

# AUFsätze

## Neue AGB im Fernabsatz – Schrei vor Glück!\*

In der rechtsberatenden Praxis des Informationsrechts nehmen Fragen nach Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im E-Commerce eine prominente Rolle ein. Die prüfende Aktualisierung von derartigen Vertragsschablonen, ohne die kaum ein Webshop-Betreiber mehr auskommen glaubt, gestaltet sich mitunter sehr zeit- und kostenintensiv. Die rasanten Entwicklungen der unionsrechtlich getriebenen Gesetzgebung, aber auch die stark zunehmende Rsp zur Klauselprüfung befeuern die Dynamik noch zusätzlich. Der folgende Beitrag bietet daher eine checklistenartige Momentaufnahme anhand aktueller Judikatur.

**Deskriptoren:** E-Commerce, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), Fernabsatz, Gefahrenübergang, Internethandel, Verbraucherrechte, Informationspflichten, Internet-Versandhandel, Rücktritt, Klauselprüfung, Konsumentenschutz, vertragliche Regelung für Onlinehändler, Amazon, Zalando.

**Normen:** §§ 429, 879 Abs 3, 918 Abs 1, 922 ff ABGB; §§ 1 Abs 2, 4 Abs 3 und 5, 8 Abs 2, 11 Abs 2, 15 Abs 4, 13 Abs 2, 18, 19 FAGG; §§ 1 Abs 1 Z 1, 2 Abs 2, 5i, 5e, 6 Abs 1 Z 4 und 9, 6 Abs 3, 7a, 7b KSchG; §§ 3 ff BDSG; Art 2 Z 1, 18 Abs 2, 20 RL 2011/83/EU.

Von Clemens Thiele

### 1. Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie im Onlinehandel

Österreich hat die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU (VR-RL) mit Beschluss des Nationalrates vom 29.4.2014 in nationales Gesetz umgesetzt.<sup>1</sup> Gemäß der Kundmachung im Bundesgesetzblatt<sup>2</sup> ist das Umsetzungsgesetz zur Verbraucherrechterichtlinie rechtzeitig zum 13.6.2014 in Kraft getreten.

In vielen Punkten bedeutet die VR-RL vollharmonisiertes Unionsrecht, von dem die österreichische Umsetzung allerdings in bestimmten Fragen abweichen kann. Mit

dem VRUG ist das österreichische Verbraucherschutzrecht auf der Basis des Konsumentenschutzgesetzes tiefgreifend geändert und wird ein neues Gesetz über im Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (sog „FAGG“)<sup>3</sup> geschaffen.

Die folgende Übersicht beschränkt sich darauf, einen Überblick über das neue österreichische Fernabsatzrecht zu geben, das für Onlinehändler praxisrelevant ist. Die besonderen Regeln für Haustürgeschäfte und Verbrauchergeschäfte außerhalb der Geschäftsräume werden nicht behandelt.

### 2. Das Know-Why

Bevor die Frage des Know-How oder besser des How-to-do behandelt wird, empfiehlt sich ein kurzer Blick auf das Warum oder Know-Why. Beim Einsatz und der Formulierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formblättern für Verträge ist deshalb große Sorgfalt geboten, weil neben Verbraucherschutzorganisationen nach §§ 28, 29 KSchG auch Mitbewerber, nunmehr sog „Marktbegleiter“ eine kostspielige Überprüfung durch die Gerichte herbeiführen können. Als generelle, nicht dem Lauterkeitsrecht iS zuzurechnende Norm nationalen Rechts kommt insbes. § 879 Abs 3 ABGB in Betracht, der dagegen verstoßende AGB iVm § 1 UWG als unlauteren Rechtsbruch sanktioniert. Im diesbezüglichen „Präzedenzfall“<sup>4</sup>

\* Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser am 05.11.2015 im Auftrag der Wirtschaftskammer Salzburg, Fachgruppe Internethandel, vor Webshop-Betreibern in Salzburg gehalten hat.

1 Siehe dazu das Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz, die Novellierung des Konsumentenschutzgesetzes und das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz.

2 BGBl I 2014/33 (kurz: Verbraucherrechterichtlinienumsetzungsgesetz – VRUG).

3 Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz – FAGG), BGBl I 33/2014 bereits novelliert durch BGBl I 83/2015.

4 OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a (Zero intern) = ecolex 2010/166, 471 (Horak) = wbl 2010/142, 366 = jusIT 2010/60, 135 (Staudegger) = RdW 2010/438, 401 = ÖBI-LS 2010/89/90 (Thöni) = MR 2010, 160 = MR 2011, 326 (Schröder) = SZ 2010/14; dazu Thiele, Zero Intern – Rechtswidrige AGBs als Lauterkeitsverstoß, RdW 2010, 388; vgl auch Graf, Zur Zulässigkeit der Vereinbarung einer Bearbeitungsgebühr beim Kreditvertrag, ÖJZ 2015, 293.

klagte der Mobilfunkanbieter „Drei“ gegen „A1“ wegen Mobilfunkvertragsklauseln wegen Verrechnung eines Deinstallations- bzw. Deaktivierungsentgelts ohne Rufnummernübertragung aufgrund folgender Klausel in den Kundenverträgen, die nach § 25 TKG 2003 von der Regulierungsbehörde unbeanstandet geblieben war:

*„Wird das Vertragsverhältnis durch außerordentliche Kündigung durch die mobil\*\*\*\*\*, fristlose Auflösung durch die mobil\*\*\*\*\*, durch Tod des Teilnehmers oder durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Teilnehmers vor Ablauf der Mindestvertragsdauer beendet, so ist mit Beendigung des Vertragsverhältnisses für die Zeit zwischen der Vertragsbeendigung und dem Ende der Mindestvertragsdauer ein Restentgelt zu bezahlen. Das Restentgelt beträgt – soweit in den Entgeltbestimmungen nichts anderes vereinbart ist – die Höhe des Grundentgelts der für diesen Zeitraum anfallenden Grundentgelte. Für die Höhe des Grundentgelts ist – soweit in den Entgeltbestimmungen nichts anderes vereinbart ist – der Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses maßgeblich.“*

Der für das Lauterkeitsrecht zuständige Fachsenat des OGH gab der Unterlassungsklage statt und hielt fest, dass es sich bei der Vertragsbedingung um eine gröblich benachteiligende Vertragsstrafe handelte. Die Verwendung unzulässiger AGB verstößt demnach gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG, wenn keine vertretbare Rechtsansicht vorliegt und dem Verstoß wettbewerbsrechtliche Relevanz zukommt. Letzteres ist durch die massenhafte Verwendung von Vertragsschablonen (gerade im Internet) idR zu bejahen, sodass im Einsatz gesetzwidriger AGB stets eine wettbewerbliche Relevanz, dh Spürbarkeit am Markt, gegeben ist.

### 3. Gesetz über den Fernabsatz und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge

Wie erwähnt, hat Österreich die Umsetzung der VR-RL zum Anlass genommen, ein eigenes Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz (FAGG) zu schaffen. Es ist verdienstvoll, dass in § 1 leg cit einheitlich und weit über den Regelungsbereich der Verbraucherrechtlinie hinaus in einem Ausnahmekatalog festgelegt ist, welche Verträge nicht in den Geltungsbereich dieses Gesetzes fallen (§ 1 Abs 2 FAGG).

#### 3.1. Vorvertragliche detaillierte Informationspflichten des Händlers

Die wesentlich verstärkten Pflichten zu allgemeinen (vorvertraglichen) Informationen des Händlers, über die er auf seiner Webseite in klarer und verständlicher Form aufklären muss, sind in § 4 FAGG dargelegt.

Neu ist der Begriff der **Preisangabe**. Es wird jetzt von dem Gesamtpreis (einschließlich aller Steuern und Abgaben) gesprochen. Zulässig ist die gesonderte Berechnung der Fracht, Liefer- oder Versandkosten. Der Händler hat den Verbraucher über zusätzliche und sonstige Kosten zu informieren, die neben dem Gesamtpreis entfallen können (zB Versandkosten). Kommt der Händler dieser **Informationspflicht** nicht nach, so hat der Verbraucher diese Kosten nicht zu tragen (§ 4 Abs 5 FAGG). Es gelten insgesamt die Formulierungen der Verbraucherrechtlinie. Einige Begriffe sind an die österreichische Rechtsterminologie angepasst.

Seit 13.06.2014 gilt auch hierzulande grundsätzlich die sog. „Buttonregelung“ oder „**Buttonlösung**“ für den Online-Einkauf. Der Verbraucher muss bei der Bestellung ausdrücklich bestätigen, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden ist. Wenn der Bestellvorgang die Aktivierung einer Schaltfläche oder die Betätigung einer ähnlichen Funktion erfordert, muss diese Schaltfläche oder Funktion gut lesbar ausschließlich mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer gleichartigen, eindeutigen Formulierung gekennzeichnet sein, die den Verbraucher darauf hinweist, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer verbunden ist (§ 8 FAGG). Kommt der Unternehmer diesen Pflichten nicht nach, so ist der Verbraucher an den Vertrag oder seine Vertragserklärung nicht gebunden (§ 8 Abs 2 FAGG).

Wichtig ist, dass sich der österreichische Gesetzgeber dazu entschlossen hat, es bei dem Begriff „**Rücktritt**“ statt „Widerruf“ nach bisheriger österreichischer Terminologie zu belassen.<sup>5</sup>

Nach dem VRUG bleibt allerdings das Unterlassen der Pflichtinformationen zivilrechtlich folgenlos außer in den genannten Fällen der Informationspflicht zur Zahlungspflichtigkeit einer Bestellung, zu den zusätzlich anfallenden Kosten, und im Fall des Rücktritts/Widerrufs (hierzu noch später). Deswegen sieht § 19 FAGG eine **Verwaltungsstrafbestimmung** vor, demnach der Händler wegen falscher oder nicht vollständiger Erfüllung der Informationspflichten mit einer Geldstrafe bis zu 1.450,- Euro bestraft werden kann.

<sup>5</sup> Zum Widerruf siehe gleich unten.

### 3.2. Rücktrittsrecht (oder „Widerrufsrecht“) bei Fernabsatzverträgen

Das Rücktrittsrecht oder im deutschen Recht das Widerrufsrecht<sup>6</sup> ist ein der Kernbestimmungen der Verbraucherrechtlicherichtlinie und ist als vollharmonisiertes Unionsrecht durch die EU-Mitgliedsstaaten umzusetzen. Wichtig ist, dass nach österreichischer Rechtsterminologie vom Rücktrittsrecht die Rede ist.

Die **Rücktrittserklärung des Verbrauchers** ist formfrei (§ 13 Abs 1 FAGG). Nach der Gesetzeserläuterung kann daher eine Rücktrittserklärung zB auch durch SMS erfolgen. Eine mündliche Erklärung des Rücktritts ist allerdings für den Verbraucher problematisch, da ihn für die Ausübung des Rücktrittsrechts die Beweislast trifft. Der Verbraucher kann den Rücktritt bereits zu einem Zeitpunkt erklären, in dem der Händler das Vertragsangebot des Verbrauchers noch gar nicht angenommen hat. Entsprechend der Verbraucherrechtlicherichtlinie kann der Verbraucher innerhalb von 14 Tagen von einem Fernabsatzvertrag ohne Angaben von Gründen zurücktreten.

Die **Rücktrittsfrist** beginnt bei Waren mit dem Tag, an dem der Verbraucher oder ein vom Verbraucher benanntes Transportunternehmen Besitz an der Ware erlangt und bei Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses (§ 11 Abs 2 FAGG). Sie beträgt (einheitlich nunmehr) 14 Tage. Der österreichische Gesetzgeber legt für die Berechnung der Widerrufsfrist entsprechend der EU-Verordnung<sup>7</sup> nicht Werkzeuge sondern **Kalendertage** zugrunde. Bei versäumter oder falscher Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht wird entsprechend der VR-RL die Rücktrittsfrist um 12 Monate verlängert. Im Übrigen haftet der Verbraucher bei **Nicht- oder Falschbelehrung** nicht für einen Wertverlust der Ware (§ 15 Abs 4 FAGG). Es ist daher äußerst wichtig, dass der Händler den Verbraucher korrekt über sein Rücktrittsrecht belehrt. Wenn der Unternehmer den Verbraucher entsprechend VR-RL mit Hilfe der **Muster-Widerrufsbelehrung** über sein Rücktrittsrecht belehrt, dann spricht für ihn die Vermutung einer richtigen Belehrung (§ 4 Abs 3 FAGG). § 4 Abs 3 FAGG statuiert allerdings keine Verpflichtung des Händlers zu einer formularmäßigen Belehrung. In der Praxis entstehen im Rahmen der korrekten Belehrung über das Rücktrittsrecht zahlreiche Probleme.

Anders als nach bisherigem Online-Recht führt die Verletzung der übrigen Informationspflichten des Händlers nicht zu einer Verlängerung der Rücktrittspflicht. Hier greift als Sanktion wie bereits ausgeführt nur eine Ordnungswidrigkeit nach § 19 FAGG.

Es erscheint verdientvoll, dass der österreichische Gesetzgeber aus Gründen der Rechtsklarheit sämtliche **Ausnahmetatbestände vom Rücktrittsrecht** insgesamt einheitlich in § 18 FAGG aufzählt.

Zum Ausnahmekatalog des § 18 Abs 1 FAGG sind allerdings in jüngster Zeit zwei durchaus beachtenswerte Entscheidungen ergangen, die es zu berücksichtigen gilt. So hat ein österreichisches Instanzgericht<sup>8</sup> entschieden, dass der Ausnahmetatbestand des § 18 Abs 1 Z 3 FAGG unter Berücksichtigung der Zielsetzungen der Verbraucherrechte-Richtlinie dahingehend zu reduzieren ist, dass der Rücktritt zulässig ist, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung mit dem Anfertigen der Ware noch nicht begonnen worden war und der Unternehmer daher keinen entsprechend zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Nachteil erlitten haben kann, der den Abschluss des Rücktrittsrechtes des Verbrauchers rechtfertigen könnte. Im Anlassfall vertrieb und montierte die spätere Klägerin Plattformlifte für Privathäuser in verschiedenen Modellen. Eine Vorarlberger Hauseigentümerin bestellte die Lifte bei einer schwedischen Firma mit einer Lieferzeit von ca 8 Wochen für ihr Heim. Die Bestellerin verstarb; die Rechnung blieb offen. Das Gericht ermöglichte der Erbin noch einen Rücktritt nach § 11 FAGG. In einem zu § 18 Abs 1 Z 2 FAGG vergleichbaren Fall entschied das deutsche Höchstgericht<sup>9</sup> (zu § 312d Abs 4 Nr 6 aF, nunmehr § 312g Abs 2 Nr 8 nF BGB), dass bei via Internet abgeschlossenen Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Heizöl das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht ausgeschlossen ist, da es insoweit am spekulativen Charakter des Geschäfts fehlt.

Um Missverständnissen vorzubeugen: die Ausnahme für öffentliche Versteigerungen in § 18 Abs 3 FAGG gilt nicht für eBay-Verkäufe; das Rücktrittsrecht besteht daher insoweit jedenfalls.<sup>10</sup>

### 3.3. Begriff des Verbrauchers und des Unternehmers

Der österreichische Gesetzgeber hat nicht den Verbraucherbegriff des Art 2 Z 1 VR-RL übernommen. Öster-

6 Vgl dazu bereits Thiele, Gestaltungshinweise und Checkliste zum Widerrufsrecht nach Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie in Deutschland, ZIR 2014, 309 mwN.

7 EWG Euratom Nr 1182/71, ABl L 124/1971, 1; dazu instruktiv Kofler, Fristberechnung nach der Fristenverordnung, BFGjournal 2015, 34 mwN.

8 LG Feldkirch 14.7.2015, 2 R 195/15i (Hauslifte) = ECLI:AT:LG00929:2015:00200R00195.15L0714.000.

9 BGH 17.6.2015, VIII ZR 249/14 (Widerrufsrecht bei Heizöllieferung) = ZiIR 2016 (in diesem Heft) m Anm Thiele.

10 So bereits OGH 7.8.2007, 4 Ob 135/07t, ZfRV-LS 2007/38, 192 = ÖJZ EvBl 2007/167, 920 = ecolex 2007/388, 933 (Anderl) = Zak 2007/647, 373 = RdW 2007/734, 723 = SWK 2007, 1304 = SWK 2007, T 176 = JBl 2008, 45 = jusIT 2008/6, 17 (Mader) = RZ 2008/ EÜ 66/67/68, 42 = KRES 10/228 = SZ 2007/121 = HS 38.632 = HS 38.343 = HS 38.421 = HS 38.370 = HS 38.428).

reich legt den sehr viel umfassenderen Begriff des Verbrauchers- und des Unternehmerbegriffs gem § 1 KSchG zugrunde. Demnach ist ein Unternehmer eine Person, die Rechtsgeschäfte tätigt die zum Betrieb seines Unternehmens gehören (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG) und ein Verbraucher eine Person, für den dies nicht zutrifft (§ 1 Abs 1 Z 2 KSchG). Beachtet der aufmerksame Rechtsanwender die jüngste europäische Rsp,<sup>11</sup> so kann die Abgrenzungsfrage im Einzelnen durchaus diffizil sein: Auch ein Rechtsanwalt ist bei der Aufnahme eines Privatkredits als Verbraucher iSd Klausel-RL 93/13/EWG<sup>12</sup> zu qualifizieren. Dass der Kredit durch eine von seinem Unternehmen bestellte Hypothek abgesichert wird, sei für die Beurteilung der Verbrauchereigenschaft im Kreditverhältnis irrelevant.

### 3.4. Rücktritt des Verbrauchers wegen Lieferverzugs, Gefahrenübergang

Die VR-RL schafft grundsätzlich kein voll harmonisiertes Gewährleistungsrecht, sondern enthält lediglich einige singuläre Regelungen über die Lieferung, den Verzug und den Gefahrenübergang sowie über Nebenkosten und nicht bestellte Leistungen. Auch hier verfolgt die Richtlinie zwar den Ansatz der Vollharmonisierung, gibt den Mitgliedsstaaten jedoch zahlreiche Gestaltungsspielräume. Es gilt daher grundsätzlich weiterhin österreichisches Zivilrecht der §§ 922 ff ABGB.

Bei Verzug des Unternehmers zur **Lieferung** kann der Verbraucher nach Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten und ohne Fristsetzung, wenn der Händler sich geweigert hat, die Ware zu liefern oder wenn die vereinbarte Lieferfrist wesentlich ist (Art 18 Abs 2 VR-RL). Diese Fallkonstellation ist durch Änderungen des österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuches Zivilrecht (ABGB) abgedeckt. Im Übrigen schafft die Verbraucherrechtlinie neues Unionsrecht mit der **Regelung zum Gefahrübergang** (Art 20 VR-RL). Die ist in der Neufassung des § 429 ABGB und des § 7b KSchG berücksichtigt. § 7b KSchG regelt darüber hinaus die wichtige sachenrechtliche Frage des Eigentumsübergangs und bestimmt, dass der Verbraucher mangels anderer Vereinbarung bei Gefahrenübergang das Eigentum an der Ware erwirbt.

Es ist daher in den AGB abweichende Regelungen zB zum Eigentumsvorbehalt zu treffen.

Nicht geregelt ist durch die VR-RL der sog **Annahmeverzug**, wenn die Ware vereinbarungsgemäß geliefert wird, vom Verbraucher trotz Terminvereinbarung jedoch nicht angenommen wurde. In diesem Fall geht

nach österreichischem Standard die Gefahr bereits mit der gescheiterten Ablieferung über.

## 4. Praxisfall Zalando®: AGB im E-Commerce

In einem seit 2013 die Gerichte beschäftigenden Fall hat das Oberlandesgericht Wien aufgrund einer Unterlassungsklage des österreichischen Vereins für Konsumenteninformation gegen das deutsche Handelshaus Zalando® in zweiter Instanz mehrere AGB-Klauseln für gesetzwidrig und damit nach § 879 ABGB für unwirksam erklärt.

### 4.1. Unzulässige AGB

Folgende 7 Klauseln wurden dabei vom OLG Wien als gesetzwidrig eingestuft:

**Klausel 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.* (6.11. in AGB)

Die Klausel ist im Vergleich mit dem dispositiven Leistungsstörungsrecht der §§ 918 ff ABGB nachteilig für die Kunden: Sowohl beim subjektiven Schuldnerverzug als auch bei der vom Schuldner zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit hat der Kunde einen Schadenersatzanspruch auf den Nichterfüllungsschaden. Durch obige Klausel wird dem Verbraucher in solchen Fällen die Möglichkeit genommen, von Zalando® Schadenersatz zu verlangen, der bereits darin besteht, dass sich der Käufer mit den bestellten Modeartikeln bei einem anderen Händler zu einem teureren Preis eindecken muss.

**Keine Abwälzung des Beschaffungsrisikos auf den Verbraucher.**

Der Verbraucher soll das Risiko tragen, dass der Händler nicht liefern oder nur mit großer Verzögerung liefern kann, da die Ware nicht vorrätig ist. Die Lieferpflicht ist aber die Hauptpflicht des Händlers. Ein allgemeiner Ausschluss des Beschaffungsrisikos auch bei Gattungsschulden sei gröblich benachteiligend und unzulässig. In diesem Fall könnte der Kunde wegen Lieferverzugs vom Vertrag zurücktreten und bei Vorliegen eines verschuldeten Verzugs auch Schadenersatz verlangen.

11 EuGH 3.9.2015, C-110/14 (Costea/SC Volksbank Romania) = Zak 2015/583 = ZIP 2015, 1882.

12 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 95/1993, 29.

**Klausel 2:** *Die Verpflichtung unsererseits zur Lieferung entfällt, wenn wir trotz ordnungsgemäßen 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.* (6.12. in AGB)

Die Klausel ist intransparent, weil sie den Konsumenten kein klares Bild über ihre vertragliche Position verschafft. So bleibt vor allem unklar, ob die angeführte Rechtsfolge tatsächlich nur bei Fehlen jeglichen Verschuldens der Beklagten (und ihrer Erfüllungsgehilfen) eintritt, aber auch was unter dem Begriff des „ordnungsgemäßen kongruenten Deckungsgeschäfts“ zu verstehen ist.

**Keine Verpflichtung zur Lieferung, wenn der Händler nicht richtig und rechtzeitig beliefert worden ist und er die fehlende Lieferbarkeit nicht zu vertreten hat**

Es könne dem Verbraucher gleichgültig sein, wie er zu der bestellten Ware gelangt. Das Beschaffungsrisiko kann nicht auf den Verbraucher abgewälzt werden.

**Klausel 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.* (6.13. in AGB)

Laut AGB (6.9.) werden die als „lieferbar“ gekennzeichneten Waren grundsätzlich innerhalb von 5 Werktagen geliefert.

Die starre vierwöchige Nachfrist in obiger Klausel kann zu einer unzumutbar langen Bindung an den Vertrag führen, 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. 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 iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt sich aus der Bestimmung des (seit 13.6.2014 durch § 7a KSchG idF des VRUG ersetzten) § 5i KSchG für sie 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.

**Unzulässigkeit des Rücktrittsrechts des Verbrauchers bei dauerndem Leistungshindernis erst nach 4 Wochen, kein Anspruch auf weitergehende Ansprüche, insbesondere Schadensersatz**

Die starre Grenze von 4 Wochen binde den Kunden unangemessen lange an den Vertrag. Nach § 918 Abs 1 ABGB kann ein Vertragspartner nach Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. Diese könne in vielen Fällen deutlich kürzer sein. Der pauschale Ausschluss von Schadensersatzansprüchen verstoße gegen das österreichische Konsumentenschutzgesetz und sei nicht zulässig.

**Klausel 4:** *Verbraucher können Ihre Vertragserklärung gemäß § 5e Konsumentenschutzgesetz (KSchG) innerhalb von 7 Werktagen ohne Angabe von Gründen in Textform (zB Brief, Fax, E-Mail) oder – wenn Ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird – durch Rücksendung der Sache widerrufen.* (7.1. in AGB)

Der Rücktritt nach § 5e KSchG erfordert nicht die Schriftform. Die gegenüber § 6 Abs 1 Z 4 KSchG speziellere Bestimmung des § 5e KSchG ist gemäß § 2 Abs 2 KSchG zu Gunsten des Verbrauchers einseitig zwingend. Sie lässt daher die Vereinbarung der Schrift- oder Textform nicht zu.<sup>13</sup>

**Keine Erklärung des Widerrufs ausschließlich in Textform**

Es sei nicht zulässig, eine Textform bei einer Widerrufserklärung zu verlangen. Auch ein mündlicher Widerruf sei nach österreichischem Recht zulässig.

**Klausel 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.* (13. in AGB)

Aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG kann nicht darauf geschlossen werden, dass die Haftungsfreizeichnung für leicht fahrläs-

<sup>13</sup> Die Erklärung des Rücktritts für alle ab dem 13.6.2014 abgeschlossenen Fern- und Auswärtsgeschäfte ist auch nach der nunmehr sogar ausdrücklichen Anordnung in § 13 FAGG an keine bestimmte Form gebunden.

sig verursachte Schäden – über Personenschäden hinausgehend – ganz generell für zulässig erklärt wird. Auch eine solche Freizeichnung bedarf nämlich noch einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Führen Freizeichnungsklauseln 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 iSd § 879 Abs 3 ABGB.

**Kein pauschaler Ausschluss der Haftung des Händlers bei leichter Fahrlässigkeit auch bei Mängelfolgeschäden, ausgenommen Personenschäden**

Der pauschale Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit, ohne bestimmte Ausnahmen oder eine sachliche Rechtfertigung für einen solchen pauschalen Haftungsausschluss zu nennen, sei unzulässig.

**Klausel 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.* (15. in AGB).

**Keine Speicherung der Kundendaten für Zwecke der Auftragsabwicklung (auch durch eingesetzte Auftragsabwicklungspartner oder Versandpartner), für eventuelle Gewährleistungsfälle, für Verbesserung des Angebots und für Produktempfehlungen gegenüber Kunden.**

Das OLG Wien sah die Anwendung deutschen Rechts (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG) als gegeben an, da der beklagte Händler nicht über eine Niederlassung in Österreich verfügt. Das Gericht legte die §§ 3 ff BDSG so aus, dass eine Information an den betroffenen Kunden erfolgen muss, um welche konkreten Daten es sich handelt und an wen diese gelangen sollen. Da die Daten durch nicht näher benannte Dritte gespeichert werden sollen, ua für Angebotsverbesserung und Produktempfehlungen ist die Vertragsklausel nicht ausreichend transparent und daher unzulässig.<sup>14</sup>

**Klausel 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.* (2.3. in AGB).

Beiden Klauseln fehlt es an der notwendigen Transparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil für den Verbraucher die Tragweite seiner Einwilligung nicht durchschaubar wird.

**Keine Weitergabe von personenbezogenen Daten an Dritte zum Zwecke der Vertragsabwicklung oder Abrechnung**

Da der Dritte nicht spezifiziert wurde, war diese Klausel nicht ausreichend transparent und damit unzulässig. Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Der Oberste Gerichtshof (OGH) hat das Verfahren unterbrochen<sup>15</sup> bis zur Klärung eines ähnlichen Rechtsstreits, den der VKI gegen den Online-Händler Amazon aus Luxemburg<sup>16</sup> führt. Das weitere Verfahren bleibt daher abzuwarten.

#### 4.2. Zulässige AGB

Hingegen sind folgende beiden Klausel laut OLG Wien zulässig:

**Klausel 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.* (7. in AGB)

Die Klausel will die Verbraucher 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, nicht aber vertragsgestaltende Wirkung zu, sodass ihr Entfall ohne Konsequenzen bliebe. Die Klausel kann daher nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG verstoßen.

**Klausel 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.* (18. in AGB)

14 Der OGH hat auch wegen der Frage des anwendbaren Datenschutzrechts sowie zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Verbandsklagen überhaupt unterbrochen und wartet ein korrespondierendes Vorlageverfahren ab (siehe dazu gleich unten).

15 OGH 11.8.2015, 4 Ob 225/14p (Zalando I) = ECLI:AT:OGH0002:2015:00400B00225.14P.0811.000.

16 OGH 9.4.2015, 2 Ob 204/14k (Amazon I) = RdW 2015/320, 361 = GRUR Int 2015,722 = ZfIRV-LS 2015/40 = ZfIR 2015, 280 (Thiele).

Während das Erstgericht<sup>17</sup> den ersten Satz als unzulässig beurteilte, sind nach Ansicht der Berufungsrichter beide Sätze rechtskonform: Es geht in der Klausel 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 stRsp, wonach die Nichtigkeit einer Klausel noch nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge hat, sondern zur Vertragsanpassung führt, die sich am dispositiven Recht zu orientieren hat.

Gegenteilig zu dieser sog. „**Salvatorischen Klausel**“ hat jüngst in einem anderen Fall von „Prepaid Geschenkkarten“ das Höchstgericht entschieden:<sup>18</sup>

*„Sollten Bestimmungen dieser Vereinbarung rechtsunwirksam sein oder im Laufe ihrer Dauer werden, so berührt dies die Rechtswirksamkeit der anderen Bestimmungen nicht. Die Vertragsteile verpflichten sich in diesem Fall die rechtsunwirksame (rechtsunwirksam gewordene) Bestimmung durch eine solche zu ersetzen, die rechtswirksam ist und in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung der ersetzten Bestimmung so weit als möglich und rechtlich [zulässig] entspricht.“*

Dies mit folgender Begründung: Nach neuester Rechtsprechung kommt die geltungserhaltende Reduktion nicht im Einzelnen ausgehandelter missbräuchlicher

Klauseln auch im Individualprozess über ein Verbrauchergeschäft nicht mehr in Frage.<sup>19</sup> Eine „Salvatorische Klausel“ ist iSd § 6 Abs 3 KSchG daher intransparent, wenn sich der Versicherungsnehmer zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrags verpflichten soll, wobei nicht vom Horizont der „redlichen“ Vertragsparteien ausgegangen werden soll, sondern vom unzulässigen Sinn und Zweck der Bestimmung. Unzulässig in diesem Sinn waren die Klauseln: „durch eine andere gültige und zulässige Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung entspricht“;<sup>20</sup> „die Vertragsparteien verpflichten sich, einzelne allenfalls gesetzwidrige Regelungen unter Berücksichtigung des hier beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck durch gültige zu ersetzen“.<sup>21</sup> Die Beklagte zeigte keine überzeugenden Gründe auf, die eine andere Beurteilung nahelegen würden.

#### 4.3. Zwischenergebnis

Das Urteil des OLG Wien in der Sache Zalando® ist nicht rechtskräftig. Das damit befasste Höchstgericht hat das Verfahren bis zur Klärung eines ähnlichen Rechtsstreits unterbrochen<sup>22</sup>, den der VKI gegen den Online-Händler Amazon aus Luxemburg<sup>23</sup> führt. Das weitere Verfahren bleibt daher abzuwarten.

## Resümee

„Weniger ist mehr ...“ gilt auch für den Einsatz von AGB im Internethandel. Neben einem dadurch erheblich verringerten Haftungspotenzial im Lauterkeitsrecht spricht vor allem eine zivilrechtlich durchdachte Vertragskultur dafür. Online-Händler sind gut beraten eher weniger, dafür aber sinnvolle, wenn möglich ge-

richtlich geprüfte Klauseln zu verwenden. Für Anbieter im Netz machen klare Vereinbarungen dort Sinn, wo gesetzliche Regelungen den Online-Händler schlechter stellen würden und ein gesetzlicher Spielraum besteht, wie bspw einen Eigentumsvorbehalt an der Ware zugunsten des Verkäufers vorzusehen.

17 HG Wien 29.11.2013, 39 Cg 96/12d, nrk.

18 OGH 22.9.2015, 4 Ob 252/14h (Prepaid Geschenkkarten) = ECLI:AT:OGH0002:2015:0040OB00252.14H.0922.000.

19 EuGH 14. 6. 2012, Rs C-618/10 (Banco Espaniol de Credito/Joaquin Calderon Camino) = JBl 2012, 434 (Lukas); folgend OGH 17.2.2014, 4 Ob 229/13z (Stornoklausel) = VbR 2014/51, 94 = Zak 2014/243, 134 = ÖJZ EvBl-LS 2014/73, 468 (Brenn) = JBl 2014, 596 = RdW 2014/359, 329 = ÖBA 2015, 16 (Leupold/Ramharter) = ÖBA 2015, 246 (Rabl) = ZVR 2015/37, 59 (Huber) = Zak 2015/116, 67 (Geroldinger).

20 OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f (Formularmietvertrag) = Zak 2007/45, 34 = ÖJZ-LS 2007/11, 121 = JBl 2007, 181 = ecolex 2007, 1 (Wilhelm) = wobl 2007/26, 74 (Call) = wobl 2007, 62 (Riss) = immolex 2007, 102 (Böhm/Graf) = immolex 2007, 134 (Böhm) = RZ 2007/EÜ 105/106, 96 = RZ 2007/EÜ 107/108, 97 =

JAP 2006/2007/37, 241 (Reidinger/Dirrheimer) = RdW 2007/233, 209 = RdW 2007/403, 395 (Riss) = ÖJZ 2007 Heft 13, III (Staben-theiner) = KRES 1d/89 = EWf III/879 A/37 = MietSlg LVIII/22 = MietSlg 58.197 = MietSlg 58.068 = HS XXXVII/16 = HS 37.363 = HS 37.456 = HS 37.452 = HS 37.353 = HS 37.386

21 Vgl auch OGH 9.5.2007, 7 Ob 233/06z (Lebensversicherungsbedingungen) = ÖJZ-LS 2007/56 = VR 2007/751, 37 = RZ 2007/EÜ 379/380/381, 229 = zuvo 2007/62, 79 = ecolex 2008, 896 (Ertl) = KRES 1d/102 = SZ 2007/68 = VersE 2185 = HS 38.473 = HS 38.318 = HS 38.217 = HS 38.222 = HS 38.452 = HS 38.219 = HS 38.454.

22 OGH 11.8.2015, 4 Ob 225/14p (Zalando I) = ECLI:AT:OGH0002:2015:0040OB00225.14P.0811.000.

23 OGH 9.4.2015, 2 Ob 204/14k (Amazon I) = RdW 2015/320, 361 = GRUR Int 2015, 722 = ZFRV-LS 2015/40 = ZiIR 2015, 280 (Thiele).