. Damit ist aber unklar, was überhaupt eine „Mitteilung“ in dieser Klausel ist, ob relevant ist, wer eine solche abgibt/abzugeben hat, wer die Frist setzen kann, darf oder muss und wer deren Angemessenheit anhand welcher Maßstäbe beurteilt. Der Umstand, dass daraus keine Rechtsfolgen abgeleitet werden, verstärkt nur noch die Intransparenz in § 6 Abs 3 KSchG.

Klausel 40: (Pkt 6.10)

„Bei der Auslegung dieser Nutzungsvereinbarung hat die englische Sprachfassung Vorrang.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel sei unwirksam nach § 864a ABGB, weil ein Verbraucher nicht damit rechnen müsse, dass bei einer deutschsprachigen Website unter einer .at-Top-Level-Domain die englischsprachige Fassung der AGB maßgeblich sei, und die daraus für ihn resultierenden nachteiligen Folgen nicht absehbar seien.

Beklagtenvorbringen:

Die Beklagte berief sich darauf, dass die Klausel keine Nachteile für die Kunden bringe, weil lediglich eine Bestimmung zweisprachig abgefasst sei, nämlich Punkt 2.5 zur Mehrwertsteuer, deren Inhalt in beiden Sprachfassungen aber derselbe sei.

Erstgericht:

Das Erstgericht schloss sich der Ansicht des Klägers an, dass die Klausel von den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers abweiche für diesen nachteilig sei. Die Website und die AGB der Beklagten seien in weit überwiegenden Teilen in deutscher Sprache verfasst, eine englische Sprachfassung der AGB sei einem Benutzer der Website nicht unmittelbar ersichtlich oder zugänglich.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte argumentiert in ihrer Berufung damit, dass sich die Klausel lediglich auf Punkt 2.5 auswirke, daraus jedoch keine Nachteiligkeit resultiere.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger hebt hervor, dass die mit einer Auslegung anhand der englischen Sprachfassung einhergehenden Folgen

für Kunden nicht absehbar seien und diese mit einer derartigen Bestimmung auch nicht rechnen müssten.

Berufungsentscheidung:

§ 864a ABGB ist eine Regelung zur Geltungs- und nicht zur Inhaltskontrolle (vgl RS0014659, RS0037089). Diese Bestimmung erfasst daher nachteilige Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern, mit denen nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht zu rechnen war (vgl RS0105643), eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird hingegen nicht vorausgesetzt (vgl RS0123234). Objektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss somit ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen (RS0014646; vgl auch RS0014627).

Die hier beanstandete Passage bezieht sich inhaltlich auf die vertraglichen Grundlagen, findet sich aber inmitten des Punktes 6.10 über „Bekanntmachungen“ und nicht in den Punkten 1.1 (Klausel 3) und 7.5 (Klausel 41 und 42), in denen die Geltung der AGB geregelt ist, oder in der Bestimmung zur Rechtswahl (Punkt 7.4, Klausel 2). Ein österreichischer Kunde muss daher weder nach dem Aufbau der AGB mit dieser Bestimmung rechnen, noch nach den äußeren Umständen bzw der Verkehrssitte, ist doch die Website viagogo.at auf das Inland ausgerichtet und in deutscher Sprache gehalten. Fremdsprachige AGB sind generell nur dann wirksam vereinbart, wenn in der Verhandlungs- und Vertragssprache auf diese hingewiesen wurde und der Vertragspartner eine uneingeschränkte

Annahmeerklärung abgegeben hat (vgl. RS0112313, RS0118970).

Da der Vorrang der englischsprachigen Fassung der AGB nach dem Wortlaut der Klausel nicht nur für Punkt 2.5, sondern allgemein gelten soll, ist diese zweifellos auch nachteilig für einen Verbraucher, dem damit ihm unbekannt Versionen in einer anderen als seiner Muttersprache entgegengehalten werden könnten.

Klausel 41: (Pkt 7.5)

„Diese Vereinbarung (und alle durch Bezugnahme beinhalteten Dokumente) stellt die gesamte Vereinbarung zwischen den Parteien dar, die von dem hier behandelten Inhalt betroffen sind, und ersetzt alle vorherigen Vereinbarungen und Abkommen zwischen den Parteien hierzu bezüglich diesen Inhalts, sowohl des schriftlichen als auch mündlichen. Nachbesserungen, Änderungen oder Ergänzungen dieser Vereinbarung sind nur gültig bzw. wirksam, wenn sie gemäß den ausdrücklich erwähnten Bedingungen dieser Vereinbarung vorgenommen wurden.“

Klagsvorbringen:

Die Klausel verstoße gegen § 10 Abs 3 KSchG, laut dem die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers nicht zum Nachteil des Verbrauchers ausgeschlossen werden könne, sowie wegen der durch die Tatsachenbestätigung bewirkten Beweislastverschiebung gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. Schließlich sei sie intransparent, weil sie auf unzulässige Bestimmungen Bezug nehme, und die wahre Rechtslage verschleierte, indem nicht darauf abgestellt werde, ob Bestimmungen überhaupt Eingang in das konkrete Vertragsverhältnis gefunden hätten.

Beklagtenvorbringen:

Nach Ansicht der Beklagten werde mit dieser Klausel weder die Beweislast geregelt, noch ein Schriftformvorbehalt. Ebenso wenig enthalte diese einen Verweis auf unzulässige Bestimmungen oder verschleierte die Rechtslage, weil klar aufgezeigt werde, was Inhalt der Vereinbarung sei.

Erstgericht:

Das Erstgericht legte die beanstandete Passage dahingehend aus, dass damit die Wirksamkeit formloser Erklärungen der Beklagten zum Nachteil des Verbrauchers ausgeschlossen werde, weswegen diese mit § 10 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB in Widerspruch stehe.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte führt in ihrer Berufung ins Treffen, dass diese Klausel keineswegs formlose Erklärungen unmöglich mache; so schließe sie laufend Vereinbarungen im Zusammenhang mit ihrer „viagogo Garantie“ im E-Mail-Wege.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist im Wesentlichen auf die zutreffende rechtliche Beurteilung des Erstgerichts und auf seine weiteren erstinstanzlichen Argumente.

Berufungsentscheidung:

Insofern kann auf die vom Regelungsinhalt identen Klauseln 3 (Punkt 1.1, „Einleitung“) und 5 (Punkt 1.4, „Änderungen“) verwiesen werden, die bereits als unzulässig beurteilt wurden, sodass diese Klausel schon wegen der Bezugnahme darauf zu verbieten ist. Im Übrigen ist dem Erstgericht beizupflichten, dass damit entweder gegen § 10 Abs 3 KSchG verstoßen oder die wahre Rechtslage iSd § 6 Abs 3 KSchG verschleiert wird, weil

ein Verbraucher aufgrund des Wortlauts den Eindruck gewinnen muss, dass im Einzelnen ausgehandelte (Zusatz-)Vereinbarungen mit der Beklagten nicht gerichtlich durchsetzbar sind. Auf eine tatsächliche Handhabung der Beklagten kommt es, wie bereits ausgeführt, nicht an (vgl RS0121943).

Klausel 42: (Pkt 7.5)

„Sollte eine Bestimmung dieser Vereinbarung unter irgendwelchen Umständen als ungültig oder nicht durchsetzbar gelten, so hat dies keine Auswirkung auf ihre Anwendung unter anderen Umständen und für die verbleibenden Bestimmungen dieser Vereinbarung.“

Klagsvorbringen:

Da die Auswirkungen dieser Klausel für den Kunden unklar seien, verstoße diese gegen das Transparenzgebot. Weiters habe der EuGH einer geltungserhaltenden Reduktion nicht ausgehandelter missbräuchlicher Klauseln im Individualprozess eine Absage erteilt; vielmehr könne laut diesem sogar der Gesamtwegfall des Vertrags geboten sein.

Beklagtenvorbringen:

Nach dem Verständnis der Beklagten sei der Regelungsinhalt eindeutig; so könnten Klauseln, die etwa mit dem KSchG unvereinbar seien, im Verhältnis zu einem Unternehmer sehr wohl zur Anwendung gelangen. Die Rechtsprechung des EuGH sei nicht einschlägig, weil die Beklagte nicht Vertragspartner der Kaufverträge sei; daher müsste sie auch keine Rechtsbelehrungen zur KlauselRL in ihre AGB aufnehmen.

Erstgericht:

Nach Ansicht des Erstgerichts steht diese Regelung in Widerspruch mit der Judikatur des OGH, der von der

Unzulässigkeit einer Klausel ausgehe, wenn eine andere unzulässige Klausel auf diese verweise, und eine geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Klauseln unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH ablehne. Da damit auch die wahre Rechtslage verschleiert werde, führe dies zu einer Intransparenz.

Berufungsvorbringen:

Die Beklagte argumentiert damit, dass ihr Kunde auch Unternehmer sein könne und daher nur klargestellt werde, dass bei Anwendung ihrer AGB uU unterschiedliche Maßstäbe und Bestimmungen heranzuziehen seien.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist demgegenüber auf die weite und unklare Formulierung.

Berufungsentscheidung:

Dem Kläger und dem Erstgericht ist beizupflichten, dass sich der Inhalt dieser Klausel und deren Rechtsfolgen für den Kunden der Beklagten nicht erschließen. So differenziert der Wortlaut gerade nicht zwischen Verbrauchern und Unternehmern und lässt offen, was „irgendwelche“ und „andere“ Umstände sein sollen. Weiters wird dem Kunden die wahre Rechtslage verschleiert, kann eine unzulässige Klausel nach der Judikatur des OGH und EuGH (vgl RS0122040, RS0128735; jüngst EuGH C-260/18, *Dziubak*), worauf das Erstgericht bereits zutreffend hinwies, doch auch zur Unzulässigkeit weiterer Klauseln bis zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führen.

Klausel 43: (Pkt 7.5)

„Die Abtretung oder Übertragung dieser Vereinbarung, Ihrer Rechte und Verpflichtungen ist nicht ohne vorherige schriftliche Genehmigung von viagogo gestattet und kann

nach unserem eigenen Ermessen verweigert werden. Diese Vereinbarung sieht keine Klauseln zur Übertragung von Vorteilen, Rechten oder Rechtsmitteln auf eine Person oder Rechtspersönlichkeit vor, abgesehen von den nachstehend genannten Parteien, ihren Nachfolgern und zulässigen Rechtsnachfolgern. Unsere Anbieter und Co-Brand-Partner sind Drittbegünstigte dieser Vereinbarung."

Klagsvorbringen:

Das umfassende Abtretungsverbot sei überraschend iSd § 864a ABGB und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil nicht ersichtlich sei, warum es Verbrauchern etwa verwehrt sein solle, ihre Ansprüche zwecks Durchsetzung an eine Verbraucherschutz Einrichtung abzutreten. Nach dem Wortlaut sei auch die Geltendmachung durch (Erwachsenen-)Vertreter oder Erben ausgeschlossen. Die im zweiten Satz geregelte Ausnahme sei intransparent, weil die erfassten Fälle und deren personelle Reichweite unbestimmt seien.

Beklagtenvorbringen:

Zessionsbeschränkungen in AGB seien nach der Rechtsprechung des OGH zulässig. Aus der Klausel ergebe sich weiters klar, dass Rechtsnachfolger und Vertreter nicht betroffen seien.

Erstgericht:

Das Erstgericht verbot die Klausel wegen Intransparenz, ohne näher auf eine (gröbliche) Benachteiligung einzugehen, weil sich nach dem Wortlaut für einen rechtsunkundigen Verbraucher nicht eindeutig ergebe, welche Fälle von der Beklagten unter eine „Abtretung“ oder „Übertragung“ subsumiert würden.

Berufungsvorbringen:

Die Berufungswerberin argumentiert damit, dass diese Begriffe auch im allgemeinen Sprachgebrauch gängig seien und für Nutzer einer derartigen Plattform, noch dazu im konkreten Kontext, einen klaren Inhalt hätten. Es sei somit eindeutig, dass ein Zessionsverbot gelten solle, was nach der Rechtsprechung auch zulässig sei.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger hält dem entgegen, dass der Wortlaut der Klausel keineswegs klar sei und das Zessionsverbot in dieser Ausformung gröblich benachteiligend.

Berufungsentscheidung:

Richtig ist zwar, dass ein Abtretungsverbot vertraglich vereinbart werden kann (vgl. RS0032523), allerdings unterliegt diese Vereinbarung dennoch der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB. Mit der angefochtenen Klausel will sich die Beklagte ein einseitiges Vetorecht gegen Abtretungen oder Übertragungen von Rechten und Pflichten jedweder Art „nach eigenem Ermessen“ vorbehalten, sodass dieses schon wegen der Ungleichgewichtslage und der fehlenden Determinierung gröblich benachteiligend ist sowie wegen der Erfassung von Abtretungen zur Geltendmachung an einen in § 29 KSchG genannten Verband; Gründe für eine sachliche Rechtfertigung werden von der Beklagten nicht ins Treffen geführt (vgl. 7 Ob 201/05t Klausel g; 6 Ob 85/11k Pkt 2.)

Der zweite Satz der beanstandeten Passage ist aufgrund der Einseitigkeit gröblich benachteiligend und intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil Verbraucher demnach offenbar generell keine Vorteile, Rechte oder „Rechtsmittel“ (?) übertragen dürfen, hingegen andere

Parteien und (nur) deren Nachfolger, wobei völlig unklar ist, wer gemeint sein soll mit: „den nachstehend genannten Parteien, ihren Nachfolgern und zulässigen Rechtsnachfolgern. Unsere Anbieter und Co-Brand-Partner sind Drittbegünstigte dieser Vereinbarung.“

Klausel 44: (Pkt 7.5)

„Die Überschrift zu Beginn jedes Paragraphen dieser Vereinbarung dient nur der Übersichtlichkeit und definiert, begrenzt, deutet oder beschreibt in keinster Weise die Reichweite bzw das Ausmaß des jeweiligen Paragraphen.“

Klagsvorbringen:

Diese Klausel sei überraschend und auch nachteilig iSd § 864a ABGB, weil damit von den Auslegungsregeln des ABGB zulasten der Kunden abgegangen werde, und verschleierte insofern die wahre Rechtslage iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Beklagtenvorbringen:

Die Klausel informiere ihre Kunden lediglich darüber, dass die Überschrift als Hinweis zu verstehen sei, wovon der darunterstehende Text handle, was dem allgemeinen Sprachgebrauch entspreche und keine Abweichung vom dispositiven Recht mit sich bringe.

Erstgericht:

Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung der Klausel wären nach dem Verständnis des Erstgerichts die Überschriften bei der Auslegung des Texts unbeachtlich, was den Auslegungsgrundsätzen des ABGB widerspreche, von den berechtigten Erwartungen eines Verbrauchers abweiche und für diesen nachteilig sei iSd § 864a ABGB.

Berufungsvorbringen:

Nach Ansicht der Berufungswerberin werde durch diese Klausel nicht bestimmt, dass die Überschriften außer Betracht zu bleiben hätten; vielmehr werde dadurch klargestellt, dass diese nicht für sich allein, sondern nur gemeinsam mit dem Klauseltext gelesen werden dürften.

Berufungsbeantwortungsvorbringen:

Der Kläger verweist auf sein erstinstanzliches Vorbringen und die zutreffende Beurteilung des Erstgerichts.

Berufungsentscheidung:

Das Erstgericht ist im Recht, dass sich die Beklagte nach dem Wortlaut der Klausel darauf berufen könnte, dass eine unter Einbeziehung der Überschrift für einen Kunden günstige Auslegung einer Klausel unbeachtlich wäre, was mit §§ 914 f ABGB in Widerspruch steht und nachteilig sowie überraschend ist und somit gegen § 864a ABGB u § 6 Abs 3 KSchG verstößt.

3. Zum Veröffentlichungsbegehren:

3.1 Das Erstgericht sprach, wie beantragt, eine Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe der bundesweit erscheinenden Ausgabe der „Kronen Zeitung“ zu. Der Zweck der Urteilsveröffentlichung gehe im Verbandsprozess über die Information der unmittelbar betroffenen Geschäftspartner hinaus; eine solche solle Gelegenheit geben, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen. In Anbetracht der österreichweiten Verfügbarkeit der Website der Beklagten und der Verteilung der Nutzer über das ganze Bundesgebiet und alle Generationen und Gesellschaftsschichten erscheine die auflagenstärkste österreichische Zeitung und die beantragte Form angemessen, um den gewünschten

Effekt der Verbraucheraufklärung zu erreichen, ohne dass dabei das erforderliche Maß überschritten würde.

3.2 Die Beklagte verwies in ihrer Berufung demgegenüber auf das Talionsprinzip und darauf, dass sie ausschließlich im Internet geschäftlich tätig sei, aber nicht werbe, auch nicht in Suchmaschinen (und schon gar nicht offline). Die höchste Aufklärungsrate sei daher bei einer Veröffentlichung auf ihrer Website zu erwarten, allenfalls auf jener des Klägers oder einer anderen online-Einrichtung, während eine Veröffentlichung in der Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ gleichermaßen ungeeignet wie unverhältnismäßig wäre. Insoweit würden auch Feststellungen zur Ausrichtung ihrer Website, ihrem Marktauftritt und ihrer Werbung sowie ihren Nutzer fehlen.

3.3 Soweit die Beklagte Feststellungen im Zusammenhang mit dem Veröffentlichungsbegehren vermisst, ist sie darauf hinzuweisen, dass sie weder in der ersten Instanz ein entsprechendes Tatsachenvorbringen samt konkretem Beweisanbot dazu erstattet hat, noch insoweit einen Verfahrensmangel aufzeigen konnte. Im Übrigen sind über den ohnedies feststehenden und unstrittigen Sachverhalt hinausgehende Feststellungen in concreto auch nicht erforderlich, um die Berechtigung des Veröffentlichungsbegehrens zu beurteilen.

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963). Dieser Zweck ist nicht auf die unmittelbar betroffenen Vertragspartner beschränkt. Die Urteilsveröffentlichung soll vor allem das Publikum

aufklären und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenwirken (RS0079820). Dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung wird aber die Bereitstellung der einschlägigen Informationen auf der Website der Beklagten nicht jedenfalls gerecht (vgl RS0121963 [T10, T13, T15]).

Deshalb ist nach der stRsp des OGH in sog „Klauselverfahren“ eine Ermächtigung zur Veröffentlichung in einer auflagenstarken Tageszeitung wie in der bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ nicht zu beanstanden, wobei es ebenfalls der Rsp entspricht, dass eine solche Veröffentlichung sogar dann sinnvoll ist, wenn der Fokus der Geschäftstätigkeit des beklagten Unternehmens im Internet liegt (RS0121963 [T13]; 1 Ob 124/18v, 8 Ob 144/18m [jeweils Bank-AGB]; 9 Ob 38/19g [Pay TV]).

Zu 10 Ob 106/18p erachtete der OGH die auch hier begehrte Veröffentlichung für notwendig und angemessen; das Geschäftsmodell der Beklagten bestand dort ebenfalls in einem Online-Marktplatz (dort für Gutscheine, die zur Inanspruchnahme einer Leistung bei Dritten berechtigten). Dass die Beklagte „nur in der Online-Welt aktiv ist“, schließt nicht zwingend ein Bedürfnis nach einer allgemeinen Aufklärung des Publikums mithilfe einer Tageszeitung aus (6 Ob 169/15v).

Dem Erstgericht ist beizupflichten, dass sich das Angebot der Beklagten auf das gesamte Bundesgebiet und alle Generationen und Gesellschaftsschichten erstreckt, weswegen die Veröffentlichung in der bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ auch hier angebracht und verhältnismäßig ist.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Kläger bewerte die Ausdehnung um 42 Klauseln pauschal mit EUR 10.000,-. Davon waren im Berufungsverfahren nicht mehr Klausel 6, Punkt d) zu Klausel 26 und ein Teil der Klausel 28 strittig, sodass von einem Streitwert von gerundet EUR 45.700,- auszugehen ist. Die im Berufungsverfahren zur Gänze unterlegene Beklagte hat dem Kläger daher Kostenersatz auf dieser Bemessungsgrundlage zu leisten; die amtswegige Berichtigung des erstinstanzlichen Spruchs hat keine Kostenfolgen.

5. Bei der Bewertung iSd § 500 Abs 2 Z 1 ZPO wurde jener der Klage gefolgt.

6. Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses ergibt sich aus § 528 Abs 2 Z 2 ZPO (zur behaupteten Nichtigkeit s RS0121943).

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil die zu beurteilenden Klauseln für eine größere Anzahl von Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind und die rechtliche Einordnung von (internationalen) Online-Marktplätzen sowie die Rechte und Pflichten ihrer Betreiber noch nicht endgültig geklärt sind (s auch das Parallelverfahren zu 4 Cg 116/17x des LG Linz).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 7. April 2020

Dr. Regine Jesionek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG