



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien hat durch die Richterin Mag. Hildegard Brunner in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei T-Mobile Austria GmbH, 1030 Wien, Rennweg 97-99, vertreten durch Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner, Rechtsanwälte in 1040 Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,00) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung

I. den Beschluss gefasst:

Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

Weiters verrechnen wir Ihnen eine Abschlagszahlung von 80 Euro je aktivierter SIM-Karte – für Vorteile (zB Endgerätestützung, Gesprächsgutschrift), die wir Ihnen bei Vertragsabschluss oder bei Abgabe eines weiteren Kündigungsverzichtes gewährt haben;

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es zu unterlassen, sich auf diese Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wird **zurückgewiesen**.

II. zu Recht erkannt:

1. Die beklagte Partei ist schuldig,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten

Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1.) 7.5 Wenn Sie das Vertragsverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer beenden, dann verrechnen wir Ihnen

[...]

b. Wenn Sie bei Vertragsabschluss oder im Rahmen einer Vertragsverlängerung ein vergünstigstes Endgerät bezogen haben und Ihren Vertrag vor Ablauf des 21. Monats vorzeitig beenden, erhöht sich der Endgerätepreis um EURO 79,90.

2.) 7.8 Unbeschadet der Möglichkeit zur einseitigen Änderung der AGB, der Leistungsbeschreibungen und der Entgeltbestimmungen wie oben in Punkt 7.4. dieser AGB beschrieben (§ 25 Abs 3 TKG 2003) können wir Änderungen mit Ihnen auch einvernehmlich vereinbaren.

7.8.1 Wir senden Ihnen ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen an die uns gemäß Punkt 2.11 a) oder b) dieser AGB bekanntgegebene Zustelladresse zu. Ein solches Angebot unterbreiten wir Ihnen jedenfalls in schriftlicher Form, zB als Rechnungsaufdruck als Rechnungsbeilage. Darin finden Sie alle Änderungen der AGB, der Leistungsbeschreibungen oder Entgeltbestimmungen. Auch wenn wir nur einen Teil eines Punktes ändern, senden wir Ihnen den gesamten neuen Punkt. Zusätzlich finden Sie einen Hinweis auf die Volltext-Version unter www.t-mobile.at/AGB bzw. www.telering.at/AGB. Sie können die Volltext-Version auch bei unserer Serviceline kostenlos anfordern. Gleichzeitig informieren wir Sie über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen.

7.8.2 Unser Angebot zu den neuen bzw. geänderten AGB, Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen gilt als angenommen, wenn Sie nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widersprechen. Wir informieren Sie in unserem Angebot über diese Frist sowie auf die Bedeutung Ihres Verhaltens.

7.8.3 Wenn Sie den vorgeschlagenen Änderungen bis zum Tag des In-Kraft-Tretens (0 Uhr) bei uns einlangend widersprechen, so treten die vorgeschlagenen Änderungen für Sie nicht in Kraft und Ihr bestehender Vertrag läuft unverändert weiter. Ihren Widerspruch können Sie zum Beispiel schriftlich an T-Mobile Austria, Postfach 333 richten, in einem unserer Tele.ring oder T-Mobile Shops oder mündlich an unserer T-

Mobile Austria bzw. Tele.ring Serviceline erklären. Über die Möglichkeiten eines Widerspruchs werden wir Sie jeweils auch in unseren Angeboten zur einvernehmlichen Vertragsänderung informieren.

3.) 14.4 Nur Ihre Stammdaten (4.3 AGB) verwenden wir für Auskünfte über Ihre Kreditwürdigkeit und vermitteln diese hierzu an Kreditschutzverbände und Kreditinstitute. Im Falle des qualifizierten Zahlungsverzuges (Übergabe der Forderung nach zweimaliger erfolgloser Mahnung an ein Inkassoinstitut (insbesondere Inkassoauskünfte GmbH & Co KG, Infoscore Austria GmbH) zum Zwecke des Gläubigerschutzes bzw. zur Einbringlichmachung der Forderung) übergeben wir Ihre Stammdaten an anerkannte und befugte Kreditschutzverbände und Kreditinstitute (insbesondere Kreditschutzverband von 1870 Information GmbH, Deltavista GmbH). Sie können diese am Anmeldeformular gegebene Zustimmung zur Weitergabe Ihrer Daten an die oben genannten Institutionen jederzeit widerrufen.

4.) 15.2.2 Wir haften nicht für die Folgen von Störungen und Unterbrechungen durch

a. unvorhersehbare und außergewöhnliche Umstände (zB höhere Gewalt) oder

b. notwendige und zweckdienliche technische Maßnahmen (zB Wartung).

5.) 19.6 Die mit Ihnen vereinbarten fixen monatlichen Entgelte (laut Ihrem gewählten Tarif) sind wertgesichert. Es gilt folgende Wertsicherung als vereinbart:

T-Mobile Austria ist bei Änderungen des Verbraucherpreisindexes (Indexbasis: Jahres-VPI 2010 = 100) wie von der Statistik Austria veröffentlicht (sollte dieser nicht mehr veröffentlicht werden, so tritt der dann amtlich festgelegte Nachfolgeindex an dessen Stelle) im Falle einer Steigerung berechtigt und im Falle einer Senkung verpflichtet, fixe monatliche Entgelte (nämlich Grundgebühr, Pauschale [Flatrate], Mindestumsatz), in jenem Verhältnis anzupassen, in dem sich der Jahres-VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahres-VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung geändert hat.

Dabei bleiben Schwankungen des Jahres-VPI gegenüber der Indexbasis nach oben oder unten unter 1 % unberücksichtigt (Schwankungsraum). Sobald hingegen der Schwankungsraum durch eine oder mehrere aufeinanderfolgende Schwankungen des Jahres-VPI über- bzw. unterschritten wird, ist die gesamte Änderung in voller Höhe maßgeblich.

Der hieraus resultierende, außerhalb des Schwankungsraumes liegende Wert bildet die Grundlage für eine zulässige Entgelterhöhung bzw. für die gebotene Entgeltreduktion; gleichzeitig stellt er die neue Indexbasis für zukünftige Anpassungen dar (und damit auch die neue Bezugsgröße für einen Schwankungsraum).

Eine daraus ableitbare Entgelterhöhung kann jeweils nur mit einem Datum ab 1. April bzw. 31. Dezember jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat; eine daraus abzuleitende Entgeltreduktion muss jeweils mit 1. April jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat. Erstmals kann bzw. muss gegebenenfalls eine solche Anpassung in dem auf das Zustandekommen (bzw. die einvernehmliche Verlängerung) des Vertragsverhältnisses folgenden Kalenderjahr vorgenommen werden.

Soweit sich aufgrund der Bestimmungen dieses Punktes eine Verpflichtung von T-Mobile Austria zur Entgeltreduktion ergäbe, verringert sich diese Verpflichtung in jenem betraglichen Ausmaß, in dem T-Mobile Austria zuvor aufgrund besagter Bestimmungen zu einer Entgelterhöhung berechtigt gewesen wäre, ohne von diesem Recht Gebrauch gemacht zu haben. Über die Vornahme einer solchen Entgeltanpassung wird der Kunde samt den zu ihr anlassgebenden Umständen in geeigneter Weise (zum Beispiel durch Rechnungsaufdruck) in der der Entgeltänderung vorangehenden Rechnungsperiode informiert.

6.) 20.1 Wenn Sie Einwände gegen eine Rechnung haben, können Sie diese innerhalb von drei Monaten ab Zugang der Rechnung schriftlich bei uns geltend machen. Wenn innerhalb dieser Frist kein Einspruch erfolgt, gilt die Rechnung als von Ihnen anerkannt. Nach Ablauf von drei Monaten können Sie allfällige Einwendungen nur noch gerichtlich geltend machen, gemäß Punkt 20.2.b).

20.1.1 Die in Punkt 20.1. beschriebene Rechtsfolge gilt nur dann, wenn wir Sie über diese Einspruchsfrist und die Rechtsfolge der Anerkennung auf Ihrer Rechnung gesondert informiert haben.

20.2. Sind Ihre Einwände zwar fristgerecht bei uns eingelangt (nach Punkt 20.1 AGB) aber nach unserer Auffassung unbegründet, teilen wir Ihnen dies in einer Stellungnahme mit. In diesem Fall können Sie

a. sich innerhalb von 1 Monat nach Erhalt unserer Stellungnahme an die Rundfunk- und

Telekom-Regulierungs-GmbH (RTR) wenden (Punkt 32 (3)ff AGB) und/oder

b. innerhalb von 3 Monaten ab Rechnungslegung den Rechtsweg bestreiten. Versäumen Sie diese Frist, verlieren Sie Ihr Recht auf Geltendmachung von Einwendungen.

20.2.1 Nach Ablauf dieser Fristen gilt unsere Forderung als Ihnen anerkannt; wir informieren Sie darüber in unserer Stellungnahme.

7.) 2.20.2 Wenn Ihr Einwand unberechtigt war, können wir Ihnen die gesetzlichen Verzugszinsen ab dem in der Rechnung angegebenen Fälligkeitsdatum in Rechnung stellen.

8.) 30.7.1 Wenn Sie Einwände gegen den Einzelgesprächsnachweis haben, dann können Sie diese innerhalb von 3 Monaten nach der Ausstellung des Einzelgesprächsnachweises schriftlich geltend machen.

30.7.2 Nach dieser Frist gilt der Einzelgesprächsnachweis als anerkannt. Auf dieser Rechtswirkung und die in 30.7.1 geregelte Frist weisen wir Sie in jeder Rechnung gesondert hin.

30.7.3 Wir informieren Sie über Frist und Anerkennung auf jedem Einzelgesprächsnachweis.

oder die Verwendung sinn gleicher Klauseln zu unterlassen, dies binnen vier Monaten; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinn gleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind;

b) der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 4.570,95 (darin EUR 565,97 USt und EUR 1.175,11 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches mit Ausnahme der Kostenentscheidung 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.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Zu I. und II.:

Zur besseren Übersichtlichkeit sowie des teilweise in Verbindung stehenden Vorbringens der Parteien hinsichtlich der vom Kläger inkriminierten Klausel 1 und Klausel 9 wird in den Entscheidungsgründen sowohl zu Punkt I. als auch zu Punkt II. des Urteilsspruches die Nummerierung des Klägers in der Klage beibehalten.

Mit der am 10.7.2012 eingebrachten, der Beklagten am 26.7.2012 zugestellten Klage begehrt der Kläger, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, die neun in der Klage wörtlich angeführten oder sinngleiche Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder Vertragsformblättern zu verwenden und sich darauf zu berufen. Weiters begehrt er die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe.

Zusammengefasst brachte der **Kläger** vor, die Beklagte verwende die inkriminierten Klauseln in ihren derzeit gültigen AGB und Entgeltbestimmungen, sohin in einer Vielzahl von Verträgen, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Wiederholungsgefahr bestehe außerdem schon deshalb, weil der Kläger vor Klageeinbringung die Beklagte mit eingeschriebenem Brief vom 25.06.2012 aufgefordert habe, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Die Beklagte habe entgegnet, dass sich die Abmahnung auf eine Vorversion der aktuellen AGB bezogen habe, was allerdings nur auf Teilbereiche der Klauseln 1 und 2 zugetragen sei, die in der nunmehr aktuellen Version weiterhin unzulässig seien. Die Klauseln 3 bis 9 seien unverändert in Verwendung. Die Beklagte habe die Abgabe einer Unterlassungserklärung abgelehnt. Dies indiziert das Vorliegen der Wiederholungsgefahr. Nur die rechtzeitige und vollständige unbedingte Abgabe der Unterlassungserklärung mit Unterwerfung unter den Standpunkt des Klägers beseitige die Wiederholungsgefahr. Das Schreiben der Beklagten vom 17.07.2012 sei daher von vornherein ungeeignet gewesen, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Sämtliche inkriminierten Klauseln seien in den AGB gültig für neu abgeschlossene Verträge sowie Vertragsverlängerungen ab 21.02.2012 und in den Allgemeinen Entgeltbestimmungen der Beklagten enthalten gewesen, die diese jedenfalls in der Zeit zwischen 21.02.2012 und der Abmahnung vielen tausend Vertragsverhältnissen zugrunde gelegt habe. Da der Unterlassungsanspruch auch das Verbot einschließe, sich auf die unzulässigen Klauseln zu berufen und dies auch bei der Wiederholungsgefahr zu berücksichtigen sei, sei aufgrund des Umstandes, dass die Beklagte jedenfalls zahlreiche Verträge mit all diesen Klauseln unmittelbar bis zur Abmahnung verwendet habe, rechtlich nicht erheblich, ob auch für Neuabschlüsse von Verträgen zum Zeitpunkt der Abmahnung und

darüber hinaus diese Klauseln vereinbart worden seien. Im übrigen sei es irrelevant, ob der Kläger auch wegen der Klausel 1 abgemahnt habe; das Abmahnverfahren sei für den Kläger nicht verpflichtend und der Unterlassungsanspruch entstehe schon durch Verwendung der Klausel an sich.

Für das Unterlassungsbegehren, sich auf die inkriminierten Klauseln zu berufen, sei jedenfalls keine Leistungsfrist zu setzen. Die Verwendung rechtskräftig für unwirksam erachteter Klauseln stelle keinen Zustand dar, dessen Änderung einer längeren Zeit bedürfe. Zwar nehme die Formulierung neuer AGB und auch deren Anzeige an die Regulierungsbehörde Zeit in Anspruch, jedoch sei es einem Verwender von AGB ohne jegliche Inanspruchnahme von Zeit möglich, seine Kunden darüber aufzuklären, dass die derzeitigen AGB teilweise unzulässig seien. Insofern sei auch für das Verwenden von rechtswirksam für unwirksam erkannten AGB keine Leistungsfrist zu setzen. Eine sechsmonatige Leistungsfrist sei jedenfalls zu lang. Eine solche würde auch gegen Art 7 Abs 2 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen verstoßen.

Zu den einzelnen inkriminierten Klauseln:

Klausel 1: Punkt 7.5 lit b) der AGB:

Diese Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG und § 864a ABGB:

Nach der inkriminierten Klausel müsse der Verbraucher, der das Vertragsverhältnis vor Ablauf des 21. Monats kündige, darüber hinaus auch noch eine Erhöhung des Endgerätepreises von EUR 79,90 in Kauf nehmen, was dazu führe, dass derjenige, der bis zum Ablauf des 21. Monats am Vertrag festhalte, besser gestellt sei. Denn dieser Nachzahlungspflicht bei vorzeitiger Auflösung vor Ablauf von 21 Monaten durch den Verbraucher zukommendem „Strafcharakter“ fehle jegliche sachliche Grundlage. Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Nach der Klausel in den Allgemeinen Entgeltbestimmungen (Klausel 9 der Abmahnung) werde bei vorzeitiger Beendigung durch den Verbraucher unabhängig von der Vertragsdauer eine Abschlagszahlung von EUR 80,00 je aktiver SIM-Karte verrechnet. Bei kundenfeindlichster Auslegung müsse der Verbraucher nach den vertraglichen Regelungen daher bei Beendigung vor Ablauf von 21 Monaten eine Kaufpreisnachzahlung von EUR 79,90 und zusätzlich eine Abschlagszahlung von EUR 80,00 je aktiver SIM-Karte, daher insgesamt zumindest EUR 159,90 bezahlen. Damit sei die Klausel auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Diese zusammenhängenden Regelungen und ihr nachteiliger Effekt seien für den Verbraucher nicht erkennbar, weil die Klauseln an unterschiedlichen Stellen geregelt seien. Die Endgerätepreiserhöhung nach Punkt 7.5.1 der AGB werde nicht verrechnet, wenn das Vertragsverhältnis vor Ablauf der Mindestvertragsdauer aus den von der Beklagten zu

vertretenden, in Punkt 7.4 genannten Gründen aufgelöst werde. Es finde sich keine Bestimmung über eine von der Beklagten zu leistende Bezahlung, falls sie den Vertrag vorzeitig auflöse. Damit liege auch ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung vor. Darüber hinaus sei die Klausel auch in Zusammenschau mit Klausel 9 nachteilig und überraschend, weil Verbraucher nicht mit einer Klausel rechneten, wonach sie neben den offenen Grundgebühren noch ein zusätzliches Entgelt bzw. zusätzliche Entgelte zu bezahlen hätten.

Aus § 25 Abs 4 Z 3 lit b TKG könne nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber jegliche Entgelte bei Beendigung des Vertragsverhältnisses, einschließlich solcher für Einrichtung bei Vertragsbeendigung, für zulässig halte. Vielmehr gebe die Bestimmung nur vor, dass die bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte einschließlich einer Kostenanlastung für Endeinrichtungen in den AGB zu regeln seien, unabhängig davon müssten solche Regelungen mit der sonstigen Rechtsordnung inhaltlich vereinbar sein. Selbst wenn hinsichtlich der Klausel 9 Streitanhängigkeit vorliege, würde dies den Kläger nicht daran hindern, deren rechtswidrigen Effekt des Zusammenwirkens der Klauseln 1 und 9 des Klagebegehrens darzustellen und auch darauf das Unterlassungsbegehren zu Klausel 1 zu stützen.

Klausel 2: Punkt 7.8 der AGB:

Diese Klausel verstoße gegen § 25 TKG, § 6 Abs 3 KSchG, § 879 ABGB, § 864a ABGB und § 6 Abs 1 Z 2 KSchG:

Mit dieser Klausel behalte sich die Beklagte vor, den Vertrag ohne irgendeine Beschränkung nach Belieben im Rahmen des Prozedere einer Erklärungsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zu ändern. Die Klausel versuche, mittels Erklärungsfiktion einvernehmliche, unbeschränkt mögliche Vertragsänderungen mit den Kunden zu ermöglichen. Davon könnten auch gravierende benachteiligende Änderungen betroffen sein, sodass die Klausel gegen § 25 Abs 3 TKG verstoße, weil den Kunden in diesen Fällen ein Kündigungsrecht einzuräumen sei. Die Klausel verschleierte dem Verbraucher insofern die wahre Rechtslage dahingehend, dass ihm im Fall von benachteiligenden Änderungen ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehe. Die Klausel verstoße daher gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Eine derartige Fiktion sei aber auch schon deswegen jedenfalls unzulässig, weil es sich dabei um eine vollkommen unbeschränkte Änderungsmöglichkeit handle, die Änderungen in alle Richtungen zulasse. Diese Änderungsmöglichkeit könne zu einer massiven Veränderung des bestehenden Vertrages führen. Daher sei die Klausel auch sittenwidrig iSd § 879 ABGB. Völlig unüblich sei auch, dass bestehende Verträge vollkommen unbeschränkt geändert werden könnten und die Betroffenen widersprechen müssten, um nicht in Gefahr zu laufen, nach Ablauf der Widerspruchsfrist über ein vollkommen anderes Produkt zu verfügen, das sie im

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht gewählt hätten. Die Klausel weiche somit von den berechtigten Erwartungen der Verbraucher deutlich ab und sei daher als überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB anzusehen. Sie weiche auch von dem grundlegenden Prinzip, dass Schweigen im Rechtsverkehr keinen Erklärungswert habe, ab. Sie verstoße auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil aus ihr die mögliche Reichweite der Änderungsmöglichkeiten nicht hinreichend ablesbar sei. Nur ein berechtigtes Verwenderinteresse rechtfertige eine vorformulierte Erklärungsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Diese könne nur dort bejaht werden, wo es nach der Sachlage erforderlich sei, das Rechtsverhältnis einer bestimmten Situation anzupassen und die dem Vertragspartner zugerechnete Erklärung diesem keinen unangemessenen Nachteil zufüge. Diese Schranken würden durch die gegenständliche Klausel aber massiv überschritten. Durch das Vorenthalten des § 25 Abs 3 TKG nehme die Beklagte dem Verbraucher die Möglichkeit, selbst eine Wahl zu treffen, das Vertragsverhältnis aufzulösen und zu einem kostengünstigeren Anbieter zu wechseln. Aufgrund der Erklärungsfiktion komme nicht klar hervor, welche maßgeblichen Konsequenzen das Unterbleiben des Widerspruches des Verbrauchers zu einer Änderung hervorrufen könne und, dass, ausgehend von einer kundenfeindlichsten Auslegung, die Beklagte das Entgelt anheben könne. Auch, dass dem Verbraucher ein außerordentliches, kostenloses Kündigungsrecht zustehe, gehe nicht klar hervor. Unerheblich sei, dass die Regulierungsbehörde keinen Widerspruch gegen die AGB der Beklagten erhoben habe.

Klausel 3: Punkt 14.4 der AGB:

Diese Klausel verstoße gegen § 4 Z 14 (richtig: Z 12) DSGVO iVm § 6 Abs 3 KSchG:

Im Fall des qualifizierten Zahlungsverzuges würden die Stammdaten an anerkannte und befugte Kreditschutzverbände und Kreditinstitute übermittelt werden. Dabei würden nur zwei Kreditschutzverbände beispielhaft und nicht abschließend genannt. Hinsichtlich der Kreditinstitute sei völlig unklar, welche das sein könnten. Damit verstoße die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Dass die Beklagte die Klausel durch eine andere Klausel ersetzt habe, sei für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr hinsichtlich der bisherigen Klausel ohne Bedeutung. Auch sei der Tatbestand des § 7 DSGVO nicht erfüllt, der in einem, von der Beklagten jedenfalls überschrittenen Rahmen die Verwendung von Daten unter bestimmten Voraussetzungen zulasse. Diese Voraussetzungen habe die Beklagte nicht erreicht. Auch eine vorherige Absprache oder gar Einholung einer Zustimmung des betroffenen Kunden sei nicht vorgesehen. Es bedürfe bei einer derartigen wie in der Klausel vorgesehenen Vorgehensweise für eine Übermittlung der Daten jedenfalls einer Zustimmung des Kunden nach dem DSGVO.

Klausel 4: Punkt 15.2.2 der AGB:

Diese Klausel verstoße gegen § 9 KSchG, § 6 Abs 3 KSchG und § 6 Abs 1 Z 9 KSchG:

Die Klausel täusche über die wahre Rechtslage, wonach der Verbraucher – auch bei unverschuldeten Mängeln – Gewährleistungsansprüche habe, sodass auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG vorliege. Die Klausel schließe auch mögliche Schadenersatzansprüche des Verbrauchers aus und verstoße somit auch gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Der Verweis auf den ordentlichen Rechtsweg am Ende der AGB sei gegenüber dem Verbraucher jedenfalls nicht ausreichend. Vielmehr werde die Klausel von diesem so verstanden, dass die Beklagte ihre Haftung ausschließe und er dies hinnehmen müsse, wenn er den Vertrag abschließen möchte. Um dem Transparenzgebot zu entsprechen, müsse die Klausel nicht nur sprachlich transparent sein, sondern auch dem Durchschnittsverbraucher ihre Auswirkungen ausreichend verständlich offen legen. Diesen Anforderungen werde die Beklagte nicht gerecht.

Klausel 5: Punkt 19.6 der AGB:

Diese Klausel verstoße gegen § 879 ABGB, § 25 TKG, § 6 Abs 3 KSchG und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG:

Bei dieser Klausel handle es sich um eine einseitige Preisänderungsklausel, nach der die Beklagte das Recht zur Erhöhung und die Pflicht zur Senkung von Entgelten entsprechend dem Verbraucherpreisindex der Statistik Austria vereinbare. Die tatsächliche Erhöhung von Entgelten hänge somit davon ab, dass die Beklagte in Form einer Willenserklärung gegenüber den Kunden diese Änderung geltend mache. Diese Änderung solle in der Folge sofort wirken. Ein Kündigungsrecht nach § 25 TKG wäre damit ausgeschlossen. Damit verstoße die Klausel gegen § 25 TKG und sei somit auch gesetzwidrig nach § 879 ABGB und verschleierte den Verbrauchern die wahre Rechtslage, weswegen auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vorliege. Die Klausel sei auch gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unwirksam. Die Vereinbarung des Verbraucherpreisindex als Parameter für die Entgeltänderung iSv § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sei sachlich nicht gerechtfertigt. Weiters ergebe sich der Umfang der Entgeltänderung aus dem Verhältnis der Änderung des Jahres-VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahres-VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung. Anpassungen könnten bereits im Folgejahr des Vertragsabschlusses erfolgen. Bei Vertragsabschluss im Dezember 2012 könne die erste Entgelterhöhung ab 01.04.2013 erfolgen. In diesem Fall wäre für die Berechnung das Verhältnis der Änderung des Jahres-VPI 2012 und des Jahres-VPI 2011 heranzuziehen. Verbrauchern könnten daher nach der Klausel Preissteigerungen weitergegeben werden, die bereits vor Vertragsabschluss entstanden seien. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG lasse aber nur die Weitergabe von Preissteigerungen zu, die nach Vertragsabschluss entstünden. Die Entstehungskosten für die Erbringung von Telekommunikationsleistungen würden seit Jahren kontinuierlich sinken. Es sei daher sachlich nicht gerechtfertigt, den stets

steigenden Verbraucherpreisindex als Parameter einzusetzen.

Klausel 6: Punkt 20.1 der AGB:

Diese Klausel verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB:

Nach Ablauf der dreimonatigen Einspruchsfrist könnten Einwendungen nur noch gemäß Punkt 20.2.b gerichtlich geltend gemacht werden. Voraussetzung dafür sei, dass zuerst die Rechnung bei der Beklagten beeinsprucht werde und eine Stellungnahme seitens der Beklagten ergehe und dass in diesem Fall innerhalb von drei Monaten ab Rechnungslegung der Rechtsweg bestritten werde. Nach Ablauf dieser Frist gehe das Recht auf Geltendmachung von Einwendungen verloren. Damit werde dem Verbraucher der Rechtsweg schon aus dieser Bestimmung genommen, weil der Kunde erst vor Ablauf der dreimonatigen Frist ab Zugang der Rechnung einen Einspruch beim Betreiber mache. Die Frist von drei Monaten ab Rechnungslegung für den Rechtsweg für den Verbraucher wäre de facto nicht mehr wahrnehmbar. Die Klausel suggeriere dem Verbraucher, dass er eine falsche Abrechnung nicht mehr bekämpfen könne, wenn er nicht innerhalb der jeweils in der Klausel genannten Fristen dem Betreiber widerspreche bzw. er innerhalb von drei Monaten ab Rechnungslegung mit Klage dagegen vorgehen müsse. Eine solche Rechnungsanerkennnisklausel schaffe allerdings nur ein deklaratives Anerkenntnis, bei dem es sich um eine bloße Wissenserklärung handle und dem Verbraucher jederzeit der Rechtsweg offenstehe. Die Klausel sei daher intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Darüber hinaus sehe die Klausel keine gleich kurze Präklusionsfrist für Forderungen des Betreibers gegenüber dem Verbraucher vor, sodass hier ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen vorliege und die Klausel gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB sei.

Klausel 7: Punkt 20.2.2 der AGB:

Diese Klausel verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG:

Gemäß § 71 Abs 2a TKG habe auch der Kunde das Recht, gesetzliche Zinsen ab Inkassotag für zu viel eingehobene Beträge zu verlangen. Die Klausel sei daher unvollständig und damit intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die Rechtslage zum Nachteil des Verbrauchers nur unvollständig wiedergebe.

Klausel 8: Punkt 30.7.1 der AGB:

Die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB:

Die Klausel suggeriere dem Verbraucher, dass er eine falsche Abrechnung nicht mehr bekämpfen könne, wenn er nicht innerhalb der jeweils in der Klausel genannten Fristen dem

Betreiber widerspreche bzw. dass er innerhalb von drei Monaten ab Rechnungslegung mit Klage dagegen vorgehen müsse, wenn der Betreiber auf der Richtigkeit der Rechnung beharre, obwohl eine derartige Rechnungsanerkennisklausel nur ein deklaratives Anerkenntnis schaffe.

Klausel 9: Punkt 3.2.1 der Entgeltbestimmungen:

Die Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 864a ABGB und § 6 Abs 3 KSchG:

Für den Verbraucher sei nicht ersichtlich, hinsichtlich welcher Vorteile er nun mit der Abschlagszahlung zu rechnen habe, weswegen dem Verbraucher ein nicht abschätzbares Kostenrisiko aufgebürdet werde. Die Klausel verstoße daher gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Sie sei in Zusammenschau mit der Klausel 1 intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Es finde sich auch keine Bestimmung über eine Zahlung, die die Beklagte zu leisten hätte, falls sie den Vertrag vorzeitig löse oder im Fall einer Vertragskündigung durch den Verbraucher aufgrund von § 25 Abs 3 TKG. Es liege daher ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung vor. Darüber hinaus sei die Klausel – insbesondere auch in Zusammenschau mit Klausel 1 – nachteilig und überraschend, weil Verbraucher nicht mit der Klausel rechneten, wonach sie neben den offenen Grundgebühren noch ein zusätzliches Entgelt zu bezahlen hätten. Wenn auch die inkriminierte Klausel den Wortlaut nach der beanstandenden Klausel im Verfahren zu 39 Cg 9/12k entspreche, sei diese aufgrund eines anderen Zusammenhanges mit den restlichen Klauseln anders zu verstehen und somit nicht ident: In diesem Fall werde die Abschlagszahlung der Klausel 9 dann verrechnet, wenn vor Ablauf des 21. Monats gekündigt werde. Die Klausel sei auch insbesondere in einem Zusammenhang zur Klausel zu 1 sehen.

Die **Beklagte** bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, mit Schreiben der Klägerin vom 25.06.2012 wegen ihrer AGB abgemahnt worden zu sein. Diese Abmahnung habe sich insbesondere auch auf Klauseln bezogen, die zum Zeitpunkt der Abmahnung gar nicht mehr in Geltung gewesen seien, da bereits zahlreiche Verbesserungen für die Kunden in die AGB aufgenommen worden seien. Die Regulierungsbehörde habe letztlich zu den von der Beklagten am 14.05.2012 angezeigten AGB beschlossen, keinen Widerspruch zu erheben. Mit Schreiben der Beklagten vom 17.07.2012 habe diese in einigen Punkten Änderungen angekündigt, um Missverständnisse gänzlich auszuschließen. Gleichzeitig habe die Beklagte konstruktive Verhandlungen mit der Klägerin zur teilweisen Abänderung der AGB angeboten. In der Folge habe die Beklagte jene dem Kläger vorgeschlagenen Änderungen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht geändert. Die Klauseln 3, 4, 6, 7 und 8 seien schon von der Beklagten abgeändert worden und die im Verfahren zu 39 Cg 9/12k inkriminierte Klausel 9 schon von der Beklagten gelöscht worden. Eine Rückänderung der AGB komme aufgrund der aufwendigen Prozedur mit Anzeige bei und

Widerspruchsmöglichkeit von der Regulierungsbehörde nicht in Frage. Somit sei bezüglich der Klauseln 3, 4, 6, 7, 8 und 9 aufgrund der Abänderung die Wiederholungsgefahr tatsächlich weggefallen.

Außer Streit gestellt wurde, dass die Beklagte die inkriminierten Klauseln zum Zeitpunkt der Abmahnung entsprechend veröffentlicht hatte, jedoch seien diese Klauseln zum Zeitpunkt der Abmahnung teilweise nicht mehr in Geltung gewesen. Für den Fall einer Stattgebung des Unterlassungsbegehrens sei das Prozedere des § 25 Abs 1 TKG für Änderungen der AGB der Beklagten zu berücksichtigen, woraus sich das Erfordernis einer Fristsetzung ergebe. Es sei daher eine angemessene Leistungsfrist von zumindest sechs Monaten einzuräumen.

Klausel 1: Punkt 7.5 der AGB:

Hinsichtlich dieser Klausel sei keine Abmahnung erfolgt, diese habe sich vielmehr gegen eine Vorgängerklausel gerichtet. Die Klausel verstoße auch nicht gegen § 25 Abs 4 Z § lit b TKG, wonach in den AGB ua Regelungen über die bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte einschließlich einer Kostenanlastung für Endeinrichtungen vorzusehen sei. Daraus ergebe sich ausdrücklich, dass der Gesetzgeber eine Kostenanlastung für Endeinrichtungen bei Beendigung des Vertragsverhältnisses für zulässig halte. Zudem bleibe die Beklagte bis zum Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer leistungsbereit. Die Beklagte habe ein Interesse an langfristig zufriedenen Kunden und belohne die weitgehende Einhaltung von Verträgen über 21 Monate der 24-monatigen Vertragslaufzeit mit einem Wegfall der Abschlagszahlung auch dann, wenn auch die Stützung für das Endgerät noch nicht vollständig durch die jeweiligen Kunden refinanziert worden sei. Die Beklagte habe auch niemals eine doppelte Abschlagszahlung verrechnet und werde dies auch nicht tun und biete an, sich dazu zu verpflichten, gegenüber Verbrauchern nicht zwei Klauseln bezüglich Abschlagszahlungen für Endeinrichtungen für einen Vertrag parallel anzuwenden oder in Geltung zu haben. Ein Zusammenspiel von Klausel 1 und Klausel 9 sei zudem nicht vom Urteilsbegehren gedeckt, weil sich dieses gegen die jeweilige Klausel und nicht gegen eine Kombination derselben richte. Die inkriminierte Klausel sei nicht überraschend und gesetzlich vorgesehen sowie sachlich angemessen. Der Endgerätepreis erhöhe sich im Übrigen nur dann, wenn ein Kunde ein vergünstigtes Endgerät bezogen habe und seinen Vertrag mehr als drei Monate vor Ablauf der Mindestvertragsdauer, sohin vor Ablauf des 21. Monats vorzeitig beende.

Klausel 2: Punkt 7.8 der AGB:

Die Kunden hätten die Möglichkeit, die vorgeschlagenen Vertragsänderungen anzunehmen, indem sie auf den Vorschlag der Beklagten nicht reagierten oder diesen Vertragsänderungen binnen einem Monats widersprächen, wodurch der bisherige Vertrag

bestehen bleibe und weiterlaufe. § 25 Abs 3 TKG sei auf Individualvereinbarungen gar nicht anwendbar und gelte nur für Änderungen von AGB und Entgeltbestimmungen. Die inkriminierte Klausel gebe dem Kunden über § 25 Abs 3 TKG hinausgehend die Möglichkeit, den bisherigen Vertrag unverändert beizubehalten. Im Übrigen habe auch der Gesetzgeber die Zulässigkeit von Änderungen durch Erklärungsfiktion durch § 25 Abs 3 TKG umfangmäßig nicht eingeschränkt. Mobilfunkverträgen komme insofern eine Sonderstellung zu, als der Verbraucher schon durch die gesetzlich vorgesehene Erklärungsfiktion des § 25 Abs 3 TKG Mitteilungen seines Anbieters genau beachten müsse und somit auch durch Mitteilungen nach der beanstandeten Klausel nicht überraschen könne. Die Kunden seien vom Regelungsinhalt der Widerspruchsklausel somit gar nicht beschwert, weil sie jedenfalls bei einer vorgeschlagenen Änderung der Bedingungen durch Widerspruch ihren alten Vertrag beibehalten könnten, worauf die Kunden ausdrücklich hingewiesen würden.

Klausel 3: Punkt 14.4 der AGB:

Die mit Schreiben der Beklagten vom 17.07.2012 angekündigte Änderung der Klausel sei bereits dementsprechend umgesetzt worden. Auch bisher seien Daten von der Beklagten nur so weitergegeben worden, dass dies auch der nunmehr eingeschränkten Klausel entsprochen habe. Allfällige Bedenken betreffend Intransparenz seien jedenfalls ausgeräumt.

Klausel 4: Punkt 15.2.2 der AGB:

Die dem Kläger mit Fax vom 17.07.2012 angekündigte Änderung sei bereits umgesetzt worden. Schon bisher habe sich jedoch aus den AGB kein Gewährleistungs- und/oder Haftungsausschluss ergeben, weil ausdrücklich auch auf den ordentlichen Rechtsweg hingewiesen worden sei.

Klausel 5: Punkt 19.6 der AGB:

Die beanstandete Klausel regle keine Entgeltänderung, sondern eine Entgeltanpassung nach klar definierten Kriterien, welche im Übrigen im Falle einer Deflation auch zu einer Entgeltreduktion führten. § 25 Abs 3 TKG sei auf solche Entgeltanpassungen nicht anwendbar.

Klausel 6 und 7: Punkt 20 der AGB:

Die dem Kläger mit Fax vom 17.07.2012 angekündigten Änderungen seien bereits umgesetzt worden. Auch bisher seien jedoch die AGB nicht intransparent gewesen, da Punkt 32ff der AGB, auf den Punkt 20.2 lit a verweise, ausdrücklich regle, dass der ordentliche Rechtsweg jedenfalls offen stehe.

Klausel 8: Punkt 30.7.1 bis 30.7.3 der AGB:

Die mit Fax vom 17.07.2012 angekündigte Änderung sei von der Beklagten bereits umgesetzt worden. Schon bisher sei in Punkt 32.3.3 der AGB ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der ordentliche Rechtsweg weiterhin offenstehe. Um jede Möglichkeit für Missverständnisse auszuschließen, sei dies nunmehr zusätzlich noch im Punkt 30.7.4 angeführt worden.

Klausel 9: Punkt 3.2.1 der Entgeltbestimmungen:

Die Bestimmung in den Entgeltbestimmungen sei übersehen worden und mittlerweile auch schon gelöscht worden und in die Entgeltbestimmung die modifizierte Abschlagszahlungsbestimmung aufgenommen worden. Nach Umstellung der Klausel 7.5 der AGB sei die gegenständliche Klausel ohnehin obsolet geworden. Das Vorbringen des Klägers in Bezug auf das Zusammenspiel von Klausel 1 und Klausel 9 sei nicht vom Urteilsbegehren gedeckt, weil sich dieses gegen die jeweilige Klausel und nicht gegen eine Kombination von Klauseln richte. Unabhängig davon sei diese Klausel in völlig identischer Formulierung bereits Gegenstand des Verfahren 39 Cg 9/12k, sodass der Unterlassungsklage des Klägers hinsichtlich dieser Klausel jedenfalls das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit entgegen stehe und das Unterlassungsbegehren daher hinsichtlich dieser Klausel zurückzuweisen sei.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden (Beilagen ./A, ./B und ./1 bis ./5) sowie Einsichtnahme in den Akt 39 Cg 9/12k und Einvernahme des Zeugen [REDACTED] [REDACTED]

Demnach steht folgender Sachverhalt fest:

Der Kläger ist ein Verein iSd § 29 Abs 1 KSchG.

Die Beklagte ist zu FN 171112k im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien protokolliert. Sie betreibt das Geschäft mit der Mobiltelefonie, bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an, tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Aufgrund dieser Tätigkeit ist die Beklagte, die mit mehr als 4 Millionen Kunden der zweitgrößte Mobilfunkanbieter Österreichs ist, Unternehmer iSd § 1 KSchG.

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen („AGB“),“ gültig für neu abgeschlossene Verträge sowie Vertragsverlängerungen ab 21. Februar 2012 sowie den „Allgemeinen Entgeltbestimmungen“ (Beilage ./B), die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt bzw. in Vertragsformblättern folgende nachstehend angeführte Klauseln:

„7.5 Wenn Sie das Vertragsverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer beenden, dann verrechnen wir Ihnen

a. alle noch ausstehenden Grundgebühren/Paketpreise/Mindestgesprächsumsätze bis zum Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer;

b. wenn Sie bei Vertragsabschluss oder im Rahmen einer Vertragsverlängerung ein vergünstigtes Endgerät bezogen haben und Ihren Vertrag vor Ablauf des 21. Monats vorzeitig beenden, erhöht sich der Endgerätepreis um EURO 79,90.

7.5.1 Die in Punkt 7.5 a. und b. Genannten Beträge verrechnen wir Ihnen nicht, wenn berechtigte Gründe vorliegen, die eine außerordentliche Kündigung Ihrerseits rechtfertigen. Darunter fallen insbesondere, die in Punkt 7.4 beschriebenen außerordentlichen Kündigungsgründe.

2.) 7.8 Unbeschadet der Möglichkeit zur einseitigen Änderung der AGB, der Leistungsbeschreibungen und der Entgeltbestimmungen wie oben in Punkt 7.4. dieser AGB beschrieben (§ 25 Abs 3 TKG 2003) können wir Änderungen mit Ihnen auch einvernehmlich vereinbaren.

7.8.1 Wir senden Ihnen ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen an die uns gemäß Punkt 2.11 a) oder b) dieser AGB bekanntgegebene Zustelladresse zu. Ein solches Angebot unterbreiten wir Ihnen jedenfalls in schriftlicher Form, zB als Rechnungsaufdruck als Rechnungsbeilage. Darin finden Sie alle Änderungen der AGB, der Leistungsbeschreibungen oder Entgeltbestimmungen. Auch wenn wir nur einen Teil eines Punktes ändern, senden wir Ihnen den gesamten neuen Punkt. Zusätzlich finden Sie einen Hinweis auf die Volltext-Version unter www.t-mobile.at/AGB bzw. www.telering.at/AGB. Sie können die Volltext-Version auch bei unserer Serviceline kostenlos anfordern. Gleichzeitig informieren wir Sie über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen.

7.8.2 Unser Angebot zu den neuen bzw. geänderten AGB, Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen gilt als angenommen, wenn Sie nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widersprechen. Wir informieren Sie in unserem Angebot über diese Frist sowie auf die Bedeutung Ihres Verhaltens.

7.8.3 Wenn Sie den vorgeschlagenen Änderungen bis zum Tag des In-Kraft-Tretens (0 Uhr) bei uns einlangend widersprechen, so treten die vorgeschlagenen Änderungen für Sie nicht in Kraft und Ihr bestehender Vertrag läuft unverändert weiter. Ihren Widerspruch können Sie zum Beispiel schriftlich an T-Mobile Austria, Postfach 333 richten, in einem unserer Tele.ring oder T-Mobile Shops oder mündlich an unserer T-Mobile Austria bzw. Tele.ring

Serviceline erklären. Über die Möglichkeiten eines Widerspruchs werden wir Sie jeweils auch in unseren Angeboten zur einvernehmlichen Vertragsänderung informieren.

3.) 14.4 Nur Ihre Stammdaten (4.3 AGB) verwenden wir für Auskünfte über Ihre Kreditwürdigkeit und vermitteln diese hierzu an Kreditschutzverbände und Kreditinstitute. Im Falle des qualifizierten Zahlungsverzuges (Übergabe der Forderung nach zweimaliger erfolgloser Mahnung an ein Inkassoinstitut (insbesondere Inkassoauskünfte GmbH & Co KG, Infoscore Austria GmbH) zum Zwecke des Gläubigerschutzes bzw. zur Einbringlichmachung der Forderung) übergeben wir Ihre Stammdaten an anerkannte und befugte Kreditschutzverbände und Kreditinstitute (insbesondere Kreditschutzverband von 1870 Information GmbH, Deltavista GmbH). Sie können diese am Anmeldeformular gegebene Zustimmung zur Weitergabe Ihrer Daten an die oben genannten Institutionen jederzeit widerrufen.

4.) 15.2.2 Wir haften nicht für die Folgen von Störungen und Unterbrechungen durch

a. unvorhersehbare und außergewöhnliche Umstände (zB höhere Gewalt) oder

b. notwendige und zweckdienliche technische Maßnahmen (zB Wartung).

5.) 19.6 Die mit Ihnen vereinbarten fixen monatlichen Entgelte (laut Ihrem gewählten Tarif) sind wertgesichert. Es gilt folgende Wertsicherung als vereinbart:

T-Mobile Austria ist bei Änderungen des Verbraucherpreisindexes (Indexbasis: Jahres-VPI 2010 = 100) wie von der Statistik Austria veröffentlicht (sollte dieser nicht mehr veröffentlicht werden, so tritt der dann amtlich festgelegte Nachfolgeindex an dessen Stelle) im Falle einer Steigerung berechtigt und im Falle einer Senkung verpflichtet, fixe monatliche Entgelte (nämlich Grundgebühr, Pauschale [Flatrate], Mindestumsatz), in jenem Verhältnis anzupassen, in dem sich der Jahres-VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahres-VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung geändert hat.

Dabei bleiben Schwankungen des Jahres-VPI gegenüber der Indexbasis nach oben oder unten unter 1 % unberücksichtigt (Schwankungsraum). Sobald hingegen der Schwankungsraum durch eine oder mehrere aufeinanderfolgende Schwankungen des Jahres-VPI über- bzw. unterschritten wird, ist die gesamte Änderung in voller Höhe maßgeblich.

Der hieraus resultierende, außerhalb des Schwankungsraumes liegende Wert bildet die Grundlage für eine zulässige Entgelterhöhung bzw. für die gebotene Entgeltreduktion; gleichzeitig stellt er die neue Indexbasis für zukünftige Anpassungen dar (und damit auch die neue Bezugsgröße für einen Schwankungsraum).

Eine daraus ableitbare Entgelterhöhung kann jeweils nur mit einem Datum ab 1. April bzw. 31. Dezember jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat; eine daraus abzuleitende Entgeltreduktion muss jeweils mit 1. April jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat. Erstmalig kann bzw. muss gegebenenfalls eine solche Anpassung in dem auf das Zustandekommen (bzw. die einvernehmliche Verlängerung) des Vertragsverhältnisses folgenden Kalenderjahr vorgenommen werden.

Soweit sich aufgrund der Bestimmungen dieses Punktes eine Verpflichtung von T-Mobile Austria zur Entgeltreduktion ergäbe, verringert sich diese Verpflichtung in jenem betragslichen Ausmaß, in dem T-Mobile Austria zuvor aufgrund besagter Bestimmungen zu einer Entgelterhöhung berechtigt gewesen wäre, ohne von diesem Recht Gebrauch gemacht zu haben. Über die Vornahme einer solchen Entgeltanpassung wird der Kunde samt den zu ihr anlassgebenden Umständen in geeigneter Weise (zum Beispiel durch Rechnungsaufdruck) in der der Entgeltänderung vorangehenden Rechnungsperiode informiert.

6.) 20.1 Wenn Sie Einwände gegen eine Rechnung haben, können Sie diese innerhalb von drei Monaten ab Zugang der Rechnung schriftlich bei uns geltend machen. Wenn innerhalb dieser Frist kein Einspruch erfolgt, gilt die Rechnung als von Ihnen anerkannt. Nach Ablauf von drei Monaten können Sie allfällige Einwendungen nur noch gerichtlich geltend machen, gemäß Punkt 20.2.b).

20.1.1 Die in Punkt 20.1. beschriebene Rechtsfolge gilt nur dann, wenn wir Sie über diese Einspruchsfrist und die Rechtsfolge der Anerkennung auf Ihrer Rechnung gesondert informiert haben.

20.2. Sind Ihre Einwände zwar fristgerecht bei uns eingelangt (nach Punkt 20.1 AGB) aber nach unserer Auffassung unbegründet, teilen wir Ihnen dies in einer Stellungnahme mit. In diesem Fall können Sie

a. sich innerhalb von 1 Monat nach Erhalt unserer Stellungnahme an die Rundfunk- und Telekom-Regulierungs-GmbH (RTR) wenden (Punkt 32 (3)ff AGB) und/oder

b. innerhalb von 3 Monaten ab Rechnungslegung den Rechtsweg bestreiten. Versäumen Sie diese Frist, verlieren Sie Ihr Recht auf Geltendmachung von Einwendungen.

20.2.1 Nach Ablauf dieser Fristen gilt unsere Forderung als Ihnen anerkannt; wir informieren Sie darüber in unserer Stellungnahme.

7.) 2.20.2 Wenn Ihr Einwand unberechtigt war, können wir Ihnen die gesetzlichen Verzugszinsen ab dem in der Rechnung angegebenen Fälligkeitsdatum in Rechnung stellen.

8.) 30.7.1 Wenn Sie Einwände gegen den Einzelgesprächsnachweis haben, dann können Sie diese innerhalb von 3 Monaten nach der Ausstellung des Einzelgesprächsnachweises schriftlich geltend machen.

30.7.2 Nach dieser Frist gilt der Einzelgesprächsnachweis als anerkannt. Auf dieser Rechtswirkung und die in 30.7.1 geregelte Frist weisen wir Sie in jeder Rechnung gesondert hin.

30.7.3 Wir informieren Sie über Frist und Anerkennung auf jedem Einzelgesprächsnachweis.

9.) 3.2.1 Weiters verrechnen wir Ihnen eine Abschlagszahlung von 80 Euro je aktivierter SIM-Karte – für Vorteile (z.B Endgerätestützung, Gesprächsgutschrift), die wir Ihnen bei Vertragsabschluss oder bei Abgabe eines weiteren Kündigungsverzichtes gewährt haben.

Der Marktführer A1 hat eine ähnliche Bestimmung wie die Klausel 1 (Punkt 7.5 der AGB des Klägers) in seinen Verträgen aufgenommen in Form einer Abschlagszahlung für Endgeräte bei vorzeitiger Vertragsauflösung durch den Kunden.

Mit Schreiben des Klägers vom 25.06.2012 (Beilage ./3) forderte der Kläger die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung nach § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Hinsichtlich der Klausel 1 bezog sich die Abmahnung und vom Kläger geforderte Abgabe der strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung auf eine Vorgängerbestimmung der angeführten Klausel 1, Punkt 7.4 lit b.

Mit Schreiben des Beklagtenvertreters vom 17.07.2012 (Beilage ./4) lehnte die Beklagte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung ab und begründete die Ablehnung hinsichtlich der Klauseln 3, 4, 6, 7 und 8 dahingehend, dass hinsichtlich dieser Klauseln bereits Änderungen bei der Beklagten in Ausarbeitung seien, bevor diese Änderungen der AGB in Abstimmung mit der zuständigen Regulierungsbehörde (RTR-GmbH) als rein begünstigende Änderungen umgesetzt würden. Hinsichtlich der übrigen Klauseln lehnte die Beklagte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung unter Hinweis darauf, dass diese Regelungen nicht unzulässig seien, ab. Weiters führte die Beklagte in diesem Schreiben an, dass hinsichtlich der in Änderung befindlichen AGB auch eine informelle Abstimmung mit dem Kläger sinnvoll und wünschenswert wäre.

Infolge des In-Kraft-Tretens der Novelle zum Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG) mit 21.02.2012 nahm die Beklagte eine Änderung und Umgestaltung der inkriminierten Klauseln 3, 4, 6, 7 und 8 in Abstimmung mit der RTR-GmbH als Regulierungsbehörde vor, gegen die die RTR-GmbH – nach Vorlage mehrerer geänderter Versionen von AGB – letztlich keinen

Widerspruch erhoben hatte.

Mit am 27.01.2012 zu 39 Cg 9/12k des Handelsgerichtes Wien eingebrachter Klage beehrte der Kläger die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der – in diesem Verfahren als Klausel 9 inkriminierten – Klausel 3.2.1 der Entgeltbestimmungen (Beilage ./B): *„Weiters verrechnen wir Ihnen eine Abschlagszahlung von EUR 80,00 je aktivierter SIM-Karte – für Vorteile (zB Endgerätestützung, Gesprächsgutschrift), die wir Ihnen bei Vertragsabschluss oder bei Abgabe eines weiteren Kündungsverzichtes gewährt haben“* oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen. Weiters stellte der Kläger ein – dem Veröffentlichungsbegehren in diesem Verfahren identes – Veröffentlichungsbegehren.

Mit – nicht rechtskräftigem – Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 27.12.2012, 39 Cg 9/12k, wurde dem Klagebegehren zur Gänze stattgegeben.

In der Begründung führte das Handelsgericht aus, dass ein Verbraucher bei vorzeitiger Vertragsauflösung nicht damit rechnen müsse, dass ihm dadurch höhere Kosten entstehen als bei Einhaltung der Mindestvertragsdauer. Dass der Verbraucher, obwohl er diese restlichen Entgelte bezahlen müsse, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten, darüber hinaus noch mit einer „Abschlagszahlung“ in nicht unbeträchtlicher Höhe belastet werde, sei überraschend. § 25 Abs 4 Z 3 lit b TKG könne nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die in den AGB entsprechend dieser Bestimmung vorzusehenden Entgelte uneingeschränkt zulässig seien und nicht mehr der Kontrolle durch die §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB unterliegen würden. Ein ausdrücklicher gesonderter Hinweis auf die nachteilige Klausel sei nicht erfolgt. Es liege daher ein Verstoß gegen § 864a ABGB vor. Darüber hinaus sei ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB gegeben, da sich die Klausel als gröblich benachteiligend erweise.

Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen gründen sich zum einen auf die – bei den jeweiligen Feststellungen in Klammer angeführten – unbedenklichen Urkunden, zum anderen, soweit sie die in Verträgen des Marktführers A1 vorgesehenen Abschlagszahlungen betreffen, auf die nachvollziehbare und schlüssige Aussage des Zeugen [REDACTED] [REDACTED] der im Übrigen auch glaubwürdig den den bereits erfolgten Änderungen der AGB vorangegangenen Abstimmungsprozess mit der Regulierungsbehörde schilderte.

Hinsichtlich der inkriminierten Klauseln selbst wurde von der beklagten Partei ausdrücklich nicht bestritten, dass sämtliche streitgegenständlichen Klauseln in der Vergangenheit von der

Beklagten auch verwendet wurden, sodass von der Einvernahme der Zeugin [REDACTED] [REDACTED] abzusehen war. Feststellungen betreffend bereits zum Zeitpunkt der Abmahnung erfolgter Änderungen in den AGB durch die Beklagte hatten – wie noch unter der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird – mangels rechtlicher Relevanz zu unterbleiben.

Die übrigen Feststellungen gründen sich auf das unbestritten gebliebene sowie außer Streit gestellte Vorbringen der Parteien.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in AGB, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder im hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) gesicherte Unterlassungserklärung abgibt.

Durch Abs 2 leg cit sollte klargestellt werden, dass die nach § 29 KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren. Das – nicht obligatorische – Abmahnverfahren ermöglicht es somit grundsätzlich, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen. Bestreitet der Verwender unzulässiger AGB das berechtigte Unterlassungsbegehren eines klageberechtigten Verbandes, so indiziert dies die Wiederholungsgefahr (SZ 72/12).

Nach ständiger Rechtsprechung muss sich der Verwender von AGB dem Anspruch des gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Verbandes nach Abmahnung vollständig, unbedingt, uneingeschränkt und strafbewehrt unterwerfen, um die Wiederholungsgefahr gemäß § 28 Abs 2 KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111637). Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung kann nur eintreten, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit besteht. Die Unterlassungserklärung des Verwenders von AGB muss daher neben wortgleichen auch sinngleiche Klauseln umfassen, um die Wiederholungsgefahr nach

§ 28 Abs 2 KSchG zu beseitigen (RS0111638). Ziel des Abmahnverfahrens ist eine außergerichtliche Streitbereinigung. Welche Rechtssicherheit mit der Unterwerfungserklärung erreicht werden kann, hängt von der Rechtsnatur der Unterlassungserklärung ab. Eine bloß teilweise Unterwerfungserklärung im Fall einer „Übermaßabmahnung“ beseitigt die Wiederholungsgefahr nicht. Die Willenseinigung über zwischen den Parteien Strittiges liegt dann nicht vor. Die angestrebte Rechtssicherheit kann in diesem Fall im Abmahnverfahren nicht erreicht werden. Der Unternehmer muss sich vollständig („alles oder nichts“) iSd Abmahnung unterwerfen.

Soweit die Beklagte einwendet, dass ihr Fax vom 17.07.2012 (Beilage ./4) für den Kläger geeignet gewesen wäre, in konstruktive Verhandlungen zur teilweisen Abänderung der AGB der Beklagten einzusteigen, um im Interesse der Konsumenten Regelungen zu finden, welche für die Konsumenten auch langfristig Bestand haben könnten, darüber hinaus die Klauseln 3, 4, 6, 7 und 8 schon seitens der Beklagten abgeändert worden und diese Änderungen jeweils der Regulierungsbehörde angezeigt worden seien und die ohnehin im Verfahren 39 Cg 9/12k verfahrensgegenständliche Klausel 9 bereits gelöscht worden sei, somit bezüglich der Klauseln 3, 4, 6, 7, 8 und 9 aufgrund der Abänderungen die Wiederholungsgefahr aufgrund der besonderen gesetzlichen Situation, dass AGB von Mobilfunkunternehmen einer Vorprüfung durch die Regulierungsbehörde unterliegen würden, tatsächlich weggefallen sei, ist unter Hinweis auf die Entscheidung des verstärkten Senats 6 Ob 24/11i auszuführen, dass nach dieser Entscheidung der Unternehmer, wenn er die beabsichtigten neuen Klauseln dem Verband vor dessen Verlangen iSd § 28 Abs 3 KSchG mitteilen will, dies ohne weiteres außerhalb des Abmahnverfahrens nach § 28 Abs 2 KSchG tun kann. Wenn er dies aber mit seiner Unterlassungserklärung nach Abmahnung verknüpft, trägt er eine Unklarheit in das Abmahnverfahren hinein und erzeugt Zweifel an der Ernstlichkeit seines unbedingten und vollständigen Verpflichtungswillens.

In diesem Zusammenhang ist die Beklagte auch darauf zu verweisen, dass sie, entsprechend ihres Vorbringens in der Klagebeantwortung, selbst sogar ausführt, dass die von ihr vorgenommenen und dem Kläger vorgeschlagenen Änderungen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht in den AGB und Entgeltbestimmungen erfolgt seien. Gerade damit gibt sie aber auch zu erkennen, dass nicht einmal sie selbst von einem Wegfall der Wiederholungsgefahr infolge Änderung der AGB ausgeht.

Entsprechend der zitierten Entscheidung des verstärkten Senates können nur vollständige und klare (also nicht durch auslegungsbedürftige Zusätze ergänzte) Unterlassungserklärungen die Wiederholungsgefahr iSd § 28 Abs 2 KSchG beseitigen. Fügt der Verwender oder der Empfehler von AGB seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln bei, liegt auch dann keine vollständige

Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht „sinngleich“ sind. In dieser Entscheidung wird vom OGH auch nicht zwischen AGB eines Telekom-Unternehmens und der in diesem entsprechend dem TKG verpflichtend vorgesehenen Kontrolle der AGB durch die RTR-Regulierungsbehörde einerseits und den AGB von Kreditgenossenschaften andererseits unterschieden, sodass das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten, dass auf eine Unterscheidung derselben abzielt, ins Leere geht. Es kommt daher für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr nicht darauf an, ob allenfalls seitens der RTR-GmbH als Regulierungsbehörde gegen die im Schreiben vom 17.07.2012 geänderten bzw. neu formulierten Ersatzklauseln Widerspruch erhoben wurde oder nicht.

Mangels Abgabe einer vollständigen und unbedingten Unterlassungserklärung ist somit die Wiederholungsgefahr indiziert und nicht beseitigt.

Da die Beklagte – über Erörterung – ausdrücklich nicht bestritten hatte, dass die verfahrensgegenständlichen Klauseln in der Vergangenheit von ihr verwendet wurden und der Unterlassungsanspruch auch das Verbot einschließt, sich auf die unzulässigen Klauseln zu berufen, ist sohin im Hinblick darauf, dass die Beklagte zahlreichen Verträgen bis zur Abmahnung die inkriminierten Klauseln ihrer AGB zugrunde legte, auch rechtlich nicht erheblich, ob für Neuabschlüsse von Verträgen zum Zeitpunkt der Abmahnung und darüber hinaus diese Klauseln vereinbart wurden.

Soweit die Beklagte – insbesondere zu Klausel 1 – einwendet, dass der Kläger hier die Abmahnung nicht auf die klagsgegenständliche Klausel, sondern eine Vorgängerbestimmung bezogen hätte, ist zu entgegnen, dass, wie bereits oben ausgeführt, das Abmahnverfahren nicht obligatorisch ist und es dieses daher zur Bejahung eines Unterlassungsanspruches des Klägers nicht bedurfte.

Bei der Prüfung der inkriminierten Klauseln auf einen allfälligen Verstoß gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten ist grundsätzlich auszuführen:

Die Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess hat im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RS0016590), für eine geltungserhaltende Reduktion ist nach ständiger Rechtsprechung kein Raum (RS0038205 mwN; Krejci in Rummel ABGB³, §§ 28 bis 30 KSchG Rz 15). Es ist daher bei der Beurteilung der inkriminierten Klauseln von der für den Kunden nachteiligsten Auslegungsvariante auszugehen.

Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RS0038205).

Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder in Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen.

Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel dann beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Die Klausel muss also einen Überumpelungs- oder gar Übertölpelungseffekt haben (RS0014646). Neben dem Inhalt der Klausel ist auch ihre Stellung im Vertragsgefüge entscheidend. Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit iSd § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen, wobei insbesondere bei Rechtsgeschäften mit einem bloß beschränkten Adressatenkreis auf die Branchen- bzw. Verkehrsüblichkeit und den Erwartungshorizont der angesprochenen Kreise abgestellt wird. Allein der Umstand, dass eine Klausel in einer Branche weit verbreitet ist, rechtfertigt nicht, dass sie aus der Sicht eines Vertragspartners als im redlichen Verkehr als üblich anzusehen ist (vgl. 2 Ob 50/02w; 3 Ob 72/07w).

Eine Klausel ist „versteckt“, wenn sie nicht dort eingeordnet ist, wo ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nach den Umständen mit ihr rechnen muss und er sie nicht dort findet, wo er sie vermuten könnte. Erfasst werden alle für den Kunden in irgendeiner Weise nachteiligen Klauseln, eine grobe Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RS0123234).

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Durch diese Bestimmung wurde eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes, bewegliches System geschaffen (RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender, vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB und Vertragsformblätter abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartner typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeengt, muss er sich doch zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 78/06f mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht ist unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners iSd § 879

Abs 3 ABGB, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine grobliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RS0014676). Die besondere Inhaltskontrolle von AGB und Vertragsformblättern, die den anderen Teil groblich benachteiligen, schützt den in der Regel schwächeren Teil gegen einen Missbrauch der Privatautonomie durch einen typischerweise überlegenen Vertragspartner. Dabei ist in beweglicher Beurteilung einerseits auf sachliche Rechtfertigung und den Grad der Abweichung von dispositivem Recht als den gesetzlich vorgesehenen Interessenausgleich, andererseits auch das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit des Vertragspartners abzustellen. Eine grobliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB ist auch anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden, sachlich nicht zu rechtfertigenden Missverhältnis zur vergleichbaren Position des anderen steht. Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder ausfüllen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (RS0016908).

Als Vergleichsmaßstab bei der Prüfung der groblichen Benachteiligung ist – mangels dispositiven Rechts – darauf abzustellen, wie sich die Lage für den Verbraucher ohne die Klausel darstellt (Graf in Kletecka/Schauer ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 279).

Zu den Klauseln im Einzelnen:

Klausel 1: Punkt 7.5 lit b der AGB:

Nach Punkt 7.5 lit a der AGB hat der Verbraucher, der seinen Vertrag vor Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer kündigt, noch alle bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer ausstehenden vertraglichen Entgelte zu bezahlen. Daraus folgt, dass der das Vertragsverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer kündigende Verbraucher gleich viel bezahlt wie derjenige Verbraucher, der am Vertrag festhält und somit sämtliche Restentgelte zu bezahlen hat, die bei Aufrechterhaltung des Vertrages für die Mindestvertragsdauer angefallen wären, ohne jedoch dafür eine Gegenleistung zu erhalten.

Zunächst ist zu prüfen, ob die inkriminierte Klausel eine nachteilige Bestimmung ungewöhnlichen Inhalts iSd § 864a ABGB darstellt, mit der der Verbraucher vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht, sodass sie überraschend ist.

Die Nachteiligkeit dieser Klausel liegt darin, dass derjenige, der den Vertrag vorzeitig

auf löst, nicht nur so viel bezahlen muss, wie derjenige, der am Vertrag bis zum Ende der Mindestvertragsdauer festhält, sondern darüber hinaus auch noch eine „Abschlagszahlung“ zu leisten hat, indem er auch noch eine Erhöhung des Endgerätepreises von EUR 79,90 zu leisten hat. Somit ist der Verbraucher, der am Vertrag bis zum Ende der Mindestvertragsdauer festhält, besser gestellt, da er sein Handy benutzen kann und bei Kündigung mit Ablauf der Mindestvertragsdauer sein gestütztes Handy ohne nachträgliche Kaufpreiserhöhung behalten kann.

Damit ist die inkriminierte Klausel für den Verbraucher nachteilig, wobei selbst eine verkehrsübliche Klausel überraschend sein kann. Allein der Umstand, dass auch andere Mobiltelefonanbieter eine derartige Klausel in ihren AGB vorsehen und eine solche daher in einer bestimmten Branche weit verbreitet ist, ist noch nicht geeignet, sie aus der Sicht des Vertragspartners als im redlichen Verkehr üblich anzusehen (6 Ob 241/07w).

Der Verbraucher, der den Vertrag vorzeitig auflöst, muss nicht damit rechnen, dass ihm dadurch noch höhere Kosten entstehen als bei Einhaltung der Mindestvertragsdauer. Er wird davon ausgehen, dass höchstens jene Restentgelte zu bezahlen sind, die bei Aufrechterhaltung des Vertrages für die vereinbarte Mindestvertragsdauer angefallen wären. Dass der Verbraucher, obwohl er diese restlichen Entgelte bezahlen muss, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten, darüber hinaus noch mit einer Abschlagszahlung belastet wird, macht die inkriminierte Klausel nachteilig und überraschend iSd § 864a ABGB.

Nach § 25 Abs 4 Z 3 lit b TKG haben AGB zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Endnutzern zumindest die Vertragslaufzeit und die Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Dienste und des Vertragsverhältnisses einschließlich der bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte einschließlich einer Kostenanlassung für Endeinrichtungen zu enthalten. Diese Bestimmung kann jedoch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass solche Entgelte, wie dies die Beklagte suggeriert, uneingeschränkt zulässig sind und nicht mehr der Kontrolle durch die §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB unterliegen. Vielmehr schreibt die zitierte Bestimmung nur vor, welche Inhalte in den AGB des Telekommunikationsbetreibers zu regeln sind, unabhängig davon müssen diese Regelungen jedoch mit der sonstigen Rechtsordnung inhaltlich vereinbar sein und daher der Geltungs- und Inhaltskontrolle standhalten.

Damit liegt ein Verstoß gegen § 864a ABGB vor.

Darüber hinaus ist auch ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB gegeben, da sich die Klausel auch als gröblich benachteiligend erweist. Die von der Beklagten angeführten internen Kalkulationen der Beklagten stellen keine sachliche Rechtfertigung für die Verwendung einer gröblich benachteiligenden Klausel dar. Ohne die Klausel müsste der Vertragspartner bei

vorzeitiger Aufkündigung nur die ausstehenden Entgelte (Restentgelte) für die Mindestvertragsdauer, nicht aber darüber hinaus noch eine Abschlagszahlung bezahlen, sodass ein auffallendes Missverhältnis zwischen den vergleichbaren Vertragspositionen des vorzeitig kündigenden Verbrauchers und des am Vertrag bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer festhaltenden Verbrauchers besteht.

Das Vorbringen der Beklagten, dass nur mit der beanstandenden Klausel den Kunden Endgeräte (Smartphones) vielfach um ein zusätzliches Entgelt zu einem vergleichsweise günstigen monatlichen Preis angeboten werden könne, obwohl die Mindestvertragsdauer lediglich auf 24 Monate begrenzt werde und die weitgehende Einhaltung von Verträgen über 21 Monate der 24-monatigen Vertragslaufzeit mit dem Wegfall der Abschlagszahlung auch dann belohnt werde, wenn die Beklagte eigentlich die Stützung für das Endgerät noch nicht vollständig durch den jeweiligen Kunden refinanziert habe, ist zu entgegnen, dass der Maßstab an dem Entgelt, das ein Verbraucher bei exakter Einhaltung der Mindestvertragsdauer zu zahlen hat, anzulegen ist. Wenn die Beklagte so kalkuliert, dass die Endgeräte, die sie gestützt abgibt und durch die laufenden Vertragsentgelte deren Kosten wieder hereinholen möchte, solche Tarife anbietet, die nur eine 24-monatige Bindung vorsehen, besteht kein sachlicher Grund diejenigen Verbraucher, die vorzeitig auflösen, nicht nur mit gleichen, sondern sogar mit noch höheren Kosten zu belasten als diejenigen, die am Vertrag bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer festhalten.

Darüber hinaus besteht auch eine gröbliche Benachteiligung dahingehend, dass die Endgerätepreiserhöhung gemäß Punkt 7.5.1 der AGB nicht verrechnet wird, wenn das Vertragsverhältnis vor Ablauf der Mindestvertragsdauer aus den in Punkt 7.5.4 angeführten, von der Beklagten zu vertretenden Gründen gelöst wird. In den AGB findet sich keine Bestimmung über eine Zahlung, die die Beklagte im Falle ihrer vorzeitigen Vertragsauflösung zu leisten hätte. Damit liegt aber auch ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen im Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung vor, sodass auch aus diesem Grund die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB ist.

Das Vorbringen, dass es der Kunde selbst in der Hand hätte, ob die Klausel für ihn wirksam wird oder nicht, ist hingegen für die Beurteilung einer Klausel als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB nicht relevant; ebenso wie auch das Vorbringen, dass es der Beklagten gar nicht möglich sei, Endnutzern die Inanspruchnahme ihrer Dienste zu verweigern.

Klausel 2: Punkt 7.8 der AGB:

Nach dieser Klausel behält sich die Beklagte vor, den Vertrag ohne Beschränkung im Rahmen einer Erklärungsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zu ändern.

Gemäß § 25 Abs 2 und 3 TKG haben Verbraucher der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen von AGB und Entgeltbestimmungen das Recht, den Vertrag bis zum In-Kraft-Treten der Änderungen kostenlos zu kündigen. Nach der inkriminierten Klausel soll der Beklagten ermöglicht werden, mittels Erklärungsfiktion einvernehmliche, unbeschränkt mögliche Vertragsänderungen mit dem Kunden vorzunehmen, wobei davon auch benachteiligende Änderungen betroffen sind. Damit verstößt die Klausel gegen § 75 Abs 3 TKG, nach welcher Bestimmung dem Kunden ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen ist. Nach dieser Bestimmung kann dem Teilnehmer mit dieser Klausel ein Angebot auf eine einvernehmliche, benachteiligende Vertragsänderung gemacht werden. Widerspricht der Kunde dieser nicht, wird die Vertragsänderung Vertragsinhalt. Damit wird dem Teilnehmer aber auch verschleiert, dass er im Falle von benachteiligenden Änderungen ein außerordentliches Kündigungsrecht hat, womit die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstößt.

Mit der inkriminierten Klausel räumt sich die Beklagte somit die Möglichkeit ein, Vertragsänderungen auf Basis eines Einvernehmens vorzunehmen, welches auch auf einer Erklärungsfiktion basieren kann, wenn der Kunde nicht binnen einer bestimmten Frist Widerspruch erhebt. Damit wird eine einvernehmliche Vertragsänderung dem Kunden suggeriert, womit ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorliegt.

Eine derartige Fiktion ist schon deshalb unzulässig, weil damit der Beklagten vollkommen unbeschränkte Änderungsmöglichkeiten eingeräumt werden, die zu einer gravierenden Veränderung des bestehenden Vertrages führen können, sodass die Klausel auch als sittenwidrig iSd § 879 ABGB zu beurteilen ist.

Auch ist es als völlig unüblich zu werten, dass bestehende Verträge unbeschränkt geändert werden können und Teilnehmer widersprechen müssen, um nicht Gefahr zu laufen, nach Ablauf der Widerspruchsfrist über ein von der Beklagten geändertes Produkt zu verfügen, sodass die Klausel auch iSd § 864a ABGB als ungewöhnlich und überraschend zu werten ist.

Wenn die Beklagte vorbringt, dass die Klausel gar nicht gegen § 25 Abs 3 TKG verstoßen könne, weil diese Bestimmung auf Individualvereinbarungen nicht anwendbar sei und nur für Änderungen von AGB und Entgeltbestimmungen gelte, ist zu erwidern, dass damit § 25 Abs 3 TKG umgangen würde, der ausdrücklich vorsieht, dass der Teilnehmer auf das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG hinzuweisen ist. Dieses kann nicht dadurch umgangen werden, dass Änderungsklauseln in den AGB vorgesehen werden, um in weiterer Folge bei jeder nachteiligen Änderung für den Teilnehmer, sich darauf zu stützen, dass diese Änderungen bereits von Anbeginn vereinbart worden seien. Es wird somit auch der Beklagten durch diese Klausel die Möglichkeit eröffnet, überhaupt Änderungen des Leistungsumfanges ohne inhaltliche Einschränkung mittels Erklärungsfiktion vorzunehmen.

Zudem verstößt die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Nach dieser Bestimmung sind für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. § 6 Abs 1 Z 2 KSchG beschränkt die Zulässigkeit von Vereinbarungen, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers, insbesondere sein Schweigen, als Erklärung gilt. Grundsätzlich kann nur ein berechtigtes Verwenderinteresse derartige vorformulierte Erklärungsfiktionen rechtfertigen. Dieses wird dort bejaht, wo es nach der Sachlage erforderlich ist, das Rechtsverhältnis einer bestimmten Situation anzupassen und die dem Vertragspartner zugerechnete Erklärung diesem keinen unangemessenen Nachteil zufügt. Die inkriminierte Klausel sieht jedoch keinerlei Einschränkungen im Bezug auf die Änderungen vor, sodass auch Änderungen der Hauptleistungspflichten des Vertrages davon erfasst sein können, derart weitgehende Änderungen jedoch nicht durch § 6 Abs 1 Z 2 KSchG gedeckt sind, sodass die inkriminierte Klausel auch dieser Bestimmung widerspricht.

Ein Vorteil in der inkriminierten Klausel für den Verbraucher ist, entgegen dem Vorbringen der Beklagten, nicht zu erkennen, zumal die Klausel den Verbraucher nicht über das ihm gemäß § 25 Abs 3 TKG zustehende außerordentliche Kündigungsrecht aufklärt und ihm diese Möglichkeit sogar nimmt, ihm somit auch die Möglichkeit nimmt, zu einem kostengünstigeren Anbieter zu wechseln.

Der Inhalt der Klausel ist für den Verbraucher überraschend iSd § 864a ABGB, da der Verbraucher nicht damit rechnen muss, dass er durch Unterlassung der Abgabe eines Widerspruchs an den – mitunter auch gravierend – geänderten Vertrag gebunden sein muss, obwohl ihm gemäß § 25 Abs 3 TKG zwingend ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt wird. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten räumt § 25 Abs 3 TKG dieser auch nicht die Möglichkeit einer beliebigen „einvernehmlichen“ Änderung durch Erklärungsfiktion ein, da durch § 25 Abs 3 TKG die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht verdrängt wird, sondern dem Verbraucher vielmehr ein zusätzliches – außerordentliches – Kündigungsrecht eingeräumt wird. Die beiden Bestimmungen bestehen daher nebeneinander. Für den Verbraucher ist somit aufgrund der inkriminierten Klausel nicht erkennbar, welche maßgeblichen Wirkungen das Unterbleiben seines Widerspruchs zu einer Änderung hervorrufen kann und dass bei der im Verbandsprozess zugrunde liegenden kundenfeindlichsten Auslegung die Beklagte auch das Entgelt anheben kann. Dass dem Teilnehmer dabei ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht, geht hingegen aus den Bestimmungen der AGB nicht hervor, ebenso wenig eine Beschränkung bzw. Reichweite der

Gestaltungsmöglichkeiten, die sich die Beklagte vorbehält.

Darüber hinaus hat der OGH bereits zu 7 Ob 84/12x ausgeführt, dass die Klausel auch der Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Änderung der AGB nach § 25 TKG dient. Auch wenn § 25 TKG den Anbieter zu einer einseitigen Vertragsänderung berechtigt, so ist diese an bestimmte gesetzliche Formerfordernisse gebunden. Die inkriminierte Klausel will jedoch, dass (nicht näher spezifizierte) Änderungen der AGB auch ohne Einhaltung dieser Formvorschriften „eilvernehmlich vereinbart“ werden können. Dies entspricht nicht der Gesetzeslage. Die Bestimmung des § 25 TKG kann nur dann ihre Schutzfunktion entfalten, wenn eine abweichende Vereinbarung nichtig ist. Damit ist die Klausel somit nichtig.

Klausel 3: Punkt 14.4 der AGB:

Die inkriminierte Klausel sieht vor, dass Stammdaten zur Auskunft über die Bonität an Kreditschutzverbände und Kreditinstitute übermittelt werden. Im Fall des qualifizierten Zahlungsverzuges werden die Stammdaten an anerkannte und befugte Kreditschutzverbände und Kreditinstitute übermittelt. Dabei werden zwei Kreditschutzverbände lediglich demonstrativ aufgezählt, Kreditinstitute werden dem gegenüber überhaupt nicht genannt. Die Klausel verstößt damit gegen § 4 Z 12, §§ 6 und 7 DSGVO iVm § 6 Abs 3 KSchG. Zum einen wird nicht taxativ angeführt, an wen die Daten übermittelt werden sollen und zu welchem Zweck diese übermittelt werden sollen. Die Klausel verstößt somit gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Zudem werden die im § 7 Abs 2 DSGVO vorgesehenen Schranken für die Übermittlung von Daten nicht erfüllt. Die Klausel ist somit nichtig.

Zu dem von der Beklagten behaupteten Wegfall der Wiederholungsgefahr betreffend dieser Klausel ist auf die obigen allgemeinen Ausführungen zu verweisen.

Klausel 4: Punkt 15.2.2 der AGB:

Die Klausel verstößt gegen § 9 KSchG, wonach Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden können. Der Verweis auf den ordentlichen Rechtsweg am Ende der AGB ist diesbezüglich nicht ausreichend. Vielmehr versteht der typische Durchschnittsverbraucher die Klausel dahingehend, dass die Beklagte ihre Haftung ausschließt und er dies bei Abschluss des Vertrages in Kauf nehmen muss.

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das damit normierte Transparenzgebot soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsformblättern zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren, wobei Maßstab für die Transparenz das Verständnis der für die jeweilige

Vertragsart typischen Durchschnittskunden ist. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Positionen von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (7 Ob 84/12x mwN; RS0115217). Diesem Gebot der Vollständigkeit und der verlässlichen Auskunft über die Rechtsposition des Verbrauchers genügt die inkriminierte Klausel nicht. Sie klärt den Verbraucher insbesondere auch nicht über die wahre Rechtslage auf, nach der ihm - auch bei unverschuldeten Mängeln – Gewährleistungsansprüche zustehen.

Da die Klausel auch mögliche Schadenersatzansprüche des Verbrauchers ausschließt, verstößt sie auch gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, nach der solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich sind, nach denen eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz sonstiger Schäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat.

Klausel 5: Punkt 19.6 der AGB:

Gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sind solche Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind, sowie dass ihr Eintritt vom Willen des Unternehmers abhängt.

Die inkriminierte Klausel gibt der Beklagten die Möglichkeit zur Entgelterhöhung und -senkung entsprechend dem Verbraucherpreisindex, sodass die tatsächliche Erhöhung von Entgelten davon abhängt, dass die Beklagte in Form einer Willenserklärung gegenüber den Kunden diese Änderung geltend macht, die in der Folge sofort wirkt, wodurch ein Kündigungsrecht nach § 25 TKG ausgeschlossen wird.

Mit dieser – einseitigen – Entgeltanpassungsklausel bzw. Preisanpassungsklausel wird der Bestimmung des § 25 TKG der Anwendungsbereich entzogen, da im Falle einer einseitigen Vertragsänderung durch die Beklagte das im § 25 TKG normierte Prozedere nicht eingehalten würde. Damit ist die Klausel auch nach § 879 ABGB gesetzwidrig und widerstößt auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Zudem ist die Vereinbarung des Verbraucherpreisindex als Parameter für die

Entgeltänderung iSv § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sachlich nicht gerechtfertigt, da dieser ständig steigende Verbraucherpreisindex kontinuierlich sinkenden Entstehungskosten für die Erbringung von Telekommunikationsleistungen diametral gegenüber steht.

Zudem ergibt sich nach der inkriminierten Klausel der Umfang der Entgeltänderung aus dem Verhältnis der Änderung des Jahres-VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahres-VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung. Anpassungen können bereits im Folgejahr des Vertragsabschlusses erfolgen. Daraus folgt eine wesentlich höhere Entgelterhöhung bei unterjährigem Abschluss, als der dem Verhältnis zwischen Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und Erhöhungszeitpunkt entspricht. Bei Abschluss des Vertrages im Dezember kann somit die erste Entgelterhöhung ab 1. April des Folgejahres erfolgen, wobei für die Berechnung jedoch das Verhältnis der Änderung zwischen Jahres-VPI des Abschlussjahres und des Vorjahres heranzuziehen ist, sodass dem Verbraucher Preissteigerungen weitergegeben würden, die bereits vor Vertragsabschluss entstanden sind. Damit verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, der nur die Weitergabe von nach Vertragsabschluss entstehenden Preissteigerungen zulässt.

Klausel 6: Punkt 20.1 bis 20.2.1 der AGB:

Nach dieser Klausel können Rechnungen innerhalb von drei Monaten ab Rechnungszugang schriftlich bei der Beklagten beeinsprucht werden. Danach können Einwendungen nur noch gerichtlich geltend gemacht werden, dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass zuerst die Rechnung bei der Beklagten fristgerecht beeinsprucht wird, die Einwände jedoch nach Auffassung der Beklagten unbegründet sind und eine Stellungnahme seitens der Beklagten ergeht, sodass dann innerhalb von drei Monaten ab Rechnungslegung der Rechtsweg bestritten werden kann. Nach Ablauf der dreimonatigen Frist geht das Recht auf Geltendmachung von Einwendungen verloren.

Zum einen bestimmt die Beklagte durch die inkriminierte Klausel, dass ihre Forderung als anerkannt gilt, sofern der Verbraucher nicht binnen der von ihr festgesetzten Frist Einwendungen erhebt. Damit fingiert sie ein Einverständnis des Verbrauchers zu den von ihr ausgestellten Rechnungen, sodass der typische Durchschnittsverbraucher davon ausgeht, nach Fristverstreichung die Rechnung nicht mehr bekämpfen zu können. Damit entsteht für den Verbraucher der Eindruck, dass er jedenfalls die in der inkriminierten Klausel angegebene Frist einzuhalten hat, andernfalls er seiner Ansprüche verlustig geht, was jedoch nicht der wahren Rechtslage entspricht. Damit wird suggeriert, dass der Verbraucher mit dem Versäumen der Frist von drei Monaten sein Recht auf Erhebung von Einwendungen verliert.

Damit wird die Rechtsposition des Verbrauchers irreführend wiedergegeben, liegt doch im Unterlassen von Einwendungen nur ein deklaratorisches Anerkenntnis, eine durch

Gegenbeweis widerlegbare Wissenserklärung (RS0032666). Dies geht jedoch aus dem Text der inkriminierten Klausel nicht hervor, sodass die Klausel intransparent ist (vgl. 7 Ob 84/12x).

Zudem reicht es für das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG nicht aus, in den Schlussbestimmungen der AGB auf die Möglichkeit der Anrufung des ordentlichen Rechtsweges hinzuweisen.

Aufgrund des Umstandes, dass nach Ablauf der dreimonatigen Frist das Recht auf Geltendmachung von Einwendungen verloren geht, wird schon dadurch dem Verbraucher der Rechtsweg genommen, wenn dieser erst vor Ablauf der dreimonatigen Frist ab Zugang der Rechnung Einwände bei der Beklagten geltend macht. In der Folge wäre nämlich die Frist von drei Monaten ab Rechnungslegung für die Bestreitung des Rechtsweges für den Verbraucher abgelaufen. Dabei suggeriert die Klausel, dass bei Versäumung der vom Beklagten vorgegebenen Fristen der Verbraucher seines Rechtes zur Geltendmachung weiterer Einwendungen verlustig wird und die Forderung der Beklagten als anerkannt gilt.

Damit gibt die Klausel aber auch dem Verbraucher den Eindruck, dass er eine falsche Abrechnung nicht mehr bekämpfen kann, wenn er nicht innerhalb der in der Klausel angeführten Fristen der Rechnung der Beklagten widerspricht, bzw. dass er innerhalb von drei Monaten ab Rechnungslegung mit Klage dagegen vorgehen muss, wenn die Beklagte auf der Richtigkeit der Rechnung beharrt.

Eine derartige Rechnungsanerkennisklausel schafft jedoch nur ein deklaratives Anerkenntnis, das eine bloße Wissenserklärung darstellt und somit dem Verbraucher der Rechtsweg offen steht.

Da darüber hinaus keine gleich langen bzw. kurzen Präklusionsfristen für Forderungen der Beklagten gegenüber dem Verbraucher vorgesehen sind, liegt auch ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen vor, sodass die Klausel auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist.

Klausel 7: Punkt 20.2.2 der AGB:

Nach dieser Klausel kann die Beklagte gesetzliche Verzugszinsen in Rechnung stellen, falls der Einwand des Teilnehmers unberechtigt war.

Nach § 71 Abs 2a TKG kann jedoch auch der Verbraucher gesetzliche Zinsen ab Inkassotag für zu viel eingehobene Beträge verlangen. Damit ist die Klausel unvollständig und intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die wahre Rechtslage zum Nachteil des Verbrauchers nur unvollständig wiedergibt.

Klausel 8: Punkt 30.7.1 bis 30.7.3 der AGB:

Auch diese Klausel verstößt gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB, wobei hiezu das zu Klausel 6 angeführte gilt. Die Klausel erweckt beim typischen Durchschnittsverbraucher den Eindruck, dass er eine falsche Abrechnung nicht mehr bekämpfen kann, wenn er nicht innerhalb der in der Klausel angeführten dreimonatigen Frist der Beklagten widerspricht bzw. dass er innerhalb von drei Monaten ab Rechnungslegung mit Klage dagegen vorgehen muss, wenn die Beklagte auf der Richtigkeit der Rechnung beharrt, obwohl durch das Unterlassen von Einwendungen nur ein deklaratorisches Anerkenntnis und somit eine durch Gegenbeweis widerlegbare Wissenserklärung liegt (RS0032666). Dies geht aber aus dem Klauseltext nicht hervor, sodass die Klausel intransparent und damit nichtig ist.

Klausel 9: Punkt 3.2.1 der Entgeltbestimmungen:

Die Beklagte wendete Streitanhängigkeit hinsichtlich dieser Klausel ein.

Die Streitanhängigkeit hat gemäß § 233 Abs 1 ZPO die Wirkung, dass während ihrer Dauer über den geltend gemachten Anspruch weder bei dem selben noch bei einem anderen Gericht ein Rechtsstreit durchgeführt werden darf. Eine während der Streitanhängigkeit wegen des nämlichen Anspruches angebrachte Klage ist auf Antrag oder von amts wegen zurückzuweisen.

Streitanhängigkeit setzt – neben der Parteienidentität – die Identität des Anspruches voraus. Diese liegt dann vor, wenn der Streitgegenstand der neuen Klage der selbe ist wie jener der ersten Klage. Nach der herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie ist Streitanhängigkeit gegeben, wenn der in der neuen Klage geltend gemachte prozessuale Anspruch sowohl hinsichtlich des Begehrens als auch des rechtserzeugenden Sachverhaltes, also des Klagegrundes, identisch ist mit jenem des Vorprozesses. Mit anderen Worten: Aus den vorgebrachten rechtserzeugenden Tatsachen und den daraus abgeleiteten Begehren muss sich ergeben, dass beide Sachanträge das selbe Rechtsschutzziel anstreben, sodass für eine meritorische Entscheidung über die zweite Klage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Im Vordergrund steht dabei die Wesensgleichheit des materiellen Anspruches. Selbst bei einer Verschiedenheit der Begehren ist Streitanhängigkeit also gegeben, wenn der Inhalt der Begehren in einem solchen Verhältnis zueinander steht, dass die Sachentscheidung über die weitere Klage die ihre erschöpfende Lösung der Rechtsfrage des bereits anhängigen Rechtsstreits zwingend zur Folge haben müsste (Mayr in Fasching/Konecny² § 233 Rz 8).

Von diesen Grundsätzen ausgehend liegt Streitanhängigkeit hinsichtlich der Klausel 9 vor, da diese Klausel in identer Form bereits Gegenstand des – vor diesem Verfahren anhängigen – Verfahrens zu 39 Cg 9/12k ist und auch das diesbezügliche Begehren des Klägers völlig ident ist.

Daran vermag auch das Vorbringen des Klägers, wonach die – genau idente – Klausel im

Verfahren 39 Cg 9/12k aufgrund eines anderen Zusammenhanges mit den restlichen Klauseln anders zu verstehen und somit nicht ident sei, nichts zu ändern, zumal der vom Kläger gewünschte Zusammenhang zwischen Klausel 1 und Klausel 9 nicht vom Urteilsbegehren in diesem Verfahren gedeckt ist, welches sich gegen die jeweilige Klausel, nicht aber eine Kombination der selben richtet. Da es sich um ein identes Begehren sowie einen identen Klagegrund hinsichtlich der Klausel 9 handelt, war somit das Klagebegehren hinsichtlich dieser Klausel wegen Streitanhängigkeit zurückzuweisen.

Hinsichtlich der Klauseln 1 bis 8 war dem Klagebegehren stattzugeben. Bei Verbraucherverträgen scheidet nach herrschender Meinung die geltungserhaltende Redaktion wegen § 6 Abs 3 KSchG aus, weil zu weit gefasste Klauseln dem Transparenzgebot widersprechen (7 Ob 179/03d). Dies ist jedoch kein ausreichender Grund, die vom Gesetz selbst vorgesehene Einschränkung des Verbotes, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, „soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist“ (§ 28 Abs 1 zweiter Satz KSchG) entfallen zu lassen. Denn die durchaus mögliche, im Verbandsprozess aber nicht zu prüfende, Zulässigkeit der Klausel im Einzelfall schließt den Entfall dieser Einschränkung aus. Insoweit war daher dem Klagebegehren hinsichtlich der Verwendung der Klauseln 1 bis 8 sowie des Urteilsbegehrens, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, mit der im § 28 Abs 1 zweiter KSchG angeführten Einschränkung stattzugeben.

Nach § 409 Abs 2 ZPO hat das Gericht eine angemessene Frist zur Erfüllung von Leistungsurteilen zu setzen, wenn eine Pflicht zur Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäfts auferlegt wird. Diese Bestimmung ist auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden (RS0041265). Anderes gilt jedoch, wenn die Unterlassungsverpflichtung auch eine Pflicht zur Änderung des gegenwärtigen Zustandes einschließt. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (6 Ob 24/11i mwN).

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte – soweit sie ihre Klauseln noch nicht abgeändert hat – die dem Unterlassungsgebot unterliegenden Klauseln durch neue Klauseln zu ersetzen, sodass sie hinsichtlich dieser ihre AGB zu ändern hat. Allerdings ist ihr nicht untersagt, im Verkehr mit Verbrauchern AGB zu verwenden, sondern ist ihr nur die Verwendung bestimmter Klauseln verboten. Daher erscheint im Lichte der bisherigen Rechtsprechung eine Leistungsfrist von vier Monaten als jedenfalls angemessen, innerhalb der die Beklagte jedenfalls in die Lage versetzt werden sollte, die Klauseln einer Änderung zu unterziehen. Die Einräumung einer – wie von der Beklagten geforderten – Leistungsfrist von sechs Monaten erscheint jedoch als jedenfalls zu lange.

Dies betrifft jedoch nur das Unterlassungsgebot betreffend die Verwendung der

gegenständlichen Klauseln. Die Unterlassungspflicht betreffend die Berufung auf die inkriminierten Klauseln ist eine reine Unterlassungspflicht, für die – unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen – eine Leistungsfrist gemäß § 409 Abs 2 ZPO nicht festzulegen ist.

Gegen das Urteilsveröffentlichungsbegehren wurde seitens der Beklagten kein Vorbringen erstattet.

Voraussetzung für dieses ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung. Dieses liegt bei der Verbandsklage darin, dass der Rechtsverkehr bzw. die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw. sittenwidrig sind. Davon ausgehend war somit auch dem Veröffentlichungsbegehren hinsichtlich der vom Unterlassungsgebot erfassten Klauseln stattzugeben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 2 ZPO, wobei der Kläger – unter Zugrundelegung von – vom Unterlassungsbegehren umfassten – neun Klauseln mit 8/9tel des Klagebegehrens als obsiegend anzusehen war, sodass er einen Anspruch auf Ersatz von 7/9tel der Kosten und 8/9tel der Barauslagen hat. Im Bezug auf die Leistungsfrist war der Kläger nur marginal unterlegen, sodass sich dieses Unterliegen nicht auf die Kostenentscheidung auswirkte.

Handelsgericht Wien, Abteilung 57
Wien, 22. Juli 2013
Mag. Hildegard Brunner, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG