



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei T***** H*****, vertreten durch Gloss Pucher Leitner Schweinzer Burger, Rechtsanwälte in St. Pölten, gegen die beklagte Partei Ü***** Y*****, vertreten durch Dr. Thomas Hofer-Zeni, Rechtsanwalt in Wien, wegen 5.330 EUR sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 23. August 2012, GZ 36 R 33/12p-21, mit welchem das Urteil des Bezirksgerichts Donaustadt vom 29. November 2011, GZ 11 C 736/11p-17, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 1.743,98 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 648 EUR Barauslagen, 182,66 EUR Umsatzsteuer) zu ersetzen.

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

Der Kläger verfügte seit Jänner 2007 über einen Account auf der Internet-Plattform eBay. Er handelte dort mit Kraftfahrzeugen, Fahrzeugteilen und Fahrzeugzubehör. Bis Ende Juni 2011 gaben Geschäftspartner zu den von ihm vorgenommenen Transaktionen (Einkäufe und Verkäufe) 570 Bewertungen ab; davon im Zeitraum vom 12. Juni 2009

bis 24. Juni 2011 277 Bewertungen für Verkäufe. Der Kläger kaufte auch Fahrzeuge, reparierte oder zerlegte sie und verkaufte sie dann als Ganzes oder in Einzelteilen weiter. In der Regel nutzte er diese Fahrzeuge selbst nicht und meldete sie auch nicht auf sich an. Nur vereinzelt handelte er auch mit anderen Sachen, etwa mit Haushaltsgeräten.

Anfang 2011 bot der Kläger auf seinem eBay-Account ein als „Bastlerauto“ bezeichnetes Fahrzeug an; der Vertrag sollte mit jenem Interessenten zustande kommen, der bei Ablauf der vom Kläger gesetzten Frist das höchste Gebot abgegeben hätte. Im Begleittext des Angebots hielt der Kläger (unter anderem) fest, dass ein „Rücktritt“ oder „Widerruf gemäß dem Fernabsatzgesetz“ ausgeschlossen sei, weil es sich um eine „Versteigerung im Sinne des § 156 BGB“ handle; weiters sei jede Gewährleistung ausgeschlossen.

Der Beklagte verfügte ebenfalls über einen eBay-Account. Er erlaubte einem Freund, diesen Account für den Erwerb eines Kraftfahrzeugs zu nutzen. Der Freund bot dem Kläger von diesem Account - also unter dem Namen des Beklagten - 5.250 EUR für das als „Bastlerauto“ bezeichnete Fahrzeug. Da bis zum Ende der Angebotsfrist niemand ein höheres Gebot machte, wurde der Kläger von eBay benachrichtigt, dass der Vertrag mit dem Beklagten zustande gekommen sei. In weiterer Folge rief der Freund des Beklagten den Kläger an und vereinbarte einen Abholtermin; dabei legte er wieder nicht offen, dass er nicht der Beklagte sei. Beim Abholtermin am 18. April 2011 verweigerte der Freund des Beklagten die Übernahme des Fahrzeugs, weil er mit Motorgeräuschen nicht zufrieden war. Er erklärte dem Kläger, dass er „das Fahrzeug nicht haben“ wolle.

Der Kläger begehrt vom Beklagten 5.250 EUR samt Zinsen. Der Kaufvertrag sei zwischen ihm und dem

Beklagten zustande gekommen. Er habe den Vertrag nicht als Unternehmer geschlossen, die Rücktrittsrechte des Verbraucherschutzrechts seien daher nicht anwendbar. Auch der vertragliche Ausschluss der Gewährleistung sei wirksam. Daher sei der Beklagte zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.

Der Beklagte wandte zunächst ein, dass nicht er, sondern sein Freund den Kaufvertrag geschlossen habe. Diesen Einwand hielt er aber im Rechtsmittelverfahren nicht aufrecht. Weiters stützt er sich darauf, dass der Kläger als Unternehmer gehandelt habe. Da der Vertrag im Fernabsatz geschlossen worden sei, sei ein Rücktritt vom Vertrag möglich; Online-Auktionen seien keine dies ausschließenden „Versteigerungen“ iSv § 5b Z 4 KSchG. Der von seinem Freund erklärte Rücktritt sei daher wirksam. Zudem lägen näher bezeichnete Mängel des Fahrzeugs vor, die ihn zur Wandlung berechtigten.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es nahm wegen der hohen Zahl der vom Kläger über eBay abgewickelten Geschäfte an, dass er als Unternehmer gehandelt habe. Der Vertrag sei im Fernabsatz zustande gekommen, wobei das Angebot keinen Hinweis auf ein Rücktrittsrecht des Käufers enthalten habe. Daher sei der vom Beklagten (spätestens) in der Verhandlung vom 7. Juli 2011, also innerhalb von drei Monaten nach dem vereinbarten Übernahmetermin, erklärte Rücktritt wirksam.

Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren statt und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil Rechtsprechung zur Anwendung des Fernabsatzrechts auf Online-Auktionen fehle.

Die Lebenserfahrung zeige, dass viele Nutzer von eBay „private Sammler bzw Liebhaber“ seien, die

Gegenstände für ihre „Sammlertätigkeit bzw Interessenlage“ kauften, dann aber auch aus verschiedenen Gründen wieder verkauften. eBay nehme eine gewerbliche Tätigkeit erst bei einer höheren Zahl von Verkäufen an, wobei als Richtwert 100 Bewertungen pro Monat genannt würden. Das sei auch ein Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage, ob der Kläger Unternehmer iSv § 1 KSchG sei. Im konkreten Fall liege die Zahl mit etwa elf Bewertungen pro Monat deutlich darunter. Zudem überwögen die Einkäufe. Das spreche dagegen, den Kläger als Unternehmer anzusehen. Das Konsumentenschutzgesetz sei aus diesem Grund nicht anwendbar. Daher bestehe kein Rücktrittsrecht, und die Parteien hätten auch die Gewährleistung ausschließen können. Einen funktionierenden Motor habe der Kläger nicht ausdrücklich zugesichert.

In seiner Revision stützt sich der Beklagte weiterhin darauf, dass der Kläger als Unternehmer gehandelt habe. Die ergänzende Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe keinen funktionierenden Motor zugesagt, sei durch keine Beweisergebnisse gedeckt.

Der Kläger hält dem in der Revisionsbeantwortung entgegen, dass er nicht unternehmerisch tätig gewesen sei; jedenfalls habe es sich beim Verkauf aber um eine Versteigerung iSv § 5b Z 4 KSchG gehandelt, was ein Rücktrittsrecht ausschließe. Die ergänzende „Feststellung“ zur unterbliebenen Zusicherung eines funktionierenden Motors sei eine bloße Schlussfolgerung aus dem unstrittigen Inhalt des Angebots („Bastlerauto“).

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist auch berechtigt.

1. Es ist in dritter Instanz nicht mehr strittig, dass ein Vertrag mit dem Beklagten zustande kam. Die Parteien gehen offenkundig davon aus, dass (a) der Freund des Beklagten unter fremdem Namen handelte (vgl dazu *Apathy* in *Schwimann*, ABGB³ § 1017 ABGB Rz 5; *P. Bydlinski* in *KBB*³ § 1002 Rz 18; beide mWN), (b) Vertragspartner aus Sicht des redlichen Erklärungsempfängers (Klägers) der Namensträger (Beklagte) werden sollte (also nicht, wie allenfalls bei einem Vertragsabschluss unter Anwesenden, der Handelnde selbst) und (c) die Erklärung trotz des Fehlens einer Vollmacht (vgl *Apathy* und *P. Bydlinski* aaO) dem Beklagten wegen des von ihm fahrlässig geschaffenen Rechtsscheins (Überlassung des Accounts) zuzurechnen war. Da der Beklagte in diesem selbständigen Streitpunkt keine Rechtsrüge ausgeführt hat, kann offen bleiben, ob die Entscheidungen 2 Ob 107/08m (= ÖBA 2009, 457 [*P. Bydlinski*] = EvBl 2009/98 [*Perner*] = jusIT 2009, 140 [*Mader*]) und 9 Ob 3/08v (ÖBA 2009, 595 [*P. Bydlinski*]) einer auf Rechtsscheinerwägungen gründenden Zurechnung des Handelns unter fremdem Namen entgegenstehen. Insbesondere ist nicht zu prüfen, ob die diesen Entscheidungen zugrunde liegende Rechtsansicht, die Grundsätze der Anscheinsvollmacht könnten nicht auf ein vom Namensträger ermöglichtes Handeln unter seinem Namen übertragen werden, aufrecht erhalten werden kann (kritisch dazu *P. Bydlinski*, ÖBA 2009, 460 ff; *Graf*, Internetbetrug durch Phishing - Wer trägt den Schaden? *ecolex* 2009, 577; *Perner* und *Mader* aaO).

2. Der Beklagte stützt sich auf das Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG. Voraussetzung für dessen Anwendung ist zunächst das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer iSv § 1

Abs 1 KSchG. Die Verbrauchereigenschaft des Beklagten ist nicht strittig. Für den Kläger gehörte das Geschäft aus den nachstehend genannten Gründen zum „Betrieb seines Unternehmens“ (§ 1 Abs 1 Z 2 KSchG).

2.1. Ein Unternehmen ist nach § 1 Abs 2 KSchG „jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“. Eine bestimmte Betriebsgröße, ein Mindestkapital oder eine sonstige Mindestorganisation ist dafür nicht erforderlich. Vielmehr ist maßgebend, ob sich eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft als unternehmerisch darstellt (7 Ob 61/82 = VersR 1984, 998; RIS-Justiz RS0065309, vgl auch RS0065241; zuletzt etwa 5 Ob 155/10w = wbl 2011, 276 und 6 Ob 93/12p). Das setzt ein regelmäßiges und methodisches Vorgehen voraus (3 Ob 578/90 = SZ 63/134; RIS-Justiz RS0065380 [insb T12]; zuletzt etwa 5 Ob 155/10w und 6 Ob 203/11p = wbl 2012, 409).

2.2. Im vorliegenden Fall weist das Berufungsgericht zwar zutreffend darauf hin, dass die Zahl der „Bewertungen“ (etwa elf pro Monat) für sich allein noch nicht auf eine gewerbliche Tätigkeit des Klägers schließen ließe (vgl zur diesbezüglichen Rsp deutscher Instanzgerichte *Micklitz* in MüKo BGB⁶ § 14 Rz 28 f sowie *Fischer*, Zur Abgrenzung von privatem und unternehmerischen Handeln auf Auktionsplattformen, WRP 2008, 193 ff). Allerdings erfolgten diese Bewertungen freiwillig, sodass anzunehmen ist, dass die tatsächliche Zahl der Transaktionen höher lag. Zudem ist die Zahl als solche nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr das für eine unternehmerische Tätigkeit geradezu typische Zusammenspiel von Einkauf, Bearbeitung (Reparatur, Zerlegen) und Verkauf. Es weist auf ein

methodisches Vorgehen des Klägers hin und erforderte sowohl eine Organisation (Koordination von Einkauf, Bearbeitung und Verkauf; Überwachen der Gebote auf der Auktionsplattform) als auch eine Betriebsstätte (Lager, Werkstatt) und Betriebsmittel (Werkzeug). Auf dieser Grundlage besteht kein Zweifel am Vorliegen eines Unternehmens iSv § 1 Abs 2 KSchG. Die Tätigkeit des Beklagten kann keinesfalls mit der Auflösung einer privaten Sammlung (vgl in markenrechtlichem Zusammenhang 4 Ob 38/12k = jusIT 2012, 136 [*Thiele*] - The Sweet-CD) oder mit einer (vom Berufungsgericht erwähnten) „Liebhaberei“ gleichgesetzt werden.

2.3. Richtlinienkonforme Auslegung führt zu keinem anderen Ergebnis.

(a) Die Beurteilung der Unternehmereigenschaft entscheidet über die Anwendung des Rücktrittsrechts nach § 5e KSchG. Grundlage für diese Bestimmung ist die *Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz* (Fernabsatz-RL), die in Österreich durch das Fernabsatzgesetz (BGBl I 1999/185) in den §§ 5a ff KSchG umgesetzt wurde. Die Richtlinie enthält, wie sich aus ihrem Art 14 ergibt, nur Mindeststandards; den Mitgliedstaaten steht es daher frei, einen weitergehenden Verbraucherschutz vorzusehen.

(b) Zwar sind die zur Umsetzung dienenden Bestimmungen des österreichischen Rechts grundsätzlich im Sinn der Richtlinie auszulegen, weil der Gesetzgeber deren Anwendungsbereich „im Wesentlichen übernehmen“ wollte; es sollten nicht durch „von der Richtlinie abweichende Regelungen ohne Not Handelshemmnisse errichtet werden“ (EB zu RV, 1998 BlgNR XX. GP, 13). Daraus folgt, dass der

„Lieferer“ - hier also der Verkäufer - „im Rahmen [seiner] gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit“ gehandelt haben muss (Art 1 iVm Art 2 Z 1 und Z 3 Fernabsatz-RL). Diese Regelung entspricht jedoch im Kern ohnehin dem „Betrieb eines Unternehmens“ iSv § 1 KSchG; offenkundig deswegen hat der Gesetzgeber auch von einer gesonderten Umsetzung abgesehen. Weiters enthalten weder der Gesetzestext noch die Materialien einen Hinweis, dass der Gesetzgeber den Begriff des „Unternehmens“ für die Anwendung des Fernabsatzrechts anders verstehen wollte als sonst. Selbst wenn daher der europäische Begriff der „gewerblichen“ Tätigkeit enger sein sollte, wäre im konkreten Fall das (oben dargestellte) österreichische Verständnis zugrunde zu legen. Die Richtlinie stünde dem wegen ihres Mindeststandard-Charakters nicht entgegen. Ein Vorabentscheidungsersuchen ist auf dieser Grundlage nicht erforderlich.

3. Auch ein Verkauf über eine von einem dritten Unternehmen eingerichtete Online-Plattform ist ein „Vertragsabschluss im Fernabsatz“ iSv § 5a Abs 1 KSchG.

3.1. Nach § 5a Abs 1 KSchG gilt (unter anderem) das Rücktrittsrecht iSv § 5e KSchG für Verträge, die

„unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel geschlossen werden, sofern sich der Unternehmer eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems bedient“.

Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag fällt unter diese Definition. Denn die von eBay eingerichtete Internet-Plattform ist zweifellos ein „für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem“. Dass dieses System vom Unternehmer selbst betrieben werden müsste, ergibt sich aus der österreichischen Regelung nicht.

3.2. Die § 5a Abs 1 KSchG zugrunde liegende Richtlinienbestimmung weist allerdings - zumindest nach

ihrem Wortlaut - in eine andere Richtung. Nach Art 2 Z 1 Fernabsatz-RL bezeichnet der Begriff „Vertragsabschluss im Fernabsatz“

„jeden zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher geschlossenen, eine Ware oder eine Dienstleistung betreffenden Vertrag, der im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen wird [...]“.

Noch deutlicher wird dies im englischen und französischen Text. Dort heißt es „under an organized distance sales or service-provision scheme run by the supplier“ bzw. „dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur“.

Im konkreten Fall wird die Online-Plattform, die der Kläger zum Vertrieb seiner Waren nutzt, weder von ihm „betrieben“ („run“) noch „organisiert“ („organisé“). Der Wortlaut der Richtlinie spricht daher eher gegen deren Anwendung auf den (wenngleich - wie hier - systematisch betriebenen) Verkauf von Waren über eine von einem dritten Unternehmen eingerichtete und betriebene Online-Plattform.

3.3. Die Richtlinienbestimmung ist allerdings wegen des davon signifikant abweichenden Wortlauts von § 5a Abs 1 KSchG nicht maßgebend. Für den in diesem Punkt weiterreichenden Verbraucherschutz des österreichischen Rechts sprechen folgende Erwägungen:

(a) Für den Verbraucher ist es unerheblich, ob ein für den Fernabsatz erforderliches Vertriebs- oder Dienstleistungssystem von seinem Vertragspartner oder - allenfalls auch in dessen Auftrag - von einem dritten Unternehmen eingerichtet und betrieben wird. In beiden Fällen handelt es sich um die Nutzung von Informationstechnologien, die es dem Verbraucher ermöglichen „Bestellungen an einen Lieferer von zu Hause

aus zu tätigen“ (Erwägungsgrund 6 der Fernabsatz-RL). Der Verbraucher ist in beiden Fällen gleich schutzwürdig, da er mit seinem Vertragspartner nicht in unmittelbarem Kontakt tritt und die gekaufte Sache nicht vor Vertragsabschluss in Natur besichtigen kann.

(b) Solche Fälle sind auch abseits der hier zu beurteilenden Fallgestaltung durchaus häufig, weil nicht wenige Händler ihre Waren über Online-Plattformen vertreiben, die von einem dritten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, etwa über den „Marktplatz“ des Internet-Händlers Amazon. Wenn das Fernabsatzrecht solche Fälle nicht erfasste, wäre der Verbraucherschutz nur lückenhaft gewährleistet. Denn Unternehmer könnten die sonst bestehenden Informationspflichten und das Rücktrittsrecht durch bloße Auslagerung bestimmter Tätigkeiten vermeiden. Eine sachliche Rechtfertigung für eine solche Regelung wäre nicht erkennbar.

(c) Der Europäische Gesetzgeber hat auf diese Problematik reagiert, indem er in der neuen Verbraucherrechte-Richtlinie (*Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates*) das Erfordernis einer Einrichtung des Vertriebs- oder Dienstleistungssystems durch den Unternehmer fallen ließ (vgl. Erwägungsgrund 20, vorletzter Satz, sowie Art 2 Z 7 Verbraucherrechte-RL). Damit sind von Dritten betriebene Handelsplattformen jedenfalls in Zukunft erfasst. § 5a Abs 1 KSchG entspricht schon jetzt dieser

Regelung. Auch im Hinblick darauf besteht kein Anlass, diese Bestimmung aufgrund von Art 2 Z 1 Fernabsatz-RL entgegen ihrem Wortlaut auf vom Unternehmer selbst betriebene Vertriebs- und Dienstleistungssysteme zu beschränken.

4. Beim Verkauf über eBay handelte es sich nicht um eine „Versteigerung“ iSv § 5b Z 4 KSchG.

4.1. Nach § 5b Z 4 KSchG ist (unter anderem) das hier strittige Rücktrittsrecht nach § 5e KSchG nicht auf „Versteigerungen“ anwendbar. Diese Regelung übernimmt Art 3 Abs 1, 5. Anstrich, Fernabsatz-RL, wonach diese Richtlinie nicht für Verträge gilt, „die bei einer Versteigerung geschlossen werden“ („concluded at an auction“ bzw „conclus lors d'une vente aux enchères“). Fraglich ist, ob dieser Begriff auch Online-Verkäufe erfasst, bei denen der Vertrag mit jenem Verbraucher zustande kommt, der bei Ablauf einer vom Verkäufer gesetzten Frist das höchste Gebot abgegeben hatte.

4.2. Der Oberste Gerichtshof konnte diese Frage bisher offen lassen (9 Ob 22/07m = MR 2009, 111 [*Stomper-Rosam* 107]). Dass keine „gerichtliche“ Versteigerung iSv § 935 ABGB vorliegt (4 Ob 135/07t = SZ 2007/121 = *ecolex* 2007, 933 [*Anderl*] = *jusIT* 2008, 17 [*Mader*]), ist offenkundig, für die Auslegung des Ausnahmetatbestands im Fernabsatzrecht aber unerheblich. Der deutsche Bundesgerichtshof verneinte bei Online-Auktionen das Vorliegen einer „Versteigerung“, stützte sich dabei aber in erster Linie auf eine in der Richtlinie nicht enthaltene Bestimmung des deutschen Rechts (§ 156 BGB), wonach eine Versteigerung einen „Zuschlag“ voraussetzt (VIII ZR 375/03, *NJW* 2005, 53). Da das österreichische Recht keine vergleichbare Regelung kennt, hilft diese Entscheidung im vorliegenden Fall nicht weiter.

4.3. Nach dem aktuellen Sprachgebrauch wäre der Ausnahmetatbestand „Versteigerung“ erfüllt.

(a) Die Geschäftsanbahnung und -abwicklung über Auktions-Plattformen wird heute allgemein als (Online-) „Versteigerung“ bezeichnet. Auch eBay verwendet in der englischen und französischen Version seiner Website die entsprechenden Begriffe der Richtlinie (vgl etwa „enchérissez sur un objet ou achetez-le à prix fixe“ auf <http://pages.ebay.fr/help/buy/basics.html>; „auction-style format“ auf <http://pages.ebay.com/help/buy/formats.html>); in der deutschen Version findet sich der synonyme Begriff „Auktion“ (<http://pages.ebay.de/help/buy/formats.html>). Dies spricht vordergründig dafür, auch Online-Auktionen vom Anwendungsbereich des Fernabsatzrechts auszunehmen.

(b) Allerdings hat das Wortlautargument nur geringes Gewicht. Denn Online-Auktionen hatte es bei Erlassung der Richtlinie und des Umsetzungsgesetzes noch nicht in relevantem Umfang gegeben (vgl *Peck*, Die Internet-Versteigerung [2002] 181 ff; *Schummer/Weinberger*, Zum Rücktrittsrecht bei „Online-Auktionen“, JBl 2005, 765 [770 f]). Zwar war das US-amerikanische Unternehmen eBay Inc. schon 1995 gegründet worden. Es wurde aber zunächst vor allem auf dem amerikanischen Markt tätig; die Expansion nach Europa erfolgte erst gegen Ende der 1990er Jahre. Es ist daher nicht anzunehmen, dass der Europäische Gesetzgeber bei der Ausnahme für „Versteigerungen“ diese besondere Vertriebsform im Auge hatte. Vielmehr liegt nahe, dass er damit - abgesehen von gerichtlichen Versteigerungen - in erster Linie Versteigerungen im herkömmlichen Sinn, also insbesondere in Auktionshäusern, meinte. Solche Versteigerungen zielen zwar grundsätzlich auf einen Vertragsabschluss unter Anwesenden, weswegen das

Fernabsatzrecht in der Regel ohnehin nicht anwendbar sein wird. Anderes hätte aber gegolten, wenn das Auktionshaus in organisierter Form - etwa über Sensale - auch eine telefonische Beteiligung ermöglicht hätte. Die in die Richtlinie aufgenommene Ausnahme für „Versteigerungen“ ermöglichte hier weiterhin eine Gleichbehandlung von anwesenden und abwesenden Bietern.

4.4. Ob der Zweck der Ausnahmeregelung eine Anwendung auf Online-Auktionen erfordert, ist in der Lehre strittig.

(a) Einerseits wird die Auffassung vertreten, dass sich Online-Auktionen in Bezug auf die Interessen der Beteiligten nicht von herkömmlichen Versteigerungen unterscheiden. Ein Rücktrittsrecht ermöglichte ein „risikoloses Bieten“ und stellte die Auktion als Preisfestsetzungsmechanismus in Frage. Bieter könnten das Rücktrittsrecht missbrauchen, indem sie sich an mehreren Verfahren beteiligten und sich dann auf den günstigsten Zuschlag beschränkten. Ein Missbrauch durch Unternehmen sei nicht zu befürchten, da sie sich bei Online-Auktionen der Gefahr einer dynamischen Preisbildung aussetzen müssten (vgl zu diesen Argumenten ua *Wiebe* in *Wiebe* [Hrsg], Internetrecht - Zivilrechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs [2004] 190 ff; *Anderl*, Versteigerung bleibt Versteigerung - Kein Rücktrittsrecht bei Online-Auktionen, RdW 2005, 401 ff; *Schurr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 5b Rz 13 ff [19 f]).

(b) Gegen die Anwendung des Ausnahmetatbestands wird die bei (reinen) Online-Auktionen in der Regel fehlende Besichtigungsmöglichkeit genannt, weiters das Unterbleiben der für herkömmliche Versteigerungen typischen Bewertung durch einen

unabhängigen Dritten. Bei einer Online-Auktion sei das Interesse des Unternehmers am Aufrechterhalten des Vertrags und die Missbrauchsgefahr durch den Verbraucher kaum größer als bei sonstigen Verkäufen im Internet; umgekehrt bestehe aber die Gefahr, dass Unternehmer durch einen Verkauf über eBay den Verbrauchern das Widerrufsrecht beliebig entziehen könnten (vgl zu diesen Argumenten ua *Schummer/Weinberger*, Zum Rücktrittsrecht bei „Online-Auktionen“, JBl 2005, 765 ff; *Stomper-Rosam*, Rücktrittsrecht bei Internetauktionen, MR 2009, 107 ff; *Krois*, Und es besteht doch: Das Rücktrittsrecht bei eBay, ÖJZ 2010, 435 ff; *Hammerl* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ [2010] § 5b Rz 6).

4.5. Nach Auffassung des Senats hat die Anwendung des Fernabsatzrechts auf Online-Auktionen die besseren Gründe für sich. Die Ausnahmebestimmung der Richtlinie bezog sich offenkundig auf die (organisierte) Möglichkeit einer „Distanzteilnahme“ an herkömmlichen Versteigerungen. Online-Auktionen unterscheiden sich davon nicht nur durch eine andere rechtliche Konstruktion (Unterbleiben eines Zuschlags, statt dessen Wirksamkeit des letzten Angebots innerhalb der vom Anbieter gesetzten Frist), sondern auch in der Sache: Weder treffen anwesende und abwesende Bieter mit möglicherweise unterschiedlichen Interessenlagen aufeinander, noch wird der versteigerte Gegenstand durch einen unabhängigen Dritten bewertet; weiters sind die Teilnehmer dem Anbieter regelmäßig namentlich bekannt, sodass im Fall eines Rücktritts eine formlose Kontaktaufnahme mit anderen Interessenten ohne größere Schwierigkeiten möglich ist. Während herkömmliche Versteigerungen in der Regel auf hochwertige Güter beschränkt sind, wurden Online-Auktionen zu einem Massenphänomen, das es bei Ausarbeitung der Richtlinie

jedenfalls in dieser Form noch nicht gegeben hatte. Die Nichtanwendung des Fernabsatzrechts führte hier zu einer Schutzlücke, die von Unternehmen ausgenutzt werden könnte. Der Gefahr einer „dynamischen Preisbildung“ könnten sie dabei leicht durch ein entsprechend hohes Mindestgebot entgegenwirken. Ihr Interesse am „Koordinationsmechanismus“ einer Versteigerung hat nur geringes Gewicht, ist doch nicht erkennbar, weswegen gerade diese Geschäftsform besonders schutzwürdig sein soll.

4.6. Diese Erwägungen werden durch die Neuregelung auf europäischer Ebene gestützt. In der Verbraucherrechte-Richtlinie ist die Ausnahme vom Widerrufsrecht auf „öffentliche Versteigerungen“ beschränkt (Art 16 lit k Verbraucherrechte-RL). Dieser Begriff wird in Art 2 Z 11 Verbraucherrechte-RL im Sinn des herkömmlichen Verständnisses definiert, nämlich als

„eine Verkaufsmethode, bei der der Unternehmer Verbrauchern, die bei der Versteigerung persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet, und zwar in einem vom Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist“.

Der Europäische Gesetzgeber hat sich somit für jenen Begriffsinhalt entschieden, den er offenkundig in der Sache - mangels faktischer Relevanz von Online-Auktionen im Zeitraum der Gesetzgebung - schon der Vorgängerbestimmung in der Fernabsatz-Richtlinie zugrunde gelegt hatte. Das spricht dafür, auch die Regelungen der Fernabsatz-Richtlinie weiterhin in diesem Sinn zu verstehen, auch wenn sich in der Alltagssprache der Inhalt des Begriffs „Versteigerung“ inzwischen gewandelt hat. Eine ausschließlich am Wortlaut haftende Auslegung, die für die

Zeit bis zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie auch Online-Auktionen als „Versteigerungen“ begriffe, verstieße sowohl gegen den historischen und als auch gegen den aktuellen Willen des Europäischen Gesetzgebers.

4.7. Selbst wenn man aber die Ausnahmebestimmung der Fernabsatz-Richtlinie dahin verstehen wollte, dass sie auch Online-Auktionen erfasst, wäre die Europäische Neuregelung doch für die Auslegung von § 5b Z 4 KSchG von Bedeutung. Da Art 14 Fernabsatz-RL ein höheres nationales Schutzniveau ermöglicht, kann eine andere Auslegung von Art 3 Abs 1, 5. Anstrich, Fernabsatz-RL einem in der Sache sinnvollen und dem letzten Willen des Europäischen Gesetzgebers entsprechenden Verständnis der österreichischen Bestimmung nicht entgegenstehen. Ein Vorabentscheidungsersuchen ist daher auch in diesem Punkt entbehrlich.

4.8. Richtig ist, dass bei dieser Auslegung die Bestimmungen des Art 4 Abs 1 lit c Fernabsatz-RL und des § 5c Abs 1 Z 3 KSchG, wonach der Unternehmer den Verbraucher vor Vertragsabschluss (unter anderem) über den Preis der Ware informieren muss, trotz grundsätzlicher Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts ins Leere gehen, weil ein Nennen des Preises vor Ende der Auktion der Natur der Sache nach nicht möglich ist. Daraus lässt sich aber nichts gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts - also der anderen Informationspflichten und des Rücktrittsrechts - ableiten. Zweck der Pflicht zur Information über den Preis ist es nämlich, den Verbraucher vor einer (allenfalls auch nur vermeintlichen) Bindung an einen ihm bei Vertragsabschluss nicht bekannten Preis zu schützen. Ein solcher Schutz ist nicht erforderlich, wenn ohnehin der Verbraucher selbst jenen Preis festsetzt, den er zu zahlen bereit ist. Art 4 Abs 1 lit c

Fernabsatz-RL und § 5c Abs 1 Z 3 KSchG gehen daher bei Online-Auktionen mangels eines vom Unternehmer festgesetzten Preises ins Leere, wobei aber der Verbraucher durch den Preisbildungsmechanismus dieses Geschäftsmodells zumindest in gleicher Weise geschützt ist wie durch die Angabe des Preises bei traditionellen Geschäften. Diese Bestimmungen sind daher kein zwingender (systematischer) Grund dafür, auch Online-Auktionen vom Fernabsatzrecht auszuschließen.

4.9. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass Online-Verkäufe, bei denen der Vertrag mit jenem Verbraucher zustande kommt, der bei Ablauf der vom Unternehmer gesetzten Frist das höchste Gebot abgegeben hatte, nicht unter den Begriff der „Versteigerung“ iSv § 5b Z 4 KSchG fallen. Das in § 5e KSchG geregelte Rücktrittsrecht besteht daher auch bei solchen Geschäften.

5. An der Rechtzeitigkeit des Rücktritts besteht im vorliegenden Fall kein Zweifel. Soweit man dem Beklagten nicht ohnehin schon die Erklärung seines Freundes zurechnet, das „Fahrzeug nicht haben“ zu wollen, wurde sein Wille, sich vom Vertrag zu lösen, für den Kläger spätestens in der Verhandlung vom 7. Juli 2011 deutlich. Denn dort berief sich der Vertreter des Beklagten durch Vortrag eines Schriftsatzes auf die Wirksamkeit des vom Freund erklärten Rücktritts. Dies erfolgte innerhalb von drei Monaten ab dem Abholtermin. Da der Kläger den Beklagten nicht über sein Rücktrittsrecht informiert hatte, war auch das noch rechtzeitig iSv § 5e Abs 3 KSchG iVm § 5d Abs 2 Z 1 KSchG.

6. Aus diesen Gründen hat die Revision des Beklagten Erfolg. Das Urteil des Berufungsgerichts ist dahin abzuändern, dass die klageabweisende Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

7. Die Kostenentscheidung für das
Rechtsmittelverfahren gründet sich auf die §§ 50, 41 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 15. Jänner 2013
Dr. S c h e n k
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: