



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Heinz-Peter Schinzel in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, 1030 Wien, gegen die beklagte Partei **A1 Telekom Austria AG**, Lassallestraße 9, 1020 Wien, vertreten durch Hasberger, Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, wegen Unterlassung nach dem KSchG (EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500), Gesamtstreitwert EUR 36.000, nach öffentlicher, mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

a.) Werden Kunden durch die Änderung(en) ausschließlich begünstigt, so kann/können diese Änderung(en) durch A1 bereits an dem Tag der Kundmachung der Änderung(en) angewandt werden. Dies gilt auch für Entgeltänderungen aufgrund einer vereinbarten Indexanpassung.

b.) Werden Kunden durch die Änderung(en) nicht ausschließlich begünstigt, so wird A1 diese Änderung(en) – soweit diese nicht nur für künftige Kunden gelten sollen - zwei Monate vor ihrem Inkrafttreten kundmachen. Der wesentliche Inhalt der den Kunden nicht ausschließlich begünstigende(n) Änderung(en) und der Hinweis auf § 25 Abs. 3 TKG 2003 wird dem Kunden in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer Rechnung, zumindest einen Monat vor Inkrafttreten mitgeteilt. Die Mitteilung über den wesentlichen Inhalt der Änderung wird einen Hinweis auf das kostenlose Kündigungsrecht und die Kündigungsfrist enthalten. Auf Ersuchen des Kunden wird der Volltext der aktuellen AGB übermittelt. Entgeltänderungen aufgrund eines vereinbarten Index berechtigten nicht zur außerordentlichen Kündigung.

c.) Einvernehmliche Vertragsänderungen: A1 kann Änderungen mit dem Kunden auch einvernehmlich vereinbaren. Der Kunde erhält ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen in

schriftlicher Form, z.B. durch Rechnungsaufdruck oder als Rechnungsbeilage. Darin finden sich alle Änderungen. Auch wenn A1 nur einen Teil eines Punktes ändert, sendet A1 dem Kunden den gesamten neuen Punkt. Zusätzlich findet der Kunde einen Hinweis auf die Volltext-Version unter www.A1.net. Der Kunde kann die Volltext-Version auch bei der A1 Serviceline kostenlos anfordern. Gleichzeitig informiert A1 den Kunden über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen. Das Angebot gilt als angenommen, wenn der Kunde nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widerspricht. A1 wird den Kunden in diesem Angebot über diese Frist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren.

d.) Der Kunde kann den Vertrag mit A1 auf einen Dritten übertragen sofern A1 schriftlich zustimmt.

e.) Wird das Vertragsverhältnis oder eine Vereinbarung über eine zusätzliche Leistung beendet, ist der Kunde verpflichtet, sofern er das Vertragsverhältnis durch außerordentliche Kündigung zu Recht beendet hat, das monatliche Grundentgelt bis zum Tag der Beendigung anteilig zu bezahlen. In allen anderen Fällen hat der Kunde die vollen Grundentgelte inklusive jenes Monats, in welchem die Kündigung wirksam wurde, zu bezahlen.

f.) Erst mit der richtigen Zuordnung tritt die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung ein, was allerdings nur dann gilt, wenn sich A1 ohne schuldhaftige Verzögerung bemüht, die Zuordnung vorzunehmen.

g.) Ist eine Indexanpassung in den Entgeltbestimmungen oder einer Individualvereinbarung ohne nähere Festlegung vereinbart, so gelten die nachfolgenden Regelungen.

Wenn sich der (Kalender-)Jahresdurchschnitt des Verbraucherpreisindex („Jahres-VPI“) der Statistik Austria ändert, hat das folgende Auswirkungen auf die Entgelte:

- A1 ist berechtigt Entgelte für das folgende Kalenderjahr entsprechend der Steigerung des Jahres-VPI zu erhöhen.

- A1 ist verpflichtet Senkungen des Jahres-VPI weiterzugeben und die besagten Entgelte entsprechend der Senkung zu reduzieren.

Über die Anpassungen informiert A1 den Kunden in schriftlicher Form (z.B. über Rechnungsaufdruck).

Sofern nicht anders vereinbart ergibt sich der Umfang der Entgeltanpassungen 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 (Indexbasis: Jahres-VPI 2010 = 100). Schwankungen von 2% (Schwankungsraum) gegenüber der Indexbasis berücksichtigt A1 nicht. Wird dieser Schwankungsraum allerdings in den Folgejahren insgesamt über- oder unterschritten, passt A1 die Entgelte in voller Höhe an. Der neue Wert stellt die neue Indexbasis für zukünftige Anpassungen dar. Eine Verpflichtung zur Entgeltreduktion verringert sich in dem Ausmaß, in dem A1 im Vorjahr ein Recht zur Erhöhung der Entgelte nicht ausgeübt hat.

Anpassungen der Entgelte erfolgen im Jahr nach der Änderung der Indexbasis, frühestens jedoch im Folgejahr des Vertragsabschlusses:

- Entgelterhöhung: 1. April bis 31. Dezember.

- Entgeltreduktion: immer am 1. April.

Wird der Jahres-VPI nicht mehr veröffentlicht, tritt sein amtlicher Nachfolger an dessen Stelle.

h.) Werden Einwendungen nicht binnen drei Monaten nach Zugang der Rechnung bei A1 schriftlich erhoben, so gilt die Forderung der A1 als anerkannt. A1 wird einen Verbraucher durch einen deutlich sichtbaren Hinweis auf der Rechnung nochmals auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

Hat der Kunde fristgerecht Einwendungen gegen die Rechnung von A1 erhoben, wird A1 die Richtigkeit der beeinspruchten Rechnung entweder bestätigen oder diese korrigieren. Die Entscheidung wird dem Kunden schriftlich zugestellt. A1 ist berechtigt, ein standardisiertes Überprüfungsverfahren durchzuführen. In diesem Falle hat der Kunde die Möglichkeit, binnen einem Monat nach Zugang der Überprüfungsentscheidung weitere Überprüfungen zu verlangen, ansonsten die bestrittene Entgeltforderung als anerkannt gilt. A1 wird einen Verbraucher in ihrer Entscheidung auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

Lehnt A1 die Einwendungen endgültig ab oder trifft sie, sofern der Kunde Unternehmer ist, innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen der Einwendungen bei der für die Verrechnung zuständigen Stelle keine Entscheidung, so kann der Kunde binnen einem Monat nach Zugang der endgültigen Entscheidung oder, sofern er Unternehmer ist, nach erfolglosem Ablauf der Entscheidungsfrist, eine Streitschlichtung gemäß §§ 121 und 122 TKG 2003 in Anspruch nehmen oder den Rechtsweg beschreiten, anderenfalls bestrittene Entgeltforderungen als anerkannt gelten. A1 wird einen Verbraucher in ihrer Entscheidung auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

Unbeschadet der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ist der Kunde berechtigt, Streit- und Beschwerdefälle nach § 122 TKG 2003 der Regulierungsbehörde vorzulegen. Das Verfahren vor der Regulierungsbehörde erfolgt gemäß der jeweils gültigen Richtlinie, die von der Regulierungsbehörde veröffentlicht wird.

i.) Hat der Kunde keine geeigneten, üblichen Sicherungsmaßnahmen getroffen, ist die Haftung für Datenverluste und Datenschäden ausgeschlossen.

j.) Der Ersatz von Schäden ausgenommen Personenschäden ist für jedes schadenverursachende Ereignis gegenüber dem einzelnen Geschädigten für Unternehmer mit EUR 7.000,-, gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten mit EUR 700.000,- beschränkt. Wenn der Gesamtschaden höher ist, verringern sich die Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten anteilig.

k.) Die Mindestvertragsdauer beginnt mit Ablauf des Tages, an dem die Leistung betriebsfähig bereitgestellt wurde, frühestens jedoch mit Abschluss einer die Mindestvertragsdauer vorsehenden Vereinbarung.

l.) Sollte eine der Bestimmungen der AGB von A1 unwirksam sein, so tritt anstelle dieser Bestimmung eine wirksame Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen sechs Monaten zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

2.) Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei weiters schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

A1 ist berechtigt, bei Vertragsende bestehende Guthaben auch bei anderen zwischen dem Kunden und A1 bestehenden Vertragsverhältnissen zu verrechnen.

oder die Verwendung einer sinngleichen Klausel zu unterlassen und sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wird abgewiesen.

3.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 5.688,08 (darin EUR 727,68 USt und EUR 1.326,00 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

4.) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des

Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils 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:

Der Kläger ist eine nach § 29 KSchG klagebefugte Einrichtung. Die Beklagte ist als eine zu hg FN 280571f eingetragene Aktiengesellschaft die in Österreich bei weitem größte Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen. Sie tritt laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und legt den mit diesen geschlossenen Verträgen Allgemeine Geschäftsbedingungen (Blg. ./A) zugrunde. Diese enthalten unter anderem die nachstehenden Klauseln:

„4. Änderungen des Vertrages

4.1. (...)

4.2. Werden Kunden durch die Änderung(en) ausschließlich begünstigt, so kann/können diese Änderung(en) durch A1 bereits an dem Tag der Kundmachung der Änderung(en) angewandt werden. Dies gilt auch für Entgeltänderungen aufgrund einer vereinbarten Indexanpassung.

4.3. Werden Kunden durch die Änderung(en) nicht ausschließlich begünstigt, so wird A1 diese Änderung(en) – soweit diese nicht nur für künftige Kunden gelten sollen - zwei Monate vor ihrem Inkrafttreten kundmachen. Der wesentliche Inhalt der den Kunden nicht ausschließlich begünstigende(n) Änderung(en) und der Hinweis auf § 25 Abs. 3 TKG 2003 wird dem Kunden in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer Rechnung, zumindest einen Monat vor Inkrafttreten mitgeteilt. Die Mitteilung über den wesentlichen Inhalt der Änderung wird einen Hinweis auf das kostenlose Kündigungsrecht und die Kündigungsfrist enthalten. Auf Ersuchen des Kunden wird der Volltext der aktuellen AGB übermittelt. Entgeltänderungen aufgrund eines vereinbarten Index berechtigten nicht zur außerordentlichen Kündigung.

4.4. Einvernehmliche Vertragsänderungen: A1 kann Änderungen mit dem Kunden auch einvernehmlich vereinbaren. Der Kunde erhält ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen in schriftlicher Form, z.B. durch Rechnungsaufdruck oder als Rechnungsbeilage. Darin finden sich alle Änderungen. Auch wenn A1 nur einen Teil eines Punktes ändert, sendet A1 dem Kunden den gesamten neuen Punkt. Zusätzlich findet der Kunde einen Hinweis auf die

Volltext-Version unter www.A1.net . Der Kunde kann die Volltext-Version auch bei der A1 Serviceline kostenlos anfordern. Gleichzeitig informiert A1 den Kunden über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen. Das Angebot gilt als angenommen, wenn der Kunde nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widerspricht. A1 wird den Kunden in diesem Angebot über diese Frist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren.“

„6. Übertragung des Vertrages durch den Kunden

6.1. Der Kunde kann den Vertrag mit A1 auf einen Dritten übertragen sofern A1 schriftlich zustimmt.“

„10.2. Wird das Vertragsverhältnis oder eine Vereinbarung über eine zusätzliche Leistung beendet, ist der Kunde verpflichtet, sofern er das Vertragsverhältnis durch außerordentliche Kündigung zu Recht beendet hat, das monatliche Grundentgelt bis zum Tag der Beendigung anteilig zu bezahlen. In allen anderen Fällen hat der Kunde die vollen Grundentgelte inklusive jenes Monats, in welchem die Kündigung wirksam wurde, zu bezahlen. Bei der anteiligen Berechnung wird für jeden Kalendertag ein Dreißigstel des monatlich gleich bleibenden Entgeltes verrechnet. A1 ist berechtigt, bei Vertragsende bestehende Guthaben auch bei anderen zwischen dem Kunden und A1 bestehenden Vertragsverhältnissen zu verrechnen.“

„10.7. Wenn der Kunde seine Rechnung nicht mit Einzugsermächtigung bezahlt, so hat er die richtige Verrechnungskontonummer und Rechnungsnummer anzugeben. Andernfalls muss A1 die Zahlung manuell zuordnen, wofür ein Bearbeitungsentgelt gemäß der Liste der Sonstigen Dienstleistungen anfällt. Erst mit der richtigen Zuordnung tritt die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung ein, was allerdings nur dann gilt, wenn sich A1 ohne schuldhaftige Verzögerung bemüht, die Zuordnung vorzunehmen.“

„10.12. Ist eine Indexanpassung in den Entgeltbestimmungen oder einer Individualvereinbarung ohne nähere Festlegung vereinbart, so gelten die nachfolgenden Regelungen.

10.12.1 Wenn sich der (Kalender-)Jahresdurchschnitt des Verbraucherpreisindex („Jahres-VPI“) der Statistik Austria ändert, hat das folgende Auswirkungen auf die Entgelte:

- A1 ist berechtigt Entgelte für das folgende Kalenderjahr entsprechend der Steigerung des Jahres-VPI zu erhöhen.

- A1 ist verpflichtet Senkungen des Jahres-VPI weiterzugeben und die besagten Entgelte entsprechend der Senkung zu reduzieren.

Über die Anpassungen informiert A1 den Kunden in schriftlicher Form (z.B. über

Rechnungsaufdruck).

10.12.2 Sofern nicht anders vereinbart ergibt sich der Umfang der Entgeltanpassungen 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 (Indexbasis: Jahres-VPI 2010 = 100). Schwankungen von 2% (Schwankungsraum) gegenüber der Indexbasis berücksichtigt A1 nicht. Wird dieser Schwankungsraum allerdings in den Folgejahren insgesamt über- oder unterschritten, passt A1 die Entgelte in voller Höhe an. Der neue Wert stellt die neue Indexbasis für zukünftige Anpassungen dar. Eine Verpflichtung zur Entgeltreduktion verringert sich in dem Ausmaß, in dem A1 im Vorjahr ein Recht zur Erhöhung der Entgelte nicht ausgeübt hat.

10.12.3 Anpassungen der Entgelte erfolgen im Jahr nach der Änderung der Indexbasis, frühestens jedoch im Folgejahr des Vertragsabschlusses:

- Entgelterhöhung: 1. April bis 31. Dezember.
- Entgeltreduktion: immer am 1. April.

10.12.4 Wird der Jahres-VPI nicht mehr veröffentlicht, tritt sein amtlicher Nachfolger an dessen Stelle.“

„14.3. Werden Einwendungen nicht binnen drei Monaten nach Zugang der Rechnung bei A1 schriftlich erhoben, so gilt die Forderung der A1 als anerkannt. A1 wird einen Verbraucher durch einen deutlich sichtbaren Hinweis auf der Rechnung nochmals auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

14.4. Hat der Kunde fristgerecht Einwendungen gegen die Rechnung von A1 erhoben, wird A1 die Richtigkeit der beeinspruchten Rechnung entweder bestätigen oder diese korrigieren. Die Entscheidung wird dem Kunden schriftlich zugestellt. A1 ist berechtigt, ein standardisiertes Überprüfungsverfahren durchzuführen. In diesem Falle hat der Kunde die Möglichkeit, binnen einem Monat nach Zugang der Überprüfungsentscheidung weitere Überprüfungen zu verlangen, ansonsten die bestrittene Entgeltforderung als anerkannt gilt. A1 wird einen Verbraucher in ihrer Entscheidung auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

14.5. Lehnt A1 die Einwendungen endgültig ab oder trifft sie, sofern der Kunde Unternehmer ist, innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen der Einwendungen bei der für die Verrechnung zuständigen Stelle keine Entscheidung, so kann der Kunde binnen einem Monat nach Zugang der endgültigen Entscheidung oder, sofern er Unternehmer ist, nach erfolglosem Ablauf der Entscheidungsfrist, eine Streitschlichtung gemäß §§ 121 und 122 TKG 2003 in Anspruch nehmen oder den Rechtsweg beschreiten, anderenfalls bestrittene

Entgeltforderungen als anerkannt gelten. A1 wird einen Verbraucher in ihrer Entscheidung auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

14.6. Unbeschadet der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ist der Kunde berechtigt, Streit- und Beschwerdefälle nach § 122 TKG 2003 der Regulierungsbehörde vorzulegen. Das Verfahren vor der Regulierungsbehörde erfolgt gemäß der jeweils gültigen Richtlinie, die von der Regulierungsbehörde veröffentlicht wird.“

„17. Ordentliche Kündigung

17.1. Enthalten speziellere Regelungen dieser AGB, die maßgeblichen LB oder eine allfällige Individualvereinbarung keine Regelung über Kündigungsfristen und Kündigungstermine, so kann eine Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende jedes Kalendermonats erfolgen. Ist die vertragliche Leistung eine Universaldienstleistung im Sinne des Telekommunikationsgesetzes, so ist lediglich der Kunde zur ordentlichen Kündigung berechtigt.

17.2. Die Kündigung des Kunden muss schriftlich möglichst der auf jeder Rechnung des Kunden bekannt gegebenen Stelle der A1 spätestens am Monatsletzten des der Wirksamkeit vorhergehenden Monats zugehen. Bei späterem Zugang wird sie zum Monatsletzten des nächstfolgenden Kalendermonats wirksam. Gleiches gilt für eine Kündigung durch A1.

17.3. Für Vertragsverhältnisse mit einer Mindestvertragsdauer oder einer Mindestbindung und automatischer Verlängerung der Bindung ist vor deren Ablauf das Wirksamwerden einer ordentlichen Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen.

18. Außerordentliche Kündigung

18.1. Das Vertragsverhältnis kann bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Punkt 18.3 von A1 und bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Punkt 18.4 und 18.5 vom Kunden mit sofortiger Wirkung gekündigt werden.

18.2. Die Kündigung des Kunden muss schriftlich möglichst der auf jeder Rechnung des Kunden bekannt gegebenen Stelle der A1 zugehen.

18.3. Das Vertragsverhältnis kann von A1 mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn die Voraussetzungen für eine Sperre gemäß Punkt 15 (mit Ausnahme von Punkt 15.1.4) dieser AGB vorliegen oder der Kunde gröblich oder wiederholt sonstige wesentliche vertragliche Pflichten, insbesondere solche, die der Sicherung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Kommunikationsnetze oder dem Schutz Dritter dienen oder Urheberrechte der A1 (nach Abschnitt V dieser AGB) verletzt.

18.4. Das Vertragsverhältnis kann vom Kunden mit sofortiger Wirkung gekündigt werden,

wenn der in der dem jeweiligen Vertragsverhältnis zugrunde liegenden LB

enthaltene Leistungsumfang in einem wesentlichen Punkt trotz Aufforderung durch den Kunden seitens der A1 über einen Zeitraum von mindestens zwei Wochen nicht eingehalten wird.

18.5. Der Kunde hat weiters das außerordentliche Kündigungsrecht nach Punkt 4.3 und 5.2 dieser AGB.“

„27.2. Die Haftung gegenüber Unternehmern ist für höhere Gewalt, Folgeschäden und entgangenen Gewinn ausgeschlossen. Hat der Kunde keine geeigneten, üblichen Sicherungsmaßnahmen getroffen, ist die Haftung für Datenverluste und Datenschäden ausgeschlossen. Der Ersatz von Schäden ausgenommen Personenschäden ist für jedes schadenverursachende Ereignis gegenüber dem einzelnen Geschädigten für Unternehmer mit EUR 7.000,-, gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten mit EUR 700.000,- beschränkt. Wenn der Gesamtschaden höher ist, verringern sich die Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten anteilig.“

„31.1. Die Mindestvertragsdauer beginnt mit Ablauf des Tages, an dem die Leistung betriebsfähig bereitgestellt wurde, frühestens jedoch mit Abschluss einer die Mindestvertragsdauer vorsehenden Vereinbarung.“

„40. (...) Sollte eine der Bestimmungen der AGB von A1 unwirksam sein, so tritt anstelle dieser Bestimmung eine wirksame Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist.“

Der Kläger brachte vor, die genannten Klauseln verstießen allesamt gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten:

Die Klausel 4.2. sehe vor, dass auch Entgeltänderungen aufgrund einer vereinbarten Indexanpassung grundsätzlich als den Verbraucher „ausschließlich begünstigende Änderungen“ gelten und bereits ab dem Tag der Kundmachung angewandt werden können. In Wahrheit sei jedoch eine solche Entgeltanpassung in der Regel eine den Verbraucher nicht begünstigende Entgelterhöhung und könne daher nur unter dem Regime des § 25 Abs 3 TKG eingeführt werden, welches dem Verbraucher ein außerordentliches Kündigungsrecht einräume. Die Klausel verschleierte daher auch die wahre Rechtslage, sodass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG vorliege.

Die Klausel 4.3. nehme – gewissermaßen als Komplementärklausel – Entgeltänderungen aufgrund einer Indexklausel ausdrücklich von jenen Fällen aus, in denen der Verbraucher ein Kündigungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG hat. Diese Bestimmung sei jedoch zwingend und könne nicht durch AGB-Klauseln umgangen werden. Damit liege hier wiederum ein Verstoß

gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG vor. Schließlich sei die Bindung der Preise der Beklagten an den Verbraucherpreisindex (VPI) unsachlich, da Leistungen von Telekommunikationsunternehmen aufgrund des rasanten technischen Fortschritts einem laufenden Preisverfall unterliegen. Die Klausel gebe der Beklagten das Recht, per Willenserklärung ihre Preise zu erhöhen, weshalb sie auch nicht behaupten könne, es gehe mit der Klausel nur eine automatische – außerhalb der Einflussosphäre der Beklagten liegende – Preisanpassung einher.

Mit der Klausel 4.4. behalte sich die Beklagte vor, den Vertrag im Rahmen des Procederes einer Erklärungsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zu ändern. Allerdings sehe § 25 Abs 3 TKG vor, dass Verbraucher bei nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen von AGB ein außerordentliches Kündigungsrecht haben. Die vorliegende Klausel versuche, mittels Erklärungsfiktion unbeschränkt Vertragsänderungen mit den Kunden zu ermöglichen. Es werde dadurch aber den Verbrauchern die wahre Rechtslage, nämlich das bestehende Kündigungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG im Falle nicht ausschließlich begünstigender Vertragsänderungen, verschleiert, weshalb auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG vorliege. Außerdem sehe die Klausel keinerlei inhaltliche Beschränkung der Änderungen vor, sondern lasse Änderungen des gesamten Vertrags zu. Dies sei auch unmittelbar nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unzulässig, da nur ein berechtigtes Verwenderinteresse eine vorformulierte Erklärungsfiktion überhaupt rechtfertigen könne. Schließlich liege ein Verstoß gegen § 864a ABGB vor, insbesondere da die Klausel mit den Worten „Einvernehmliche Vertragsänderungen: A1 kann Änderungen mit dem Kunden auch einvernehmlich vereinbaren.“ beginne und die nachfolgende Eingriffsmöglichkeit aufgrund dieser Einleitung jedenfalls nachteilig und überraschend sei.

Die Klausel 6.1. verstoße gegen § 10 Abs 3 KSchG. Diese Gesetzesbestimmung wende sich nämlich gegen jeden für Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen eines Unternehmens. Die Klausel sei auch deshalb nachteilig, weil sie sogar die Zession einzelner Ansprüche des Verbrauchers an die Einwilligung der Beklagten binde.

Die Klausel 10.2. sehe vor, dass ein Verbraucher etwa im Falle der ordentlichen Kündigung oder auch im Falle der Kündigung des Vertrags durch die Beklagte aus wichtigem Grund jedenfalls das volle Grundentgelt für den Monat, in welchem die Kündigung wirksam wird, zu bezahlen hat. Damit sei aber der Fall denkbar, dass das Vertragsverhältnis bereits beendet ist, die Beklagte auch keine Leistungen mehr zu erbringen hat, der Kunde aber dennoch das Entgelt bis zum Monatsende bezahlen muss. Dies sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Die weitere Bestimmung, wonach die Beklagte berechtigt sei, bestehende Guthaben auch bei anderen Vertragsverhältnissen zu verrechnen, sei ebenfalls sachlich nicht gerechtfertigt und gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB sowie unzulässig nach §

864a ABGB, da sie von der berechtigten Erwartung des Verbrauchers, ein etwaiges Guthaben zurückbezahlt zu bekommen, abweiche.

Die Bestimmung in Punkt 10.7., wonach eine schuldbefreiende Wirkung erst mit der richtigen Zuordnung der Zahlung des Verbrauchers eintritt, sei überraschend und nachteilig gemäß § 864a ABGB, da ein Verbraucher von der berechtigten Erwartung ausgehe, seine Schuld erlösche mit dem Eingang der Zahlung beim Gläubiger. Er habe auf den Zeitpunkt, wann die Beklagte die Zuordnung vornimmt, auch keinen Einfluss. Es bestehe für diese Regelung keine sachliche Rechtfertigung, sodass sie weiters gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße. Schließlich sei die Klausel intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, da für den Verbraucher völlig unklar bleibe, wann genau die schuldbefreiende Wirkung eintritt.

Die Klauseln unter Punkt 10.12. über die Indexanpassung der Entgelte der Beklagten stellten eine einseitige Preisänderungsklausel dar. Dabei werde das Procedere nach § 25 Abs 3 TKG, wonach Vertragsänderungen kundzumachen und dem Verbraucher eine Kündigungsmöglichkeit einzuräumen ist, nicht eingehalten. Zudem ermögliche es die Konstruktion der Klausel, auch Steigerungen des VPI, die schon vor Vertragsabschluss stattgefunden haben, an den Verbraucher weiterzugeben, was nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unzulässig sei.

Zu den Punkten 14.3. bis 14.6. (Pflicht des Verbrauchers zur Erhebung von Einwendungen gegen die Rechnung der Beklagten) brachte der Kläger vor, auch hier sei wiederum eine Erklärungsfiktion vorgesehen. Es werde suggeriert, dass im Falle der Versäumung der von der Beklagten vorgegebenen Fristen der Verbraucher sein Recht zur Geltendmachung weiterer Einwendungen verliere und die Forderung der Beklagten als anerkannt gelte. In Wahrheit werde dem Verbraucher aber verschwiegen, dass selbst im Falle der Unterlassung der Erhebung von Einwendungen nur ein deklaratives Anerkenntnis vorliegt, welches keinen neuen Verpflichtungsgrund darstelle, sondern nur eine Wissenserklärung sei. Die Klausel sei daher intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, da sie dem Verbraucher die wahre Rechtslage verschleierte.

Der in Punkt 27.2. geregelte Haftungsausschluss der Beklagten selbst für den Fall grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz der Beklagten verstoße einerseits gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und sei andererseits intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil für den Kunden nicht erkennbar sei, was „geeignete, übliche Sicherungsmaßnahmen“ sind, die er vornehmen müsse. Weiters sei die Klausel nichtig iSd § 879 Abs 3 ABGB, da kein sachlicher Grund für das Abgehen von der dispositiven Rechtslage erkennbar sei, wonach das Risiko von Fehlern grundsätzlich jener Vertragspartei zugerechnet werde, die es eher beherrschen und wirtschaftlich leichter tragen kann. Schließlich widerspreche die betragsmäßige Beschränkung der Haftung der Beklagten für die Gesamtheit der Geschädigten auf EUR 700.000,00 der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Dass die gesamte Klausel nur auf Unternehmer

anzuwenden ist, sei dem Text nicht eindeutig zu nehmen.

Die Regelung des Punktes 31.1. über den Beginn der Mindestvertragsdauer sei überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB. Der Verbraucher rechne mit einem Beginn der Mindestvertragsdauer am Abschlussstag des Vertrages, nicht jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt. Die Klausel sei zudem sachlich nicht gerechtfertigt und damit gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Letztlich sei die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil für den Verbraucher unklar sei, zu welchem Zeitpunkt Kündigungsfristen bzw Kündigungsstermine wahrzunehmen sind; im Übrigen könne die Beklagte durch die Wahl des Zeitpunkts, wann sie ihre Leistung erstmals bereitstellt, diesen Zeitpunkt beliebig hinausschieben.

Punkt 40. der AGB sehe eine geltungserhaltende Reduktion vor, welche Verbrauchern gegenüber einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG darstelle und somit unzulässig sei.

Der Kläger begehre weiters die Veröffentlichung des Urteils in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“. Die Beklagte sei Marktführerin in Österreich und lege die beanstandeten AGB Millionen von Verträgen zu Grunde.

Die Beklagte bestreite das Klagebegehren, beantrage Klagsabweisung und wendete ein, die beanstandeten Klauseln seien allesamt weder rechts- noch sittenwidrig.

Zur Klausel 4.2. brachte die Beklagte vor, im Falle der Entgeltanpassung aufgrund einer Indexklausel erfolge keine Änderung des Vertragsverhältnisses, da die Indexklausel ja bereits Inhalt des Vertrags sei. Es komme nur zum Vollzug der bereits vereinbarten Klausel, weshalb das Procedere des § 25 Abs 3 TKG nicht zur Anwendung gelange. Die Klausel sei daher zulässig.

Der in Klausel 4.3. vorgesehene Ausschluss des Kündigungsrechts des Verbrauchers rühre daher, dass die Preisanpassungen aufgrund der vereinbarten Indexklausel an objektive, nicht in der Sphäre der Beklagten liegende Parameter geknüpft sind. Der Verbraucherpreisindex sei von der Beklagten nicht beeinflussbar. Da die Preisanpassungen für den Verbraucher absehbar und überprüfbar seien, liege kein Gesetzesverstoß vor. Im Übrigen seien Preisgleitklauseln auch in anderen Branchen durchaus üblich und verbreitet.

Das in Klausel 4.4 vorgesehene Procedere einer Erklärungsfiktion entspreche den gesetzlichen Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Die Bestimmung des § 25 Abs 3 TKG komme auch hier nicht zum Tragen, denn bei Anwendung der Klausel werde nicht etwa einseitig der Vertrag geändert, sondern bloß eine bereits bestehende Klausel vollzogen. Schließlich seien inhaltlich Änderungen entgegen der Ansicht des Klägers nicht völlig

unbeschränkt möglich, da diese ohnehin den allgemeinen Grundsätzen des KSchG entsprechen müssten.

Der Formvorbehalt in Klausel 6.1. sei zulässig, da es dort nur um den Fall der Übertragung des gesamten Vertrags durch den Verbraucher und nicht um die Zession einzelner Forderungen gehe. Eine Übergabe des Vertrags als Ganzes durch den Verbraucher sei schon nach allgemeinem Zivilrecht an die Zustimmung der Beklagten gebunden. Im Übrigen verbiete § 10 Abs 3 KSchG Formvorbehalte von Unternehmern nicht generell, sondern nur dann, wenn diese dem Verbraucher zum Nachteil gereichen. Sich die schriftliche Zustimmung zu einer derart gewichtigen Sache wie einer Vertragsübergabe vorzubehalten, sei üblich und durchaus nachvollziehbar.

Im Falle der Klausel 10.2. liege die vom Kläger behauptete gröbliche Benachteiligung nicht vor, denn Punkt 17.1. sehe eine Kündigungsmöglichkeit des Verbrauchers grundsätzlich nur zum Monatsletzten vor. Die vom Kläger ersonnene Konstellation sei daher irrelevant, da die Leistungspflicht der Beklagten keinesfalls vor der Entgeltleistungspflicht des Verbrauchers erlöschen könne. Die Möglichkeit für die Beklagte, Guthaben mit anderen Verträgen zu verrechnen, sei ebenfalls nicht rechtswidrig, da § 1438 ABGB exakt die in den AGB geregelte Aufrechnungsmöglichkeit vorsehe. Selbst wenn die beanstandete AGB-Klausel nicht vorhanden wäre, bestünde die Aufrechnungsmöglichkeit bereits kraft Gesetzes. Darüber hinaus mache es für den Verbraucher faktisch keinen Unterschied, ob er ein Guthaben ausbezahlt bekommt oder ob es auf einen anderen Vertrag verrechnet wird.

Zu Klausel 10.7. brachte die Beklagte vor, es sei bei einem Unternehmen ihrer Größe unumgänglich, dass Verbraucher bei ihren Überweisungen die Kunden- bzw. Rechnungsnummer angeben. Es entspreche auch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Einzahlung ohne Angabe jeglicher Zahlungsparameter nur unter extrem hohem Aufwand zugeordnet werden kann. Der Kunde erwarte in diesem Fall auch keine problemlose Zuordnung. Die Klausel sei daher weder intransparent noch gröblich benachteiligend oder überraschend.

Zu Punkt 10.12. führte die Beklagte – wie schon oben zu den Punkten 4.2 bis 4.4. – aus, es liege kein Fall des § 25 Abs 3 TKG vor, denn es gehe nicht um eine einseitige Vertragsänderung, sondern nur um den Vollzug einer bereits vorhandenen vertraglichen Vereinbarung. Weiters liege der Verbraucherpreisindex nicht in der Einflussosphäre der Beklagten. Die vorgesehenen Modalitäten der Indexanpassung entsprächen auch den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5, insbesondere liege das jährliche Anpassungsintervall im Sinne der Transparenz und vermeide komplizierte unterjährige Erhöhungen.

Zu den Punkten 14.3. bis 14.6., welche die Erhebung von Einwendungen gegen die

Rechnungen der Beklagten vorsehen, brachte die Beklagte vor, dem Verbraucher werde die wahre Rechtslage keineswegs verschleiert, sondern, im Gegenteil, werde er ausdrücklich auf die Schlichtungsverfahren nach § 121 f TKG sowie auf die Möglichkeit, den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten, hingewiesen.

Punkt 27.2. über die Pflicht des Kunden, geeignete Sicherungsmaßnahmen zu treffen, sei – ebenso wie die in der Klausel festgelegte betragliche Haftungsbeschränkung – nur auf Unternehmer anzuwenden, was sich aus dem Einleitungssatz zu diesem Punkt ergebe. Selbst wenn Punkt 27.2. aber auch auf Verbraucher anzuwenden wäre, liege dennoch kein Gesetzesverstoß vor, da man nicht verlangen könne, dass in AGB alles bis ins kleinste Detail geregelt ist; gewisse Unschärfen und Auslegungsfragen seien unvermeidbar. Die Klausel erfasse zudem nur allgemein bekannte und von jedermann zu erwartende IT-Mindestsicherungsmaßnahmen, die im aktuellen Alltagsleben Mindeststandard seien. Auch § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verbiete bei Sachschäden nur einen Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.

Die Klausel 31.1. über den Beginn der Mindestvertragsdauer sei im Zusammenhang mit der Tatsache zu sehen, dass der Vertrag mit dem Verbraucher erst ab Betriebsbereitschaft erfüllt wird. Erst ab diesem Tag werde dem Verbraucher ein Entgelt verrechnet. Es sei somit durchaus gerechtfertigt, die Mindestvertragsdauer an diesen Zeitpunkt anknüpfen zu lassen. Dieser Zeitpunkt sei für den Verbraucher auch eindeutig feststellbar und – beispielsweise durch seine Disposition, wann ein Anschluss in seinen Räumlichkeiten herstellbar ist – auch beeinflussbar.

Zu der in Klausel 40.1. vorgesehenen geltungserhaltenden Reduktion führte die Beklagte aus, eine solche sei im Rechtsverkehr durchaus anerkannt. Dass ungültige Regelungen durch entsprechende gesetzliche ersetzt werden, könne für den Verbraucher auch nicht nachteilig sein, da für den Verbraucher jedenfalls günstige Bestimmungen aufrecht bleiben. Es trete nicht irgendeine Ersatzregel an die Stelle der ungültigen Regelung, sondern schlicht die Gesetzeslage. Für den Verbraucher ergebe sich daher kein Unterschied, ob die geltungserhaltende Reduktion in den AGB vorgesehen ist oder nicht. Die Klausel sei daher im Ergebnis entbehrlich.

Schließlich wandte die Beklagte ein, die begehrte Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ sei weit überzogen. Zudem sei eine sofortige Unterlassung der beanstandeten Klauseln schon alleine wegen der Vorankündigungsfristen des § 25 Abs 2 und 3 TKG gegenüber der Regulierungsbehörde nicht möglich, sodass eine angemessene Leistungsfrist gemäß § 409 ZPO von zumindest sechs Monaten zu setzen sei.

Der Kläger entgegnete zu diesem letzten Punkt, zumindest das „Sich-Berufen“ auf die

beanstandeten Klauseln könne die Beklagte sofort unterlassen. Im Übrigen entspreche es der ständigen Judikatur des BGH, dass der Unterlassungsanspruch sofort greift und dem AGB-Verwender keine Änderungs- oder Aufbrauchfrist zuzugestehen ist. Auch der OGH habe eine solche in Verbandsprozessen bisher nicht eingeräumt. Es erfordere keinen besonderen organisatorischen Vorlauf, die beanstandeten Klauseln einfach ersatzlos zu streichen oder überhaupt ohne AGB zu kontrahieren – dann komme einfach die dispositive Rechtslage zur Anwendung. Die Beklagte könne auch beim Abschluss neuer Verträge einen Text beilegen, wonach ihre AGB nur mit Ausnahme der aufzuzählenden ungültigen Klauseln zur Anwendung kommen. Aus den Regulierungsvorschriften des TKG dürfe nicht der Schluss gezogen werden, die Beklagte sei nach Zivilrecht berechtigt, unzulässige Klauseln aufrecht zu erhalten.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden Blg. ./A und ./B.

Über den unstrittigen Sachverhalt hinaus werden folgende **Feststellungen** getroffen:

Mit Schreiben vom 1.3.2012 forderte der Kläger die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG abzugeben; dieser Aufforderung kam die Beklagte innerhalb der gesetzten Frist nicht nach; sie verweigerte die Abgabe einer solchen Erklärung letztlich mit Schreiben vom 26.3.2012.

Zur **Beweiswürdigung**:

Der Sachverhalt wurde praktisch zur Gänze ausdrücklich außer Streit gestellt. Dass der Kläger die Beklagte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert hat, wurde gleichfalls nicht bestritten.

In **rechtlicher Sicht** war zu erwägen:

Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden gemäß § 864a ABGB nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Vertragspartner nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen („Geltungskontrolle“).

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungspflichten festlegt, ist gemäß § 879 Abs 3 ABGB jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt („Inhaltskontrolle“). Die in § 6 Abs 1 KSchG aufgezählten Bestimmungen sind für Verbraucher jedenfalls nicht verbindlich.

Verbrauchern gegenüber unwirksam ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder

Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung gemäß § 6 Abs 3 KSchG auch dann, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist („Transparenzgebot“). Als Einzelwirkungen des Transparenzgebots zeigen sich das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis eines für einen jeweiligen Vertrag typischen Durchschnittskunden (6 Ob 16/01y, 4 Ob 28/01y ua; *Apathy* in *Schwimann* ABGB³ V § 6 KSchG, Rz 88).

Das Kontrollverfahren auf Prüfung der Zulässigkeit von Klauseln im Rahmen von Verbandsklagen erfolgt abstrakt (2 Ob 523/94). Die Auslegung von Klauseln hat im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen; danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es findet also keine geltungserhaltende Reduktion statt (RIS-Justiz RS0038205). Ziel des KSchG ist es, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken.

Zu Klausel 4.2.:

Vorweg ist auszuführen, dass es einen allgemeinen Grundsatz unserer Rechtsordnung darstellt, dass vertragliche Vereinbarungen – und damit auch der Inhalt Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) – nach Abschluss des Vertrags nicht mehr einseitig geändert werden können. Im Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes (TKG) gibt dessen § 25 dem Telekommunikationsanbieter jedoch – in Abweichung dieses Grundsatzes – die Möglichkeit, seine AGB sowie seine Entgeltbestimmungen auch nach Vertragsabschluss noch einseitig ändern zu können, und legt die diesbezüglich einzuhaltenden Bedingungen fest.

In diesem Zusammenhang bestimmt § 25 Abs 2 TKG zunächst, dass Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen von Telekommunikationsanbietern vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen sind. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Nach § 25 Abs 3 TKG ist der wesentliche Inhalt nicht ausschließlich begünstigender Änderungen dem Teilnehmer mindestens einen Monat vor In-Kraft-Treten der Änderungen in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen. Gleichzeitig ist der Teilnehmer auf den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Änderungen hinzuweisen sowie darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen.

Zu prüfen ist daher, ob im Falle einer Entgeltänderung aufgrund einer vereinbarten Indexanpassung eine „den Verbraucher nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Entgeltbestimmungen“ vorliegt. In diesem Fall wäre das Procedere des § 25 Abs 3 TKG einzuhalten, d.h. insbesondere dem Verbraucher eine Kündigungsmöglichkeit einzuräumen.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass eine Entgelterhöhung in Form einer Anpassung der Entgeltbestimmungen an einen vereinbarten Index jedenfalls eine Änderung der Entgeltbestimmungen iSd § 25 TKG bildet. Allerdings kann es sich bei einer Entgelterhöhung keinesfalls um eine den Verbraucher ausschließlich begünstigende Änderung handeln. Es ist daher das Procedere des § 25 Abs 3 TKG einzuhalten und dem Verbraucher der geänderte Inhalt der Entgeltbestimmungen mit der Möglichkeit, eine außerordentliche Kündigung auszusprechen, mitzuteilen.

Wenn die Beklagte einwendet, es handle sich bei einer Entgeltanpassung nur um den Vollzug einer bereits vereinbarten Indexklausel und somit nicht um eine Änderung der Entgeltbestimmungen iSd § 25 TKG, so trifft dies nicht zu. Denn wenn zuvor in den Entgeltbestimmungen beispielsweise ein monatliches Grundentgelt von EUR 15,00 vorgesehen ist und dieser Betrag auf EUR 15,50 angehoben werden soll, so liegt zweifellos eine „den Verbraucher nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Entgeltbestimmungen“ vor. Die Rechtsansicht der Beklagten würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, das Regime des § 25 Abs 3 TKG generell durch das Vorsehen von Änderungsklauseln in den AGB unterlaufen zu können. Gerade dies darf aber nicht sein, da es sich bei der zitierten Regelung in erster Linie um eine Verbraucherschutzbestimmung handelt, die nicht ausgehebelt werden darf.

Im Ergebnis ist die vorliegende AGB-Klausel daher wegen des Verstoßes gegen § 25 Abs 3 TKG gesetzwidrig und damit unzulässig. Die Klausel verschleiern dem Verbraucher weiters die wahre Rechtslage, sodass auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG gegeben ist.

Zu Klausel 4.3.:

Diese Klausel ist gewissermaßen die „Komplementärbestimmung“ zur Klausel 4.2 und gibt zunächst die Regelung des § 25 Abs 3 TKG wieder. Sie nimmt hievon aber Entgelterhöhungen aufgrund einer vereinbarten Indexklausel explizit aus. Dies widerspricht – wie bereits ausgeführt – den gesetzlichen Bestimmungen, da auch Entgelterhöhungen aufgrund einer vereinbarten Indexklausel als den Verbraucher nicht ausschließlich begünstigende Änderungen der Entgeltbestimmungen anzusehen sind.

Die verwendete Klausel ist daher wegen des Verstoßes gegen § 25 Abs 3 TKG gesetzwidrig und damit unzulässig. Die Klausel verschleiern dem Verbraucher weiters die wahre

Rechtslage, sodass auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG gegeben ist.

Zu Klausel 4.4.:

Mit dieser Klausel behält sich die Beklagte Vertragsänderungen im Wege einer Erklärungsfiktion iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vor. Widerspricht der Verbraucher innerhalb eines Monats nach Mitteilung der Änderungen, so treten diese ihm gegenüber nicht in Kraft und es bleibt bei den alten Bestimmungen. Widerspricht der Verbraucher nicht, so treten die Änderungen in Kraft.

Wie bereits ausgeführt, sieht jedoch § 25 Abs 3 TKG ein besonderes Procedere bei Vertragsänderungen vor, wonach dem Verbraucher insb. ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen ist.

Auch in diesem Punkt bringt die Beklagte vor, bei Einführung von AGB-Änderungen im Wege der Erklärungsfiktion nach der zitierten AGB-Klausel sei der Anwendungsbereich des § 25 Abs 3 TKG nicht gegeben, da sie ihre AGB ja in Wahrheit nicht ändere, sondern nur eine bereits vereinbarte Klausel vollziehe. Dem sind jedoch die bereits oben ausgeführten Erwägungen entgegenzuhalten, wonach diese Rechtsansicht der Beklagten darauf hinauslaufen würde, das Regime des § 25 Abs 3 TKG generell durch das Vorsehen von Änderungsklauseln in den AGB unterlaufen zu können. Aufgrund des Verbraucherschutzcharakters dieser Regelung ist jedoch festzuhalten, dass das Procedere des § 25 Abs 3 TKG in AGB gerade nicht ausgeschlossen werden darf. Die verwendete Klausel ist daher als Verstoß gegen § 25 Abs 3 TKG gesetzwidrig und unzulässig.

Weiters ist ein Verstoß gegen § 864a ABGB gegeben. Zwar trifft es zu, dass „Vereinbarungen“ im juristischen Sinn nicht immer ausdrücklich zustande kommen müssen, jedoch wird der typische/durchschnittliche Verbraucher – auf den es ankommt – die Formulierung des ersten Satzes der Klausel regelmäßig dahingehend verstehen, dass „vereinbaren“ hier im Sinne von „ausdrücklich vereinbaren“ gemeint ist. Es ist daher überraschend, wenn im weiteren Verlauf des Absatzes – der aufgrund des „entwarnenden“ Charakters des ersten Satzes dann oft nicht mehr (aufmerksam) gelesen werden wird – in Wahrheit das Gegenteil folgt, was der erste Satz vermuten lässt: Nämlich, dass Vertragsänderungen gerade doch nicht ausdrücklich vereinbart werden müssen, sondern auch durch Schweigen des Verbrauchers zustande kommen können.

Die Klausel ist daher in ihrer konkreten Gestaltung als ungewöhnlich und überraschend zu beurteilen, da der typische Verbraucher mit ihrem Inhalt aufgrund der zunächst „entwarnenden“ Einleitung im ersten Satz nicht zu rechnen braucht. Die Klausel ist auch nachteilig, da sie den Verbraucher schlechter stellt, als wenn die Klausel nicht vereinbart

würde. Sie verstößt im Ergebnis gegen § 864a ABGB und ist daher rechtswidrig.

Bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel können Vertragsänderungen in jede Richtung vorgenommen werden. Es können daher auch Hauptleistungspflichten aus dem Vertrag jederzeit einem Änderungsvorschlag unterliegen, dem die Kunden dann ausdrücklich widersprechen müssen. Der OGH hat sich in der Entscheidung 6 Ob 85/11k, in der es ebenfalls um die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel ging, die die Möglichkeit enthielt, Vereinbarungen in Form einer Erklärungsfiktion zu treffen, auf ein Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 11.10.2007 (III ZR 63/07) bezogen und dazu Folgendes ausgeführt:

„Der deutsche Bundesgerichtshof hat bei annähernd vergleichbarer Rechtslage die Auffassung vertreten, für weitreichende, die Grundlagen der rechtlichen Beziehungen der Parteien betreffende Änderungen sei ein den Erfordernissen der §§ 145 ff dBGB genügender Änderungsvertrag notwendig; eine Zustimmungsfiktion reiche nicht aus, neigten doch Kunden dazu, formularmäßig angebotene Vertragsänderungen nicht näher zu prüfen; für wesentliche Vertragsänderungen, worunter namentlich die essentialia des Vertrags, insbesondere aller von der Beklagten geschuldeten Leistungen, unter Einschluss der Hauptleistungen fielen, bedürfe es daher einer individualvertraglichen Änderung (III ZR 63/07).“

Im Anlassfall vor dem BGH gab die inhaltlich unbeschränkte Klausel der Beklagten damit auch die Möglichkeit, ihr vor Vertragsschluss unterlaufene Kalkulationsfehler oder andere Fehleinschätzungen der Marktlage zu ihren Gunsten zu korrigieren oder sonstige Anpassungen auch ohne Veränderungen der Marktlage vorzunehmen, etwa um ihre Gewinnmarge zu verbessern. Vertragsänderungen im Rahmen einer Erklärungsfiktion durchzusetzen, sei für weniger gewichtige Anpassungen hinzunehmen, nicht jedoch für die nach dem Wortlaut der Klausel mögliche weitgehende Veränderung des Vertragsgefüges (BGH III ZR 63/07, Rz 31 f.).

Wie ausgeführt, gibt die von der hier Beklagten verwendete Klausel ihr die Möglichkeit, bestehende Verträge in jeder Weise – und damit auch hinsichtlich der essentialia des Vertrags – abzuändern. Anschließend muss der Verbraucher aktiv reagieren und in der Regel sicherheitshalber per eingeschriebenem Brief kosten- und zeitintensiv seinen Widerspruch übermitteln. Ob die Beklagte tatsächlich so vorgeht, ist unbeachtlich, da für eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess kein Raum besteht und eben von der „kundenfeindlichsten“ Auslegung auszugehen ist. Da aber im vorliegenden Fall keine sachliche Rechtfertigung für eine derart weitreichende, inhaltlich unbeschränkte Änderungsmöglichkeit ersichtlich ist, ist die von der Beklagten verwendete Klausel auch als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB zu qualifizieren und damit unzulässig.

Es mag für einen Kunden zwar grundsätzlich ersichtlich sein, was mit der Klausel bewirkt

werden soll: Nämlich die Möglichkeit, eine Vertragsänderung vorzunehmen, ohne dass auf eine Antwort des Kunden gewartet werden muss. Es wird einem durchschnittlichen Verbraucher aber nicht ersichtlich sein, welchen weiten Spielraum er der Beklagten mit der Zustimmung zu dieser Klausel verschafft. Die Möglichkeit der Beklagten, Vertragsänderungen vorzunehmen, steht ihr nach dieser Klausel – wie ausgeführt – praktisch ohne jede inhaltliche Einschränkung zu und kann zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung auch Hauptleistungspflichten betreffen. Die Reichweite der Gestaltungsmöglichkeiten, die sich ein AGB-Verwender vorbehält, muss sich allerdings aus der Klausel selbst ergeben. Auch der deutsche Bundesgerichtshof sprach in Rz 12 der erwähnten Entscheidung unter Transparenzgesichtspunkten aus, dass eine solche Klausel einer Konkretisierung bedarf, die einem durchschnittlichen Verbraucher eine Vorstellung davon vermittelt, in welchen Bereichen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang er mit Änderungen zu rechnen hat. Unter diesen Gesichtspunkten erscheint die vorliegende Klausel auch als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG und damit unzulässig.

Zu Klausel 6.1.:

Mit dieser Klausel wird die Übertragung des gesamten Vertrags durch den Verbraucher an die schriftliche Zustimmung der Beklagten gebunden. Der Kläger beanstandet zunächst den Schriftformvorbehalt der Beklagten und sieht darin einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG. Nach dieser Bestimmung kann die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Daraus ergibt sich, dass Formvorbehalte für Unternehmer- und Vertretererklärungen zulässig sind, sofern diese Vorbehalte dem Verbraucher nicht zum Nachteil gereichen (*Schilcher* in *Krejci*, HbzKSchG 439).

Im vorliegenden Fall ist jedoch zu erkennen, dass der Formvorbehalt der Beklagten sehr wohl geeignet ist, dem Verbraucher zum Nachteil zu gereichen. Man denke an den Fall, dass ein Kunde sich telefonisch bei der Hotline der Beklagten meldet, dort die Übergabe seines Vertrags bekanntgibt, eine mündliche Zustimmung erhält und anschließend Dispositionen im Hinblick auf diese Zusage trifft. Mit der beanstandeten Klausel hätte die Beklagte jedoch das Recht, sich anschließend – zum Nachteil des Verbrauchers – auf die Unwirksamkeit dieser mündlichen Zusage zu berufen. Da schon die bloße Möglichkeit der nachteiligen Auswirkung eines Schriftformvorbehalts auf den Verbraucher ausreicht, um einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG zu begründen, ist besagte Klausel unzulässig (vgl. auch 9 Ob 15/05d).

Wenn die Beklagte vorbringt, es sei aus Gründen der Rechtssicherheit auch für den Verbraucher vorteilhaft, eine derart gravierende Tatsache wie eine Vertragsübergabe schriftlich zu vereinbaren, so übersieht sie, dass es zur Gewährleistung des Verbraucherschutzes ausreichend wäre, dem Verbraucher ein ausdrückliches Recht

einzuräumen, zu seiner eigenen Sicherheit eine schriftliche Bestätigung über die Gültigkeit der mündlich vereinbarten Vertragsübergabe einzufordern. Die Gültigkeit der Zusage der Beklagten an die Schriftform zu binden, lässt sich mit dem Hinweis auf den Schutz des Verbrauchers nicht begründen.

Nicht zutreffend ist hingegen das weitere Vorbringen in der Klage, mit der Klausel werde jede Zession von Ansprüchen des Verbrauchers an die Zustimmung der Beklagten gebunden. Schon der Wortlaut der Klausel erfasst nämlich nur die Übertragung des Vertrags als Ganzes.

Zu Klausel 10.2., Sätze 1 und 2:

In dieser Bestimmung wird zunächst festgelegt, dass der Verbraucher im Falle einer von ihm ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung des Vertrags das Entgelt nur bis zum Tag der Beendigung anteilig zu bezahlen hat. In allen anderen Fällen jedoch ist das volle Grundentgelt für den Monat, in dem die Kündigung wirksam wird, zu bezahlen. Nach Punkt 17 der AGB ist zwar eine ordentliche Kündigung des Verbrauchers nur zum Monatsletzten möglich. Daneben ist unter Umständen jedoch eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung des Vertrags durch die Beklagte möglich (Punkte 17 und 18 der AGB).

Die beanstandete Klausel 10.2 führt nun aber dazu, dass der Kunde beispielsweise im Fall der außerordentlichen Kündigung des Vertrags durch die Beklagte etwa zum 2.9.2012 das volle Grundentgelt bis zum 30.9.2012 weiter bezahlen muss, obwohl die Beklagte in diesem Zeitraum keine Leistungen mehr zu erbringen hat.

In dieser Klausel ist ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB zu erkennen, da es sich um eine Nebenbestimmung handelt, die den Verbraucher gröblich benachteiligt. Sie ist daher unzulässig.

Zu Klausel 10.2., Satz 4:

Nach dieser Klausel darf die Beklagte ein bei Vertragsende bestehendes Guthaben auch bei anderen, zwischen dem Kunden und der Beklagten bestehenden Vertragsverhältnissen verrechnen.

Eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers iSd § 879 Abs 3 ABGB ist dabei jedoch nicht zu erkennen. Ob Beträge in beide Richtungen überwiesen werden oder ob es gleich zu einer Verrechnung kommt, macht für den Verbraucher in der Regel keinen Unterschied.

Auch ist die Klausel nicht als überraschend iSd § 864a zu beurteilen. Dass wechselseitige Forderungen miteinander verrechnet werden, ist im Geschäftsverkehr üblich und wird den typischen Verbraucher – auf den es ankommt – nicht überraschen.

Im Übrigen ist der Beklagten dahingehend zuzustimmen, dass sie auch ohne diese Klausel

zur Aufrechnung berechtigt wäre. Nach § 1438 ABGB ist eine Kompensation nämlich grundsätzlich zulässig, sofern die Forderungen den Erfordernissen der Gleichartigkeit, Gegenseitigkeit und Fälligkeit entsprechen und kein gesetzliches oder vertragliches Aufrechnungsverbot vorliegt. Die vorliegende Klausel gibt der Beklagten keine über den Gesetzeswortlaut hinausreichende Aufrechnungsmöglichkeit und ist daher zulässig.

Zu Klausel 10.7.:

Mit dieser Klausel legt die Beklagte fest, dass – für den Fall, dass der Verbraucher seine Rechnung nicht mit Einzugsermächtigung bezahlt – die schuldbefreiende Wirkung einer Zahlung des Verbrauchers erst dann eintritt, wenn die Beklagte sie richtig zugeordnet hat. Eine schuldhaftige Verzögerung der Beklagten geht zu ihren Lasten.

Im Rahmen der Prüfung nach § 864a ABGB ist zu dieser Klausel auszuführen, dass sie den Verbraucher benachteiligt, weil er mit der Klausel schlechter steht als ohne sie. Denn nach § 1424 ABGB erlischt eine Forderung dann durch Zahlung, wenn sie dem Empfänger zugegangen, d.h. in seinen Machtbereich gelangt ist. Die Klausel ist weiters ungewöhnlich und überraschend, da sie von den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers abweicht. Ein Verbraucher wird nämlich typischerweise erwarten, dass jeder Betrag, den er auf das Konto der Beklagten überweist, damit als dieser zugegangen gilt. Die Klausel verstößt daher gegen § 864a ABGB und ist somit unzulässig. Wenn die Beklagte vorbringt, es bedeute für sie aufgrund der großen Zahl ihrer Kunden einen erheblichen Aufwand, eine Zahlung manuell zuzuordnen, so ist ihr entgegenzuhalten, dass sie darauf allenfalls mit der Bereitstellung entsprechender personeller und organisatorischer Ressourcen zu reagieren hat und nicht mit Verbraucher generell benachteiligenden AGB-Klauseln.

Darüber hinaus liegt eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB vor. Denn im schlimmsten Fall muss der Kunde eine längere Unsicherheitsphase in Kauf nehmen, während der er möglicherweise bereits Mahnungen seitens der Beklagten erhält, obwohl er die Zahlung an sich rechtzeitig vorgenommen hat. Die Klausel ist daher auch wegen des Verstoßes gegen § 879 Abs 3 ABGB unzulässig.

Schließlich ist die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Denn für den typischen Verbraucher ist nicht erkennbar, was unter einem „Bemühen“ der Beklagten „ohne schuldhaftige Verzögerung“ zu verstehen ist. Für den Verbraucher ist damit nicht transparent, wann seine Überweisung zugeordnet werden kann.

Zu Klausel 10.12.:

Diese Klausel steht im Zusammenhang mit den Klauseln 4.2 und 4.3 und gibt der Beklagten das Recht, Entgelte auf Basis des Verbraucherpreisindex zu erhöhen. Zunächst ist – wie oben

ausgeführt – darauf zu verweisen, dass bei Entgelterhöhungen jedenfalls eine den Verbraucher nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Entgeltbestimmungen vorliegt und somit das Procedere des § 25 Abs 3 TKG einzuhalten ist.

Wenn die Beklagte vorbringt, die Entwicklung des VPI liege nicht in ihrem Einflussbereich, so stimmt dies zwar, doch sieht die Klausel keine automatische Übernahme der Entwicklung des VPI vor, sondern gibt der Beklagten bloß das Recht, per Willenserklärung die Entwicklung des VPI weiterzugeben. Nicht zu folgen ist dem Kläger allerdings dahingehend, dass der VPI eine ungeeignete Bezugsgröße sei: Der VPI wird allgemein als „Gradmesser“ der Preis- und Inflationsentwicklung herangezogen; im Übrigen nennt auch der Kläger keine andere Bezugsgröße als Alternative, die besser geeignet wäre.

Die weitere Ausgestaltung des Anpassungsmechanismus ist als gesetzeskonform zu beurteilen. Dass immer die Entwicklung des VPI zwischen dem vorletzten und dem letzten Kalenderjahr herangezogen wird, dient der Transparenz und vermeidet komplizierte unterjährigere Berechnungen. Diese Berechnungsmethode ist auch für den Verbraucher die noch am ehesten nachvollziehbare. Dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG es generell verbiete, Preissteigerungen, die noch vor Vertragsabschluss entstanden sind, an den Verbraucher weiterzugeben, kann dieser Bestimmung und der dazu vorhandenen Literatur nicht entnommen werden. Dies würde im Ergebnis auch dazu führen, dass die Beklagte praktisch monatlich ihre Tarife für Neuabschlüsse erhöhen müsste, da sie Preissteigerungen vor Vertragsabschluss nicht weitergeben dürfte. Im Übrigen werden in der Klausel auch die sonstigen gesetzlichen Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eingehalten, insb. ist eine Entgeltsenkung für den Fall einer Deflation vorgesehen.

Dennoch ist die Verwendung der beanstandeten Klausel insgesamt als unzulässig zu betrachten, da sie – wie ausgeführt – keinen Hinweis auf das außerordentliche Kündigungsrecht enthält, das dem Verbraucher im Rahmen des einzuhaltenden Prozederes nach § 25 Abs 3 TKG zusteht. Die Klausel verschleiert dem Verbraucher darüber hinaus die wahre Rechtslage und ist somit auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Zu den Klausel 14.3. bis 14.6.:

In diesen Bestimmungen wird zunächst ausgeführt, dass eine Rechnung der Beklagten „als anerkannt gilt“, wenn Einwendungen nicht binnen drei Monaten erhoben werden. Die selbe Rechtsfolge soll eintreten, wenn nicht binnen einem Monat nach Zugang einer Überprüfungsentscheidung der Beklagten weitere Überprüfungen verlangt werden. Auch nach einer endgültigen Ablehnung der Einwendungen wird eine Frist von einem Monat vorgegeben, binnen der eine Streitschlichtung nach den §§ 121 und 122 TKG einzuleiten oder der Rechtsweg zu beschreiten ist, widrigenfalls die Entgeltforderungen „als anerkannt gelten“.

Die Klauseln erwecken damit den Eindruck, bei Versäumung der von der Beklagten vorgegebenen Fristen bestehe keine Möglichkeit mehr, gegen die Rechnungen vorzugehen. Dies trifft jedoch nicht zu, ist es doch mittlerweile gesicherte Rechtsprechung, dass für den Fall des Unterlassens einer geforderten fristgebundenen Reklamation gegen Rechnungsabschlüsse dem hiedurch bewirkten Saldoanerkenntnis im Regelfall nur deklarative Wirkung zukommt; ein konstitutives Anerkenntnis ist nur dann anzunehmen, wenn damit im konkreten Fall in der Tat ein ernstlicher Streit (oder Zweifel) beigelegt werden sollte (zuletzt 9 Ob 39/11t). Dies bedeutet, dass der Verbraucher in Wahrheit auch bei Versäumung der von der Beklagten festgelegten Fristen noch den Rechtsweg beschreiten und die Entgeltforderungen bestreiten kann.

Wenn die Beklagte einwendet, sie verweise in ihren Klauseln ohnehin auf die Möglichkeit des ordentlichen Rechtswegs, so ist ihr entgegenzuhalten, dass der Gesamteindruck, den der typische Verbraucher bei der Lektüre der beanstandeten Klauseln erhält, jedenfalls der ist, dass er bei Versäumung der Fristen weder bei einer Streitschlichtungseinrichtung, noch vor Gericht oder vor der Regulierungsbehörde „eine Chance haben wird“, die Forderungen zu bestreiten. Der typische Verbraucher wird daher über die wahre Rechtslage in die Irre geführt, weshalb ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG vorliegt. Die Klauseln sind somit unzulässig.

Zu Klausel 27.2.:

Diese Klausel sieht einen Haftungsausschluss der Beklagten für den Fall vor, dass der Kunde keine „geeigneten, üblichen Sicherungsmaßnahmen“ getroffen hat. Weiters wird die Haftung der Beklagten der Höhe nach begrenzt.

Die Beklagte bringt hiezu vor, diese Klausel sei nur auf Unternehmer anzuwenden. Dem ist zu entgegen, dass der Wortlaut der Klausel zwar im ersten Satz ausdrücklich auf Unternehmer Bezug nimmt, der Haftungsausschluss für den Fall des Unterlassens von „geeigneten, üblichen Sicherungsmaßnahmen“ jedoch nicht ausdrücklich auf Unternehmer beschränkt ist. Gleiches trifft auf die Einschränkung der Haftung gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten zu. Der typische Verbraucher kann aus dem Wortlaut der Klausel nicht erkennen, dass diese in ihrer Gesamtheit nur gegenüber Unternehmern zur Anwendung kommen soll.

Gegenüber Verbrauchern ist die Klausel jedenfalls als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG zu beurteilen, da in keiner Weise konkretisiert wird, was unter „geeigneten, üblichen Sicherungsmaßnahmen“ zu verstehen ist. Es liegt ferner ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG vor, weil die Haftung zum einen auch für Fälle grober Fahrlässigkeit und Vorsatz der Beklagten ausgeschlossen wird und sie zum anderen auch gegenüber der Gesamtheit der

Geschädigten betragsmäßig eine Begrenzung erfährt, was im Falle eines die Gesamtsumme übersteigenden Gesamtschadens zu einer Verringerung der Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten führt. Die Klausel ist im Verhältnis zu Verbrauchern daher unzulässig. Möchte die Beklagte die Klausel tatsächlich nur gegenüber Unternehmern anwenden, wäre es ihr wohl ein Leichtes, der Klausel etwa die Überschrift: „Haftungsausschluss: Alle folgenden Bestimmungen gelten nur gegenüber Unternehmern.“ voranzustellen.

Die Klausel ist somit in ihrer derzeitigen textlichen Gestaltung unzulässig.

Zu Klausel 31.1.:

Mit dieser Bestimmung wird der Zeitpunkt festgelegt, ab dem eine vereinbarte Mindestvertragsdauer zu laufen beginnt. Dabei wird nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gewählt, sondern jener Tag, an dem die Leistung betriebsfähig bereitgestellt wird.

Diese Klausel ist zunächst nachteilig iSd § 864a ABGB. Denn ohne diese Klausel würde die Mindestvertragsdauer ab dem Datum des Vertragsabschlusses laufen. Der Verbraucher wird durch die Klausel somit länger an die Beklagte gebunden als ohne Klausel. Diese ist weiters als ungewöhnlich und überraschend zu beurteilen, da der typische Verbraucher berechtigterweise davon ausgehen wird, eine „Mindestvertragsdauer“ laufe ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags und nicht erst ab einem späteren Zeitpunkt. Die Klausel verstößt damit gegen § 864a ABGB und ist somit unzulässig.

Die Klausel ist auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Eine längere Bindung ist für den Verbraucher deshalb gröblich benachteiligend, weil er somit erst später die Möglichkeit hat, zu einem anderen, inzwischen möglicherweise günstigeren Konkurrenzanbieter zu wechseln. Es liegt daher auch ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB vor.

Schließlich ist die Klausel als intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG anzusehen. Denn der Verbraucher kann im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, zu dem die AGB vereinbart werden, noch nicht absehen, an welchem Tag „die Leistung betriebsfähig hergestellt“ sein wird. Er hat somit nicht die Möglichkeit, im Vorhinein zu kalkulieren, bis wann er an die Beklagte gebunden sein wird. Die Klausel verstößt daher auch gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Zu Klausel 40.:

Diese Bestimmung sieht eine geltungserhaltende Reduktion in dem Sinn vor, dass bei Unwirksamkeit einer Bestimmung der AGB an ihre Stelle eine andere wirksame Bestimmung tritt, „die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist“.

Diese Bestimmung ist als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG zu beurteilen. Richtig ist zwar,

dass im Falle der Unwirksamkeit einer AGB-Klausel die dispositive Gesetzeslage an ihre Stelle tritt. Dies wird dem Verbraucher mit der beanstandeten Klausel jedoch gerade verschleiert, denn speziell die Verwendung der Wortfolge „eine wirksame Bestimmung“ wird den typischen Verbraucher annehmen lassen, dass anstelle der unwirksamen Klausel irgendeine andere Bestimmung treten wird, nicht aber die dispositive Gesetzeslage.

Wenn die Beklagte mit dieser Klausel lediglich erreichen will, dass anstelle der unwirksamen Klausel die dispositive Gesetzeslage zur Anwendung kommt, so könnte sie – wie sie selbst vorbringt, indem sie ihre Klausel als „entbehrlich“ bezeichnet (AS 65) – entweder darauf verzichten oder informativ festschreiben, dass anstelle der unwirksamen Klauseln die im Gesetz vorgesehenen Bestimmungen zur Anwendung kommen. Der derzeitige Wortlaut ist für den typischen Verbraucher hingegen doch einigermaßen verwirrend.

Zum Veröffentlichungsbegehren:

Anspruchsvoraussetzung ist das berechtigte Interesse potenzieller und aktueller Kunden der Beklagten an der Urteilsveröffentlichung. Der Kundenkreis der Beklagten erstreckt sich auf das gesamte Bundesgebiet. Es erscheint daher eine Veröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung gerechtfertigt und angemessen. Die Beklagte als ehemaliger Monopolist ist notorisch Marktführer im Bereich der Festnetztelefonie, daher steht die Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ in einem angemessenen Verhältnis zu den festgestellten Gesetzesverstößen. Im Übrigen erhob die Beklagte in Bezug auf das Veröffentlichungsbegehren auch – abgesehen von der bloßen Behauptung, die begehrte Veröffentlichung sei überzogen und unverhältnismäßig – keinen substantiierten Einwand.

Zur Leistungsfrist:

Der OGH hatte sich im Verfahren 10 Ob 70/07b, welches eine Verbandsklage wegen AGB-Klauseln eines Kreditkartenunternehmens betraf, bereits mit dieser Frage auseinandergesetzt und legte dort eine Leistungsfrist von sechs Monaten fest. Er führte dazu aus, dass immer dann, wenn die Beklagte nicht zu einer „reinen“, sondern zu einer solchen Unterlassung verpflichtet wird, die auch ein positives Tun (wie zB die Beseitigung oder Änderung des Firmenwortlauts samt Antragstellung beim Registergericht) enthält, gemäß § 409 Abs 2 ZPO vom Gericht eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen ist. In der Entscheidung 4 Ob 130/03a, die ebenfalls eine Verbandsklage nach dem KSchG betraf, legte der OGH eine Leistungsfrist von drei Monaten fest, da die Beklagte das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen könne, dass sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert.

Diese Erwägungen haben auch im vorliegenden Fall Anwendung zu finden. Entgegen dem Standpunkt des Klägers erscheint dabei eine sechsmonatige Leistungsfrist – schon

angesichts des Anpassungsbedarfs zuzüglich des Zeitbedarfs im Zusammenhang mit der Pflicht zur Anzeige der AGB-Änderungen an die Regulierungsbehörde gemäß § 25 TKG – auch nicht unangemessen lang. Zuzustimmen ist der Beklagten auch dahingehend, dass sie gemäß § 25 Abs 1 und 4 TKG überdies verpflichtet ist, AGB mit bestimmten Mindestinhalten zu erlassen, sodass sie nicht die Möglichkeit hat – wie der Kläger vorbringt –, gänzlich ohne AGB zu kontrahieren. Auf der anderen Seite ist es der Beklagten zumutbar, das „Sich-Berufen“ auf die unzulässigen Klauseln sofort zu unterlassen.

Zur Kostenentscheidung:

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 2, 1. Fall iVm § 54 Abs 1a ZPO. Der Kläger hat mit 12 seiner 13 Unterlassungsbegehren sowie mit dem Veröffentlichungsbegehren obsiegt, lediglich ein Unterlassungsbegehren wurde abgewiesen. Der Kläger ist somit nur mit einem verhältnismäßig geringfügigen Teil seines Anspruches, dessen Geltendmachung überdies besondere Kosten nicht veranlasst hat, unterlegen, sodass ihm die Kosten in voller Höhe zuzusprechen waren.

Handelsgericht Wien, Abteilung 39 Cg
Wien, 25. Oktober 2012
Dr. Heinz-Peter Schinzel, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG