



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch die Senatspräsidentin Dr. Eva-Maria Mayrbäurl als Vorsitzende sowie Mag. Hans Peter Frixeder und Mag. Edeltraud Kraupa in der Rechtssache des Klägers **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die Beklagte **e-tec electronic GmbH**, Atterseestraße 121, 4850 Timelkam, vertreten durch Mag. Harald Strasser, Rechtsanwalt in Vorchdorf, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,00), über die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Wels vom 16. Mai 2017, 26 Cg 78/16y-17, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Die Berufung wegen Nichtigkeit wird verworfen.

Im Übrigen wird der Berufung nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 3.051,12 (darin EUR 508,52 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO ist nicht zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Beklagte betreibt einen Handel mit EDV- und sonstigen Elektronikprodukten und bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Sie tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Die Beklagte erreichte laut der "Redaktion Elektrojournal" im Jahr 2016 mit knapp 50 Millionen Euro Umsatz den sechsten Platz der Top 10-Onlineshops in Österreich und liegt damit vor Online-Händlern wie amazon.com, apple.com oder conrad.com. Die Beklagte betreibt überdies 15 Filialen in Österreich und beschäftigt im Jahresdurchschnitt

etwa 100 Mitarbeiter. Sie erwirtschaftete im Jahr 2015 einen Bruttoumsatz von 72 Millionen Euro.

Auf den standardisierten Kundendienstaufträgen der Beklagten befanden sich im Jahr 2015 und letztlich bis zum Anspruchsschreiben der Klägerin vom Juni 2016 folgende Formulierungen:

"Produkte, die 6 Monate nach Auftragserteilung nicht abgeholt wurden, werden kostenlos umweltgerecht entsorgt.

Bei Geräten ohne Garantie oder mit mech. Beschädigung wird vom Hersteller ein Kostenvoranschlag in Höhe von EUR 100,00 verrechnet."

Der klagende Verein beantragt, die Beklagte zu verpflichten, es zu unterlassen, die oben genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu verwenden und es zu unterlassen, sich auf die genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen; es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, deren Gewährleistungsansprüche zu verweigern, indem sie für den Fall, dass ein Gerät keine Garantie (mehr) hat oder eine mechanische Beschädigung aufweist oder der Mangel außerhalb der Frist des § 924 ABGB geltend gemacht wurde, ein Entgelt, etwa EUR 100,00, für einen Kostenvoranschlag zu verrechnen. Des Weiteren wird die Ermächtigung beantragt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der "Kronen Zeitung" bundesweit zu veröffentlichen.

Die erstgenannte Klausel regle den Verfall von Produkten, die 6 Monate nach Auftragserteilung nicht abgeholt würden; sie sei gröblich benachteiligend, weil sie weder nach Wert, Größe der Ware noch Lageraufwand differenziere; die Frist sei unangemessen kurz.

Die zweite Klausel regle, dass der Kunde der Beklagten immer EUR 100,00 zahlen müsse, wenn das Gerät keine Garantie mehr habe oder eine mechanische Beschädigung aufweise. Der Begriff der mechanischen Beschädigung sei intransparent, weil darunter alles Mögliche fallen könne. Die Klausel bewirke, dass in den Fällen, in denen der Kunde seine Gewährleistungsrechte wahrnehmen wolle, er jedenfalls EUR 100,00 zahlen müsse, unabhängig davon, wann der Mangel aufgetreten sei und ob die Beklagte für den Mangel einzustehen habe. Die Klausel nehme nicht darauf Bezug, dass EUR 100,00 nicht verrechnet würden, wenn der Gewährleistungsanspruch des Kunden berechtigt sei. Der Verbraucher könne seine ihm gesetzlich zustehenden Rechte daher nur kostenpflichtig geltend machen. Die Klausel verstoße daher gegen § 9 KSchG und sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die wahre Rechtslage verschleierte. Indem die Beklagte außerhalb der 6-monatigen Vermutungsfrist des § 924 ABGB ihren Kunden faktisch die Gewährleistungsansprüche verweigere, verstoße sie gegen zwingende Gewährleistungsvorschriften; es sei daher ein

Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG gegeben. Da die Beklagte eine vollständige Unterlassungserklärung nicht abgegeben habe, bestehe Wiederholungsgefahr. Überdies bestehe ein Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte dessen Abweisung und brachte vor, der klagende Verein sei aktiv nicht klagslegitimiert, weil sich die beanstandeten Klauseln nicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen befänden, sondern im Zuge der Errichtung von Kundendienstaufträgen mit den Kunden im Einzelnen ausverhandelt seien. Die Übergabe der Geräte an die Beklagte erfolge aufgrund eines Defektes zur Reparatur. Defekte Geräte würden einen gegen null tendierenden Marktwert aufweisen. Wären werthaltige Gegenstände vorhanden, würden diese von den Kunden auch wieder abgeholt werden. Die Kunden der Beklagten würden mehrfach telefonisch und schriftlich informiert, ihre Gegenstände wieder abzuholen. Die Abholung der Geräte durch die Kunden scheitere daran, dass diese keine Reparatur durchführen lassen und auch die Kosten für den erstellten Kostenvoranschlag nicht begleichen wollen würden. Die Beklagte sei daran interessiert, vor allem die Kosten des Kostenvoranschlags von den Kunden ersetzt zu bekommen, weshalb zahlreiche Kontaktaufnahmen erfolgen würden. Die Beklagte übernehme die Geräte aufgrund behaupteter Probleme lediglich zur Fehlersuche. Der Hersteller stelle dann bei der Fehlersuche fest, welche Reparatur notwendig sei und wie hoch die Reparaturkosten ausfallen. In der von der Beklagten gewählten Formulierung sei nur angeführt, dass der Hersteller einen Kostenvoranschlag von EUR 100,00 verrechne. Diese EUR 100,00 würden jedoch nicht dem Kunden, sondern vielmehr der Beklagten in Rechnung gestellt. Die Kunden der Beklagten würden nie an der Verfolgung von Gewährleistungs- oder Garantieansprüchen gehindert. Auch Wiederholungsgefahr liege nicht vor, weil sich die Beklagte bereits außergerichtlich bereit erklärt habe, eine Unterlassungserklärung abzugeben. Das Urteilsveröffentlichungsbegehren sei überschießend und widerspreche dem Talionsprinzip.

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der Klage stattgegeben.

Dieser Entscheidung liegt der auf den Urteilsseiten 4 bis 6 festgestellte Sachverhalt zugrunde. Neben den eingangs bereits wiedergegebenen Feststellungen wurde noch folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen:

Die beiden Klauseln wurden von der Beklagten mittlerweile von den standardisierten Geschäftspapieren, mithin vom Vordruck "Kundendienstauftrag", entfernt. Die Beklagte entfernte diese Sätze, nachdem der klagende Verein das Schreiben vom 13. Juni 2016 abgesendet hatte. Die Beklagte gab am 30. Juni 2016 eine Erklärung ab, in der sie sich bereit erklärte, völlig unpräjudiziell der Sach- und Rechtslage dem Punkt I. der Unterlassungserklärung zuzustimmen (nicht jedoch Punkt II. und III.). Sie führte aus, dass sie

die Klauseln auf den Kundendienstaufträgen unpräjudiziell der Sach- und Rechtslage entfernt habe; diese dienten nur zur Information der Kunden und hätten keine Relevanz für die Beklagte.

Wenn ein Kunde in eine Filiale kommt, ein defektes Produkt vorzeigt und einen Garantieanspruch geltend machen will, muss er den Garantieanspruch durch Vorlage der Rechnung nachweisen. Wenn der Kunde im Warenwirtschaftssystem angelegt ist, wird dort die bezughabende Rechnung gefunden. Die Beklagte prüft, ob für das jeweilige Gerät noch ein Garantieanspruch besteht. Wenn ein solcher besteht, wird der Garantiefall von der Beklagten abgewickelt. Falls der Kunde einen Gewährleistungsanspruch geltend machen möchte, wird ihm von der Beklagten mitgeteilt, dass er belegen muss, dass der Mangel schon zum Kaufzeitpunkt vorhanden war. Wenn der Kunde das belegen kann, wird eine Gewährleistungsabwicklung durch die Beklagte vorgenommen. Wenn der Kunde dies nicht belegen kann, kann er entscheiden, ob er einen Kostenvoranschlag erstellen lassen möchte oder nicht. Mit einem Kostenvoranschlag werden die potenziellen Reparaturkosten ermittelt. In der Praxis kam es häufig vor, dass Kunden der Erstellung eines Kostenvoranschlags zustimmten. In einem Werkstattauftrag wird der Kostenvoranschlag als Position eingefügt. Später kam es häufig vor, dass - nach Erstellung eines Kostenvoranschlags - den Kunden die Reparaturkosten zu hoch ausgepreist waren und sie das Gerät nicht mehr reparieren lassen wollten. Die Kunden holten dann die Geräte nicht mehr ab, was dazu führte, dass die Beklagte jene Kosten, die vom Hersteller für die Erstellung des Kostenvoranschlags verrechnet wurden, tragen musste. Die Kunden wussten auf Basis eines Werkstattauftrags, wie teuer der Kostenvoranschlag sein würde. Daher kamen sie nicht mehr, um das defekte Gerät abzuholen, denn dann müssten sie die Kosten des Kostenvoranschlags zahlen.

Die Beklagte hebt Produkte von Kunden länger als 6 Monate auf. Auch nach 6 Monaten versucht die Beklagte, die Kunden zu kontaktieren, um sie dazu zu bewegen, die Geräte abzuholen. Tatsächlich kommen die Kunden jedoch oft nicht mehr in die Filiale, um ein defektes Gerät abzuholen, weil sie den Kostenvoranschlag zahlen müssten. Wenn der Kunde einen Gewährleistungsanspruch behauptet, wird er von der Beklagten auf seine Beweispflicht hingewiesen und es wird ihm mitgeteilt, dass, wenn er die Gewährleistungsansprüche beweisen kann, die Beklagte die Gewährleistungsabwicklung auch durchführt. Eine Pauschale von EUR 100,00 (Beilage ./A) wurde bei Unterfertigung des Kundendienstauftrages nicht verrechnet oder eingehoben. Erst im Nachhinein werden die tatsächlichen Kosten des Kostenvoranschlags beim zweiten Termin fakturiert. Die Herstellung eines Kostenvoranschlags kostet in der Regel zwischen EUR 70,00 und EUR 120,00.

In rechtlicher Hinsicht kam das Erstgericht unter Hinweis auf die Klageberechtigung des klagenden Vereins nach § 29 Abs 1 KSchG zum Ergebnis, dass die erste Klausel schon durch

den undifferenzierten Haftungsausschluss betreffend den Verwertungserlös gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei. Weiters sehe die Klausel eine dem Verfall vorangehende vergebliche Aufforderung an den Kunden zur Abholung des Gerätes unter Hinweis auf die sonst eintretenden Folgen nicht vor. Der Beklagten stehe es völlig frei, ob sie die Geräte vernichte oder verwerte und wie sie sie verwerte; dies alles noch dazu ohne vorherige Verständigung des Kunden. Die Klausel sehe auch eine unangemessen kurze Verfallsfrist vor (unter Hinweis auf 7 Ob 201/05t).

Im Rahmen der Verbandsklage sei bei Prüfung einer Klausel die "kundenfeindlichste", also die für den Kunden ungünstigste (objektive) Auslegung zugrunde zu legen und danach zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten vorliege. Irrelevant sei daher die Behauptung der Beklagten, dass der Hersteller für die Erstellung des Kostenvoranschlags nicht dem Kunden, sondern der Beklagten EUR 100,00 in Rechnung stellt und dass dem Kunden bei einem Gewährleistungsfall (ohnehin) keine Kosten verrechnet werden. Im Rahmen der ungünstigsten Auslegung sei davon auszugehen, dass durch Klausel 2 eine Weiterverrechnung an den Kunden stattfindet, wobei der Kunde auf Basis der Klausel unabhängig davon, wann der Mangel auftritt und ob die Beklagte als Verkäuferin für den Mangel einzustehen hat, EUR 100,00 zu zahlen hätte. Bei Klausel 2 sei auch nicht ersichtlich, ob EUR 100,00 zu leisten seien für die Erhebung der Frage, ob der Mangel im Zeitpunkt der Übergabe vorlag, oder für die Mangelbehebung (Diagnosestellung) verwendet werde. Bei einer kundenfeindlichen Auslegung sei von Letzterem auszugehen, sodass Klausel 2 gegen § 9 KSchG verstoße.

Wiederholungsgefahr falle nur bei vollständiger Unterwerfung unter den Anspruch weg. Die Beklagte habe zwar Ende Juni 2016 die beiden Klauseln von ihren Formblättern entfernt; von einer rechtsgeschäftlichen Willenseinigung im Abmahnverfahren könne jedoch nicht ausgegangen werden, weil die Beklagte die bemängelten Klauseln auf den Kundendienstaufträgen unpräjudiziell der Sach- und Rechtslage entfernt habe mit dem Beisatz, dass diese nur zur Information der Kunden dienten und keine Relevanz für die Beklagte hätten. Der Unterlassungsanspruch bestehe daher auch unter Anwendung von § 28a KSchG zu Recht.

Auch das Veröffentlichungsbegehren sei berechtigt. Die Rechtsprechung habe in zahlreichen Entscheidungen eine österreichweite Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe der Neuen Kronen Zeitung für notwendig und angemessen erachtet. Angesichts dessen, dass die Beklagte neben einem Onlineshop weitere 15 Filialen in Bundesländern betreibt und daher auch Kunden im gesamten Bundesgebiet habe, sei nicht ersichtlich, aus welchen Gründen lediglich eine eingeschränkte oder andere Veröffentlichung sachgerecht sein sollte.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit, "fehlender

Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung" sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, das Klagebegehren abzuweisen.

Der Kläger strebt mit seiner Berufungsbeantwortung die Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Das Erstgericht hat zwar nominell in Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit entschieden (obwohl kein Antrag nach § 259 Abs 3 ZPO vorlag), § 30 Abs 2 KSchG schließt jedoch die Anwendung der §§ 7 Abs 2 erster Satz und 8 Abs 2 JN aus, sodass im Berufungsverfahren kein fachmännischer Laienrichter zu beteiligen war.

In ihrer Berufung wegen Nichtigkeit argumentiert die Beklagte damit, dass das Erstgericht dem Klagebegehren sowohl betreffend den Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG als auch betreffend den Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG stattgegeben habe; die Urteilsbegründung beziehe sich jedoch nur auf den Unterlassungsanspruch der inkriminierten Klauseln (1. a) des Urteilsspruchs) und lasse eine Begründung für den Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG völlig fehlen. Der Urteilsspruch bedürfe zu seiner Überprüfbarkeit gewisser Mindestangaben in den Entscheidungsgründen. Zur Verwirklichung dieses Nichtigkeitsgrundes genüge eine Unklarheit, die logisch begründete Zweifel an der Überprüfungsfähigkeit des Urteils auftauchen lässt. Die Unklarheiten müssten so tiefgreifend sein, dass sie die Nachprüfung des angefochtenen Urteils ausschließen.

Genau diese Unüberprüfbarkeit sei hier gegeben, weil zwar der Urteilsspruch zu Punkt 1. a), nicht jedoch der Unterlassungsanspruch nach 1. b) des Urteilsspruchs begründet sei.

Gemäß § 28a Abs 1 KSchG könne von den in § 29 KSchG genannten Verbänden Unterlassung auch im Fall von faktischen Verstößen gegen Verbraucherschutzvorschriften begehrt werden, wenn im Zusammenhang mit der Vereinbarung missbräuchlicher Vertragsklauseln sowie unabhängig davon im Zusammenhang der Gewährleistung und Garantie beim Kauf gegen gesetzliche Ge- und Verbote verstoßen werde. Gerade ein derartiger Verstoß gegen Ge- und Verbote im Zusammenhang mit Gewährleistung und Garantie ergebe sich aus dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt jedoch nicht. Ungeachtet dessen habe das Erstgericht dem Klagebegehren zu 1. b) des Urteilsspruchs vollinhaltlich stattgegeben.

Eine Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO liegt nur dann vor, wenn die Fassung des Urteils so mangelhaft ist, dass sich dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vornehmen lässt, das Urteil mit sich selbst im Widerspruch steht oder für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind. Eine mangelhafte Begründung oder das Fehlen einer rechtlichen

Begründung zu einzelnen Fragen begründet nach ständiger Rechtsprechung keine Nichtigkeit (Klauser/Kodek ZPO¹⁷ § 477 ZPO E 140 f mit zahlreichen Judikaturnachweisen). Der Nichtigkeitsgrund liegt insbesondere dann nicht vor, wenn die logischen Elemente einer Begründung vorhanden sind und zwischen dem Spruch, den Feststellungen und der rechtlichen Beurteilung ein gedanklicher Konnex hergestellt werden kann (Klauser/Kodek aaO E 142).

Das Erstgericht hat festgestellt, dass die Beklagte die beanstandeten Klauseln in ihren standardisierten Kundendienstauftragsformularen abgedruckt hatte; diese Feststellungen werden von der Beklagten auch gar nicht bekämpft. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung hat sich das Erstgericht sowohl mit dem Inhalt der ersten als auch der zweiten Klausel beschäftigt (US 7 und 8); es kam dabei zum Ergebnis, dass die Klausel 1 schon durch den undifferenzierten Haftungsausschluss betreffend den Verwertungserlös gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei und auch eine unangemessen kurze Verfallsfrist vorsehe. Aus Klausel 2 sei zusammengefasst nicht ersichtlich, ob vom Kunden jedenfalls EUR 100,00 zu leisten seien, also auch bei einer berechtigten Mängelrüge für die bloße Diagnosestellung. Daran anschließend kam das Erstgericht zum Ergebnis, dass der Unterlassungsanspruch nach § 28a KSchG zu Recht bestehe.

Von einer Nichtigkeit iSd § 477 Abs 1 Z 9 ZPO kann angesichts dieser erstgerichtlichen Ausführungen keine Rede sein. Die Nichtigkeitsberufung war daher zu verwerfen.

In tatsächlicher Hinsicht kritisiert die Beklagte die erstgerichtliche Feststellung, dass die beiden beanstandeten Klauseln mittlerweile von den standardisierten Geschäftspapieren entfernt wurden. Diese Feststellung sei unrichtig, weil keine standardisierten Klauseln vorlägen. Ein Kundendienstauftrag werde im Beisein von Kunden geschrieben. Der Kunde bestätige mit seiner Unterschrift letztlich das Vereinbarte, es handle sich daher um Individualvereinbarungen, was auch zur Folge habe, dass der klagende Verein zur Klagsführung nicht aktiv legitimiert sei.

Argumentiert wird mit folgender Aussage des Geschäftsführers der Beklagten: "Den Kundendienstauftrag, der wird im Beisein des Kunden geschrieben, der wird nicht schon vorab formuliert ... Wenn also bei der Verfassung des Kundendienstauftrages dazugeschrieben wird, Gewährleistungsanspruch, dann sind die zwei Beisätze auf Beilage ./A (unten) automatisch obsolet."

Gerade aus dieser Aussage ergibt sich, dass sich die beiden Klauseln standardmäßig auf den vorformulierten Kundendienstaufträgen der Beklagten befanden. Ob die beiden Klauseln, je nachdem, welcher Anspruch vom Kunden geltend gemacht wird oder tatsächlich vorliegt, in der tatsächlichen Geschäftspraxis der Beklagten dann obsolet wurden oder nicht, spielt im

Verbandsprozess keine Rolle. Im Übrigen widerspricht der gewünschten Feststellung die Aussage des Zeugen ██████ wonach diese Klauseln nicht gesondert besprochen wurden. Dass es sich um individuelle Vereinbarungen mit den Kunden handelt, ergibt sich nicht einmal aus der Aussage des Geschäftsführers der Beklagten, weshalb die angefochtene Feststellung nicht zu beanstanden ist.

Eingangs der Rechtsrüge wird die oben begehrte Feststellung neuerlich gewünscht (diesmal unter Geltendmachung eines sekundären Feststellungsmangels). Ein rechtlicher Feststellungsmangel kann allerdings nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn zu einem bestimmten Thema ohnehin Tatsachenfeststellungen getroffen wurden (8 ObA 163/01f; 9 ObA 272/01t ua).

Ob es sich bei den beanstandeten Klauseln um allgemeine Geschäftsbedingungen oder um (unzulässige) Klauseln in Vertragsformblättern handelt, ist nicht entscheidend, weil der Kläger auch zur gerichtlichen Geltendmachung von gesetz- und sittenwidrigen Bestimmungen in Vertragsformblättern aktiv klagslegitimiert ist (§ 28 Abs 1 sowie § 28a Abs 1 iVm § 29 Abs 1 KSchG).

In der Sache selbst meint die Beklagte, eine gröbliche Benachteiligung sei aus der Klausel 1 nicht abzuleiten. Sie bewahre Produkte von Kundschaften länger als 6 Monate auf und versuche auch nach Ablauf dieser Frist, die Kunden zu kontaktieren, um sie zu bewegen, ihre Geräte abzuholen. Tatsächlich kämen die Kunden aber oft nicht mehr in die Filiale, um die defekten Geräte zu holen, weil sie dann den Kostenvoranschlag zahlen müssten. Bei der vom Erstgericht zitierten Entscheidung 7 Ob 201/05t handle es sich um eine Einzelfallentscheidung, die auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei.

Auch in der Entscheidung 7 Ob 201/05t ging es um einen Verbandsprozess gegen einen Elektronikhändler und um eine Klausel, nach welcher dieser befugt sein sollte, zur Reparatur übernommene Geräte auf Kosten des Kunden verwerten oder vernichten zu lassen, wenn der Kunde nicht längstens binnen 6 Monaten - bei geringwertigen Geräten (ca. bis EUR 80,00) binnen 3 Monaten - nach Erhalt des Kostenvoranschlags über die Reparaturkosten weder einen Reparaturauftrag erteilt oder das Gerät in unrepariertem Zustand wieder abholt. Der Oberste Gerichtshof führte zu dieser Klausel wörtlich aus: "Diese Bestimmung ist aber schon durch den undifferenzierten Haftungsausschluss hinsichtlich des Verwertungserlöses gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Weiters sieht die Klausel - worauf das Berufungsgericht zutreffend hinwies - eine dem Verfall vorangehende vergebliche Aufforderung des Kunden zur Abholung des Gerätes unter Hinweis auf die sonst eintretenden Folgen nicht vor. Dem Unternehmer steht es damit völlig frei, ob er vernichtet oder verwertet und wie er verwertet; dies alles noch dazu ohne vorherige Verständigung des Kunden ..."

Der Oberste Gerichtshof ist von dieser Entscheidung bislang nicht abgegangen; auch das Berufungsgericht sieht dazu keine Veranlassung.

Die Beklagte meint weiters, auch Klausel 2 sei nicht gröblich benachteiligend. Zum einen sei explizit angeführt, dass der Hersteller, nicht jedoch die Beklagte, EUR 100,00 für einen Kostenvoranschlag verrechnet. Zum anderen seien lediglich Fälle "ohne Garantie oder mit mechanischer Beschädigung" erfasst; von Gewährleistungsfällen spreche diese Klausel gerade nicht. Zudem verrechne die Beklagte, wie das Erstgericht selbst ausgeführt habe, EUR 100,00 nicht beim ersten Termin, wenn der Konsument vorstellig wird, sondern erst dann, wenn klar ist, dass keine Garantie mehr vorliegt, kein Gewährleistungsanspruch besteht oder eine mechanische Beschädigung vorliegt.

Zum Argument, der Hersteller verrechne Kosten für einen Kostenvoranschlag, ist lediglich auf das übrige Vorbringen der Beklagten zu verweisen, wonach sie selbst ihren Kunden die in der Klausel genannten EUR 100,00 für die Erstellung eines Kostenvoranschlags verrechnet (Fälle der Gewährleistung und Garantie ausgenommen). Auch hier ist darauf zu verweisen, dass die Klausel im Verbandsprozess im kundenfeindlichsten Sinn auszulegen ist. Anhand der Klausel könnten etwa auch dann EUR 100,00 für einen Kostenvoranschlag verrechnet werden, wenn ein Gerät eine mechanische Beschädigung aufweist (die der Kunde allerdings hinnimmt), der Kunde jedoch einen gewährleistungspflichtigen Softwaremangel geltend machen will. Zutreffend wird in der Berufungsbeantwortung auch darauf hingewiesen, dass die Klausel bewirkt, dass in den Fällen, in denen der Kunde seine Gewährleistungsrechte im Sinn der §§ 922 ff ABGB wahrnehmen will, er jedenfalls EUR 100,00 zahlen muss, und zwar unabhängig davon, wann der Mangel auftritt und ob die Beklagte für den Mangel im Rahmen der Gewährleistung einzustehen hat. Das bedeutet im Ergebnis tatsächlich, dass der Kunde seine ihm gesetzlich zustehenden Rechte nur kostenpflichtig geltend machen kann. Die Klausel widerspricht daher § 9 KSchG iVm §§ 922 ff ABGB.

Damit ist jedoch auch der Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG gerechtfertigt. Es spielt nämlich im Verbandsprozess keine Rolle, ob die Beklagte die von ihr verwendete Klausel im tatsächlichen Geschäftsablauf, also bei Behandlung von geltend gemachten Garantie- oder Gewährleistungsansprüchen, tatsächlich angewandt hat.

Zur Wiederholungsgefahr ist zunächst darauf zu verweisen, dass die Beklagte die Unzulässigkeit der beanstandeten Klauseln im abgeführten Verfahren bestritten hat.

Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch die Wiederholungsgefahr, wobei die Unterlassungserklärung nicht nur die beanstandeten, sondern auch sinngleiche Klauseln umfassen muss. Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft ausgeschlossen sein, und zwar sowohl für neu

abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr im Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG fordert der Oberste Gerichtshof unter Hinweis auf den rechtsgeschäftlichen Charakter von Willenserklärungen, dass eine Willenseinigung über den Inhalt der Unterlassungserklärung zwischen dem Abmahnenden und jenem, der sie abgibt, notwendig ist, damit eine mit konstitutiver Wirkung ausgestattete Vereinbarung zustande kommt (vgl 6 Ob 24/11i).

Die Beklagte hat sich weder dem geltend gemachten Anspruch vollständig unterworfen noch hat sie eine Unterlassungserklärung im oben angeführten Sinn abgegeben; vielmehr hat sie lediglich angekündigt, eine derartige Unterlassungserklärung abzugeben (vgl. Beilage .E).

Zuletzt ist darauf zu verweisen, dass sich die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im Rahmen der ständigen Judikatur hält. Die Beklagte gehört nach den Feststellungen zu den "Top 10" der österreichischen Onlineshop-Betreiber und betreibt überdies 15 Filialen in Österreich. Sie beschäftigt im Jahresdurchschnitt etwa 100 Mitarbeiter und erwirtschaftete im Jahr 2015 einen Bruttoumsatz von 72 Millionen Euro.

Sinn der Urteilsveröffentlichung ist die Aufklärung von aktuellen und potenziellen Vertragspartnern und Konkurrenten, sodass die Urteilsveröffentlichung (in Normallettern mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung) in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der "Kronen Zeitung" bundesweit dem Talionsprinzip entspricht und nicht zu beanstanden ist (2 Ob 1/09z; 8 Ob 49/12g; 6 Ob 169/15v; 6 Ob 242/15d ua).

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO.

Bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes orientierte sich das Berufungsgericht an der in erster Instanz unbeanstandet gebliebenen Bewertung.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil keine Rechtsfragen mit der Qualifikation des § 502 Abs 1 ZPO zu lösen waren.

Oberlandesgericht Linz, Abteilung 4
Linz, 4. Jänner 2018
Dr. Eva-Maria Mayrbäurl, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG