



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie den Richter Mag. Iby und die Richterin Mag. Elhenicky in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Zalando AG**, Sonnenburger Straße 73, D-10437 Berlin, Deutschland, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert: EUR 36.000,--) über die Berufungen beider Parteien (Berufungsinteresse der klagenden Partei EUR 4.000,--, der beklagten Partei EUR 32.611,11) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 29.11.2013, 39 Cg 96/12d-10, in nicht öffentlicher Sitzung

I. den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Bezeichnung der beklagten Partei wird auf Zalando AG berichtigt.

und II.

zu Recht erkannt:

Der Berufung der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben. Der Berufung der beklagten Partei wird hingegen teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil, das in seinem abweisenden Teil hinsichtlich des zweiten Satzes der Klausel 7 (Punkt

18. Satz 2 AGB) unbekämpft in Rechtskraft erwachsen ist, wird in den Aussprüchen über die Klauseln 1 (Punkt 6.11. AGB), 2 (Punkt 6.12. AGB), 3 (Punkt 6.13. AGB), 4 (Punkt 7.1. AGB), 5 (Punkt 13. AGB), 6 (Punkt 15. AGB), 8 (Punkt 2.3. AGB) und 9 (Punkt 7. AGB) sowie in den Aussprüchen über die Urteilsveröffentlichung bestätigt.

Im Ausspruch über den ersten Satz der Klausel 7 (Punkt 18. Satz 1 AGB) und in Bezug auf die Festsetzung einer Leistungsfrist wird das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es insgesamt zu lauten hat:

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

1. Ein Beschaffungsrisiko wird von uns nicht übernommen, auch nicht bei einem Kaufvertrag über eine Gattungsware. Wir sind nur zur Lieferung aus unserem Warenvorrat und der von uns bei unseren Lieferanten bestellten Warenlieferung verpflichtet.

2. Die Verpflichtung unsererseits zur Lieferung entfällt, wenn wir trotz ordnungsgemäßem kongruenten Deckungsgeschäft selbst nicht richtig und rechtzeitig beliefert werden und die fehlende Verfügbarkeit nicht zu vertreten haben, Sie hierüber unverzüglich informiert haben und nicht ein Beschaffungsrisiko übernommen haben.

3. Dauert das Leistungshindernis in den vorgenannten Fällen über einen Zeitraum von mehr als 4 Wochen nach den ursprünglich geltenden Lieferzeiten an, so sind Sie zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Weitergehende Ansprüche, insbesondere auf Schadenersatz, bestehen nicht.

4. Verbraucher können Ihre Vertragserklärung gemäß § 5e Konsumentenschutzgesetz (KSchG) innerhalb von 7

Werktagen ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder - wenn Ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird - durch Rücksendung der Sache widerrufen.

5. Für dem Kunden im Rahmen der Geschäftsabwicklung zugefügte Schäden haften wir nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit oder bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit der für uns tätigen Erfüllungsgehilfen. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist, ausgenommen bei Personenschäden, ausgeschlossen. Dieser Haftungsausschluss gilt auch für Mangelfolgeschäden.

6. Wir speichern Ihre Bestell- und Adressdaten zur Nutzung im Rahmen der Auftragsabwicklung (auch durch von uns eingesetzte Auftragsabwicklungspartner oder Versandpartner), für eventuelle Gewährleistungsfälle, für Verbesserungen unseres Angebots und für Produktempfehlungen gegenüber Kunden gemäß des Inhalts unserer Datenschutzerklärung.

8. Ihre personenbezogenen Daten werden an Dritte nur weitergegeben oder sonst übermittelt, wenn dies zum Zweck der Vertragsabwicklung oder Abrechnung erforderlich ist oder Sie zuvor eingewilligt haben. Im Rahmen der Bestellabwicklung erhalten beispielsweise die hier von uns eingesetzten Dienstleister (wie bspw. Transporteur, Logistiker, Banken) die notwendigen Daten zur Bestell- und Auftragsabwicklung.

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

B. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr

geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

7. Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages einschließlich dieser Regelungen ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden oder sollte der Vertrag eine nichtvorhergesehene Lücke aufweisen, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen oder Teile solcher Bestimmungen unberührt. Anstelle der unwirksamen oder fehlenden Bestimmungen treten die jeweiligen gesetzlichen Regelungen.

9. Wenn Sie nicht möchten, dass Facebook über unseren Internetauftritt Daten über Sie sammelt, müssen Sie sich vor Ihrem Besuch unseres Internetauftritts bei Facebook ausloggen.

wird abgewiesen.

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

D. Der Antrag der beklagten Partei, sie zu ermächtigen, den klagsabweisenden Teil des Urteilsspruches mit Fettdrucküberschrift, Fettdruckumrahmung sowie fett und gesperrt geschriebenen Prozessparteien in Normallettern in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Neue Kronen-Zeitung“ binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils auf

Kosten der klagenden Partei veröffentlichen zu lassen, wird abgewiesen.

E. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.453,82 (darin EUR 404,27 USt und EUR 1.028,22 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.898,41 (darin EUR 316,40 USt) bestimmten Kosten ihrer Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 788,32 (darin EUR 108,72 USt und EUR 136,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Zu I. Die Berichtigung der Parteienbezeichnung beruht auf § 235 Abs 5 ZPO in Verbindung mit dem Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg (HRB 154823 B).

Zu II.

Der Kläger ist ein zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach § 28 KSchG befugter Verein.

Die Beklagte betreibt das Online-Versandhandelsgeschäft und wendet sich über ihre Website www.zalando.at auch an österreichische Verbraucher. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit tritt sie laufend mit österreichischen Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge, denen sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zugrundelegt. Diese haben (jedenfalls) bis zum August 2012 unter anderem die hier strittigen Klauseln 1 bis 9 (die

Nummerierung folgt jener in der Klage) sowie folgende weitere Bestimmungen (die Nummerierung orientiert sich an jener in den AGB) enthalten:

„4.3. Durch Anklicken des Buttons **Bestellung bestätigen** bzw. **Bestätigen** geben Sie eine verbindliche Bestellung der im Warenkorb enthaltenen Waren ab. Die Bestätigung des Eingangs der Bestellung folgt unmittelbar nach dem Absenden der Bestellung.

4.4. Ein verbindlicher Vertrag kommt mit der Übermittlung der Bestelleingangsbestätigung, spätestens jedoch mit Lieferung der bestellten Ware, zustande. Der Kunde ist - vorbehaltlich eines ohnehin bestehenden Widerrufsrechts bei Bestellungen als Verbraucher - bei als **lieferbar** gekennzeichnete Ware - 2 Werktagen an seine Bestellung gebunden. Im Übrigen beträgt die Bindung längstens 4 Werktagen.

6.9. Ware, die im Online-Shop unter **www.zalando.at** als „lieferbar“ gekennzeichnet ist, liefern wir unverzüglich nach Eingang der Bestellung und gegebenenfalls nach eingegangener Vorkasse grundsätzlich innerhalb von maximal 5 Werktagen. Auf evtl. abweichende Lieferzeiten weisen wir auf der jeweiligen Produktseite hin.“

Der Kläger beanstandete die Klauseln 1 bis 9 wegen behaupteter Verstöße gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten und forderte die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung für diese und/oder sinngleiche Klauseln abzugeben. Dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach.

Der Kläger begehrte, der Beklagten die Verwendung oder die Berufung auf die beanstandeten oder sinngleiche Klauseln zu untersagen und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen

gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten; sie seien gröblich benachteiligend und nicht ausreichend transparent. Die Wiederholungsgefahr sei indiziert, weil die Beklagte keine strafbewehrte Unterlassungserklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abgegeben habe.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens sowie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung des klagsabweisenden (Teils des) Urteilsspruchs in einer Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung. Sie wendete ein, dass die beanstandeten Klauseln klar formuliert und weder gröblich benachteiligend noch gesetzwidrig seien. Die Klauseln 1, 2, 5 und 6 habe sie im Zuge der Gesamtänderung ihrer AGB ersatzlos gestrichen und lege diese seit 1.10.2012 den Verträgen nicht mehr zu Grunde. Sie habe ihrerseits ein berechtigtes Interesse an der Veröffentlichung des klagsabweisenden Urteils, um in der Öffentlichkeit den falschen Eindruck zu zerstreuen, der Kläger habe in einem Rechtsstreit vollständig obsiegt. Außerdem könnten dadurch bestehende, aber auch künftige Kunden sowie die breite Öffentlichkeit von der Wirksamkeit ihrer AGB Kenntnis erlangen.

Der Inhalt der Klauseln, das nähere Vorbringen der Parteien und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage hinsichtlich der Klauseln 1 bis 6 und 8 sowie des ersten Satzes der Klausel 7 (ohne Setzung einer Leistungsfrist) statt und ermächtigte den Kläger diesbezüglich auch zur begehrten Urteilsveröffentlichung. Hinsichtlich der Klausel 9 und des zweiten Satzes der Klausel 7 wies es das Klagebegehren ab und verhielt die Beklagte zum Ersatz der mit EUR 5.688,08 bestimmten Verfahrenskosten. Auch den Antrag der Beklagten auf

Urteilsveröffentlichung wies es ab. Die Wiederholungsgefahr bejahte es mit der Begründung, dass die Beklagte trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgegeben habe. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte die beanstandeten oder sinngleiche gesetzwidrige Bestimmungen wieder in ihre Geschäftsbedingungen aufnehme. Zur Aufklärung der betroffenen Verbraucherkreise bedürfe es der Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteilsspruchs. Eine Veröffentlichung nicht nur auf der Website der Beklagten, sondern in einer österreichweit erscheinenden Druckschrift sei notwendig, weil gerade Kunden nach schlechten Erfahrungen mit den Geschäftsbedingungen der Beklagten wohl kaum mehr deren Website aufsuchten. Ein berechtigtes Interesse der Beklagten, die Öffentlichkeit über die Abweisung praktisch einer einzigen Klausel zu informieren, könne hingegen nicht erkannt werden.

Gegen die Abweisung des Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehrens in Bezug auf die Klausel 9 richtet sich die Berufung des Klägers und gegen den klagsstattgebenden Teil dieses Urteils die Berufung der Beklagten, beide aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, jene der Beklagten auch aus dem Grund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und im Kostenpunkt. Der Kläger beantragt, das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Klausel 9 in klagsstattgebendem Sinn abzuändern. Die Beklagte begehrt dessen Abänderung in gänzlich klagsabweisendem Sinn, hilfsweise die Festsetzung einer angemessenen Leistungsfrist von vier Monaten; nochmals hilfsweise wird jeweils ein Aufhebungsantrag gestellt.

Beide Seiten beantragen, der gegnerischen Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung des Klägers ist nicht berechtigt, jene

der Beklagten ist teilweise berechtigt.

1. Mangelhaft soll das Verfahren nach Auffassung der Beklagten geblieben sein, weil Feststellungen zu ihrem „kundenfreundlichen System“ fehlen und das Verfahren daher an Stoffsammlungsmängeln leide. Ein primärer Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO könnte in diesem Zusammenhang aber nur vorliegen, wenn das Erstgericht infolge Zurückweisung von Beweisanträgen andere als die vom Beweisführer behaupteten Tatsachen festgestellt hätte (*Pimmer in Fasching/Konecny*², § 496 ZPO Rz 57). Soweit es hiezu aber - wie hier - (gar) keine Feststellungen getroffen hat, weil es die monierten Umstände als rechtlich unerheblich erachtete, wäre im Falle deren Bedeutsamkeit kein primärer, sondern ein der Rechtsrüge zugehöriger sekundärer Feststellungsmangel verwirklicht (vgl *Pimmer*, aaO § 496 ZPO Rz 58). Die Verfahrensrüge geht insofern ins Leere. Auf die Frage der Notwendigkeit der damit begehrten ergänzenden Feststellungen wird noch im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der einzelnen Klauseln einzugehen sein.

2. Voranzustellen sind die folgenden, vom Obersten Gerichtshof im Verbandsprozess in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätze:

2.1. Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die er von ihm geschlossenen Verträge zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist.

2.2. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB und Vertragsformblätter abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeengt, muss er sich doch zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 44/13s). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Sie ist jedenfalls anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem

Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676).

2.3. Zufolge § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder in Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel dann beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Klausel muss also einen Überrumpelungs- oder gar Übertölpelungseffekt haben (RIS-Justiz RS0014646; ähnlich *Rummel* in *Rummel* ABGB³ § 864a Rz 5; *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 864a ABGB Rz 10 mwN).

2.4. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Vertragsklausel-Richtlinie 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das so genannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (4 Ob 28/01y; 10 Ob 70/07b mwN). Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position

von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird (4 Ob 179/02f ua). Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219; 10 Ob 70/07b mwN). Damit soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217, RS0115219). Dass letzteres nur soweit gelten kann, als es sich um unmittelbar im Zusammenhang stehende Fragen handelt, ergibt sich schon aus dem Gebot der Verständlichkeit und Erkennbarkeit (Übersichtlichkeit). Die AGB müssen also so gestaltet sein, dass sie dem Verbraucher eine klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition vermitteln (RIS-Justiz RS0115217; 8 Ob 119/08w).

Dass das KSchG und die §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB auf die von der in Deutschland ansässigen Beklagten mit österreichischen Verbrauchern abgeschlossenen Kaufverträge anwendbar sind, hat diese nicht in Frage gestellt und entspricht Art 6 Rom I-VO sowie § 13a Abs 2 KSchG.

2.5. Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a; RIS-Justiz RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205).

3. Zu den einzelnen Klauseln (die erste Nummerierung orientiert sich am Klagebegehren, die zweite entspricht jener in den AGB):

Klausel 1:

„6.11. Ein Beschaffungsrisiko wird von uns nicht übernommen, auch nicht bei einem Kaufvertrag über eine Gattungsware. Wir sind nur zur Lieferung aus unserem Warenvorrat und der von uns bei unseren Lieferanten bestellten Warenlieferung verpflichtet.“

Klausel 2:

„6.12. Die Verpflichtung unsererseits zur Lieferung entfällt, wenn wir trotz ordnungsgemäßem kongruenten Deckungsgeschäft selbst nicht richtig und rechtzeitig beliefert werden und die fehlende Verfügbarkeit nicht zu vertreten haben, Sie hierüber unverzüglich informiert haben und nicht ein Beschaffungsrisiko übernommen haben.“

Der Kläger beanstandet diese beiden Klauseln als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weil es der Beklagten damit freistehe, trotz Übermittlung einer Bestellbestätigung und Abschluss eines Vertrags nicht zu erfüllen. Das unternehmerische Risiko werde in unzulässiger Weise auf den Kunden überwälzt, indem sich die Beklagte von ihrer Hauptleistungspflicht als Verkäuferin befreien wolle. Für den Fall, dass sie den Verzug verschuldet habe, nehme sie dem Verbraucher den ihm gemäß § 918 ABGB gebührenden Schadenersatzanspruch. Unmöglichkeit liege nicht vor, da die Beklagte Gattungssachen schulde. Ob eine bestimmte Ware tatsächlich nicht vorrätig sei, könne der Verbraucher nicht überprüfen, während es in den Einfluss- und Verantwortungsbereich der Beklagten falle, zu wissen, ob sie ihre vertragliche Hauptleistungspflicht tatsächlich werde erfüllen können. Die Klauseln verschwiegen dem Verbraucher außerdem seine Rechte nach § 918 ABGB und

stellten ihm die Rechtslage falsch dar. Sie seien daher intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte entgegnete, dass die Klauseln keine vom dispositiven Recht abweichende Rechtslage schafften und weder gröblich benachteiligend noch intransparent seien. Ihr Verkaufsmodell bestehe darin, über ihre Websites Modeartikel, vorwiegend Bekleidung und Schuhe in verschiedenen Konfektionsgrößen, zu besonders günstigen Preisen an eine große Anzahl an Kunden zu verkaufen. Im Zeitpunkt der Bestellung könne sie nicht abschließend prüfen, ob der bestellte Artikel lieferbar sei, weil es vorkommen könne, dass zwei Kunden gleichzeitig einen Modeartikel bestellten, obwohl nur noch ein Exemplar lagernd sei. Außerdem machten ihre Kunden vielfach von der Möglichkeit zur kostenlosen Rücksendung der Waren binnen 30 Tagen Gebrauch. Es müsse ihr daher ermöglicht werden, Artikel auch dann zu verkaufen, wenn sich ein Teil davon am Weg zu den Kunden oder auf dem Retourweg befinde und sich im Zeitpunkt der Bestellung nicht mit Sicherheit feststellen lasse, ob sie den bestellten Artikel liefern könne. Es sei sachlich gerechtfertigt und müsse - wie auch nach dispositivem Recht - zulässig sein, die Kaufverträge unter der Bedingung abzuschließen, dass diese aus den vorrätigen bzw. bestellten Waren erfüllt werden können. Sie behalte sich damit schließlich nicht vor, einen abgeschlossenen Kaufvertrag nach Belieben nicht zu erfüllen. Gehe man von einem unbedingten Vertragsabschluss aus, liege ein Fall der Unmöglichkeit und nicht des Verzugs vor. Die verkauften Modeartikel würden nur in beschränkter Anzahl hergestellt und ließen sich nach Verbrauch des lagernden bzw. bestellten Warenvorrats nicht mehr beschaffen. Als begrenzte Gattungsschulden seien sie im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer Unmöglichkeit wie Speziesschulden zu

behandeln. Im Fall der Unmöglichkeit der Leistungserfüllung werde der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung befreit, ohne dass der Gläubiger Anspruch darauf oder auf deren Ersatz habe. Schadenersatzansprüche seien ausgeschlossen, weil ein Verbraucher keinen Schaden dadurch erleiden könne, dass er einen Modeartikel nicht erhalte. Auch die Klausel 2 regle in gesetzeskonformer Weise den Entfall der Lieferverpflichtung bei Unmöglichkeit der Leistung. Damit werde weder das unternehmerische Risiko auf den Kunden überwältigt noch die „Kardinalpflicht“ der Beschaffung ausgehöhlt. Der Entfall der Lieferverpflichtung aus sachlichen Gründen und unter strengen Voraussetzungen könne für den Verbraucher nicht gröblich benachteiligend sein, weil er selbst die Ware beliebig zurückzusenden könne.

Das Erstgericht folgte der Rechtsansicht des Klägers und beurteilte die Klauseln als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB und als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Die Kaufverträge kämen gemäß Punkt 4.4. AGB durch Übermittlung der Bestelleingangsbestätigung durch die Beklagte, spätestens aber durch Lieferung der Ware zustande. Der Kunde sei hinsichtlich der Vorrätigkeit der Ware vollständig auf die Information der Beklagten angewiesen. Es liege auch einzig in ihrem Einflussbereich, ob sie den gewünschten Artikel liefern könne. Wenn sie eine bestimmte Ware zum Verkauf anbiete, könne der Kunde mit Bestätigung seiner Bestellung davon ausgehen, dass sie zur Lieferung der bestellten Ware in der Lage sei. Sie habe daher bei Vertragsabschluss dafür zu sorgen, die übernommene Lieferverpflichtung erfüllen zu können. Dieser Verantwortung versuche sie sich durch die gegenständliche Klausel zu entziehen, indem sie in sachlich nicht gerechtfertigter Weise bei

Gattungsschulden ganz allgemein das Beschaffungsrisiko ausschlieÙe und für den Kunden den Anschein erwecke, er müsse sich trotz aufrechten Vertrags damit abfinden, dass sie ihre Verpflichtung nicht erfülle, obwohl er nach § 918 ABGB im Verzugsfall zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt wäre.

Auch mit der Klausel 2 werde der Beklagten ein Weg eröffnet, den Kaufvertrag aufgrund mangelnder Organisation nicht zu erfüllen. Es sei für den Kunden weder relevant noch ersichtlich, wie die Beklagte zur bestellten Ware gelange. Er gehe vielmehr davon aus, dass die als lieferbar bezeichnete Ware verfügbar sei und er sie erhalten werde. Es liege in der Verantwortung der Beklagten, für die nötigen Deckungsgeschäfte zu sorgen. Diese Verantwortung könne sie nicht ohne sachliche Rechtfertigung auf den Verbraucher übertragen. Für die Beurteilung der Pflichten der Beklagten seien die dem Kunden zustehenden Rücktrittsrechte nicht relevant. Für den Durchschnittsverbraucher entstehe bei verbraucherfeindlicher Auslegung der Eindruck, er bleibe an den Vertrag gebunden, wenn die Beklagte nicht das erforderliche Deckungsgeschäft abgeschlossen habe und dadurch nicht in der Lage sei, die Ware zu liefern. Dabei werde er die Bedeutung des Begriffs „kongruentes Deckungsgeschäft“ nicht unbedingt verstehen. Die Klausel verschleierte somit auch die wahre Rechtslage.

In der Berufung wiederholt die Beklagte im Kern ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Kaufverträge stünden unter der Bedingung, dass sie aus den vorrätigen bzw. bestellten Waren erfüllt werden könnten. Damit werde keine vom dispositiven Recht abweichende Vertragslage geschaffen. Die Klauseln seien sachlich gerechtfertigt, weil bei begrenzten Gattungsschulden wie den in Rede stehenden Modeartikeln die Leistungserfüllung nach

Aufbrauchen des Warenvorrats unmöglich werde. In einem solchen Fall werde der Schuldner von der Pflicht zur Leistungserbringung befreit, der Gläubiger habe weder Anspruch auf die Leistung selbst, noch auf einen Ersatz für die geschuldete Leistung. Die Klausel 2 lasse die Lieferverpflichtung der Beklagten nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen entfallen, die noch dazu kumulativ vorliegen müssten; sie entspreche damit dem Gesetz, weil unter den angeführten Voraussetzungen ein Fall der Unmöglichkeit vorliege.

Des Weiteren vertritt die Beklagte die Auffassung, eine Prüfung dieser Klauseln nach § 879 Abs 3 ABGB sei schon deshalb ausgeschlossen, weil sich die Regelung auf ihre Hauptleistungspflicht beziehe. Mit diesem Argument übersieht sie aber, dass nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - möglichst eng zu verstehen ist. Sie soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben, so dass die im dispositiven Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, nicht unter diese Ausnahme fallen (RIS-Justiz RS0016908). Klauseln, die - wie der hier zu beurteilende Ausschluss des Beschaffungsrisikos - das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen damit der Inhaltskontrolle (RIS-Justiz RS0016908 [T8]).

Was den Regelungsinhalt der Klauseln anlangt, hat bereits das Erstgericht zutreffend ausgeführt, dass die Beklagte gemäß Punkt 4.4. AGB die Kaufvertragsangebote (Bestellungen) ihrer Kunden grundsätzlich bereits durch Übermittlung der Bestelleingangsbestätigungen annimmt,

mit deren Zugang die Kaufverträge zu Stande kommen und die beklagte Verkäuferin zur Lieferung der Ware verpflichtet wird. Wenn sie nun im Wege der Klausel 1 ihre vertragliche Hauptleistungspflicht auf den vorhandenen und den bei ihren Lieferanten bestellten Warenvorrat einschränken und eine Übernahme des Beschaffungsrisikos ausschließen will, zeigt ein Vergleich mit dem dispositiven Leistungsstörungenrecht der §§ 918 ff ABGB die Nachteiligkeit dieser Regelung für den von der Nichtbelieferung betroffenen Verbraucher: Kann die geschuldete Leistung von der Beklagten nämlich noch erbracht werden, etwa weil sie die Ware bei einem bestehenden oder bei einem neuen Lieferanten nachkaufen könnte, leistet sie aber nicht, so geriete sie gemäß § 918 ABGB aufgrund des sie treffenden Beschaffungsrisikos in Verzug. Kann sie die geschuldete Leistung hingegen dauerhaft nicht mehr erbringen, etwa weil die Ware am Markt nicht mehr beschaffbar ist, läge Unmöglichkeit vor (vgl. *P. Bydlinski* in *KBB*⁴, Vor §§ 918ff ABGB Rz 1). Vorläufige Leistungshindernisse, die voraussichtlich oder auch nur möglicherweise in absehbarer Zeit wieder wegfallen, führen hingegen noch nicht zur Unmöglichkeit (*P. Bydlinski* aaO § 918 ABGB Rz 4). Bei Schuldnerverzug kann der Gläubiger – hier also der betroffene Kunde – nach § 918 ABGB entweder weiterhin Erfüllung verlangen und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Der Rücktritt führt primär zum Wegfall des Vertrags. Bereits erbrachte Leistungen sind nach § 1435 bzw. § 921 ABGB zurückzustellen. Mit der Rückabwicklung des Vertrags hat es aber nur sein Bewenden, wenn dem Schuldner kein Verschulden am Verzug vorzuwerfen ist. Liegt hingegen verschuldeter Verzug vor,

hat der Schuldner den Gläubiger trotz Vertragsauflösung so zu stellen, wie wenn vertragsgemäß erfüllt worden wäre; er haftet also auf das Erfüllungsinteresse (*P. Bydlinski* aaO Rz 15, 19). Aber auch im Fall der Unmöglichkeit hat der Schuldner für das eigene Verschulden und für einen von ihm zu vertretenden Zufall nach § 920 ABGB Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten (*P. Bydlinski* aaO § 920 ABGB Rz 4).

Mit dem Ausschluss des Beschaffungsrisikos in Klausel 1 wird dem Käufer daher die Möglichkeit genommen, den Verkäufer im Fall seines Verschuldens an der Nichterfüllung der Lieferverpflichtung (beispielsweise bei erkennbar unzureichender Bestückung des Warenvorrats etwa für Lockangebote oder bei schuldhaft verspäteten Nachbestellungen) auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch zu nehmen, das bereits darin besteht, dass sich der Käufer mit den bestellten Modeartikeln bei einem anderen Händler zu einem teureren Preis eindecken muss. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist daher auch beim Kauf von Bekleidung oder Schuhen das Entstehen eines (Nichterfüllungs-)Schadens keinesfalls ausgeschlossen.

Die Möglichkeit, sich von der Hauptleistungspflicht befreien zu können, lässt sich aber auch durch die von der Beklagten ins Treffen geführten systemimmanenten Gründe nicht sachlich rechtfertigen. So wird der durchschnittliche Verbraucher, der sich auf die zugesagte Lieferung der im Online-Shop als lieferbar gekennzeichneten Ware innerhalb von maximal fünf Werktagen (Punkt 6.9. AGB) verlässt, nicht erkennen, dass solche vermeintlich lieferbaren Artikel bei der Beklagten nicht verfügbar sein müssen, sondern es sich auch bloß um Artikel handeln kann, mit deren Rücksendung die Beklagte aufgrund von Erfahrungswerten rechnet, die sich in Wahrheit aber gerade am Postweg zu oder von einem anderen

Kunden befinden. Die Klausel ermöglicht es der Beklagten, dem Konsumenten beim Einkauf in ihrem Online-Shop und bei der Bestellung ein solches mögliches Kaufhindernis nicht offenlegen zu müssen. Das Verschweigen dieses Umstandes kommt aber allein ihr zugute, weil sie mit der Beschreibung eines Artikels als lieferbar und dem Versprechen der raschen Lieferung einen zusätzlichen Kaufanreiz bietet. Bei Bekanntgabe, dass die Lieferbarkeit des Artikels nicht sicher, sondern aufgrund des erwarteten Warenrücklaufs nur wahrscheinlich ist, bestünde für sie jedenfalls die Gefahr, dass der Kaufinteressent seinen Entschluss zur Bestellung noch einmal überdenkt und von der Bestellung Abstand nimmt. Gleiches gilt für die Übermittlung einer Bestellbestätigung ohne ausreichende Prüfung der Verfügbarkeit der bestellten Waren. Der weitreichende Ausschluss des Beschaffungsrisikos in Klausel 1 bietet somit allein der Beklagten den sachlich nicht zu rechtfertigenden Vorteil, den Kunden vertraglich einseitig zu binden, sodass er seinen Kaufentschluss bzw. sein Kaufanbot nicht nochmals überdenkt.

Die Berufungswerberin vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, das Erstgericht hätte bei Beurteilung der gröblichen Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB berücksichtigen und dazu Feststellungen treffen müssen, dass sie ein besonders kundenfreundliches System eingerichtet habe, weil ihre Kunden aus verschiedenen, sicheren Zahlungsoptionen auswählen sowie ihre Bestellungen 24 Stunden am Tag und 7 Tage in der Woche vornehmen könnten, sie nicht zur Einhaltung eines bestimmten Mindestbestellwerts verpflichtet seien, die bestellten Waren kostenlos zugesendet erhielten und ihnen auf Kosten der Beklagten ein 30tägiges Rückgaberecht zustehe. Dabei ist ihr zwar zuzugeben, dass anders als

bei Prüfung der zu Gunsten des Verbrauchers einseitig zwingenden Bestimmungen des I. Hauptstücks des KSchG, die einen Günstigkeitsvergleich nicht zulassen (*Kathrein/Schoditsch* in *KBB*⁴ § 2 KSchG Rz 2 mwN), im Rahmen der Prüfung der Nachteiligkeit nach § 879 Abs 3 ABGB Nachteile einzelner Klauseln durch andere vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen werden können, so etwa durch zweckkongruente oder sonstige günstige Nebenbestimmungen, wobei aber zwecks Vergleichbarkeit doch ein rechtlicher und sachlicher Zusammenhang gegeben sein soll, oder durch einen Gesamtvergleich, wenn etwa einer Vielzahl günstiger Bedingungen nur eine einzige nachteilige gegenübersteht (*Krejci* in *Rummel*³, § 879 ABGB Rz 241). Gerade die von der Beklagten ins Treffen geführten Vorteile ihres „kundenfreundlichen Systems“ (Auswahl verschiedenster sicherer Zahlungsoptionen, Möglichkeit zum Bestellen rund um die Uhr und sieben Tage in der Woche, Gratis(rück)versand, 30tägiges Rückgaberecht) stehen aber mit der beanstandeten Klausel, die die Lieferverpflichtung der Beklagten und damit ihre Verpflichtung zum Ersatz von Nichterfüllungsschäden maßgeblich einschränkt, in keinem für den Verbraucher erkennbaren Sachzusammenhang. Die von der Beklagten ins Treffen geführten Vorteile wirken sich nämlich gerade für jenen Verbraucher, der auf die Zusendung der gekauften Ware vertraut und vom Rückgaberecht nicht Gebrauch machen möchte, nicht vorteilhaft aus. Insofern sind sie auch nicht geeignet, dem Verbraucher einen Nichterfüllungsschaden infolge der Nichtbelieferung auszugleichen. Die behaupteten kundenfreundlichen Elemente des Bestell- und Rückgabesystems der Beklagten führen somit im Hinblick auf die weitgehende Einschränkung der Lieferverpflichtung der Beklagten nicht zur sachlichen

Rechtfertigung der beanstandeten Klausel, sodass die von der Beklagten dazu vermissten Feststellungen entbehrlich waren.

Die Klausel 1 ist daher zumindest in einem Teil ihres Anwendungsbereichs gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Da eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess ausgeschlossen ist (RIS-Justiz RS0038205), führt dies zur Bestätigung der Entscheidung über das Unterlassungsbegehren.

Auch im Hinblick auf die Klausel 2 ist dem Erstgericht zuzustimmen, dass die Regelung intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG ist, weil sie den Konsumenten kein klares Bild über ihre vertragliche Position verschafft. Sie lässt einen durchschnittlichen Verbraucher nämlich nicht erkennen, ob sie den weitreichenden Ausschluss des Beschaffungsrisikos in Klausel 1 wieder einschränken will bzw. unter welchen Umständen die Lieferverpflichtung der Beklagten entfallen soll. So bleibt vor allem unklar, ob diese Rechtsfolge tatsächlich nur bei Fehlen jeglichen Verschuldens der Beklagten (und ihrer Erfüllungsgehilfen) eintritt, aber auch was unter dem Begriff des „*ordnungsgemäßen kongruenten* [Anm: sich deckenden] *Deckungsgeschäfts*“ zu verstehen ist. Die Klausel verschleiert damit aber dem durchschnittlichen Verbraucher die Vertragslage, weil er nicht erkennen wird, ob die Beklagte - soweit möglich - für einen Nachkauf der verkauften Ware nach Aufbrauchen ihres Warenvorrats zu sorgen hat oder ob mit den Begriffen „*ordnungsgemäß*“ und „*kongruent*“ zur Umschreibung des abzuschließenden Deckungsgeschäfts eine Einschränkung ihrer Beschaffungspflicht auf bestimmte Geschäfte gemeint ist. Solange die Klausel unklar ist, können die Überlegungen der Beklagten, sie gebe nur die dispositive Gesetzeslage wieder, auf sich beruhen. Eine

in AGB enthaltene Vertragsbestimmung ist diesfalls nach § 6 Abs 3 KSchG unwirksam.

Klausel 3

„6.13. Die Lieferzeit verlängert sich angemessen bei die Lieferung beeinträchtigenden Umständen durch höhere Gewalt. Der höheren Gewalt stehen gleich Streik, Aussperrung, behördliche Eingriffe, Energie- und Rohstoffknappheit, unverschuldete Transportengpässe, unverschuldete Betriebsbehinderungen zum Beispiel durch Feuer, Wasser und Maschinenschäden und alle sonstigen Behinderungen, die bei objektiver Betrachtungsweise nicht von uns schuldhaft herbeigeführt worden sind. Beginn und Ende derartiger Hindernisse werden wir ihnen unverzüglich mitteilen. Dauert das Leistungshindernis in den vorgenannten Fällen über einen Zeitraum von mehr als 4 Wochen nach den ursprünglich geltenden Lieferzeiten an, so sind Sie zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Weitergehende Ansprüche, insbesondere auf Schadenersatz, bestehen nicht.“

Nach Auffassung des Klägers benachteiligen die beiden letzten Sätze dieser Klausel den Verbraucher gröblich und verstoßen gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil die (Nach)Frist von vier Wochen bei Berücksichtigung der ursprünglichen kurzen Lieferfrist nicht angemessen im Sinne des § 918 ABGB sei. Die Klausel verstoße, weil sie den Verbraucher unzumutbar lange an den Vertrag binde, auch gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, sowie gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, weil damit Ansprüche der Verbraucher auf Schadenersatz auch für den Fall von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden sollen. Infolge der falschen Darstellung der Rechtslage sei sie außerdem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte erwiderte, dass sich die Klausel nur auf Fälle höherer Gewalt und gleich gelagerte von ihr

nicht beherrschbare Fälle, in denen sie kein Verschulden treffe, beziehe. Sie berechtige den Verbraucher bei einer Verzugsdauer von mehr als vier Wochen zum Rücktritt, ohne dass es der Setzung einer Nachfrist bedürfe. Es entspreche den dispositiven gesetzlichen Regelungen, dass der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten könne, wenn den Schuldner kein Verschulden an der Unmöglichkeit der Erfüllung treffe. Es werde daher nur die Gesetzeslage wiedergegeben. Die Klausel verstoße auch nicht gegen die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, die nur eine übermäßig lange Bindung des Verbrauchers an einen Vertrag verhindern solle, den der Unternehmer nicht erfülle, nicht aber die von der Klausel erfassten unbeherrschbaren und unverschuldeten Fälle regle. Da für die in der Klausel genannten, von der Beklagten weder verursachten noch verschuldeten Ereignisse keine Schadenersatzansprüche der Kunden bestehen könnten, sei sie auch nicht gröblich benachteiligend und verstoße nicht gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG vor.

Das Erstgericht beurteilte die starre vierwöchige Frist in der Klausel als gröblich benachteiligend und damit als Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB. Es führte dazu aus, dass gemäß § 918 Abs 1 ABGB ein Vertragspartner bei - auch unverschuldetem - Verzug des anderen nach Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten könne. Die Angemessenheit der Nachfrist richte sich nach den konkreten Umständen und den beiderseitigen Interessen, aber auch nach der ursprünglichen Lieferfrist, worauf bei einer starren 4-Wochen-Frist nicht Rücksicht genommen werden könne. In vielen Fällen werde sich eine deutlich kürzere Frist als vier Wochen ergeben. Da die Beklagte nach Punkt 6.9 ihrer AGB die Ware grundsätzlich innerhalb von 5 Werktagen liefern solle, erscheine diese Dauer unangemessen lang. Nach § 6

Abs 1 Z 1 KSchG sei eine Klausel, mit der sich der Unternehmer eine unangemessen lange Bindungsfrist ausbedinge, unzulässig. Für den Kunden sei auch nicht erkennbar, dass er unter Umständen schon früher vom Vertrag zurücktreten könne. Der pauschale Ausschluss von Schadenersatzansprüchen verstoße gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Es sei nicht auszuschließen, dass die in der Klausel aufgezählten Ereignisse in Einzelfällen doch von der Beklagten verschuldet sein könnten. Für den Verbraucher lasse sich nicht erkennen, dass die Beklagte in einem solchen Fall schadenersatzpflichtig werde.

In der Berufung bekämpft die Beklagte entsprechend ihrem erstinstanzlichen Vorbringen die Argumente des Erstgerichts. Es könne nicht gröblich benachteiligend sein, dass der Verbraucher nach Ablauf der vereinbarten Lieferfrist von fünf Tagen und nach weiteren vier Wochen Leistungsverhinderung und damit nach insgesamt 33 Tagen vom Vertrag zurücktreten dürfe, wenn die gesetzliche Lieferfrist gemäß § 5i KSchG 30 Tage betrage.

Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt sich aus der Bestimmung des (seit 13.6.2014 durch § 7a KSchG idF des VRUG BGBI I Nr 33/2014 ersetzten) § 5i KSchG für sie jedoch nichts gewinnen, weil die dort normierte Lieferfrist von 30 Tagen nur dann gelten soll, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Es handelt sich dabei um eine dispositive Fälligkeitsregelung, die durch die Vereinbarung einer Lieferfrist bei den im Online-Shop der Beklagten als lieferbar bezeichneten Artikeln gemäß Punkt 6.9. ihrer AGB auf 5 Tage verkürzt wurde. Demnach darf aber die Angemessenheit der Rücktrittsfrist von vier Wochen nicht an Hand der dispositiven 30-Tage-Frist des § 5i KSchG beurteilt und bei deren Bemessung die zugesagte kurze Lieferzeit nicht außer Acht gelassen

werden. Gerade diese 5tägige Lieferfrist für als lieferbar bezeichnete Artikel wird für den Kaufentschluss eines nicht zu vernachlässigenden Teils der Kunden der Beklagten im Hinblick auf den typischerweise von der jeweiligen Saison (oder von einem bestimmten Anlass) abhängigen Bedarf an Bekleidung und Schuhen (mit)ausschlaggebend sein. Solche Kunden werden aber ihren kurzfristigen oder sogar dringenden Bedarf an den bestellten Modeartikeln bereits nach wenigen Tagen Lieferverzögerung anderweitig eindecken wollen bzw. müssen. Dem Erstgericht ist daher zuzustimmen, dass die starre vierwöchige Nachfrist zu einer unzumutbar langen Bindung an den Vertrag führen kann, die gegenüber dem dispositiven Recht des § 918 ABGB gröblich benachteiligend ist, weil die dort vorgesehene angemessene Nachfrist bei Vorliegen eines entsprechend dringenden Bedarfs des Konsumenten wohl kaum länger als die ursprüngliche Lieferfrist zu bemessen wäre. Auch wenn die Beklagte ihren Kunden ein 30tägiges Rückgaberecht eingeräumt hat, von dem sie ohne Angabe von Gründen und damit auch bei Wegfall des Bedarfs nach Abschluss des Kaufvertrags Gebrauch machen können, lässt sich die vierwöchige Nachfrist sachlich nicht rechtfertigen, da sie dem Kunden ohne Notwendigkeit nur die Verpflichtung aufbürdet, die aufgrund des Lieferverzugs nicht mehr benötigten Waren entgegenzunehmen und für deren Rücksendung zu sorgen. Die Klausel bewirkt somit eine unangemessen lange Bindung des Verbrauchers an den Vertrag und ist daher gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG unwirksam sowie gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 4

„7.1. Verbraucher können ihre Vertragserklärung gemäß § 5e Konsumentenschutzgesetz (KSchG) innerhalb von

7 Werktagen ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder - wenn ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird - durch Rücksendung der Sache widerrufen."

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel gegen § 5e KSchG verstoße, weil diese Bestimmung einen Rücktritt nicht nur in Textform oder durch Rücksendung der Ware, sondern auch durch eine mündliche Erklärung zulasse. Sie sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und verstoße infolge der falschen Darstellung der Rechtslage gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte entgegnete, dass § 5e KSchG die Vereinbarung der Schriftform für die Rücktrittserklärung nicht ausschließe. Auch nach § 6 Abs 1 Z 4 KSchG sei nur die Vereinbarung einer strengeren Form als der Schriftform untersagt. Es sei sachlich gerechtfertigt zu Beweis Zwecken, aber auch um dem Verbraucher die Bedeutung seiner Erklärung bewusst zu machen, die Schriftform für die Rücktrittserklärung zu vereinbaren.

Das Erstgericht sah in der Vereinbarung der Textform für Rücktrittserklärungen einen Verstoß gegen § 5e KSchG, wonach der Verbraucher von einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag oder einer im Fernabsatz abgegebenen Vertragserklärung auch mündlich binnen sieben Tagen ab Erhalt der Ware zurücktreten könne. Als die speziellere Norm, von der gemäß § 2 Abs 2 KSchG nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden dürfe, gehe § 5e KSchG der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 4 KSchG vor, die für Erklärungen des Verbrauchers nur die Vereinbarung einer strengeren als die Schriftform ausschließe. Das Schriftformerfordernis in Bezug auf die Rücktrittserklärung sei daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Durch den Verweis auf § 5e

KSchG werde außerdem der Eindruck erweckt, dass auch nach dem Gesetz nur ein schriftlicher Rücktritt zulässig wäre. Infolge falscher Darstellung der Rechtslage verstoße die Klausel somit auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte hält in der Berufung daran fest, dass § 5e KSchG die Schriftform für die Rücktrittserklärung nicht ausschließe und sie schon zu Beweis Zwecken erlaubt sein müsse.

Nach der mit 12.6.2014 durch BGBl I Nr 33/2014 aufgehobenen (und seit 13.6.2014 durch §§ 11ff Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz [FAGG] ersetzten) Bestimmung des § 5e KSchG kann der Verbraucher von einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag oder einer im Fernabsatz abgegebenen Vertragserklärung bis zum Ablauf der in Abs 2 und 3 genannten Fristen zurücktreten, wobei es genügt, wenn die Rücktrittserklärung innerhalb der Frist abgesendet wird. § 5e KSchG setzt das Widerrufsrecht nach Art 6 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-RL) um. Das Rücktrittsrecht ist ein Gestaltungsrecht und wird durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung vom Verbraucher ausgeübt. Es erfordert keine Begründung und setzt nur voraus, dass der Vertrag im Fernabsatz abgeschlossen worden ist. Es dient als Korrektiv unüberlegter Bestellungen, zu denen der Verbraucher infolge entsprechender Werbe- und Marketingmaßnahmen verleitet worden ist, ist aber auch bei Leistungsstörungen bedeutsam. Anders als der Rücktritt nach § 3 Abs 4 KSchG erfordert der Rücktritt nach § 5e KSchG nicht die Schriftform (*Apathy* in *Schwimann/Kodek ABGB Praxiskommentar*³ § 5e KSchG Rz 1,2; *Krejci* in *Rummel*, §§ 5a-5i KSchG Rz 29). Wie bereits das

Erstgericht zutreffend hervorgehoben hat, ist die gegenüber § 6 Abs 1 Z 4 KSchG speziellere Bestimmung des § 5e KSchG gemäß § 2 Abs 2 KSchG zu Gunsten des Verbrauchers einseitig zwingend. Sie lässt daher die Vereinbarung der Schrift- oder Textform nicht zu, da der Ausschluss der von § 5e KSchG erlaubten mündlichen Rücktrittserklärung (etwa durch einen Telefonanruf) zur Benachteiligung jener Verbraucher führen würde, die ihren Rücktritt mündlich erklärt haben. Auch wenn § 6 Abs 1 Z 4 KSchG grundsätzlich für die vom Verbraucher abzugebenden Anzeigen oder Erklärungen nur eine strengere als die Schriftform ausschließt, kann dies nicht für jene Erklärungen gelten, die - wie die hier zu beurteilende - nach dem KSchG zwingend formfrei bleiben soll. Die beanstandete Klausel verstößt somit gegen § 5e KSchG und ist daher unwirksam. Auch wenn sich die Klausel 4 explizit nur auf das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG bezieht, bleibt doch der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass die Erklärung des Rücktritts für alle ab dem 13.6.2014 abgeschlossenen Fern- und Auswärtsgeschäfte auch nach der nunmehr sogar ausdrücklichen Anordnung in § 13 FAGG an keine bestimmte Form gebunden ist. Da von dieser Bestimmung gemäß § 2 FAGG nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf, könnte die Vereinbarung der Textform für das Rücktrittsrecht des Verbrauchers auch nach der neuen Rechtslage keinen Bestand haben.

Klausel 5

„13. Für dem Kunden im Rahmen der Geschäftsabwicklung zugefügte Schäden haften wir nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit oder bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit der für uns tätigen Erfüllungsgehilfen. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist, ausgenommen bei Personenschäden,

ausgeschlossen. Dieser Haftungsausschluss gilt auch für Mangelfolgeschäden."

Der Kläger rügt den generellen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit selbst bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG dürfe nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass im Bereich anderer als Personenschäden der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit generell zulässig wäre.

Die Beklagte hält dieser Argumentation entgegen, dass sich der Haftungsausschluss innerhalb des von § 6 Abs 1 Z 9 KSchG abgesteckten Rahmens bewege, wonach ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit mit Ausnahme von Personenschäden zulässig sei. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Unzulässigkeit eines generellen Ausschlusses der Haftung für leichte Fahrlässigkeit in den AGB von Banken sei auf die Beklagte nicht anwendbar, da sie über keine mit Banken vergleichbare wirtschaftliche Übermacht gegenüber ihren Kunden verfüge, die nicht darauf angewiesen seien, bei ihr Modeartikel zu kaufen.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB und führte aus, dass sich aus der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht schließen lasse, dass Freizeichnungsklauseln bezüglich leicht fahrlässig zugefügter Schäden, die keine Personenschäden seien, immer zulässig sein müssten. Fehle für den Haftungsausschluss nämlich eine sachliche Rechtfertigung oder sei die Verletzung vertraglicher Hauptleistungspflichten betroffen, könne dies gröblich benachteiligend sein. Die Klausel schließe die Haftung für leicht fahrlässig zugefügte Schäden ohne Ausnahmen und ohne eine sachliche Rechtfertigung selbst im Fall der

Verletzung der Hauptleistungspflichten aus; sie verstoße daher gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufung erachtet die Ansicht des Erstgerichts als verfehlt. § 6 Abs 1 Z 9 KSchG lasse den Ausschluss der Haftung des Unternehmers für leicht fahrlässig verursachte Sachschäden ausdrücklich zu. Da die Beklagte über keine wirtschaftliche Übermacht gegenüber ihren Kunden verfüge, sei die Klausel nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs wirksam.

§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG beschränkt die Befugnis des Unternehmers, sich vertraglich von der ihn nach dem Gesetz treffenden Schadenersatzrechtlichen Verantwortung zu befreien oder diese Haftung zu begrenzen und erklärt Freizeichnungsklauseln für generell unwirksam, soweit sie die Haftung für Personenschäden sowie für sonstige vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachte Schäden betreffen. Daraus kann aber - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht darauf geschlossen werden, dass die Haftungsfreizeichnung für leicht fahrlässig verursachte Schäden - über Personenschäden hinausgehend - ganz generell für zulässig erklärt wird (5 Ob 42/11d mwN). Auch eine solche Freizeichnung bedarf nämlich noch einer besonderen sachlichen Rechtfertigung (vgl. *Kathrein/Schoditsch*, KBB⁴ § 6 KSchG Rz 15). Da Freizeichnungserklärungen als Vorausverzicht auf Schadenersatzansprüche, wenn sie generell erfolgen, als anstößig empfunden werden, sind sie als Abweichung vom dispositiven Recht unter den besonderen Verhältnissen von AGB rechtlich nicht zu tolerieren (RIS-Justiz RS0016567).

Die Klausel 5 zielt darauf ab, die Haftung der Beklagten für leichte Fahrlässigkeit mit Ausnahme von Personenschäden generell und ohne jeden Unterschied auszuschließen, ohne dass die Beklagte für diese Abweichung vom dispositiven Recht einen sachlich

gerechtfertigten Grund anzuführen vermag. Soweit die Beklagte den Eintritt eines Sachschadens des Verbrauchers unter Hinweis auf die Art der von ihr verkauften Waren (Modeartikel) für nicht denkbar hält, übersieht sie, dass es keinesfalls auszuschließen ist, dass ihre Kunden aufgrund von Fehlern im Zuge der Vertragsabwicklung, beispielsweise durch fehlerhafte Buchungen, aber auch durch Verletzung der Lieferverpflichtung geschädigt werden können. Auch das Argument der Beklagten, der Oberste Gerichtshof habe Freizeichnungsklauseln bisher nur in AGB von Banken und Kreditinstituten wegen deren wirtschaftlicher Übermacht als unzulässig erkannt, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. So hat der Oberste Gerichtshof erst jüngst zu 7 Ob 84/12x eine vergleichbare Freizeichnungsklausel in AGB eines Telekommunikationsanbieters als gröblich benachteiligend beurteilt. Dabei hat er es als maßgeblich erachtet, dass der durchschnittliche Verbraucher vor dem Geschäftsabschluss einem für ihn kaum überblickbaren Klauselwerk gegenüberstehe, das er akzeptieren müsse, wenn er die zum Alltag gehörenden Leistungen des Telekommunikationsanbieters in Anspruch nehmen wolle. Schon deshalb liege ein klassischer Fall der „verdünnten“ (eingeschränkten) Willensfreiheit des Verbrauchers bei Geschäftsabschluss vor. Diese Erwägungen lassen sich gleichermaßen für den Online-Versandhandel von Modeartikeln, wie ihn die Beklagte betreibt, heranziehen, weil auch dessen Bedeutung für den Einzelnen aufgrund der Entwicklungen der letzten Jahre stark angestiegen und zum Massengeschäft geworden ist, bei dem der Verbraucher nur vor der Wahl steht, die AGB des Unternehmers zu akzeptieren oder von einer Bestellung abzusehen. Es besteht daher kein Grund, in diesem Geschäftsbereich Freizeichnungsklauseln anders zu beurteilen. Führen sie -

wie hier - zu einem - wenn auch mit Ausnahme von Personenschäden - generellen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit, liegt darin somit schon aufgrund ihrer Allgemeinheit eine gröbliche Benachteiligung der Verbraucher im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 6

„ 15. Wir speichern Ihre Bestell- und Adressdaten zur Nutzung im Rahmen der Auftragsabwicklung (auch durch von uns eingesetzte Auftragsabwicklungspartner und Versandpartner), für eventuelle Gewährleistungsfälle, für Verbesserungen unseres Angebots und für Produktempfehlungen gegenüber Kunden gemäß des Inhalts unserer Datenschutzerklärung.“

Klausel 8

„2.3. Ihre personenbezogenen Daten werden an Dritte nur weitergegeben oder sonst übermittelt, wenn dies zum Zweck der Vertragsabwicklung oder Abrechnung erforderlich ist oder Sie zuvor eingewilligt haben. Im Rahmen der Bestellabwicklung erhalten beispielsweise die hier von uns eingesetzten Dienstleister (wie bspw. Transporteur, Logistiker, Banken) die notwendigen Daten zur Bestell- und Auftragsabwicklung.“

Nach Auffassung des Klägers verstoßen diese beiden Klauseln gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil dem Verbraucher die Tragweite seiner Einwilligung verschleiert werde. So sei weder erkennbar, wem die Beklagte die Daten weitergebe, noch zu welchem Zweck sie die jeweiligen Empfänger verwendeten. Dies stehe im Widerspruch zu § 4 Z 14 Datenschutzgesetz (DSG), wonach eine Zustimmung voraussetze, dass der Betroffene in Kenntnis der Sachlage in die konkrete Verwendung seiner Daten einwillige. Eine wirksame Zustimmung zur Verwendung nicht sensibler Daten liege somit nicht vor.

Die Beklagte wendete ein, dass das DSG nicht

anwendbar sei, weil sie die Daten nur in Deutschland und dort nicht für Zwecke einer in Österreich gelegenen Haupt- oder Zweigniederlassung verwende. Nach dem anzuwendenden deutschen Datenschutzrecht seien die Klauseln aber zulässig. Sie seien aber auch im Anwendungsbereich des DSG unbedenklich, weil sie keine Zustimmung der Kunden zur Datenweitergabe enthielten, sondern lediglich eine Information über die Datenverwendung, die nicht der Kontrolle des § 6 KSchG unterliege. Außerdem seien keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen verletzt und deren Zustimmung nach dem DSG nicht einzuholen, weil die Datenverwendung zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten erforderlich sei. Der Hinweis auf das Sammeln von Bestell- und Adressdaten zur Vertragsabwicklung sei somit nicht intransparent. Dem Kunden werde ausreichend deutlich gemacht, was unter seinen Bestell- und Adressdaten sowie unter Auftragsabwicklung zu verstehen sei und welche Unternehmen als Versandpartner in Frage kämen. Der Hinweis auf die Weitergabe personenbezogener Daten an Dritte nur mit Einwilligung des Kunden bezwecke noch keine Einwilligung zur Datenweitergabe.

Das Erstgericht führte aus, dass das DSG gemäß seinem § 3 Abs 1 auf die Verwendung von personenbezogenen Daten im Inland, im Ausland aber nur, soweit diese Verwendung für Zwecke einer in Österreich gelegenen Haupt- oder Zweigniederlassung des Auftraggebers geschehe, anzuwenden sei. Die Beklagte habe ihren Sitz in Deutschland und verfüge in Österreich über keine Niederlassung. Da die Verwendung der Daten im Ausland nicht für eine in Österreich gelegene Niederlassung erfolge, sei nicht das DSG, sondern das deutsche Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) anzuwenden (§ 1 Abs 3

BDSG). Auch dessen §§ 3f sähen jedoch Informationen an den Betroffenen über die konkrete Datenverwendung vor. Dadurch, dass die Bestell- und Adressdaten des Konsumenten durch nicht näher umschriebene Partner der Beklagten zu Zwecken der Angebotsverbesserungen und Produktempfehlungen gespeichert werden sollten, seien die Klauseln im Hinblick auf ihre Reichweite zu Werbezwecken nicht ausreichend transparent und daher unzulässig.

Die Beklagte hält in der Berufung an ihrem Standpunkt fest, dass diese Klauseln lediglich der Information der Verbraucher über die beschriebene Datenverwendung dienen und daher nicht der Klauselkontrolle unterlägen. Sie seien aber auch nicht intransparent, sondern klärten die Verbraucher über die Datenverwendung und die Rechtslage richtig auf.

Selbst wenn die Beklagte die von ihren Kunden erhobenen (personenbezogenen) Daten im Sinn des § 3 Abs 1 DSG weder im Inland noch für Zwecke einer inländischen Haupt- oder Zweigniederlassung verwendet und demnach nicht das (österreichische) DSG, sondern das (deutsche) BDSG anwendbar sein sollte, ist die Auffassung des Erstgerichts, den Klauseln fehle es an der notwendigen Transparenz im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, zu teilen. Schon das Erstgericht hat ganz richtig darauf hingewiesen, dass auch das BDSG dem österreichischen Datenschutzrecht vergleichbare Bestimmungen enthält, die eine Einwilligung des Betroffenen zur Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung sowie Informationspflichten des Unternehmers vorsehen. So wird etwa in § 4 Abs 1 BDSG die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur mit Erlaubnis oder Anordnung durch das BDSG selbst oder durch andere Rechtsvorschriften oder mit Einwilligung des Betroffenen für zulässig erklärt, und in § 4 Abs 3 BDSG normiert, dass der Betroffene bei der Erhebung

personenbezogener Daten von der verantwortlichen Stelle über die Zweckbestimmungen der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung (Z 2) und die Kategorien von Empfängern nur, soweit er nach den Umständen des Einzelfalles nicht mit der Übermittlung an diese rechnen muss, (Z 3) zu unterrichten ist. § 4a Abs 1 BDSG sieht vor, dass die Einwilligung des Betroffenen nur wirksam ist, wenn sie auf seiner freien Entscheidung beruht, wobei der Betroffene unter anderem auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hinzuweisen ist. Bei Beurteilung der Transparenz der Klauseln lässt sich daher auf die oberstgerichtliche Rechtsprechung zu Datenschutzklauseln im Anwendungsbereich des DSGVO zurückgreifen. So hat der Oberste Gerichtshof Bestimmungen in AGB, durch die der Kunde sein Einverständnis zur Datenverarbeitung oder zur Datenübermittlung an Dritte erklärt, als intransparent und damit unwirksam im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG beurteilt, wenn für den Verbraucher die Tragweite seiner Einwilligung nicht durchschaubar wird, weil nicht erkennbar ist, von wem und zu welchem konkreten Zweck auf welche konkreten Daten zugegriffen werden und welche Auswirkungen dies für den Verbraucher haben kann (vgl. 2 Ob 1/09z, 2 Ob 198/10x mwN; RIS-Justiz RS0115217).

Genau dies trifft aber bei konsumentenfeindlichster Auslegung auf die gegenständlichen Klauseln zu. So lassen sie den Verbraucher - wie der Kläger richtig aufzeigt - nicht einmal klar erkennen, ob er mit Akzeptieren der AGB bereits der beschriebenen Datenverwendung zustimmt und auf diese Weise die - auch nach deutschem Datenschutzrecht erforderliche - Einwilligung gibt oder ob es sich der Auffassung der Beklagten folgend lediglich um eine - in den AGB letztlich entbehrliche - Information über die durchgeführte Datenerhebung handelt. Auch jener

Verbraucher, der erkennt, dass die Beklagte vom Erfordernis einer gesonderten Einwilligung ausgeht, wird im Unklaren gelassen, ob die Klauseln zumindest insofern rechtlich erheblich sein sollen, als die Beklagte auf diese Weise ihren datenschutzrechtlich vorgeschriebenen Informationspflichten nachkommen will. Hinzu kommt, dass die damit erteilte Information über den Zweck der Datenerhebung und -nutzung durch die Beklagte und durch Dritte infolge der Verwendung verallgemeinernder Begriffe wie „im Rahmen der Auftragsabwicklung“ oder „zum Zweck der Vertragsabwicklung“ oder „für Verbesserungen unseres Angebots und für Produktempfehlungen gegenüber Kunden“ den Verbraucher keine nachvollziehbare sinnhafte Abgrenzung vornehmen lässt, sodass sie in Wahrheit auf Leerfloskeln hinauslaufen, die keine ernsthafte Beschränkung auf den konkret berechtigten Zweck vornehmen (vgl. 2 Ob 198/10x). Da dem Verbraucher somit die Tragweite der Klauseln 6 und 8 nicht verlässlich erkennbar ist, ihm insbesondere der Sinn und Zweck der Klauseln verschleiert wird und diese dazu geeignet sind, den Verbraucher darüber in die Irre zu führen, welche datenschutzrechtlich relevanten Erklärungen er bzw. die Beklagte damit abgegeben hat, verstoßen sie gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Klausel 7

„18. Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrags einschließlich dieser Regelungen ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden oder sollte der Vertrag eine nichtvorhergesehene Lücke aufweisen, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen oder Teile solcher Bestimmungen unberührt. Anstelle der unwirksamen oder fehlenden Bestimmungen treten die jeweiligen gesetzlichen Regelungen.“

Der Kläger vertritt den Standpunkt, dass auch diese

Regelung keinen Einblick in die wahren rechtlichen Konsequenzen zulasse und mit § 6 Abs 3 KSchG unvereinbar sei. Bei verbraucherfeindlicher Auslegung beziehe sie sich auf sämtliche und nicht nur auf vertragliche Nebenbestimmungen. Dem Verbraucher bleibe daher verborgen, dass der gesamte Vertrag nichtig werde, wenn eine wesentliche Vertragsbestimmung von der Unwirksamkeit betroffen sei.

Die Beklagte bestreitet eine Verletzung des Transparenzgebots, weil die Klausel keine von der Gesetzeslage abweichende Regelung treffe. Sie normiere lediglich, dass im Fall der Unwirksamkeit einer Bestimmung der Vertrag als solcher aufrecht bleibe und die jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung kämen.

Das Erstgericht sah im ersten Satz dieser Klausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KEG, weil es sich dabei um eine „salvatorische Klausel“ handle, die nicht zur Anwendung kommen könne, wenn eine Regelung über die Hauptleistungspflichten von der Unwirksamkeit betroffen und infolgedessen der gesamte Vertrag nichtig sei. Bei verbraucherfeindlichster Auslegung lasse sich diese Unterscheidung aber nicht erkennen. Der Kunde müsse vielmehr davon ausgehen, dass der Vertrag auf jeden Fall aufrecht bleibe, egal welche Bestimmung unwirksam werde. Der zweite Satz sei hingegen ausreichend klar, weil er nur die gesetzliche Rechtslage wiedergebe.

Die Berufung verweist darauf, dass die Klausel einen wirksamen Vertrag voraussetze und nicht dazu führen könne, dass ein nichtiger Vertrag wirksam werde. Da diese Auswirkung für den Verbraucher nicht unklar bleibe, sei eine Belehrung darüber nicht erforderlich.

In diesem einen Punkt ist die Berufung der Beklagten berechtigt. In der Rechtsprechung des Obersten

Gerichtshofs wurden „salvatorische Klauseln“ vor allem dann als im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG intransparent beurteilt, wenn diese etwa darauf hinweisen, dass den AGB nur soweit Geltung zukommen, als ihnen nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen (wie Verbraucherschutzbestimmungen) entgegenstünden, oder wenn sich der Verbraucher zur Abgabe einer von ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrages verpflichtet, die dem (unzulässigen) Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung entsprechen soll, weil damit die Rechtsposition des Verbrauchers unklar und ihm das Risiko aufgebürdet wird, seine Rechte selbst zu erkennen (vgl 7 Ob 233/06z; 7 Ob 78/06f; 7 Ob 84/12x; RIS-Justiz RS0122045). In der beanstandeten Klausel geht es aber (ähnlich wie in der vom Obersten Gerichtshof zu 7 Ob 84/12x beurteilten Klausel 22) nicht darum, dass ihr Inhalt durch den Hinweis auf allfällige entgegenstehende Bestimmungen unklar wird oder dass eine unwirksame Bestimmung durch eine Neuregelung ersetzt werden bzw. der Verbraucher sich zu einer nicht absehbaren Vereinbarung verpflichten soll, sondern nur darum, dass im Fall der Nichtigkeit einer Klausel der AGB (und nicht des gesamten Vertrags) an ihre Stelle die jeweilige gesetzliche Regelung treten und die Gültigkeit des restlichen Vertrags im Übrigen davon unberührt bleiben soll. Diese Rechtsfolge entspricht der ständigen Rechtsprechung, wonach die Nichtigkeit einer Klausel noch nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge hat (RIS-Justiz RS0016420), sondern zur Vertragsanpassung führt, die sich am dispositiven Recht zu orientieren hat. Eine Klausel, die - wie die gegenständliche - zutreffend auf diese Rechtsfolge hinweist, erzeugt damit aber keine Intransparenz (7 Ob 84/12 x; OLG Wien 5 R 185/12f).

Klausel 9

„7. Wenn Sie nicht möchten, dass Facebook über unseren Internetauftritt Daten über sie sammelt, müssen sie sich vor ihrem Besuch unseres Internetauftritts bei Facebook ausloggen.“

Nach Auffassung des Klägers sei es für den Kunden überraschend, dass Facebook Daten sammle, wenn man während eines Besuchs der Homepage der Beklagten auf Facebook eingeloggt sei, dies vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass viele Nutzer Facebook ständig laufen ließen. Die Klausel verstoße daher gegen § 864a ABGB. Die Datensammlung sei außerdem gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte erwiderte, dass auch diese nach deutschem Datenschutzrecht zu beurteilende Klausel wirksam und zulässig sei. Sie weise damit lediglich darauf hin, dass das Sammeln der Daten ausschließlich durch die Facebook Limited (kurz: Facebook) erfolge. Die Klausel betreffe ausschließlich jene Kunden, die auch über ein Facebook-Profil verfügten, da nur sie sich auf der Website von Facebook ein- und ausloggen könnten. Solche Kunden hätten die Datenverwendungsrichtlinien von Facebook akzeptiert, die umfassende Informationen über die Funktion von sozialen Plug-Ins beinhalten. Sie wüssten daher, dass Facebook ihre Daten im Zusammenhang mit dem Besuch der Website der Beklagten bzw. mit dem Einkauf bei der Beklagten speichere. Die Klausel beinhalte eine bloße Information und sei für die betroffenen Kunden nicht überraschend. Eine Informationsklausel unterliege als bloße Wissensmitteilung keiner Prüfung gemäß § 864a ABGB und § 879 Abs 3 ABGB.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als zulässig und führte dazu aus, dass die Klausel ausschließlich jene Kunden der Beklagten betreffe, die auch über ein

Facebook-Profil verfügten und die Datenverwendungsrichtlinien von Facebook akzeptiert hätten, da sich nur Facebook-Benutzer auf der Facebook Website ein- und ausloggen könnten. Diese Kunden wüssten aber auch, dass Facebook ihre von Besuchen auf anderen Websites herrührenden Daten sammle. Abgesehen davon, sei es bereits allgemein bekannt, dass man überall im Internet Spuren hinterlasse und die verschiedensten Stellen Daten speicherten. Vor diesem Hintergrund sei es nicht sachgerecht, der Beklagten die Information ihrer Kunden zu verbieten.

Der Kläger hält der Argumentation des Erstgerichts in der Berufung entgegen, dass die Beklagte im Wege dieser Klausel Facebook die Möglichkeit einräume, Daten über ihre Kunden zu sammeln, ohne offenzulegen, welche Daten davon betroffen seien und zu welchem Zweck sie gesammelt würden. Der Verbraucher müsse der Datensammlung von Facebook auch nicht zugestimmt haben. Gerade Daten über Zahlungs- und Bestellvorgänge könnten bei Einhaltung gewöhnlicher Sicherheitsstandards ohne Zutun des Inhabers der Website von Dritten nicht gelesen und ausgewertet werden. Dass die Beklagte die automatisierte Datensammlung durch einen am Vertragsverhältnis völlig unbeteiligten Dritten gestatte, sei für den typischen Verbraucher überraschend. Dazu bedürfe es der Zustimmung des Kunden sowohl nach dem DSG als auch nach dem BDSG. Die Klausel diene nicht bloß der Information, sondern ziele vielmehr darauf ab, die pauschale Zustimmung des Kunden zur Vermittlung der Daten zu erhalten. Darüber hinaus sei die Klausel intransparent, weil sie bei konsumentenfeindlichster Auslegung so verstanden werden könne, dass die Zustimmung des Verbrauchers zur Nutzung seiner Daten durch Aktivieren seines Facebook Profils fingiert werde, ohne dass die für eine solche

Zustimmungsfiktion nötigen Voraussetzungen (§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG) eingehalten würden.

Entgegen der Auffassung des Klägers will die Klausel 9 ihrem klaren Wortlaut nach die Verbraucher aber tatsächlich nur darüber informieren, dass Facebook Daten über sie auch auf der Website der Beklagten sammelt, solange sie bei Facebook eingeloggt sind. Der Klausel kommt erkennbar reiner Informationscharakter zu, erinnert den Kunde an eine von ihm erteilte Einwilligung in die Datensammlung gegenüber Facebook und weist ihn darauf hin, dass er sich - wenn er diese Datensammlung vermeiden möchte - bei Facebook ausloggen sollte. Da in der Klausel eine Mitwirkung der Beklagten an der Datenerhebung nicht einmal angedeutet wird, wird der Verbraucher auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht annehmen, dass er damit sein Einverständnis erklärt oder darüber informiert werden soll, dass die Beklagte die Datensammlung durch Facebook überhaupt erst ermöglicht. Insofern kommt dieser Klausel nicht einmal eine vermeintlich vertragsgestaltende Wirkung zu, sodass ihr Entfall ohne Konsequenzen bliebe. Eine solche Klausel kann daher weder eine gröbliche Benachteiligung der Verbraucher im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB bewirken, noch überraschend im Sinn des § 864a ABGB oder intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG sein.

Wiederholungsgefahr:

Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßenden AGB nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Diese Bestimmung wurde durch die KSchG-Novelle BGBl I 1997/6

eingeführt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte dadurch klaggestellt werden, dass die nach § 29 KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche hingegen nicht ab, so wird dies die Wiederholungsgefahr indizieren (ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 31). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit grundsätzlich, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (6 Ob 24/11i).

Der Verwender von AGB muss sich dem Anspruch des gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Verbands nach der Abmahnung vollständig, unbeding, uneingeschränkt und strafbewehrt unterwerfen, um die Wiederholungsgefahr gemäß § 28 Abs 2 KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111637 [insb T11]). Die Unterlassungserklärung des Verwenders der AGB muss daher neben wortgleichen auch sinngleiche Klauseln umfassen (RIS-Justiz RS0111638). Auch andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung müssen zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, kann die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen (6 Ob 81/09v mwN). Auch wer im Prozess

zu erkennen gibt, dass es ihm nicht um die Vermeidung von Rechtsverletzungen zu tun ist, kann sich auf das Fehlen der Wiederholungsgefahr nicht berufen (2 Ob 215/10x mwN; RIS-Justiz RS0080007).

Da die Beklagte keine Unterlassungserklärung abgegeben und im Prozess die Gesetzmäßigkeit der beanstandeten Klauseln verteidigt hat, vermag allein ihr Einwand, sie verwende einzelne der beanstandeten Klauseln infolge Änderung ihrer AGB nicht mehr, die Wiederholungsgefahr nicht zu beseitigen.

Urteilsveröffentlichung:

Die Beklagte vertritt in der Berufung weiter den Standpunkt, der Kläger habe keinen Anspruch auf Urteilsveröffentlichung in der Kronen-Zeitung. Nach dem Äquivalenzgrundsatz genüge die Aufklärung durch die Veröffentlichung auf ihrer Website, weil sie ihre AGB nur dort verwendet habe und ihre Kunden auch darüber erreichen könne.

Mit dieser Auffassung setzt sich die Beklagte aber in Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung, wonach ein Unterlassungsurteil im Regelfall nicht nur auf den Internetseiten des betroffenen Unternehmens zu veröffentlichen ist, weil voraussichtlich nicht alle seine ehemaligen Kunden, die ein objektives Interesse an der Information über die bedenklichen Geschäftspraktiken bei Vertragsabschlüssen haben, neuerlich dessen Internetseiten aufsuchen werden. Der Zweck der Urteilsveröffentlichung, die Öffentlichkeit über die Rechtsverletzung aufzuklären, erfordert daher die Veröffentlichung in einem Printmedium, denn nur so ist (weitgehend) sichergestellt, dass auch die ehemaligen Kunden der Beklagten und die Allgemeinheit von der Rechtswidrigkeit der beanstandeten Klauseln erfahren (vgl. RIS-Justiz RS0123550; 4 Ob 18/08t; *Kathrein* in KBB³

§ 30 KSchG Rz 1). Die vom Erstgericht angeordnete Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteils in der Kronen-Zeitung ist somit nicht zu beanstanden.

Was den von der Beklagten schon im erstinstanzlichen Verfahren gestellten und in der Berufung wiederholten Antrag auf Veröffentlichung des klagsabweisenden Teils des Urteils anlangt, ist ihr zwar zuzugeben, dass nach der Rechtsprechung (10 Ob 70/07b; *Kathrein* in KBB³ § 30 KSchG Rz 2) im Einzelfall auch dem Unternehmer ein Anspruch auf Veröffentlichung (des klagsabweisenden Teils der Entscheidung) zustehen kann, sofern er daran ein „berechtigtes Interesse“ im Sinn des § 25 Abs 3 UWG hat. Ein solches Interesse kann etwa darin liegen, einen beim Publikum durch die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils der Entscheidung entstehenden „falschen Eindruck“ richtigzustellen. Dies wurde in der Entscheidung 10 Ob 70/07b deshalb bejaht, weil der Verband letztlich nur gegen 12 von 24 Klauseln und damit nur mit der Hälfte seines Begehrens durchdrang. Zu 1 Ob 244/11f hat der Oberste Gerichtshof ein derartiges berechtigtes Interesse jedoch verneint. Dort war der Kläger nur mit einer von 17 Klauseln unterlegen, sodass weder die Billigkeit noch der Umstand, dass die Verbandsklage eine gewisse Publizität erlangte, geboten haben, zur Abwendung eines „falschen Eindrucks“ durch die Veröffentlichung lediglich des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs dem Beklagten die gleiche Möglichkeit einer Information der Öffentlichkeit wie dem Kläger einzuräumen. Da die Beklagte nur mit jenen zwei von insgesamt neun Klauseln obsiegt hat, die (nach den von ihr selbst vorgelegten Urkunden) in der öffentlichen Berichterstattung keine besondere Erwähnung fanden, lässt sich ein berechtigtes Interesse an einer Urteilsveröffentlichung des klagsabweisenden Teils nicht

erkennen, da gerade durch eine solche der unzutreffende Eindruck entstehen könnte, die AGB der Beklagten seien in ihrer Gesamtheit unbedenklich. Das Urteilsveröffentlichungsbegehren der Beklagten war demnach nicht gerechtfertigt und daher abzuweisen.

Eine Leistungsfrist enthält das erstgerichtliche Verbot nicht. Die Beklagte führt dagegen ins Treffen, sie müsse ihre AGB unter Berücksichtigung der Entscheidungsgründe zur Vermeidung sinngleicher Klauseln neu gestalten und die geänderten AGB mit ihren Kunden erst vereinbaren. Dieser Vorgang erfordere daher die Festsetzung einer angemessenen Leistungsfrist von vier Monaten.

Der Berufungsgegner erachtet eine viermonatige Umsetzungsfrist nicht für erforderlich. Die Beklagte habe im erstinstanzlichen Verfahren weder die Notwendigkeit noch die Angemessenheit einer solchen Frist begründet, sondern sich sogar darauf berufen, die AGB in den inkriminierten Punkten bereits geändert zu haben.

Nach § 409 Abs 2 ZPO hat das Gericht eine angemessene Frist zur Erfüllung von Leistungsurteilen zu setzen, wenn eine Pflicht zur Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäfts auferlegt wird. Diese Bestimmung ist nach der Rechtsprechung auch auf Unterlassungsverpflichtungen anzuwenden, die eine Pflicht zur Änderung des gegenwärtigen Zustands einschließen. Da die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung ist, hat das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO (auch von Amts wegen) eine angemessene Leistungsfrist zu setzen. Bisher wurden in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs Fristen zwischen drei und sechs Monaten als angemessen angesehen (vgl. 6 Ob 24/11i mwN). Zugleich wurde aber auch darauf hingewiesen, dass die Festsetzung einer angemessenen

Leistungsfrist nicht schon dadurch gehindert wird, dass das Erstgericht die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung einzelner Klauseln verpflichtete und diese daher eine Art „Vorwarnfrist“ zur Verfügung hatte. Dies wurde damit begründet, dass in einem Rechtsstaat die Gefahr der Unrichtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung nicht einseitig zu Lasten einer Partei gehen darf und die Beklagte daher vor Ausschöpfung der ihr zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten keine Veranlassung hatte, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend zu ändern (6 Ob 24/11i mwN). Auch wenn im vorliegenden Fall keine gesetzliche Übergangsfrist bei Umstellung der AGB zu wahren ist, der bei der Bemessung der Leistungsfrist Rechnung zu tragen wäre, erscheint die von der Beklagten beantragte viermonatige Frist schon im Hinblick auf den Umfang der Änderungen, die auch das Bestellsystem der Beklagten betreffen und dessen grundlegende Umgestaltung erfordern, als angemessen.

Insgesamt ist daher der Berufung des Klägers nicht und der Beklagten im Hinblick auf die Klausel 7 Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung spruchgemäß abzuändern. Die Abänderung der Kostenentscheidung ist eine notwendige Folge der Abänderung des Ersturteils. Mit ihrer Rüge im Kostenpunkt ist die Beklagte auf die neu zu fassende Kostenentscheidung zu verweisen.

Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gründet auf § 43 Abs 1 ZPO iVm § 54 Abs 1a ZPO, jene über die Kosten des Berufungsverfahrens auf § 50 iVm §§ 41, 43 Abs 1 ZPO. Die Beklagte ist im Verfahren erster Instanz mit sieben von neun Klauseln unterlegen, sodass sie dem Kläger sieben Neuntel der Pauschalgebühr (das sind EUR 1.028,22) und fünf Neuntel der Kosten seiner anwaltlichen Vertretung (das sind EUR 2.425,60) zu ersetzen hat.

Die Beklagte war mit ihrer Berufung hinsichtlich einer von acht Klauseln erfolgreich. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg. Die Beklagte kann daher Ersatz der Kosten ihrer Berufungsbeantwortung (EUR 652,32) sowie von einem Achtel der Pauschalgebühr (das sind EUR 136,--) beanspruchen, während sie dem Kläger drei Viertel der Kosten seiner Berufungsbeantwortung (das sind EUR 1.898,41) zu ersetzen hat. Das geringfügige Obsiegen der Beklagten hinsichtlich der Verlängerung der Leistungsfrist im Berufungsverfahren ist kostenmäßig zu vernachlässigen.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung des Klägers. Eine wesentliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO liegt vor, weil es sich teils um vom Obersten Gerichtshof bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handelt, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind (vgl. RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt 5, am 27. August 2014

Dr. Maria Schrott-Mader
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG