

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei G***** GmbH, *****, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500 EUR) und Veröffentlichung (Streitwert 4.400 EUR), über die außerordentlichen Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 12. Juni 2015, GZ 34 R 35/15i-11, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die außerordentlichen Revisionen werden gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).

B e g r ü n d u n g :

Die Klägerin ist ein zur Unterlassungsklage gemäß § 28 Abs 1 KSchG berechtigter Verband. Die Beklagte vertreibt über ihre Plattform www.g****.at rabattierte Gutscheine für Leistungen oder für Waren anderer Unternehmen (Partner). Herausgeber der Gutscheine und Schuldner der in den Gutscheinen angegebenen Leistungen oder Waren sind allein die jeweils angegebenen Partner, die diese Leistungen auf der Grundlage ihrer jeweiligen allgemeinen Geschäftsbedingungen erbringen. Die Beklagte selbst schuldet nicht die Erbringung der in den Gutscheinen angegebenen Leistungen oder die Lieferung der angegebenen Waren, sondern nur, dass der Gutschein einen Anspruch auf die Leistungserbringung durch den Partner gewährt. Die von der Beklagten verkauften Gutscheine sind entweder auf eine konkrete Leistung (Erlebnisgutschein), eine konkrete Ware (Warengutschein) oder einen bestimmten Leistungs- und/oder Warenwert (Wertgutschein) gerichtet.

1.1. Hinsichtlich der rechtlichen Einordnung des dreipersonalen Rechtsverhältnisses zwischen der Beklagten, dem Anbieter jener Leistungen, die mit den Gutscheinen bezogen werden können (Partnerunternehmen), und dem Erwerber der Gutscheine (Verbraucher) ist das Berufungsgericht erkennbar davon ausgegangen, dass zwischen der Beklagten und dem Verbraucher ein Vertrag über den Erwerb des Gutscheins zustande kommt, wobei die Beklagte dafür einsteht, dass das Partnerunternehmen die Leistungen zu den im Gutschein verbrieften Bedingungen erbringt; die Leistungen selbst werden jedoch (nur) vom Partnerunternehmen geschuldet und sind zu den von diesem festgelegten Bedingungen im eigenen Namen und auf eigene

Rechnung zu erbringen. Diese Beurteilung ist im Revisionsverfahren nicht strittig (vgl auch *Dienst/Scheibenpflug*, Zivilrechtliche Rechtsfragen bei Gutscheinkäufen auf Online-Gutscheinplattformen [Couponing], JurPC Web-Dok 147/2012 Abs 21 ff; LG Berlin 15 O 663/10).

1.2. Damit ist aber grundsätzlich davon auszugehen, dass etwa dann, wenn das Partnerunternehmen den Gutschein aus irgendeinem Grund nicht akzeptiert, der Verbraucher die Möglichkeit hat, dies gegenüber der Beklagten geltend zu machen; wenn hingegen die gelieferte Ware etwa nicht der Beschreibung entspricht oder die Dienstleistung nur mangelhaft erbracht wird, so muss der Verbraucher sich mit dem Partnerunternehmen auseinandersetzen. Vor diesem Hintergrund sind die hier inkriminierten Klauseln der Beklagten in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beurteilen.

1.3. Im Revisionsverfahren ist an sich nicht strittig, dass die Berechtigung des Unterlassungsbegehrens sowohl an den Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes in der Fassung vor dem Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG) als auch an jenen des letztgenannten Gesetzes zu messen sind. Nach ständiger Rechtsprechung des 4. Senats des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0123158 [T2]) ist ein Unterlassungsanspruch aufgrund eines Lauterkeitsverstößes nur dann zu bejahen, wenn das beanstandete Verhalten sowohl gegen das alte als auch gegen das neue Recht verstößt; dieser Grundsatz ist auch auf „Klauselverfahren“ übertragbar. Nach dieser Rechtsprechung kann zwar eine Parallelprüfung nach altem Recht unterbleiben, wenn das beanstandete Verhalten nach Inkrafttreten des neuen Rechts fortgesetzt wurde (4 Ob 76/12y ecolex 2012, 993 [*Tonninger*]); nach den

Feststellungen der Vorinstanzen war dies hier aber nicht der Fall.

2. Zur außerordentlichen Revision der Beklagten

2.1. Die inkriminierte Klausel Punkt 5.2., 1. Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten besagte, dass nach Einlösung des Gutscheins beim Partnerunternehmen ein Widerruf, also eine Rückgabe des Gutscheins an die Beklagte gegen Erstattung des Kaufpreises, nicht mehr möglich sei. Allerdings leg(t)en § 5e Abs 1 KSchG und nunmehr § 11 Abs 1 FAGG fest, dass der Verbraucher grundsätzlich von jedem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag innerhalb von sieben (KSchG) beziehungsweise 14 (FAGG) Tagen zurücktreten konnte/kann. Diese Bestimmungen enthielten/enthalten keine Ausnahmen für Fälle, in denen ein Gutschein verkauft wird. Bei Dienstleistungen war/ist gemäß § 5f Abs 1 Z 1 KSchG und nunmehr § 18 Abs 1 Z 1 FAGG ein Entfall des Rücktrittsrechts unter bestimmten Voraussetzungen möglich.

Da der Gutscheinverkauf durch die Beklagte nicht stets als eine solche Dienstleistung zu qualifizieren, sondern dessen Einordnung danach vorzunehmen ist, ob das Geschäft, auf das sich der Gutschein bezieht, ein Kauf- oder Dienstleistungsvertrag ist (*Dienst/Scheibenpflug*, JurPC Web-Dok 147/2012 Abs 86-91), ist das Argument des Berufungsgerichts, der allgemeine Ausschluss des Rücktrittsrechts widerspreche dem Wortlaut der §§ 5e, 5f KSchG beziehungsweise § 11 Abs 1, § 18 Abs 1 Z 1 FAGG, nicht zu beanstanden; auch die Beklagte begründet den Ausschluss des Rücktritts nur damit, dass „mehrheitlich“ eine Dienstleistung im Sinne der § 5f Abs 1 Z 1 KSchG

beziehungsweise § 18 Abs 1 Z 1 FAGG vorliege (Revision der Beklagten S 12).

2.2. Die inkriminierte Klausel Punkt 14., letzter Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten besagte, dass Gutscheine, die gemäß Punkt 5.2. vom Widerruf ausgeschlossen sind, auch nicht umgetauscht werden könnten. Damit wurde das in Punkt 14., 1. Satz - in Entsprechung der Entscheidung 7 Ob 22/12d (immolex 2012/91 [Böhm]) - eingeräumte Umtauschrecht bezüglich abgelaufener Gutscheine nicht nur für Gutscheine nach deren Einlösung beim Partnerunternehmen (Punkt 5.2., 1. Satz), sondern auch für Gutscheine für Hauslieferungen und Freizeit-Dienstleistungen (Punkt 5.2., 2. Satz) ausgeschlossen.

Richtig ist zwar, dass nach § 5c Abs 4 Z 1 und 2 KSchG beziehungsweise § 18 Abs 1 Z 10 FAGG bei Hauslieferungen und Freizeit-Dienstleistungen kein Rücktrittsrecht bestand/besteht. Es gab/gibt aber keine sachliche Rechtfertigung (vgl dazu RIS-Justiz RS0014676 [T21]) dafür, wegen des fehlenden Rücktrittsrechts auch ein Umtauschrecht hinsichtlich derartiger Gutscheine auszuschließen. Der Ausschluss des Rücktrittsrechts gründet sich nach dem Erwägungsgrund 49 der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU darauf, dass der Unternehmer bei Freizeit-Dienstleistungen und Hauslieferungen gewisse Kapazitäten vorhalten müsse, die er bei einem Rücktritt möglicherweise nicht mehr anderweitig nutzen könnte (ebenso *Schwarzenegger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Bd 5a [2015] § 18 FAGG Rz 10). Erwirbt der Verbraucher jedoch einen Gutschein bei der Beklagten etwa für eine Theatervorstellung (Freizeit-Dienstleistung; vgl *Hammerl* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG und FAGG [2015] § 18

FAGG Rz 28; *Schwarzenegger* aaO) und löst er diesen nicht ein, tritt im Ergebnis jene Situation ein, die nach der Entscheidung 7 Ob 22/12d verhindert werden soll: Die Beklagte erhält das volle Entgelt für den Gutschein, dieser verfällt unter Umständen bereits nach kurzer Zeit, und der Verbraucher erhält keinen Ersatz dafür (auch nicht in Form eines Umtauschs).

2.3. Nach § 30 Abs 1 KSchG in Verbindung mit § 25 Abs 3 bis 7 UWG ist die Urteilsveröffentlichung von einem berechtigten Interesse des Klägers abhängig (vgl RIS-Justiz RS0121963). Dieses ist hier aufgrund der (zumindest teilweisen) Klagsstattgebung gegeben. Dass eine Veröffentlichung in der Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ und auf der Homepage der Beklagten (www.g*****.at) überschießend wäre - wie die Beklagte meint -, ist nicht erkennbar. Eine Aufklärung des Publikums kann doch wohl gerade auf der Homepage der Beklagten am besten erreicht werden. Auch die Veröffentlichung in der „Samstags-Krone“ entspricht ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (statt vieler 5 Ob 118/13h; weitere Nachweise in 4 Ob 117/14f und 2 Ob 198/10x). Dass die Beklagte gewissermaßen „nur in der Online-Welt aktiv ist“ (Revision der Beklagten S 15), schließt nicht zwingend ein Bedürfnis nach einer allgemeinen Aufklärung des Publikums mithilfe einer Tageszeitung aus.

3. Zur außerordentlichen Revision der Klägerin

Die Klägerin meint in ihrer außerordentlichen Revision, infolge Unwirksamkeit von Punkt 14., letzter Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (**2.2.**) müsse der gesamte Punkt 5.2. für unwirksam erklärt werden; ansonsten wäre die in Punkt 14., letzter Satz enthaltene

Verweisung „Gutscheine, die gemäß 5.2. vom Widerruf ausgeschlossen sind“ unklar. Diese Argumentation ist allerdings nicht nachvollziehbar, entfällt ja gerade Punkt 14., letzter Satz und damit die Verweisung auf Punkt 5.2.. Dessen Sätze 2-4 geben im Wesentlichen den Gesetzeswortlaut von § 5c Abs 4 Z 1 und 2 KSchG beziehungsweise § 18 Abs 1 Z 10 FAGG wieder und sind - auch nach Ansicht der Klägerin - somit nicht zu beanstanden. Jene Rechtsprechung, wonach der Verweis auf eine unzulässige Klausel dazu führt, dass auch die verweisende Klausel unzulässig ist, weil sie sich den Inhalt der verwiesenen Klausel durch den Verweis zu eigen macht (RIS-Justiz RS0122040), und auf die sich die Klägerin in ihrer außerordentlichen Revision beruft, ist hier nicht einschlägig: Nicht die verwiesene Klausel ist unzulässig, sondern die verweisende, nämlich Punkt 14., letzter Satz.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 21. Dezember 2015
Dr. K u r a s
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: