



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Schwarzenbacher, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei V\*\*\*\*\*, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei Z\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 5.500 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. August 2014, GZ 5 R 26/14a-16, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 29. November 2013, GZ 39 Cg 96/12d-10, teilweise abgeändert wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Das Revisionsverfahren wird fortgesetzt.

II. Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.680,84 EUR (darin enthalten 280,14 EUR an USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Die Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 744,43 EUR bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung (darin 124,07 EUR Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die beklagte Partei betreibt ein Online-Versandhandelsgeschäft und wendet sich über ihre Website [www.\\*\\*\\*\\*\\*.at](http://www.*****.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 folgende Klauseln enthalten (die Nummerierung orientiert sich an jener in den AGB; die in der Klage beanstandeten Klauseln sind hier fett hervorgehoben):

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 Werkstage an seine Bestellung gebunden. Im Übrigen beträgt die Bindung längstens 4 Werkstage.

6.9. Ware, die im Online-Shop unter [www.\\*\\*\\*\\*\\*.at](http://www.*****.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.

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

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

**haben und wir nicht ein Beschaffungsrisiko übernommen haben.** Bei Nichtverfügbarkeit der Ware werden wir eine eventuelle Vorauszahlung unverzüglich erstatten.

6.13. Die Lieferzeit verlängert sich angemessen bei der 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.**

7.1. Nachstehend erhalten Verbraucher die gesetzlich erforderliche Belehrung über die Voraussetzungen und Folgen des Rücktrittsrechts. [...] **Verbraucher können Ihre Vertragserklärung gemäß § 5e Konsumentenschutzgesetz (KSchG) innerhalb von 7 Werktagen ohne Angaben von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder – wenn Ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird – durch Rücksendung der Sache widerrufen.** [...]

**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.**

**15. 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 sowie für Produktempfehlungen gegenüber Kunden gemäß des Inhalts unserer Datenschutzerklärung.**

**18. 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.**

In der auf der Website der beklagten Partei [www.\\*\\*\\*\\*\\*.at](http://www.*****.at) abrufbaren „*Datenschutzerklärung und Einwilligung zur Datennutzung bei www.\*\*\*\*\*.at*“ finden sich unter anderem folgende (verfahrensrelevante) Klauseln:

**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. [...]**

**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. [...].**

Die klagende Partei ist ein zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach § 28 KSchG befugter Verein. Sie beantragt, der beklagten Partei zu untersagen, die genannten oder sinngleiche Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu verwenden oder sich darauf zu berufen, und die Veröffentlichung des darüber ergehenden Urteils. Die beanstandeten Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten; sie seien gröblich benachteiligend und nicht ausreichend transparent.

Die beklagte Partei beantragt die Abweisung des Klagebegehrens sowie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung des klagsabweisenden (Teils des) Urteilsspruchs. Die beanstandeten, zum Teil den Verträgen gar nicht mehr zu Grunde gelegten Klauseln seien klar formuliert und weder gröblich benachteiligend noch gesetzwidrig.

Das Erstgericht gab der Klage in Bezug auf die Mehrzahl der beanstandeten Klauseln (ohne Setzung einer Leistungsfrist) statt, und zwar hinsichtlich der Klauseln 6.11,

6.12, 6.13, 7.1, 13, 15 der AGB und der Klausel 2.3 der Datenschutzerklärung zur Gänze bzw bei der Klausel 18 der AGB nur bezüglich des ersten Satzes. Es ermächtigte die klagende Partei bezüglich des stattgebenden Teils zur Urteilsveröffentlichung. Das Mehrbegehren (Satz 2 der Klausel 18 der AGB und Klausel 7 der Datenschutzerklärung samt jeweiliger Urteilsveröffentlichung) wies das Erstgericht ebenso ab wie das Urteilsveröffentlichungsbegehren der beklagten Partei. Das Erstgericht prüfte die Klauseln – abgesehen von der von ihm angenommenen Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts für die Klausel 15 der AGB und die Klauseln der Datenschutzerklärung – nach österreichischem Recht. Die Unzulässigkeit der Klauseln stützte es im Wesentlichen auf Verstöße gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG bzw auf die Bestimmungen des dBDSG.

Das Berufungsgericht gab der (die Klausel 7 der Datenschutzerklärung betreffenden) Berufung der klagenden Partei nicht und der (den stattgebenden Teil des Urteils betreffenden) Berufung der beklagten Partei teilweise Folge. Es änderte das Ersturteil dahin ab, dass es der beklagten Partei eine Leistungsfrist von vier Monaten einräumte. Bezüglich der Klausel 18 der AGB wies es die Klage zur Gänze ab. Das Berufungsgericht stützte das Unterlassungsgebot auf österreichisches Recht (§ 6 Abs 3 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB und andere Normen). Die Bestimmung des § 409 Abs 2 ZPO zur angemessenen Leistungsfrist sei auch bei Unterlassungsverpflichtungen anzuwenden, wobei hier eine Frist von vier Monaten angemessen sei. Zum ersten Satz der Klausel 18 führte es aus, dass dieser zutreffend auf die bestehende Rechtslage hinweise und daher nicht intransparent sei.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige. Es ließ die ordentliche Revision zu, weil es sich zum Teil um vom Obersten Gerichtshof bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handle, die regelmäßig für eine größere Anzahl von Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung seien.

Die Abweisung des Unterlassungsbegehrens hinsichtlich des Satzes 2 der Klausel 18 der AGB und der Klausel 7 der Datenschutzerklärung wurde rechtskräftig.

Gegen das Berufungsurteil richten sich die Revisionen beider Parteien.

Der Senat hat das Revisionsverfahren mit Beschluss vom 11. 8. 2015 bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über das vom Obersten Gerichtshof zu 2 Ob 204/14k gestellte Vorabentscheidungsersuchen unterbrochen. Aufgrund der mittlerweile getroffenen Entscheidung des EuGH am 28. Juli 2016, C-191/15, *VKI/Amazon EU*, ist das Verfahren hiermit fortzusetzen.

Die Revision der beklagten Partei ist aus dem vom Berufungsgericht herangezogenen Grund zulässig, das Rechtsmittel ist aber nicht berechtigt. Die Revision der klagenden Partei ist unzulässig, weil die darin aufgeworfenen Fragen in der Rechtsprechung bereits hinreichend geklärt sind.

#### A. Zur Revision der beklagten Partei

1.1 Auf die im Revisionsverfahren noch relevanten Klauseln ohne datenschutzrechtlichen Bezug (6.11, 6.12, 6.13, 7.1, 13 und 18 der AGB) ist österreichisches Recht anzuwenden.

1.1.1 Der Oberste Gerichtshof hat jüngst in der Entscheidung 2 Ob 155/16g (zuvor 2 Ob 204/14k) in einer

vergleichbaren Konstellation bei der Beurteilung der dort gerügten Klauseln einer luxemburgischen Gesellschaft, die sich mit einem Versandhandelsunternehmen über ihre deutschsprachige Website auch an Verbraucher in Österreich richtet, gemäß Art 6 Abs 1 Rom I-VO österreichisches Recht angewandt. Er stützte sich dabei auf das in der Entscheidung näher referierte Urteil des EuGH C-191/15, *VKI/Amazon EU*.

1.1.2 An die Entscheidung des 2. Senats kann auch hier angeknüpft werden. Auch die gegenständlich zu beurteilende Konstellation ist unstrittig davon geprägt, dass sich die beklagte Partei mit ihrer Website, die eine Top-Level-Domain .at aufweist, (auch) an österreichische Kunden richtet. Abgesehen davon, dass beide Streitparteien übereinstimmend von der Anwendung österreichischen Rechts ausgehen (vgl auch 1 Ob 67/15g mwN), sind die genannten Klauseln wegen dieser Ausrichtung nach österreichischem Recht zu prüfen.

1.2 Zu den im Revisionsverfahren noch relevanten Klauseln mit einem datenschutzrechtlichen Bezug (15 der AGB sowie 2.3 der Datenschutzerklärung):

1.2.1 Nach der unbekämpft gebliebenen (dislozierten) Feststellung des Erstgerichts verfügt die beklagte Partei über keine Niederlassung in Österreich. Insoweit die Zulässigkeit dieser Klauseln von datenschutzrechtlichen Erwägungen abhängt, entspricht die Prüfung des anzuwendenden Rechts damit jener Konstellation, die der Entscheidung 2 Ob 155/16g zugrundelag.

1.2.2 Der 2. Senat hat unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH C-191/15, *VKI/Amazon EU*, hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Erwägungen für das anzuwendende Recht ausgesprochen, dass die speziellere Kollisionsnorm in Art 4 Abs 1 lit a der RL 95/46/EG



maßgebend ist. Diese Bestimmung hat der EuGH dahin ausgelegt, dass das Ausrichten einer Tätigkeit auf einen Mitgliedstaat nur dann zur Anwendung von dessen Datenschutzrecht führt, wenn das belangte Unternehmen die strittige Datenverarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung vornimmt, die sich in diesem Mitgliedstaat befindet (C-191/15, Punkt 3 des Spruchs). Die Entscheidung 2 Ob 155/16g kommt – nach weiteren Erwägungen zur RL 95/46/EG und zum DSG 2000 – zum Ergebnis, dass österreichisches Datenschutzrecht unanwendbar ist, weil die dort beklagte Partei über keine Niederlassung in Österreich verfügt.

1.2.3 Der erkennende Senat schließt sich diesen Ausführungen an, sodass im vorliegenden Fall für die datenschutzrechtlichen Fragen deutsches Recht anzuwenden wäre. Dieses ist hier aber irrelevant, weil die betroffenen Klauseln schon aus anderen Gründen zu untersagen sind (näher unten).

#### 2. Allgemeines zur Klauselkontrolle:

In der Entscheidung 2 Ob 155/16g wurden (dort unter Punkt 3.) die nach der ständigen Rechtsprechung bei der Prüfung von Klauseln im Verbandsprozess zu beachtenden Grundsätze (insbesondere zu § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG, zur gebotenen Gesamtbetrachtung und Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn etc) umfassend referiert. Darauf wird verwiesen. Diese Grundsätze sind auch hier zu beachten.

#### 3. Zu den Klauseln 6.11 und 6.12

##### 3.1 Diese Klauseln lauten:

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.

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

3.2.1 Die klagende Partei brachte vor, beide Klauseln verstießen gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB, weil damit das unternehmerische Risiko unzulässigerweise auf den Kunden überwältzt werde. Mit den Klauseln stehe es der beklagten Partei offen, die Verzugsfolgen des § 918 ABGB und damit einhergehende Schadenersatzansprüche des Kunden zu vermeiden.

3.2.2 Die beklagte Partei wandte ein, sie verkaufe größtenteils Modeartikel, bei denen der Verbraucher nicht damit rechne, dass immer alle Modelle und Größen vorhanden seien. Ein Großteil der Ware befinde sich auf dem Postweg, sodass der beklagten Partei eine Kontrolle der Bestände unmöglich sei. Die Klausel 6.11 sei eine nach allgemeinem Zivilrecht zulässige Bedingung. Es werde kein Fall des Verzugs, sondern ein Fall der Unmöglichkeit bei beschränkter Gattungsschuld geregelt, was den Vertrag schon von Gesetzes wegen auflöse. Schadenersatzansprüche des Verbrauchers seien undenkbar. Die Klausel 6.12 regle in gesetzeskonformer Weise die Unmöglichkeit der Leistung. Die vier Voraussetzungen müssten kumulativ erfüllt sein, weshalb das unternehmerische Risiko nicht auf den Kunden überwältzt werde.

3.2.3 Das Erstgericht erklärte die Klauseln für unzulässig, wobei es sich bei der Klausel 6.11 den Argumenten der klagenden Partei anschloss. Bei der Klausel 6.12 hob es hervor, dass der Begriff des kongruenten Deckungsgeschäfts dem Durchschnittsverbraucher unbekannt

sei. Diese Klausel eröffne der beklagten Partei die Möglichkeit, den Vertrag wegen mangelnder Organisation nicht zu erfüllen. Der Kunde erhalte den Eindruck, an den Vertrag gebunden zu sein, wenn die beklagte Partei das erforderliche Deckungsgeschäft nicht abgeschlossen habe.

3.2.4 Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Klauseln unterlägen der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel 6.11 weiche vom dispositiven Recht ab, weil sie hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht zwischen Verzug und verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit unterscheide und so das Beschaffungsrisiko auf den Kunden überwälze. Dies bringe den Käufer um die Möglichkeit, im Falle eines Verschuldens den Nichterfüllungsschaden geltend zu machen. Wenn angegeben werde, dass mit „lieferbar“ gekennzeichnete Artikel innerhalb von maximal fünf Werktagen versendet werden, vertraue der Kunde darauf. Wenn die beklagte Partei dem Kunden verschweige, dass dies wegen Rücklaufware bloß wahrscheinlich sei, schaffe sie einen zusätzlichen, unlauteren Kaufanreiz. Zusätzliche Feststellungen zu Vergünstigungen der beklagten Partei (Bestellmöglichkeit 24 Stunden an sieben Tagen, kostenfreies Rückgaberecht innerhalb von 30 Tagen, kein Mindestbestellwert) seien nicht erforderlich, weil sie nicht zweckkongruent seien. Bei der Klausel 6.12 sei dem Verbraucher unklar, was mit einem kongruenten Deckungsgeschäft gemeint sei. Zudem sei die Klausel im Verhältnis zu Klausel 6.11 intransparent.

3.2.5 Die Revisionswerberin wendet dagegen ein, die beiden Klausel beträfen die Hauptleistungspflicht und unterfielen daher nicht § 879 Abs 3 ABGB. Klausel 6.11 stelle den Kaufvertrag unter die Bedingung „solange der Vorrat reicht“, was der Erwartungshaltung des Kunden

entspreche und seiner Information diene. Dies sei nach allgemeinem Zivilrecht zulässig und nicht gröblich benachteiligend. Zu einem Verzug könne es – wegen des Bedingungseintritts und damit verbunden des Wegfalls des Kaufvertrags – nicht kommen. Modeartikel seien beschränkte Gattungsschulden und daher rechtlich wie Speziesschulden zu behandeln. Die beklagte Partei sei von ihren Erzeugern abhängig. Ferner wiederholt sie ihre Argumente zum vorteilhaften Kundensystem und zur Unmöglichkeit. Im Zusammenhang mit der Klausel 6.12 argumentiert sie auch damit, dass der Begriff des kongruenten Deckungsgeschäfts im Gesamtzusammenhang zu sehen und verständlich sei, im Übrigen dürften auch Fachvokabel verwendet werden.

3.3 Zur Klausel 6.11 wurde erwogen:

3.3.1 Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle – die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten – ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben, so dass vor allem auch 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; RS0016931). Nur Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, sollen der Inhaltskontrolle entzogen sein, nicht jedoch Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen (RIS-Justiz RS0016908 [T5, T8]). Dazu gehört auch die Überwälzung des Lieferrisikos (RIS-Justiz RS0020739 [T7]). Das entspricht etwa der Rechtsprechung zu Verfallsklauseln (vgl etwa 4 Ob 112/04f [„Laden Sie Ihr Konto rechtzeitig innerhalb der Gültigkeitsdauer (ein Jahr plus 3 Monate) auf,

*sonst verlieren Sie Ihre Rufnummer und das restliche Guthaben!“*] oder 7 Ob 22/12d [*„Nach Erreichen des Gültigkeitsdatums verlieren die Thermengutscheine ihre Gültigkeit und können nicht mehr eingelöst werden“*]) und der Rechtsprechung zur erstmaligen Sachverschaffungspflicht des Leasinggebers (zB 3 Ob 12/09z [*„Kann eine Übergabe/Übernahme aus anderen Gründen als infolge des Annahmeverzugs des Leasingnehmers nicht innerhalb einer üblichen Frist erfolgen, ist der Leasinggeber berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten“*]). Die Klausel ist daher der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterworfen.

3.3.2 Nach der zu Leasingverträgen ergangenen gesicherten Rechtsprechung ist die Verschaffung der ordnungsgemäßen Nutzungsmöglichkeit eine „Kardinalpflicht“ des Leasinggebers, die ihn auch die Sachgefahr bezüglich des Leasinggegenstands vor der Lieferung an den Leasingnehmer tragen lässt (RIS-Justiz RS0020735). Dem entgegenstehende Klauseln werden nach § 879 Abs 3 ABGB für unzulässig erklärt, wenn sie eine Freizeichnung von der erstmaligen Verschaffungspflicht enthalten. Die Überwälzung des Lieferrisikos auf den Leasingnehmer bedeutet jedenfalls eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB (6 Ob 607/95 mwN; 2 Ob 1/09z; 3 Ob 12/09z), und zwar auch dann, wenn Leasingraten erst ab Übergabe des Leasinggegenstands zu zahlen sind (2 Ob 1/09z Rz 4.1.2.).

3.3.3 Die Wertungen dieser Judikatur können auch auf die Klausel 6.11 übertragen werden, besteht doch beim Kaufvertrag noch viel mehr als beim Leasingvertrag die Kardinalpflicht in der Sachverschaffung, weshalb das dispositive Recht dem Verkäufer das Beschaffungsrisiko zuweist (*Graf, Welche Preisänderungsklauseln sind in*

Verbraucherverträgen wirksam? wbl 2005, 197). Eine Überwälzung dieses Risikos auf den Verbraucher muss nach denselben Grundsätzen unzulässig sein, vor allem, wenn betriebsinterne Faktoren hineinspielen (vgl *Graf* aaO 197 ff; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*<sup>4</sup> § 6 Rz 31). Dies ist hier der Fall, kommt es doch nach dem Vorbringen der beklagten Partei dazu, dass sie von bereits verkaufter Ware einen gewissen Teil zurückgestellt zu bekommen erwartet und diesen schon vorher neu verkauft. Wird eine Ware beworben, so erwartet der Verkehr, dass sie im Zeitpunkt des Erscheinens der Werbeanündigung (schon und noch) vorrätig ist (4 Ob 35/94; RIS-Justiz RS0078584).

3.3.4 Der Hinweis, dass der Vertrag unter der Bedingung „so lange der Vorrat reicht“ geschlossen sei und es sich um eine begrenzte Gattungsschuld handle, verfängt nicht und verkennt den Bedeutungsgehalt dieser Einschränkung: Der Zusatz „so lange der Vorrat reicht“ kann bewirken, dass ein ansonsten bindendes Vertragsangebot als freibleibend zu beurteilen und nur eine Einladung zur Legung eines (verbindlichen) Offerts ist, was beim Onlineshopping generell angenommen wird (*Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 861 Rz 19). Gerade diese freibleibende Wirkung schließt aber die Klausel 4.3 ausdrücklich aus, weil der Vertrag mit Eingang der Bestelleingangsbestätigung beim Kunden zustande kommen soll. Zudem nimmt die Klausel ohne Einschränkung auf Gattungsgeschäfte Bezug, womit – nicht nur bei kundenfeindlichster Auslegung – auch nicht begrenzte Gattungsschulden erfasst sind.

3.3.5 Die beklagte Partei rügt, das Berufungsgericht habe es verabsäumt, relevante Umstände zu ihrem „kundenfreundlichen System“ festzustellen und bei der Beurteilung des § 879 Abs 3 ABGB zu berücksichtigen. Sie

beruft sich dabei auf ein kostenloses Rückgaberecht von 30 Tagen, wobei sie sämtliche Kosten übernehme, und den Umstand, dass die Verbraucher die Bestellungen 24 Stunden am Tag und sieben Tage in der Woche vornehmen könnten.

Richtig ist, dass bei der Prüfung der gröblichen Benachteiligung eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist. Nachteile können durch andere vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen werden, etwa durch zweckkongruente günstige Nebenbestimmungen (6 Ob 253/07k; 7 Ob 266/09g; 6 Ob 220/09k; RIS-Justiz RS0014676 [T17], RS0016914 [T28]; *Krejci* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 879 Rz 378 ff). Das Gratis-Rückgaberecht ist jedenfalls keine zweckkongruente Vergünstigung: Das Recht, die Ware zu erhalten, korreliert nicht mit dem Recht, sie wieder zurückzugeben. Keine Begünstigung ist die einem Webshop wesensimmanente zeitlich uneingeschränkte Bestellmöglichkeit. Schon die Behauptungen der beklagten Partei tragen keinen zweckkongruenten Ausgleich durch allfällige Begünstigungen, sodass auch die geltend gemachten rechtlichen Feststellungsmängel nicht vorliegen.

#### 3.4 Zur Klausel 6.12 wurde erwogen:

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die Klausel sei nach § 6 Abs 3 KSchG intransparent, ist nicht zu beanstanden. Der Begriff des kongruenten Deckungsgeschäfts ist ein Fachbegriff, unter dem sich der typische Kunde eines Modeportals nichts vorstellen kann und der auch in den AGB nicht erklärt wird. Zudem wird dieser Begriff missverständlich verwendet: In der Judikatur ist ein Deckungsgeschäft für gewöhnlich eine Ersatzbeschaffung durch den Gläubiger (vgl RIS-Justiz RS0018463 [T6], RS0018231, RS0018275), hier soll aber offenbar die Beschaffung der Ware durch den Schuldner gemeint sein.

Zudem widerspricht die Klausel 6.12 der Klausel 6.11. Bei dieser wälzt die beklagte Partei das Beschaffungsrisiko generell auf den Kunden ab, die Klausel 6.12 schränkt es auf bestimmte Voraussetzungen ein. Nach der Unklarheitenregel (§ 915 ABGB) würde zwar Klausel 6.12 vorgehen. Muss aber erst die Unklarheitenregel bemüht werden, ist die Klausel 6.12 intransparent (*Leitner*, Transparenzgebot, Privatautonomie und Auslegung, JBl 2011, 428 [433]; *Koziol*, Auslegung und Beurteilung der Sittenwidrigkeit von AGB-Klauseln im Verbandsprozess, RdW 2011, 68 [69]). Schließlich ist die Klausel 6.12 insoweit missverständlich, als sie zwar – im Ergebnis – einen Aspekt der Beschaffungspflicht regelt, andererseits aber voraussetzt, dass die beklagte Partei keine solche übernommen hat (was sie nach Klausel 6.11 ohnehin nicht macht).

#### 4. Zur Klausel 6.13

##### 4.1 Der angegriffene Teil der Klausel 6.13 lautet:

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.

4.2.1 Nach Ansicht der klagenden Partei widerspreche die starre Rücktrittsfrist von vier Wochen der Bestimmung des § 918 ABGB, wonach nur eine im Einzelfall angemessene Frist zu setzen sei. Damit könne der Gläubiger gröblich nach § 879 Abs 3 ABGB benachteiligt werden. Der Verbraucher bleibe unzumutbar lange an den Vertrag gebunden (§ 6 Abs 1 Z 1 KSchG). Zudem werde die Rechtslage falsch wiedergegeben, weshalb ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vorliege. Der Haftungsausschluss widerspreche § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, weil er auch vorsätzlich und grob fahrlässige Schäden erfasse und einige der



aufgezählten Ereignisse sehr wohl von der beklagten Partei verschuldet werden könnten.

4.2.2 Die beklagte Partei replizierte, der Schadenersatzausschluss bestehe nur für nicht schuldhaft verursachte Lieferverzögerungen. Die klagende Partei habe wiederholt Klauseln bekämpft, die eine „angemessene“ Frist vorsahen. Sie gebe nur die Rechtslage wieder.

4.2.3 Das Erstgericht erklärte die Klausel für unzulässig, wobei es sich im Wesentlichen den klägerischen Argumenten anschloss. Das Berufungsgericht teilte diese Argumentation und ergänzte, dass die Frist von 30 Tagen des (seit 13. 6. 2014 durch § 7a KSchG idF BGBl 2014/33 ersetzten) § 5i KSchG nicht einschlägig sei, weil die Klausel 6.9 diese Frist auf fünf Werktage verkürze.

4.2.4 Die Revisionswerberin wiederholt ihre bisherigen Argumente und wies unter anderem darauf hin, die Klausel sehe vor, dass der Kunde nach vier Wochen ohne Nachfristsetzung zurücktreten könne, was ihn besserstelle.

4.3 Dazu wurde erwogen:

4.3.1 Die Angemessenheit der Nachfrist nach § 918 ABGB ist aufgrund der Umstände des einzelnen Falls zu beurteilen. Hierbei ist auf die Interessen des Schuldners und des Gläubigers Bedacht zu nehmen (RIS-Justiz RS0018458). Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Nachfrist kommt auch deren Verhältnis zur ursprünglichen Lieferzeit in Betracht (RIS-Justiz RS0018385). In der Entscheidung 3 Ob 2427/96z wurde (in einem Verfahren zwischen zwei Unternehmern) eine Verdoppelung der ursprünglichen Lieferzeit als „entschieden zu lang“ bezeichnet. Eine unangemessen lange Bindungsfrist nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG kann auch durch unangemessen lange Rücktrittsfristen verwirklicht werden (*Kathrein/Schoditsch* in KBB<sup>5</sup> § 6 KSchG

Rz 6). Bei der Prüfung, ob eine unangemessen lange Vertragsbindung gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG bzw gemäß § 879 Abs 3 ABGB vorliegt, sind die Interessen des Unternehmers auf Durchführung des Vertrags mit den Interessen des Verbrauchers auf angemessene und feststellbare Erfüllungszeit abzuwägen (9 Ob 75/10k). Für die Beurteilung der Angemessenheit der Bindungsfrist nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen (RIS-Justiz RS0121007 [T8]).

4.3.2 Hier würde die bedungene Lieferzeit von fünf Tagen auf 28 Tage fast versechsfacht. Während die beklagte Partei kein (berechtigtes) Interesse hat, am Vertrag festzuhalten, zumal der Verbraucher die Ware 30 Tage nach Lieferung ohne Angabe von Gründen zurückstellen kann, liegt es im berechtigten Interesse des Verbrauchers, in angemessener Frist zurückzutreten, um seine Vorleistung möglichst rasch zurückzuerhalten und die eingetroffene Ware nicht wieder zur Post bringen und rücksenden zu müssen.

4.3.3 Die Haftungsfreizeichnung verletzt § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, weil auch vorsätzlich und grob fahrlässig verursachte Schäden erfasst sind. Es kann auch nicht damit argumentiert werden, dass die Klausel nur unverschuldete Schadensereignisse erfasst (für die ohnehin nicht gehaftet wird). Auch die erwähnten behördlichen Eingriffe können sehr wohl von der beklagten Partei verschuldet sein, ebenso wie Energie- und Rohstoffknappheit. Zudem erklärt die Klausel (bei verbraucherfeindlichster Auslegung) jeden Feuer-, Wasser- und Maschinenschaden zu einer unverschuldeten Betriebsbehinderung, was aber nicht zwingend der Fall sein muss.

## 5. Zur Klausel 7.1

5.1 Der angegriffene Teil der Klausel 7.1 lautet:

Verbraucher können Ihre Vertragserklärung gemäß § 5e Konsumentenschutzgesetz (KSchG) innerhalb von 7 Werktagen ohne Angaben von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder – wenn Ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird – durch Rücksendung der Sache widerrufen.

5.2.1 Die klagende Partei behauptete, die Bestimmung verstoße gegen § 5e KSchG, weil ein Rücktritt auch mündlich erklärt werden könne.

5.2.2 Die beklagte Partei wandte ein, § 5e KSchG sehe kein Verbot der Schriftform vor, diese sei nach § 6 Abs 1 Z 4 KSchG zu beurteilen und zulässig. Es diene der leichteren Beweisbarkeit und der Warnung des Kunden.

5.2.3 Das Erstgericht ging davon aus, § 5e KSchG erlaube auch den mündlichen Rücktritt und gehe als *lex specialis* § 6 Abs 1 Z 4 KSchG vor.

5.2.4 Das Berufungsgericht teilte diese Auffassung und ergänzte, (auch) nach dem zwischenzeitig in Kraft getretenen § 13 FAGG sei die Klausel jedenfalls unwirksam.

5.2.5 Die Revisionswerberin wiederholt ihre bisherigen Argumente, ohne auf das Argument des Berufungsgerichts hinsichtlich § 13 FAGG einzugehen.

5.3 Dazu wurde erwogen:

5.3.1 Der 2. Senat des Obersten Gerichtshofs hat sich in der bereits zitierten Entscheidung 2 Ob 155/16g mit einer ähnlich formulierten und im grenzüberschreitenden Online-Versandhandel verwendeten Klausel auseinandergesetzt und in dieser – nach der wegen der zwischenzeitlichen Rechtsänderung erforderlichen doppelten Prüfung, vgl 6 Ob 169/15v – einen Verstoß gegen § 13 Abs 1 FAGG bzw § 5e Abs 1 KSchG erkannt. Diese Bestimmungen enthielten im Gegensatz zur Klausel keine Formpflichten (bzw Einschränkung auf bestimmte Formen).

5.3.2 Der erkennende Senat teilt diese Auffassung. Im Einklang mit der Entscheidung 2 Ob 155/16g und dem dort zitierten fast einhelligen Schrifttum ist davon auszugehen, dass ein Rücktritt auch mündlich erklärt werden kann. Die Revision der beklagten Partei war somit auch hinsichtlich dieser Klausel nicht berechtigt.

#### 6. Zur Klausel 13

##### 6.1 Die Klausel 13 lautet:

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.

6.2.1 Die klagende Partei brachte vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG dürfe nicht der Umkehrschluss gezogen werden, die Freizeichnung für leicht fahrlässig verursachte Sachschäden sei jedenfalls zulässig. Die beklagte Partei wandte demgegenüber ein, der Ausschluss entspreche § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

6.2.2 Das Erstgericht erklärte die Klausel für unzulässig, weil keine sachliche Rechtfertigung bestehe und auch vertragliche Hauptleistungspflichten in ihren Anwendungsbereich fielen. Das Berufungsgericht teilte diese Argumentation.

6.2.3 Die Revisionswerberin argumentiert, das Berufungsgericht sei von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen, die den Ausschluss leichter Fahrlässigkeit zulasse. Nur einige – auf den konkreten Fall nicht übertragbare – Entscheidungen zu Banken und Telekommunikationsunternehmen verträten anderes.

6.3 Dazu wurde erwogen:

6.3.1 Wenngleich eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in AGB grundsätzlich zulässig ist (RIS-Justiz RS0050109), lässt sich aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht ableiten, diese Bestimmung erlaube jegliche Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit (4 Ob 221/06p; 1 Ob 105/14v). Nach der Rechtsprechung können vielmehr generelle Freizeichenerklärungen als Vorausverzicht auf Schadenersatzansprüche als anstößig empfunden werden. Demnach kann eine weitergehende Abweichung vom dispositiven Gesetz unter den besonderen Verhältnissen Allgemeiner Geschäftsbedingungen rechtlich nicht toleriert werden. Eine solche Abweichung ist im Zweifel auch nicht als vereinbart anzusehen bzw einschränkend auszulegen (RIS-Justiz RS0016567).

6.3.2 Diese Rechtsprechung ist wohl zu Bank- und Telekommunikationsverträgen ergangen, wird aber auch darüber hinaus angewandt (vgl etwa 2 Ob 20/15b [Mobilfunkanbieter]; 1 Ob 191/16v [Klauseln im Reisevermittlungsvertrag, wenngleich im Ergebnis zulässig]; 5 Ob 87/15b [Fitnessstudio]; 1 Ob 243/16s [Tierärztin]).

6.3.3 Eine Klausel, nach der der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit – Personenschäden ausgenommen – umfassend sein soll und nicht zuletzt auch eine Freizeichnung bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten für die von einem Unternehmer oder seinen Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden erfasst, ist gröblich benachteiligend (RIS-Justiz RS0130673). Ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ist insbesondere dann unzulässig, wenn er auch bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten zum Tragen kommt und eine sachliche Rechtfertigung für einen solchen weitgehenden

Haftungsausschluss nicht zu erkennen ist (vgl. RIS-Justiz RS0129623).

6.3.4 Die angefochtene Entscheidung hat die aufgezeigten Grundsätze der Rechtsprechung zutreffend angewendet und einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB zutreffend bejaht, zumal die beklagte Partei keine sachliche Rechtfertigung für die Zulässigkeit der Klausel angeben konnte.

7. Zu den Klauseln mit datenschutzrechtlichem Bezug

7.1 Die Klausel 15 der AGB und die Klausel 2.3 der Datenschutzerklärung lauten:

15. 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 sowie für Produktempfehlungen gegenüber Kunden gemäß des Inhalts unserer Datenschutzerklärung.

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. [...]

7.2.1 Die klagende Partei brachte vor, die Klauseln verstießen gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil nicht bestimmt angegeben sei, welche Daten an wen herausgegeben werden. Sie rügte daneben die Unvereinbarkeit der Klauseln mit Bestimmungen des DSG 2000 und des dBD SG.

7.2.2 Die beklagte Partei bestritt die Anwendbarkeit des DSG 2000, weil dieses nur auf die Verwendung personenbezogener Daten im Inland anwendbar sei, sie die Daten aber ausschließlich in Deutschland verwende. Die Klauseln seien keine Zustimmungserklärung

des Kunden, sondern dienten nur seiner Information, dass Daten weitergegeben würden. Dies sei zulässig, wenn es – wie hier – zur Erfüllung einer vertraglichen Pflicht geschehe.

7.2.3 Das Erstgericht erklärte beide Klauseln für unwirksam. Es sei das dBDSG anwendbar, das ebenso wie das österreichische DSG 2000 Informations- und Einwilligungsvoraussetzungen habe, die hier nicht wirksam erfüllt worden seien.

7.2.4 Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Selbst wenn das DSG 2000 nicht anwendbar sei, sehe § 4 dBDSG Einwilligungserfordernisse vergleichbar der österreichischen Rechtslage vor, sodass die Judikatur des Obersten Gerichtshofs entsprechend anwendbar sei. Demnach seien die Klauseln zu unbestimmt, um eine wirksame Einwilligung zu schaffen. Die Klauseln seien nach § 6 Abs 3 KSchG intransparent, weil dem Verbraucher der Sinn und Zweck der Klauseln nicht verlässlich erkennbar sei und die Klauseln geeignet seien, in die Irre darüber zu führen, welche datenschutzrelevante Erklärungen damit abgegeben würden.

7.2.5 Die beklagte Partei wendet in ihrer Revision dagegen ein, nach deutschem Datenschutzrecht sei keine Zustimmung notwendig, die Klauseln sehen eine solche auch nicht vor, der Kunde werde lediglich informiert.

7.3 Dazu wurde erwogen:

7.3.1 Eingangs wurde bereits aufgezeigt, dass datenschutzrechtliche Fragen nach deutschem Recht zu lösen sind. Eine nähere Auseinandersetzung mit den Bestimmungen des dBDSG kann jedoch unterbleiben, weil das Berufungsgericht die Unzulässigkeit der Klauseln zutreffend (auch) auf ihre Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG gestützt hat (ähnlich 2 Ob 155/16g).

7.3.2 Zwar ist eine Formulierung grundsätzlich

unbedenklich, wenn sie bloß der Aufklärung des Verbrauchers dient (10 Ob 28/14m [Klausel 1], 4 Ob 130/03a [Klausel 10]; 5 Ob 217/16x [Klausel 16]). Die klagende Partei zeigt richtig auf, nach § 6 Abs 3 KSchG soll auch verhindert werden, dass der Verbraucher nicht klar erkennt, ob in den Klauseln eine Zustimmung zur Datenweitergabe oder eine bloße Information liegt. Bei der gebotenen kundenfeindlichen Auslegung sind die Klauseln dahin zu verstehen, dass der Verbraucher nicht bloß über die darin genannte Speicherung und Datenübermittlung informiert wird, sondern dass er dem – durch Akzeptieren der AGB – auch zustimmt (vgl 2 Ob 155/16g). Dabei ist weder klar, was gemeint ist, wenn die beklagte Partei davon spricht, die Daten zu „Verbesserungen unseres Angebots“ oder für „Produkttempfehlungen gegenüber Kunden“ zu speichern, noch welche personenbezogenen Daten konkret für die Weitergabe an Dritte notwendig sind. Es bleibt unklar, um welche konkrete Daten es sich handelt und an wen diese gelangen sollen. Damit bleibt für den Verbraucher völlig unbestimmt, welchen Maßnahmen er durch den Vertragsabschluss mit der beklagten Partei zustimmt (ähnlich 2 Ob 155/16g). Dabei ist unerheblich, ob diese Maßnahmen nach dem anwendbaren Datenschutzrecht zulässig sind oder nicht. Denn das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG bezieht sich auf die strittige Klausel, nicht auf das vom Datenschutzrecht geregelte tatsächliche Verhalten der beklagten Partei (2 Ob 155/16g). Dass die Klausel aufgrund deutschen Datenschutzrechts in genau dieser Form erforderlich gewesen wäre, hat die beklagte Partei nicht behauptet.

8. Die gerügte Mangelhaftigkeit wurde geprüft, sie liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Nach Ansicht der beklagten Partei sei das Berufungsverfahren durch das Fehlen



von Feststellungen mangelhaft. Das Fehlen entscheidungswesentlicher Feststellungen fällt aber unter den Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung (RIS-Justiz RS0043304). Entgegen den Ausführungen in der Revision haben die Vorinstanzen allerdings die zur umfassenden Beurteilung erforderlichen Feststellungen getroffen (vgl auch oben 3.3.5).

9.1 Die beklagte Partei wendet sich gegen die Annahme einer Wiederholungsgefahr mit dem Argument, sie verwende die Klauseln 6.11, 6.12, 13 und 15 nicht mehr, weshalb kein Rechtsschutzinteresse bestehe.

9.2 Eine bloße Änderung der AGB reicht aber nicht aus, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Der Unternehmer muss, will er die Wiederholungsgefahr beseitigen, nach Abmahnung eine unbedingte, uneingeschränkte und strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben (RIS-Justiz RS0124304 [T2]). Andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung (zB das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs) müssen zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen (RIS-Justiz RS0124304 [T2]). Die beklagte Partei hat eine derartige Unterwerfung unterlassen, weshalb die Wiederholungsgefahr zu bejahen ist.

10. Insoweit das Rechtsmittel die Urteilsveröffentlichung und deren Umfang betrifft, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO).

10.1 Ein Unterlassungsurteil ist im Regelfall nicht nur auf der Website des beklagten Unternehmens zu veröffentlichen, wenn voraussichtlich nicht alle ehemaligen Kunden eines Unternehmens, die ein objektives Interesse an der Information über dessen bedenkliche Geschäftspraktiken

bei Vertragsabschlüssen haben, neuerlich die Internetseiten dieses Unternehmens aufsuchen (RIS-Justiz RS0123550), weshalb die Ermächtigung zur Veröffentlichung in einer auflagenstarken Tageszeitung nicht zu beanstanden ist.

10.2 Auch die Ausführungen zur Veröffentlichung des abweisenden Teils der Entscheidungen überzeugen nicht. Eine derartige Urteilsveröffentlichung beruht auf dem Gedanken, dem zu Unrecht Verdächtigten die Möglichkeit einer Information der Öffentlichkeit zu bieten (RIS-Justiz RS0079624). Ein solches berechtigtes Interesse des obsiegenden Beklagten an der Urteilsveröffentlichung kann sich insbesondere dann ergeben, wenn ein Wettbewerbsstreit eine gewisse Publizität erlangt hat (RIS-Justiz RS0079511). Die Frage der Veröffentlichung hängt auch wesentlich davon ab, wie viele der streitgegenständlichen Klauseln zulässig sind (vgl. 10 Ob 70/07b; 1 Ob 244/11f; 10 Ob 28/14m). Das Berufungsurteil, das ein berechtigtes Interesse der nur in geringem Ausmaß obsiegenden beklagten Partei verneint, hält sich im Rahmen dieser Rechtsprechung, zumal die beklagte Partei im erstinstanzlichen Verfahren auch nicht vorgebracht hat, dass der Rechtsstreit publik wurde. Auf ihr erst im Rechtsmittelverfahren erstattetes Vorbringen war im Hinblick auf das Neuerungsverbot nicht näher einzugehen.

11. Damit war der Revision der beklagten Partei nicht Folge zu geben.

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

#### B. Zur Revision der klagenden Partei:

1. Entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) – Ausspruch des Berufungsgerichts ist die Revision der klagenden Partei mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage nicht

zulässig.

2. Wie nämlich der Oberste Gerichtshof auch schon zu Verbandsklagen mehrfach ausgesprochen hat (jüngst 3 Ob 73/16f; 6 Ob 139/16h uva) ist er zur Auslegung von AGB-Klauseln nicht „jedenfalls“, sondern nur dann berufen, wenn die zweite Instanz Grundsätze höchstgerichtlicher Rechtsprechung missachtete oder für die Rechtseinheit und Rechtsentwicklung bedeutsame Fragen zu lösen sind (RIS-Justiz RS0121516).

3. Mit ihrer Revision richtet sich die klagende Partei gegen die Abweisung ihres Begehrens hinsichtlich der Klausel 18, die sie als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG qualifiziert, und gegen die Einräumung einer Leistungsfrist. Damit zeigt sie keine erhebliche Rechtsfrage auf, sodass ihre Revision ungeachtet des Zulassungsausspruchs des Berufungsgerichts zurückzuweisen war.

4.1 Nach gesicherter Rechtsprechung ist eine sogenannte salvatorische Klausel nach § 6 Abs 3 KSchG dann intransparent, wenn sie beispielsweise den AGB nur soweit Geltung zubilligt, als ihnen nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstünden, oder wenn sich der Verbraucher zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung eines Vertrags verpflichten soll, weil damit die Rechtsposition des Verbrauchers unklar wird und ihm das Risiko aufgebürdet wird, seine Rechte selbst zu erkennen (vgl 7 Ob 173/10g [Klausel 5] mwN; zuletzt 8 Ob 132/15t; RIS-Justiz RS0122045).

4.2 Nach ständiger Rechtsprechung hat die Nichtigkeit einer Klausel aber nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge (RIS-Justiz RS0016420). Scheidet eine nichtige Bestimmung aus dem Vertragstext aus, hat eine

Vertragsanpassung zu erfolgen, die sich anhand des dispositiven Rechts, des hypothetischen Parteiwillens und mangels dessen Feststellbarkeit nach redlicher Verkehrsübung orientiert (7 Ob 84/12x; 8 Ob 132/15t). Das korrespondiert auch mit der Rechtsprechung des EuGH, wonach der betreffende Vertrag – abgesehen von der Änderung, die sich aus der Aufhebung der missbräuchlichen Klauseln ergibt – grundsätzlich unverändert fortbestehen muss, soweit dies nach den Vorschriften des innerstaatlichen Rechts rechtlich möglich ist (EuGH 21. 1. 2015, C-482/13 ua, *Unicaja Banco*, Rz 28 mwN). Vom Obersten Gerichtshof wurde bereits mehrfach die Intransparenz vergleichbarer Klauseln verneint (zB 7 Ob 84/12x; 8 Ob 132/15t; 1 Ob 222/15a).

4.3 Die Ausführungen im Rechtsmittel zeigen nicht näher auf, inwiefern die Rechtsansicht des Berufungsgerichts von diesen von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen abweichen soll, sodass die Zulässigkeit der Revision darauf nicht gestützt werden kann.

5. Auch die Festsetzung einer Leistungsfrist wirft im vorliegenden Einzelfall keine erhebliche Rechtsfrage auf.

6. Mangels Geltendmachung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO war die Revision der klagenden Partei daher zurückzuweisen.

7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 50 Abs 1 iVm § 41 Abs 1 ZPO. Die beklagte Partei hat in ihrer Revisionsbeantwortung auf die mangelnde Zulässigkeit des Rechtsmittels hingewiesen, sodass ihr Schriftsatz als zweckmäßige Rechtsverteidigungsmaßnahme anzusehen ist.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 21. Dezember 2017  
Dr. V o g e l  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: