



REPUBLIK ÖSTERREICH  
**Handelsgericht Wien**

39 Cg 60/15i-6

**Im Namen der Republik**

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Heinz-Peter Schinzel in der Rechtssache der klagenden Partei VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, wider die beklagte Partei A1 TELEKOM AUSTRIA AKTIENGESELLSCHAFT, 1020 Wien, Lassallestraße 9, vertreten durch Hasberger Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Gonzagagasse 4, wegen Unterlassung nach dem KSchG (EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500,--), Gesamtstreitwert EUR 36.000,-- samt Anhang, nach öffentlicher, mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1) Die beklagte Partei ist schuldig,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

*SIM-Pauschale EUR [...]*

*Bei Bereitstellung der SIM-Karte jährlich im Voraus. Eine aliquote Rückerstattung bei Vertragsbeendigung ist nicht möglich.*

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen sechs Wochen zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen;

b) der klagenden Partei die mit EUR 5.638,92 (darin enthalten EUR 708,32 USt und EUR 1.393,-- Bausauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

2) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

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

Der Kläger beehrte wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte dazu vor, die Beklagte biete Telekommunikationsdienstleistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an und sei auf diesem Sektor der größte Anbieter überhaupt. In ihrer geschäftlichen Tätigkeit trete die Beklagte laufend mit Verbrauchern in geschäftlichen Kontakt und schließe mit diesen Verträge. Sie sei also Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG. Im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern verwende die Beklagte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, insbesondere in ihren „Entgeltbestimmungen“

(EB), die oben angeführte Klausel, die gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoße. Nach dieser Klausel sei dem Verbraucher eine aliquote Rückerstattung der Kosten für die SIM-Pauschale bei Vertragsbeendigung verwehrt. Damit erweise sich die Klausel als gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs. 3 ABGB. Ferner sei die Klausel nachteilig und überraschend, weil ein Verbraucher nicht damit rechne, ein Entgelt bezahlen zu müssen, ohne eine Leistung dafür zu erhalten. Im Übrigen sei die Klausel angesichts dessen, dass darin nicht hervorkomme, welche Leistungen nun tatsächlich von der SIM-Pauschale abgedeckt werden sollen, intransparent nach § 6 Abs. 3 KSchG. Der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs. 2 KSchG habe die Beklagte nicht entsprochen, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Wegen des berechtigten Interesses der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten - aber auch, um ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern - werde eine Urteilsveröffentlichung in der „Kronen-Zeitung“ beantragt.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, die beanstandete Klausel sei weder benachteiligend noch überraschend; sie werde insbesondere auf den Seiten 4 und 5 der EB sowie im Vertragsformblatt (Seite 4) angesprochen und detailliert erläutert. Die seit Jahren von sämtlichen Mitbewerbern der Beklagten in der Mobilfunkbranche verwendete SIM-Pauschale sei den Kunden nicht zuletzt auf Grund der aufklärenden Hinweise in der Werbung bestens bekannt und keineswegs als ungewöhnlich anzusehen. Es scheide aber nicht nur

ein Verstoß gegen § 864a ABGB aus, sondern auch ein solcher gegen § 879 Abs. 3 ABGB bzw. § 6 Abs. 3 KSchG. Durch die Klausel und die damit vereinbarte SIM-Pauschale werde eine Vielzahl von Serviceleistungen gegenüber dem Kunden pauschaliert abgegolten, etwa der Tausch der SIM-Karte (bei Verlust, Diebstahl, Defekt), deren Sperre (im Fall einer unerwünschten Verwendung durch Dritte) oder Tausch (bei technischen Neuerungen). Darüber hinaus machte die Beklagte geltend, dass das Unterlassungsbegehren des Klägers keine Leistungsfrist, sondern eine sofortige Umsetzung vorsähe. Die beantragte Urteilsveröffentlichung sei weit überzogen und stehe in keinem Verhältnis zur Quantität und Qualität der behaupteten Gesetzesverstöße. Weil ein mediales Echo durch die Klagsführung der Gegenseite und eine Verunsicherung ihrer Kunden nicht auszuschließen seien, beantrage die Beklagte eine Veröffentlichung des klagsabweisenden Teiles des Urteilsspruches in einer Samstag-Ausgabe der bundesweit erscheinenden „Kronen-Zeitung“, dies auf Kosten des Klägers.

Das Beweisverfahren wurde durchgeführt durch Einsichtnahme in das Abmahnschreiben des Klägers vom 13.10.2015 Beilage ./A, den Auszug aus der Website der Beklagten Beilage ./B, die Entgeltbestimmungen „Al Go! Large“ der Beklagten Beilage ./1, das Vertragsformblatt Beilage ./2 und die „AGB Mobil“ der Beklagten Beilage ./3.

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Aktivlegitimation des Klägers folgt aus § 29 KSchG.

Die Beklagte ist zu FN 280571i im hg. Firmenbuch protokolliert. Sie bietet Telekommunikationsdienstleistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an und ist der führende Anbieter in diesem Bereich (Beilage ./B). Die Beklagte tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Sie ist Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG.

Im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet die Beklagte ihre „Entgeltbestimmungen“ („Al Go! Large“), in deren Punkt 5. („Jährliche Entgelte“) sich eine „SIM-Pauschale (indexgesichert) von EUR 19,90“ findet (Beilage ./1, Seite 4). Die Fußnote 6) dazu lautet: *„Bei Bereitstellung der SIM-Karte jährlich im Voraus. Eine aliquote Rückerstattung bei Vertragsbeendigung ist nicht möglich.“* (Beilage ./1, Seite 5).

In den „Vertragsbedingungen“ der Vertragsformblätter der Beklagten heißt es kleingedruckt auf Seite 4: *„SIM-Pauschale: Die jährliche SIM-Pauschale beträgt EUR 19,90. Dafür entfallen die Entgelte für Tausch, Sperre bzw. Wiedereinschaltung ihrer SIM-Karte (ausgenommen Sperrgründe gemäß Pkt. 19 AGB Mobil). Wir verrechnen die SIM-Pauschale jährlich im Voraus. Eine aliquote Rückerstattung bei Vertragsbeendigung ist nicht möglich.“* (Beilage ./2, Seite 4).

Weiters findet sich auf Seite 3 des Vertragsformblattes Beilage ./2 im unteren kleingedruckten Bereich (unmittelbar vor dem Unterschriftsfeld) der Satz: *„Je Anschluss verrechnen wir eine jährliche SIM-Pauschale in*

Höhe von EUR 19,90 (inkl. USt)."

Mittels eingeschriebenen Briefes vom 13.10.2015 forderte der Kläger die Beklagte auf, hinsichtlich der beanstandeten Klausel eine strafbewehrte Unterlassungspflichtklärung abzugeben (Beilage ./A). Dass eine solche abgegeben wurde, kann nicht festgestellt werden.

Beweiswürdigung:

Zu diesen Feststellungen gelangte das Gericht einerseits auf Grund des in Teilbereichen übereinstimmenden Vorbringens der Parteien, andererseits auf Grund des Inhalts der vorliegenden Urkunden, die aufschlussreich und unbedenklich sind. Sämtliche rechtserhebliche Fakten gehen daraus hervor. Soin konnte von der Vernehmung des Zeugen [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] abgesehen werden.

Rechtliche Beurteilung:

Die zur Beurteilung der angefochtenen Klausel maßgebliche Rechtslage stellt sich dar wie folgt: Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen kann nicht Rücksicht genommen werden. Es findet also keine geltungserhaltende Reduktion statt (RIS-Justiz RS0038205).

Nach herrschender Rechtsprechung (7 Ob 173/10g, 2 Ob 198/10x) unterliegen Klauseln im Verbandsprozess auch dem Prüfmaßstab des § 864a ABGB. Objektiv ungewöhnlich nach dieser Bestimmung ist eine Klausel, die von den

Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein „Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt“ innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Im Hinblick auf die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB ist neben ihrem Inhalt auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstextes (ihre Einordnung in den AGB) maßgebend. Sie darf im Text nicht derart „versteckt“ sein, dass sie der Vertragspartner – ein durchschnittlich sorgfältiger Leser – dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte. § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (vgl. RIS-Justiz RS0014659).

Nach § 879 Abs. 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (stRsp, RIS-Justiz RS0016914). Die Beurteilung, ob eine Klausel

den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RIS-Justiz RS0014676).

Gemäß § 6 Abs. 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Dieses sogenannte Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (stRsp, zB RIS-Justiz RS0115217 [T8]).

Wendet man diese Grundsätze auf die vorliegende Klausel an, so ergibt sich, dass diese für einen Verbraucher gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs. 3 ABGB ist: Gemäß den vertraglichen Bestimmungen fällt die SIM-Pauschale jährlich im Voraus an. Kündigt nun etwa ein Verbraucher den Vertrag (unterjährig), kann er die in der SIM-Pauschale inkludierten Leistungen nicht mehr nutzen, muss aber das Entgelt dafür weiter zahlen. Die nicht vorgesehene aliquote Rückerstattung ermöglicht es also dem Unternehmer, der Beklagten, wie der Kläger zutreffend aufzeigt, Entgelte ohne Gegenleistung zu erhalten. Eine sachliche Rechtfertigung dafür ist nicht zu ersehen. Dadurch, dass die Klausel dem Verbraucher jede aliquote Rückerstattung der Kosten für die SIM-Pauschale im Falle einer Vertragsbeendigung verwehrt, stellt sie sich jedenfalls als gröblich be-

nachteiligend im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB dar (vgl. OLG Wien, 2 R 38/14v).

Ob die Klausel darüber hinaus gegen § 864a ABGB und/oder § 6 Abs. 3 KSchG verstößt, kann dahingestellt bleiben.

Das Unterlassungsbegehren des Klägers erweist sich demgemäß als berechtigt, zumal auch Wiederholungsgefahr besteht, weil die Beklagte die Klausel im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend verwendet. Zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr wäre es erforderlich gewesen, dass eine mit konstitutiver Wirkung ausgestattete Vereinbarung über die Unterlassung der beanstandeten Klausel durch den Unternehmer zustande gekommen ist (6 Ob 24/11i). Daran reicht die angeblich von der Beklagten geäußerte Bereitschaft, auf den Klauselzusatz *„Eine aliquote Rückerstattung bei Vertragsbeendigung ist nicht möglich“* zu verzichten, da dieser Passus von ihr ohnehin nicht „vollzogen“ werde, keinesfalls heran.

Richtig ist allerdings, dass der Oberste Gerichtshof für die Umsetzung von Klauseländerungen in der Regel eine verlängerte Leistungsfrist gewährt (6 Ob 24/11i, 2 Ob 131/12x); diese erscheint im vorliegenden Fall, da es sich nur um eine einzige, im Gesamtkontext des Regelwerks eher isoliert wirkende Klausel handelt, mit sechs Wochen als ausgewogen bemessen.

Um den Erkenntnissen erhöhte Publizität zu verleihen, ist gemäß § 30 Abs. 1 KSchG i.V.m. § 25 Abs. 3 bis 7 UWG eine Urteilsveröffentlichung möglich. Zweck dersel-

ben ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar Betroffenen - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. An diesen Zwecken gemessen erweist sich die vom Kläger begehrte Veröffentlichung als zweckmäßig und sinnvoll (RIS-Justiz RS0121963). Ein solches berechtigtes Interesse ist jedenfalls bei potenziell neuen Kunden, aber auch bei bereits bestehenden Kunden der Beklagten gegeben. Allein im Hinblick auf die Stellung der Beklagten auf dem österreichischen Telekommunikationsmarkt begegnet eine Veröffentlichung in der „Kronen-Zeitung“ keinen Bedenken.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 54 Abs. 1a ZPO.

Handelsgericht Wien  
1030 Wien, Marxergasse 1a  
Abt. 39, am 5. Juli 2016

Dr. Heinz-Peter Schinzel  
Richter  
elektronische Ausfertigung  
gem. § 79 GOG