



REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

19 Cg 7/11t

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Marxergasse 1a
1030 Wien

Tel.: +43 (0)1 51528

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Dr. Elfriede Dworak in der Rechtssache der klagenden Partei **VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **UPC Telekabel Wien GmbH**, Wolfganggasse 58-60, 1120 Wien, vertreten durch Knoflach-Kroker-Tonini & Partner Rechtsanwälte GesbR in 6020 Innsbruck, wegen EUR 36.000,-- s.A., nach mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die Beklagte ist *s c h u l d i g*,

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

1. Bei Fernabsatzgeschäften haben Sie kein Rücktrittsrecht, wenn wir mit der Ausführung der Dienstleistung vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen ab Vertragsabschluss begonnen haben.

2. Die Information kann auch per E-Mail an die von Ihnen bekannt gegebene E-Mail-Adresse oder – falls Sie uns keine E-Mail-Adresse bekanntgegeben haben – an die von uns bei Vertragsabschluss über ein Internetprodukt zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse erfolgen. Wir weisen Sie im Zuge ihrer Bestellung nochmals darauf hin.

3. Wir können mit Ihnen Änderungen der AGB und EB/LB auch einvernehmlich vereinbaren. In diesem Fall senden wir Ihnen ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens ein Monat vor Inkrafttreten der geplanten Änderungen in geeigneter Form (z.B. auch per E-Mail wie in Punkt 5.1 der AGB angeführt) zu. Gleichzeitig informieren wir Sie über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der geplanten Änderungen.

Unser Angebot zu den neuen bzw. geänderten AGB, EB /LB gilt als angenommen, wenn Sie nicht bis spätestens zum Inkrafttreten der geplanten Änderungen schriftlich widersprechen. Wir weisen Sie in unserem Angebot nochmals auf diese Frist hin sowie darauf, dass Ihr Stillschweigen bis zum Inkrafttreten der Änderung als Zustimmung zur Änderung gilt. Ihr Widerspruch stellt eine kostenlose Kündigung des Vertragsverhältnisses mit Wirksamkeit zum Inkrafttreten der Änderung dar.

4. Wenn Sie uns über die Änderung Ihrer Anschrift oder E-Mail-Adresse nicht informieren, dann gelten Mitteilungen von uns an Ihre zuletzt bekannt gegebene Anschrift innerhalb von drei Werktagen ab Versanddatum als zugestellt. Eine Mitteilung per E-Mail gilt mit dem Zeitpunkt als zugegangen, an dem diese unter gewöhnlichen Umständen unter der zuletzt bekannt gegebenen E-Mail-Adresse abrufbar ist.

5. Wichtig: Wir können Ihnen rechtlich bedeutsame Mitteilungen auch per E-Mail an die von uns bei Vertragsabschluss zur Verfügung gestellte oder an die von Ihnen bekanntgegebene E-Mail-Adresse senden. Wir weisen Sie im Zusammenhang Ihrer Bestellung nochmals darauf hin. Sie sind daher verpflichtet, die von uns bei Vertragsabschluss zur Verfügung gestellte oder die von Ihnen bekanntgegebene E-Mail-Adresse in einem solchen Zustand zu halten, dass Sie E-Mails auch abrufen können. Nachteilige Folgen, die daraus resultieren, dass Sie Ihre E-Mails nicht abrufen können, ausgenommen auf Grund technischer Probleme, die wir zu vertreten haben, sind ausschließlich von Ihnen zu tragen.

6. Sie können Ihren Vertrag oder einzelne Rechte und Pflichten aus Ihrem Vertrag nur mit unserer schriftlichen Zustimmung an Dritte übertragen.

8. Ein ununterbrochener Betrieb kann nicht garantiert werden und ist nicht geschuldet. Wir sind jedoch immer bemüht, Störungen und Unterbrechungen so rasch, wie technisch und wirtschaftlich möglich, zu beheben. Auf Grund kurzfristiger Störungen und Unterbrechungen sind Sie nicht berechtigt, Ihre Entgeltzahlungen einzustellen oder zu mindern.

9. Werden wir auf Grund einer von Ihnen gemeldeten Störung tätig und stellt sich heraus, dass gar keine Störung vorliegt oder eine vorliegende Störung von Ihnen zu vertreten ist, dann sind wir berechtigt, den uns entstandenen Aufwand zu verrechnen.

11. Wir haften nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit, ausgenommen Personenschäden, ist ausgeschlossen.

12. Wir haften jedenfalls nicht für die Folgen von Störungen oder Unterbre-

chungen, wenn diese auf Störungen und Unterbrechungen nach Punkt 7.3 dieser AGB oder auf leicht fahrlässiges Verhalten unsererseits zurückzuführen sind.

13. Wir haften jedenfalls nicht für Schäden, die im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Zugangsdaten oder Passwörtern entstehen, sofern sie nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen.

14. Sofern wir nichts anderes vereinbart haben, stellen wir Ihnen unsere Rechnungen auf elektronischem Wege zur Verfügung.

Dies erfolgt durch Hinterlegung der Rechnung in Ihrem online Kundenservice Bereich oder durch Zusendung der Rechnung per E-Mail. Über eine Hinterlegung der Rechnung im online Kundenservice Bereich informieren wir Sie per E-Mail. Sie sind verpflichtet, die Hinterlegung zu kontrollieren und, falls die Rechnung nicht abrufbar sein sollte, mit uns Kontakt aufzunehmen, um eine neuerliche elektronische Hinterlegung zu veranlassen.

15. Für die Zusendung der Rechnung in Papierform können wir Ihnen pro Rechnung ein Entgelt entsprechend den Entgeltbestimmungen verrechnen. Wenn Sie Ihren Vertrag vor dem 1.11.2010 mit uns abgeschlossen haben und Ihre Rechnung in Papierform zugesendet bekommen, dann sind wir berechtigt, Ihnen ab 1.1.2011 pro Rechnung ein Entgelt entsprechend der Entgeltbestimmungen zu verrechnen.

16. Elektronische Rechnung: Die Entgelte werden mit dem Tag zur Zahlung fällig, an dem die Rechnung in Ihrem Online-Kundenservicebereich hinterlegt bzw. Ihnen bei E-Mail zugesendet wurde und unter gewöhnlichen Umständen abrufbar ist.

17. Sollten Sie mit der Zahlung Ihrer fälligen Entgelte in Verzug geraten, senden wir Ihnen eine Mahnung in Papierform. Wir sind berechtigt, Ihnen für jede Mahnung die angefallenen notwendigen und zweckdienlichen administrativen Spesen in Höhe von EUR 17,44 in Rechnung zu stellen.

Bezahlen Sie trotz Mahnung nicht, dann sind wir berechtigt, Verzugszinsen in Höhe von 12 % jährlich ab Fälligkeit der Rechnung sowie die tatsächlich angefallenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Mahn- und

Inkassoaufwendungen zu verrechnen.

18. Sollten Sie Einwände gegen Ihre Rechnung haben, müssen Sie diese Einwände schriftlich binnen vier Wochen nach Rechnungszugang bei uns geltend machen. Die Unterlassung von Einwendungen innerhalb dieser Frist gilt als Anerkennung der Rechnung. Wir weisen Sie auf der Rechnung nochmals auf diese Frist und die Rechtsfolgen bei Verstreichen der Frist hin (...)

Wenn wir in unserer Stellungnahme Ihren rechtzeitig eingebrachten Rechnungseinwand endgültig als unbegründet ablehnen, dann können Sie

a. innerhalb von einem Monat nach Erhalt unserer Stellungnahme die Rundfunk- und Telekom-Regulierungs-GmbH (RTR) zur Streitschlichtung gemäß § 122 TKG 2003 anrufen oder

b. innerhalb von sechs Monaten nach Erhalt unserer Stellungnahme den Rechtsweg bestreiten. Wenn Sie ein RTR Streitschlichtungsverfahren führen, dann wird diese Frist um die Dauer des RTR Streitschlichtungsverfahrens verlängert.

Wenn Sie diese Fristen versäumen, dann verlieren Sie Ihr Recht auf Geltendmachung weiterer Einwendungen und unsere Forderung gilt als von Ihnen anerkannt. Wir weisen Sie in unserer Stellungnahme nochmals auf diese Frist und die Rechtsfolgen bei Verstreichen dieser Frist hin.

19. Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihre Stamm-, Verkehrs- und sonstige personenbezogenen Daten zum Zweck der Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen, zur Legung von bedarfsgerechten Angeboten an Sie, zur Erstellung von Bedarfsanalysen sowie zur Verbesserung unserer Produkte verwenden. Sie können diese Zustimmung jederzeit schriftlich, mittels Telefax oder E-Mail uns gegenüber widerrufen.

20. Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihre Stammdaten und Ihr Geburtsdatum für Bonitätsauskünfte an gesetzlich dazu befugte Kreditschutzverbände, Kreditinstitute und Auskunfteien übermitteln. Sie können diese Zustimmung jederzeit schriftlich, mittels Telefax oder E-Mail uns gegenüber widerrufen.

21. Sofern wir nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig die uns obliegende Sorgfalt außer Acht lassen, ist die Geltendmachung von Schäden die aus widerrechtlichem Zugriff auf Ihre gespeicherten Daten resultieren, ausgeschlossen.

22. Sollte eine der Bestimmungen dieser AGB unwirksam sein, so tritt an Stelle dieser Bestimmung eine wirksamen Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist. Im Falle von Unternehmen gilt eine der ursprünglichen Bestimmung am nächsten kommende als vereinbart. Die übrigen Bestimmungen des AGB bleiben wirksam.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, sofern diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.

b. der klagenden Partei die mit EUR 5.312,08 (darin enthalten EUR 1.258,-- Barauslagen und EUR 675,68 an 20 % USt) bestimmten Kosten zu ersetzen.

c. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, Punkt a. und c. des Urteilsspruchs binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“ auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel zu veröffentlichen.

2. Das Begehren der klagenden Partei, die Beklagte sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder bei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

7. Im Rahmen unserer Leistungserbringung kann es in Folge von unvermeidbaren und von uns nicht zu vertretenden Ereignissen sowie betriebsnotwendigen Wartungsarbeiten zu unvermeidbaren Unterbrechungen kommen.

10. Sollten Sie die von uns zur Verfügung gestellten Geräte nicht binnen zwei Wochen ab Wirksamkeit der Kündigung oder Teilkündigung bzw. Austausch eines Gerätes an uns retournieren, sind wir berechtigt,

a. für den uns daraus entstehenden Aufwand ein Bearbeitungsentgelt in Höhe von EUR 65,-- zu verrechnen und zusätzlich

b. ein Pönale pro nicht rechtzeitig retourniertem Gerät in Rechnung zu stellen. Die Höhe der Pönale beträgt für ein Kabelmodem bis zu EUR 70,-- und für

eine UPC-Mediabox bis zu EUR 150,--. Wenn Sie ein Gerät innerhalb von zwei Jahren ab Vertragsende an uns retournieren, erhalten Sie eine allfällige verrechnete Pönale gutgeschrieben.

zu unterlassen, wird **a b g e w i e s e n**.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Unbestritten ist, dass die Beklagte die im Spruch genannten Klauseln im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet sowie die Aktivlegitimation des Klägers.

Der Kläger brachte zur Klausel laut Punkt 1. des Begehrens (= Klausel 3.3 der AGB) vor, dass diese gegen § 5d Abs. 2 Z 1 KSchG verstoße. Die Aufnahme einer solchen Klausel in AGBs stelle jedenfalls nicht die gemäß § 5 f. Z 1 KSchG vorgesehene Information dar.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass, sofern sich die Anschlussadresse des Kunden zum Zeitpunkt der Bestellung im Einzugsgebiet der Beklagten befinde, die Bereitstellung zu einem beidseitig vereinbarten Termin, spätestens jedoch innerhalb von vier Wochen ab Vorliegen der vom Kunden zu erbringenden Voraussetzungen erfolge, sodass er sich im Klaren darüber sei, dass, werde mit der Leistungserbringung binnen 14 Tagen vereinbarungsgemäß begonnen, er kein Rücktrittsrecht habe. Die in § 5d. Abs. 2 Z 1 KSchG vorgesehene Information erfolge. Dass die Leistungserbringung zu einem beidseits vereinbarten Termin erfolge, ergebe sich ebenfalls aus den AGB.

Zur Klausel 2. führte der Kläger aus, dass es sich bei den Informationen des § 25 TKG um empfangsbedürftige Willenserklärungen des Unternehmers handle. Bei einer E-Mail-Übermittlung sei vorausgesetzt, dass diese E-Mail-Adresse vom Verbraucher ausdrücklich als solche bezeichnet und bekanntgegeben werde, an welcher er derartige Willenserklärungen zu empfangen wünsche. Er könne hingegen nicht damit rechnen, dass ihm solche Erklärungen

an einer irgendwann bekanntgegebenen oder überhaupt erst von der Beklagten einseitig installierten E-Mail-Anschrift übermittelt würden. Die Klausel sei daher intransparent und gröblich benachteiligend, da sie die Vertragssituation zu Lasten des Verbrauchers verschlechtere. Sofern sie eine Zugangsfiktion enthalte, verstoße sie auch gegen § 6 Abs. 1 Z 3 KSchG. Die Klausel sei auch insofern gröblich benachteiligend, als Punkt 5.3 der AGB vorsehe, dass der Unternehmer darauf bestehen könne, dass Verbraucher Erklärungen per Brief oder Fax senden, was ein Ungleichgewicht darstelle.

Es treffe zu, dass bei jedem Internetprodukt der Beklagten zumindest eine E-Mail-Adresse im Leistungsumfang enthalten sei. Dies bedeute aber nicht, dass der Kunde an dieser Installation auch interessiert sei und schon gar nicht, dass er damit rechne, dort Erklärungen zu erhalten, deren Nichtbeachtung für ihn Rechtsfolgen auslösten. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass Verbraucher, die der Beklagten keine andere E-Mail-Anschrift bekanntgäben, die ihnen zugeteilte E-Mail-Anschrift als Empfangsstelle namhaft machen wollten.

Die Beklagte hielt zu dieser Klausel entgegen, dass Erklärungen grundsätzlich an der vom Kunden bekannt gegebenen E-Mail-Adresse erfolgten und nur für den Fall, dass dieser keine bekanntgebe, über die in jedem Paket enthaltene und zugeteilte E-Mail-Adresse übermittelt würden. Die Abgabe von Erklärungen durch E-Mail sei in auf elektronische Kommunikation ausgerichteten Dienstleistungen üblich und vom Kunden zu erwarten. Darüber hinaus werde – wie auch in der Klausel angeführt – der Kunde anlässlich des Vertragsabschlusses auf den Umstand, dass vertragsrelevante Kommunikation auch per E-Mail vorgenommen werden könne, neuerlich ausdrücklich hingewiesen.

Die bekanntgegebenen bzw. zugeteilten E-Mail-Anschlüsse stets empfangsbereit zu halten, dazu sei der Kunde gemäß Punkt 5.8 der AGB verpflichtet. Die Mailbox eines Kunden sei eine geeignete Empfangsstelle für rechtserhebliche Erklärungen. Der Eingang in die Mailbox und die Speicherung sei gemäß § 12 ECG der Empfang einer Erklärung, da sie in den Machtbereich des Kunden gelangt sei. Es sei auch Verbrauchern zumutbar, im Verkehr mit dem Anbieter elektronischer Dienste für eine elektronische Empfangsmöglichkeit Sorge zu tragen und müsse er mit der Übermittlung maßgeblicher Erklärungen auf diese Weise rechnen. Eine Zugangsfiktion enthalte die Klausel nicht. Der Umstand, dass in der vom Kläger nicht beanstandeten Klausel 5.3 die Beklagte berechtigt sei, die Übermittlung mit Fax oder Brief zu verlangen, stelle noch keine gröbliche Benachteiligung dar.

Zur Klausel 3 führte der Kläger aus, dass diese gröblich benachteiligend und intransparent sei. Ein Widerspruch gegen Änderungen der AGB's habe für den Kunden gravierende Nachteile, da er damit unter nicht unerheblichen Kosten zu einem Mitbewerber wechseln müsse. Durch die Variante der „invernehmlichen Vertragsänderung“ werde die Rechtslage nach § 25 TKG verschleiert.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass die Klausel der geltenden Rechtslage entspreche. Der Kunde könne entweder die Änderung der AGB und EB/LB durch stillschweigende Zustimmung vereinbaren oder eben Widerspruch erheben, der – wie in der Klausel enthalten – einer Kündigung im Sinne des § 25 TKG gleichzuhalten sei. Dass er für den Fall, dass er mit einer Änderung der AGB nicht einverstanden sei, aus dem Vertrag ausscheiden müsse, was ihm möglicherweise Kosten verursache, entspreche der gültigen Rechtslage. Eine Verkürzung des Zeitraumes bis zur Vertragsbeendigung trete nicht ein.

Zur Klausel 4 brachte der Kläger vor, dass diese aus den schon zur Klausel 2 angeführten Gründen unzulässig sei und eine Zugangsfiktion normiere. Auch eine Verpflichtung, Änderungen bekanntzugeben, könne nur einen Verbraucher treffen, der eine E-Mail-Adresse gerade zu dem Zweck, dort Erklärungen entgegenzunehmen, bekanntgegeben habe. Dass der Verbraucher Änderungen von Anschriften, die er der Klägerin nicht zu diesem Zweck bekanntgegeben habe oder die ihm zugeteilt worden seien, zu melden habe, sei darüber hinaus überraschend. Die Frist von drei Tagen ab Versanddatum sei für die Zugangsfiktion zu kurz und daher auch gröblich benachteiligend.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass für den Fall, dass eine bekanntgegebene Anschrift geändert, die Änderung aber nicht bekanntgegeben werde, die Zugangsfiktion im Sinne des § 6 Abs. 1 Z 3 KSchG zulässigerweise erfolge. Die Bestimmung der AGB sei auch im Zusammenhang damit zu sehen, dass der Verbraucher verpflichtet sei, die elektronische Zugangsmöglichkeit zu pflegen und aufrecht zu erhalten. Im Verhältnis zu einem Anbieter elektronischer Dienste sei die Klausel nicht ungewöhnlich. Sie sei auch im Zusammenhang im Abschnitt „Vertragsänderungen“ dort geregelt, wo der Verbraucher dies erwarte. Die Frist von drei Tagen liege über den üblichen Zugangszeiten von Postsendungen und sei daher nicht unangemessen.

Zur Klausel 5 führte der Kläger aus, dass diese eine klare Zugangsfiktion enthalte, welche Abs. 1 Z 11 KSchG widerspreche und auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB sei.

Die Beklagte entgegnete dazu, dass diese Klausel keine Zugangsfiktion umfasse, sondern lediglich den Kunden informiere, dass rechtlich bedeutsame Erklärungen auch an bestimmte E-Mail-Adressen übermittelt werden könnten, worüber er im Zuge der Bestellung nochmals aufgeklärt werde. Dass er verpflichtet sei, einen mangelnden Zugang zu beweisen, lasse sich aus der Klausel nicht ableiten. Auch den Verbraucher träfen Obliegenheiten und die Vorsorge, dass ihn betreffende Erklärungen auch tatsächlich zugehen könnten. Es könne daher von ihm auch verlangt werden, seine E-Mails abzurufen. Die Mail-Adressen könnten problemlos in die gängigen Programme integriert und standardmäßig abgefragt werden. Dies stelle keinen unzulässigen Aufwand dar. Der Kunde werde auf die nachteiligen Folgen, wenn er Nachrichten nicht abrufe oder nicht abrufen könne, hingewiesen. Für den elektronischen Zugang selbst bleibe die Beklagte beweispflichtig.

Zur Klausel 6 argumentierte der Kläger, dass diese § 10 Abs. 3 KSchG widerspreche.

Die Beklagte vermeinte dazu, dass kein Fall nach dieser Bestimmung vorliege. Sie stehe Formvorschriften und Formvorbehalten, die dem Verbraucher nicht zum Nachteil gereichten, nicht entgegen. Es betreffe diese Klausel lediglich die Frage der Vertragsübertragung an einen anderen Kunden. Gemäß Punkt 6.2 der AGB gingen in diesem Fall alle Rechte und Pflichten auf den Dritten, auf den der Vertrag übertragen werde, über. Auch aus Sicht des Verbrauchers bestehe ein gewichtiges Interesse an der vorgesehenen Form, die größere Rechtssicherheit schaffe, sodass die Klausel seinem Schutz diene.

Zu Punkt 7. führte der Kläger aus, dass damit Gewährleistungsrechte des Verbrauchers eingeschränkt würden, was gegen § 9 KSchG verstoße. Bei kundenfeindlichster Auslegung könne sich die beklagte Unternehmerin außerdem immer darauf berufen, dass ein unvermeidbares Ereignis vorliege. Es sei der Kunde bei den verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüchen stets entgeltminderungsberechtigt. Durch die Klausel werde die wahre Rechtslage verschleiert. Wann Wartungsarbeiten betriebsnotwendig seien, sei in der Ingerenz der Beklagten gelegen, sodass die Gewährleistungsansprüche ausgehöhlt würden.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass eine Gewährleistungseinschränkung darin nicht enthalten sei, sondern lediglich die Leistung der Beklagten konkretisiert werde. Gemäß Punkt 7.2 der AGB's habe sich die Beklagte verpflichtet, die angebotenen Dienste unter dem Gesichtspunkt höchstmöglicher Sorgfalt, Zuverlässigkeit oder Verfügbarkeit nach dem jeweiligen Stand der Technik und der brachenüblichen Verfügbarkeit zu betreiben. Auf dieser Basis sei die Leistungsdefinition in der beanstandeten Klausel zulässig und würden lediglich die realen technischen Gegebenheiten bekanntgegeben. Eine Beweislastverschiebung trete nicht ein, da ein Mangel stets vom Besteller zu beweisen sei. Ebenso wenig sei die Klausel unklar oder überraschend. Sie definiere lediglich, das, was der Kunde ohnedies erwarte.

Zur Klausel 8 brachte der Kläger vor, dass diese ebenfalls gegen § 9 KSchG verstoße, soweit damit eine Entgeltminderung durch den Konsumenten ausgeschlossen werden solle. Darüber hinaus sei die „Kurzfristigkeit“ nicht definiert, sondern liege im Belieben der Beklagten, sodass die Klausel auch intransparent sei.

Die Beklagte wandte ein, dass die Klausel im Zusammenhang mit Punkt 7.2 und 7.3 der AGB zu sehen sei und eine Einschränkung der Verbraucherrechte enthalte. Es liege lediglich eine sachlich gerechtfertigte Leistungsdefinition und Umschreibung der gewöhnlich geschuldeten Leistung vor.

Zu Punkt 9. brachte der Kläger vor, dass dieser den Verbraucher gröblich benachteilige, da er nicht über das technische Wissen verfüge, den Grund von Störungen herauszufinden und nachzuvollziehen. Sie sei darüber hinaus intransparent, da die Höhe und Berechnungsbasis für den Aufwandsersatz nicht enthalten sei.

Die Beklagte wandte dazu ein, dass sich aus der Klausel eine bindende Beurteilung des Unternehmers über die Ursache der Leistungsstörung nicht ergebe. Sie entspreche der Gesetzeslage, da die Beklagte beweisen müsse, dass sie ohne Vorliegen einer Störung gerufen worden oder diese Störung vom Kunden selbst zu vertreten gewesen sei. Im Falle einer Falschmeldung sei der Verbraucher zur Entgeltleistung verpflichtet.

Zur Klausel 10 führte der Kläger aus, dass diese einen pauschalierten Schadenersatz

festlege, ohne jedoch auf das Mäßigungsrecht hinzuweisen. Sie sei folglich intransparent gemäß § 6 Abs. 3 KSchG.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass auf das gesetzliche Mäßigungsrecht nicht gesondert hingewiesen werden brauche und die Klausel dessen Anwendung in keiner Weise ausschließe.

Zur Klausel 11 führte der Kläger aus, dass die Einschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in dieser Form nicht zulässig sei, da sie generell erfolge und auch Fälle der Verletzung vertraglicher Leistungspflichten abdecke. Die Tragweite dieses Ausschlusses könne dem Verbraucher nicht bewusst sein. Sie sei gröblich benachteiligend.

Die Beklagte wandte ein, dass die Klausel rechtskonform und sachlich gerechtfertigt sei. Die Beklagte übernehme – auch in Bezug auf die Verfügbarkeit des Netzes und der angebotenen Dienstleistungen – umfangreiche Pflichten. Sie hafte im Wege der Gewährleistung verschuldensunabhängig, sodass der Verbraucher hinsichtlich der vertraglichen Hauptleistungen hinreichend abgesichert sei. Im Punkt 7.2 der AGB's stelle die Klägerin selbst strenge Anforderungen an ihre eigene Leistung.

Zur Klausel 12 verwies der Kläger auf das Vorbringen zur Klausel 11. Da gerade die Nutzung der Telefonie und des Internets die Hauptleistung der Beklagten und das Hauptinteresse des Kunden sei, sei eine Einschränkung der Haftung des Leistungserbringers auf leichte Fahrlässigkeit gröblich benachteiligend.

Die Beklagte verwies ebenfalls auf ihr Vorbringen zur Klausel 11 und führte aus, dass in dieser Klausel im Zusammenhang mit der Klausel Punkt 7.2 der AGB's die Leistung der Beklagten näher konkretisiert sei. Dass im Fall von unvermeidbaren und nicht zu vertretenden Ereignissen im Sinne des Punktes 7.3 eine Haftung auf leichte Fahrlässigkeit begrenzt werde, sei nicht gröblich benachteiligend.

Zur Klausel 13 brachte der Kläger vor, dass diese intransparent sei, da nicht ersichtlich sei, welche Schäden der Unternehmer ausschließen wolle. Ein Ausschluss der Haftung für leichte

Fahrlässigkeit seiner Person oder der seiner Mitarbeiter sei gröblich benachteiligend.

Dem hielt die Beklagte entgegen, dass die Klausel nicht intransparent sei, da sich klar ergebe, wofür die Haftung ausgeschlossen sein sollte. Zur Berechtigung des Ausschlusses hinsichtlich leichter Fahrlässigkeit werde auf das Vorbringen zur Klausel 11 verwiesen.

Zur Klausel 14 führte der Kläger aus, dass die Übermittlung der Rechnung für den Verbraucher bedeutsam sei, da sie die Fälligkeit der Zahlung bewirkte. Durch die Klausel werde die Rechnung sozusagen im Kundenbereich bereitgehalten und trage das Risiko der nicht rechtzeitigen Kenntnisnahme der Verbraucher. Sie enthalte eine unzulässige Zugangsfiktion und sei intransparent und verstoße auch gegen § 6 Abs. 1 Z 11 KSchG, da die Beweislast für den Nichtzugang auf den Verbraucher überwältigt werde. Sie sei daher überraschend gemäß § 864a ABGB und gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB.

Dem hielt die Beklagte entgegen, dass jedem Kunden eine eigene bekanntgegebene und – ohne dieses – eine produktinhärente E-Mail-Adresse zur Verfügung stehe. Eine Zugangsfiktion umfasse die Klausel nicht, da sie keine Regelung enthalte, wonach eine rechtserhebliche Mitteilung, obwohl sie nicht zugegangen sei, als zugegangen gelte. Auch eine Umkehr der Beweislast sei nicht gegeben, da ein Zugang erst dann vorliege, wenn die Nachricht in den Machtbereich des Empfängers gelangt sei und er sich sowohl mit der Übermittlung im elektronischen Weg, als auch damit, die Empfangsmöglichkeit aufrecht zu erhalten, einverstanden erklärt habe. Die tatsächliche Kenntnisnahme der elektronischen Mitteilung sei keine Zugangsvoraussetzung. Auch unabhängig von den AGB's habe ein Empfänger Vorsorge zu treffen, dass ihn betreffende Erklärungen auch tatsächlich zugehen. Im elektronischen Dienstleistungsverkehr sei die standardmäßige Vereinbarung der elektronischen Zustellung nicht überraschend. Für die elektronische Übermittlung bleibe die Beklagte beweispflichtig.

Zur Klausel 16 brachte der Kläger vor, dass die Klausel überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB sei. Gemäß § 100 TKG habe der Kunde Anspruch auf einen unentgeltlichen Einzelentgeltnachweis in Papierform, sodass er auch die Ausstellung einer Papierrechnung erwarte. Die Verpflichtung, eine Rechnung auszustellen, sei eine unselbstständige Nebenleistungspflicht; eine Entgeltvereinbarung daher gröblich

benachteiligend. Kunden, die über keinen Internetzugang verfügten, hätten keine Alternative, das vorgeschriebene Entgelt für eine Papierrechnung zu vermeiden. Üblich sei nach wie vor die Übermittlung einer Rechnung mit der Post. Für den Kunden selbst habe die Übermittlung einer elektronischen Rechnung keine Kostenvorteile.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass im elektronischen Dienstleistungsverkehr eine elektronische Rechnung vertragstypisch sei und dem Erwartungshorizont des Kunden entspreche. Die Ausstellung einer Papierrechnung stelle eine Zusatzleistung der Beklagten dar, für die sie ein Entgelt rechtmäßigerweise verlangen könne. Über eine E-Mail-Anschrift verfüge jeder Kunde, da diese in den Paketen der Beklagten stets enthalten sei.

Zur Klausel 16 brachte der Kläger vor, dass diese gegen § 6 Abs. 1 Z 3 KSchG verstoße, da es sich um eine unzulässige Zugangsfiktion handle. Sie sei auch gröblich benachteiligend. Eine Zustellung per E-Mail werde durch § 6 Abs. 1 Z 3 KSchG nicht generell zugelassen.

Dazu führte die Beklagte aus, dass die Klausel keine Zugangsfiktion enthalte. Die Rechnung werde in den Empfangsbereich des Kunden übermittelt. Eine Verpflichtung, in den Geschäftsräumlichkeiten des Unternehmers abzuholen, enthalte die Klausel nicht. Elektronische Übermittlungen seien am Computer jederzeit und grundsätzlich von allen Orten aus abrufbar, sodass die Gefahr, dass dem Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärungen nicht zur Kenntnis kämen, nicht mehr bestünde. Auch bei postalischer Zustellung gelte das Zustellstück mit dem Einwurf in den Briefkasten und nicht erst mit der tatsächlichen Empfangnahme als zugekommen. Dass er mit der Übermittlung wesentlicher Informationen und Erklärungen, die rechtliche Verpflichtungen auslösten, durch E-Mail zu rechnen habe, und dafür Sorge tragen müsse, dass die Empfangsmöglichkeit aufrecht bestehe, darauf werde der Kunde mehrfach hingewiesen. Gemäß Punkt 14.8 der AGB's sei von einem Zugang nur auszugehen, wenn die Nachricht vom Kunden unter gewöhnlichen Umständen abrufbar sei, was mit § 862a ABGB korrespondiere, ebenso mit § 12 ECG. Es komme also weder zu einer Zugangsfiktion, noch auch zu einer Fristverkürzung.

Zu Punkt 17. brachte der Kläger vor, dass Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssten, sodass die Vereinbarung § 1333 Abs. 2 ABGB widerspreche. Es seien sowohl die pauschalierten Zinsen von 12 % als auch die pauschalierten Mahnspesen – unter Berücksichtigung allfälliger Minimalstforderungen –

unverhältnismäßig. Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel sei im Verbandsprozess nicht möglich.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass die Klausel nicht intransparent und die Mahnspesen angemessen und nicht gröblich benachteiligend seien.

Zur Klausel 8 brachte der Kläger vor, dass diese eine Erklärungsfiktion festlege. Sie sei intransparent, da für den Kunden nicht erkennbar sei, dass er auch nach Versäumung der Frist falsche Abrechnungen – da diese lediglich ein deklaratives Anerkenntnis darstelle – bekämpfen könne. Sie enthalte auch eine Verschiebung der Beweislast und sei gröblich benachteiligend. Wenn sie als deklaratives Anerkenntnis zu qualifizieren sei, sei sie benachteiligend gemäß § 879 Abs. 3 ABGB, da eine unangemessene Kürze der der Frist zur Geltendmachung der Einwendungen des Verbrauchers vorliege. Darüber hinaus sei sie deswegen gröblich benachteiligend, weil sich die Beklagte selbst keine derartigen Verpflichtungen auferlege.

Die Beklagte führte dazu aus, dass es sich um eine übliche Klausel handle. Gegen eine Bestimmung, nach der der Kunde durch Unterlassung rechtzeitiger Reklamation seine Zustimmung zu einer Abrechnung/Rechnung erkläre, bestünden keine Bedenken. Die Klausel sei, soweit es den Einspruch gegen die Rechnung betreffe, als deklaratives, soweit es die Erledigung eines danach vorliegenden Streitfalles – in Folge Ablehnung der Beklagten – betreffe, ein konstitutives Anerkenntnis, dem streitbeilegende Wirkung zukomme. Als Solches sei die Klausel nicht unüblich und auch nicht gröblich benachteiligend, da dem Verbraucher hinreichend Zeit und Einspruchsmöglichkeiten eingeräumt würden, die die Geltendmachung von Ansprüchen nicht unverhältnismäßig erschwerten. Die Beklagte habe ein legitimes Interesse daran, Einwendungen gegen Rechnungen innerhalb überschaubarer Frist abzuwickeln. Eine Umkehr der Beweislast liege nicht vor, da die Klausel festlege, dass ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers eine Willenserklärung darstelle.

Zur Klausel 19 führte der Kläger aus, dass diese intransparent sei und keine wirksame Zustimmung zur Verwendung von Daten im Sinne des § 8 Abs. 1 Z 2 DSG darstelle, es seien personenbezogene Daten lediglich demonstrativ, aber nicht abschließend aufgezählt.

Die Beklagte hielt entgegen, dass in diesem Zusammenhang klar sei, dass personenbezogene Daten nur solche seien, die der Kunde der Beklagten im Rahmen eines Vertragsverhältnisses selbst zur Kenntnis bringe und die im Punkt 19.4 der AGB's definiert seien. Damit sei die Klausel nicht intransparent.

Zur Klausel 20 führte der Kläger aus, dass die Zustimmung nicht wirksam sei, da dem Betroffenen nicht offengelegt werde, an wen konkret seine Daten übermittelt würden. Der Empfängerkreis sei so weit gefasst, die Klausel sei daher auch intransparent im Sinne des § 6 Abs. 3 KSchG.

Dem hielt die Beklagte entgegen, dass die Empfänger klar definiert seien.

Zur Klausel 21 brachte der Kläger vor, dass der Ausschluss leichter Fahrlässigkeit in sachlich nicht gerechtfertigter Weise vom dispositivem Recht abweiche, da die Beklagte den Bereich der Datenzugriffe besser beherrsche und wirtschaftlich leichter tragen und auch entsprechende Vorkehrungen treffen könne.

Dem hielt die Beklagte entgegen, dass diese – wofür die Ausführungen unter Punkt 11. und 13. heranzuziehen seien – nicht gröblich benachteiligend sei.

Zu Punkt 22. führte der Kläger aus, dass die Klausel unzulässig sei, da sie den Zweck des § 6 Abs. 2 KSchG unterlaufe, darüber hinaus intransparent.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass salvatorische Klauseln dann, wenn auf die Geltung gesetzlich vorgesehener Regelungen verwiesen werde, nicht unzulässig seien, da das dispositive Recht ohnehin gelte. Sie seien auch nicht intransparent, da das Gesetz bekannt oder zumindest feststellbar sei.

Das Veröffentlichungsbegehren sei unverhältnismäßig, da die Beklagte nur in Wien aktiv sei und in den anderen Bundesländern ihre Leistungen durch mit ihr verbundene Konzernunternehmen erbringe. Es diene auch lediglich der Bestrafung der Beklagten und sei

zur Aufklärung des Publikums nicht erforderlich.

Dem hielt die Klägerin entgegen, dass die Beklagte als Vertragsnehmerin in ganz Österreich – mit Ausnahme des Bundeslandes Kärnten – aufträte und selber angebe, österreichweit mehr als 300.000 Kunden zu haben.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Urkunden Beilagen ./B und ./1 bis ./8.

Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Bestellungen für Leistungen der Beklagten können im Internet mittels dort abrufbarer Formulare erfolgen.

Im Zuge des Bestellvorganges hat der Kunde u.a. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, zu akzeptieren. Bei der Bestellung ist auch der Wohnort des Kunden anzugeben.

Das elektronische System der Beklagten bearbeitet Bestellungen aber nur dann nicht weiter, wenn der Kunde als Wohnort das Bundesland Kärnten angibt. Gibt er irgendein anderes Bundesland – auch außerhalb Wiens – an, dann wird der Antrag weiterbearbeitet und auch von der Beklagten - die als Empfängerin in den elektronischen Unterlagen aufscheint – angenommen. Lediglich die Ausführung der Leistungen erfolgt dann nicht durch sie, sondern durch die mit ihr verbundenen lokalen Konzernunternehmen.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich daraus Folgendes:

Auf Grundlage des festgestellten Sachverhaltes besteht das Klagebegehren teilweise zu Recht.

Ad 1. Gemäß § 5d Abs 2 Z 1 iVm § 5f Z 1 KSchG muss der Verbraucher über den Entfall des Rücktrittsrechts im Falle der vereinbarungsgemäßen Ausführung der Dienstleistung innerhalb von sieben Tagen aufgeklärt werden. Diese Aufklärung hat vor der Vertragserklärung des Verbrauchers unter Beachtung des Transparenzgebotes zu erfolgen. Der alleinige Hinweis in AGB ist nicht ausreichend, weil die Information so erteilt werden muss, dass sie vom Verbraucher - bei gehöriger Aufmerksamkeit - vor Vertragsabschluss

überhaupt wahrgenommen wird (OGH 20. 5. 2008, 4 Ob 18/08p). Die Klausel suggeriert bei kundenfeindlichster Auslegung zu Unrecht, dass das Rücktrittsrecht jedenfalls und allein durch diese Klausel selbst ausgeschlossen sei, selbst dann, wenn kein zusätzlicher Hinweis darauf erfolgt. Dies ist aber zum Beispiel dort nicht der Fall, wo der Verbraucher bloß ein E-Mail mit einer Verlinkung zu den AGB bekommt und der Verbraucher aufgrund der Gestaltung der E-Mail nicht erkennt, dass die Informationen über das Rücktrittsrecht über diesen Link erreichbar sind (OGH 20. 5. 2008, 4 Ob 18/08p). Die Klausel ist daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Ad 2. Nichtig sind nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG Vertragsbestimmungen, wonach eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers als zugegangen gilt, obwohl sie nicht zugegangen ist. Bei einseitigen Änderungen von Vertragsbestimmungen handelt es sich jedenfalls um rechtlich bedeutsame Erklärungen. Zugang wird gemäß § 862a angenommen, wenn die Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass nach regelmäßigen Umständen mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann (SZ 34/118, EvBl 1977/81). Dies ist bei Anwendung der Klausel nicht der Fall. Die von der beklagten Partei paketmässig zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse befindet sich zwar regelmäßig im Machtbereich des Kunden, jedoch darf nicht davon ausgegangen werden, dass der Kunde diese auch benutzt. Es ist nicht vorausgesetzt und es muss keine Erklärung dahin vorliegen, dass der Kunde diese eine spezielle Adresse für den Austausch rechtlich bedeutsamer Erklärungen in Informationen verwenden will und es kann daher nicht nach regelmäßigen Umständen mit der Kenntnisnahme gerechnet werden. Durch die Klausel wird -jedenfalls soweit es nicht die vom Kunden bekanntgegebene, sondern ihm auch ohne besonderes Interesse zugeteilte E-Mail-Adresse betrifft, zu Unrecht der Zugang auch aller nicht zugegangenen Erklärungen fingiert.

Die Entscheidung 2 Ob 108/07g v. 29. 11. 2007, dass eine E-Mail in jenem Zeitpunkt dem Empfänger zugegangen ist, in dem sie für den Empfänger durch Eingang in seine Mailbox einlangt und gespeichert ist und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden kann, das heißt sobald ein Abruf durch den Empfänger möglich ist, widerspricht dem nicht. Vielmehr muss die Betonung auf der Mailbox „des Empfängers“ liegen. Was als „seine“ Mailbox gilt, muss immer noch der Empfänger selbst bestimmen können, andernfalls kann mit deren Kenntnisnahme nicht gerechnet werden. Auch wenn in jedem gekauften „Paket“ eine E-Mail Adresse umfasst ist, bedeutet das noch nicht, dass ein Kunde, der keine andere benennt, erwartet oder wünscht, dass ihm rechtlich bedeutsame Informationen unter dieser Adresse zugestellt werden.

Nach Art 1 § 25 TKG hat der Betreiber von Kommunikationsnetzen Änderungen der AGB

oder Entgeltbestimmungen dem Teilnehmer in geeigneter Form mitzuteilen. Auch hier werden nur solche Mitteilungen geeignet sein, mit deren Kenntnisnahme gerechnet werden kann. Die Übermittlung an eine nicht vom Kunden gewählte E-Mail-Adresse ist daher ungeeignet.

Die Zustellung an eine E-Mail-Adresse, die der Kunde womöglich kein einziges Mal in Betrieb genommen hat – ja dies unter Umständen gar nie beabsichtigte – ist auch objektiv ungewöhnlich und überraschend, sodass ein Verstoß gegen § 864a ABGB vorliegt.

Ad 3. Die Klausel muss im Zusammenhang mit der 2. Klausel gelesen werden und sieht ebenfalls die Zustellung an eine von der Beklagten bestimmte E-Mail-Adresse vor. Da es sich bei einem Angebot im Sinne der Klausel ebenfalls um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist die Klausel schon aus den unter Punkt 2. angeführten Gründen gesetzwidrig.

Außerdem sieht § 25 TKG keine Form für die Erklärung des Widerspruchs vor. Die Klausel ist deshalb gröblich benachteiligend, weil sie die bereits durch § 25 TKG beschränkte Widerspruchsmöglichkeit des Konsumenten noch weiter einschränkt, indem sie neben der Einhaltung der Frist auch noch die Schriftlichkeit als Formerfordernis vorschreibt. Damit würde § 25 TKG, der ohnehin schon eine Abweichung vom allgemeinen Vertragsrecht bestimmt, in einer unzulässigen Weise erweitert.

Ad 4. Auch diese Klausel ist im Kontext zu sehen und ist daher aus den unter Punkt 2. angeführten Gründen gesetzwidrig. Zwar steht der weitere Text im Einklang mit § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, wonach eine Zugangsfiktion für den Fall des schuldhaften Unterlassens des Bekanntgebens der neuen Anschrift vereinbart werden darf. Der Zugangszeitpunkt ist – bei mangelhafter Zustellung wie auch sonst – danach zu bestimmen, wann unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme durch den Empfänger gerechnet werden kann (JBI 1967, 151). Eine dreitägige Zeitspanne entspricht dieser Annahme. Im Verbandsprozess ist eine erhaltende Einschränkung der Klausel aber nicht möglich.

Ad 5. Auch diese Klausel ist im Kontext zu sehen und ist daher aus den unter Punkt 2. angeführten Gründen gesetzwidrig.

Ad 6. § 10 Abs 3 KSchG wendet sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen des Unternehmers (9 Ob 15/05d mwN;

3 Ob 12/09z). „Der Inhalt und die Rechtsfolgen der vom Formerfordernis betroffenen Erklärung sind in diesem Zusammenhang nur in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Nachteiligkeit erheblich; eine vereinbarte Schriftform könnte etwa für Erklärungen des Unternehmers zulässig sein, die ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen (etwa die Erklärung oder Androhung der Vertragsauflösung).“ (OGH 8. 9. 2009, 4 Ob 59/09v) Das ist hier aber nicht der Fall.

Soweit die Klausel den Bereich der Vertragsübernahme und Schuldübernahme betrifft, bedarf es jedenfalls der Zustimmung des Gläubigers und ein zusätzliches Formerfordernis der Schriftform bedeutet nicht unbedingt einen Nachteil für den Verbraucher.

Betroffen ist aber auch die rechtsgeschäftliche Zession der Verbraucheransprüche, diese setzt lediglich eine Willenseinigung zwischen Zedenten und Zessionar voraus, aber keine Einwilligung des Schuldners. Die Übertragung einzelner Rechte an die – ja gar schriftliche – Zustimmung des Schuldners zu knüpfen, bedeutet daher einen erheblichen Nachteil für den Verbraucher, weshalb ein Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG vorliegt. Mündliche Zustimmungserklärungen wären im Widerspruch zu dieser Bestimmung wirkungslos.

Ad 7. Mit Leistungsbeschreibungen wird das Verbot des Gewährleistungsausschlusses gemäß § 9 Abs 1 KSchG nicht umgangen, soweit diese lediglich den Schuldinhalt präzisieren, insbesondere bestimmte Mängel offenlegen, mit denen der Verbraucher angesichts der Art und Weise der Leistung tatsächlich rechnen muss. Es wurde schon grundsätzlich ausgesprochen, dass zu gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer EDV-Anlage nicht eine jeden Ausfall ausschließende absolute Betriebssicherheit zählt (SZ 69/127). Die Klausel klärt, dass Unterbrechungen in Folge von unvermeidbaren Ereignissen oder betriebsnotwendigen Wartungsarbeiten auftreten können. Es handelt sich um eine zulässige Leistungsbeschreibung, weil diese auch den Tatsachen entspricht. Kommunikationsnetze müssen gewartet werden, um den Betrieb zu sichern. Genauso kann der Betreiber nicht alle betriebsstörenden Ereignisse von vornherein abwenden. Nichts anderes ist der Klausel zu entnehmen und sie ist daher zulässig.

Ad 8. Die Klausel stellt fest: „Wir sind jedoch immer bemüht, Störungen und Unterbrechungen so rasch wie technisch und wirtschaftlich möglich zu beheben.“ Dieser Hinweis suggeriert, dass rechtlich nur ein Bemühen im wirtschaftlichen Rahmen geschuldet ist. Vielmehr ist aber vertraglich kein Bemühen, sondern die tatsächliche Leistungserbringung unabhängig von wirtschaftlichen Faktoren geschuldet. Darüber hinaus sind auch aufgrund kurzfristiger Störungen und Unterbrechungen (abgesehen davon, dass diese Umschreibung

unpräzise und deshalb intransparent ist) u.U. Ansprüche des Kunden denkbar, wenn sie wesentliche Leistungen betreffen oder schuldhaft Schäden herbeiführen. Die Klausel ist daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Ad 9. Aus § 6 Abs 3 lässt sich das Gebot ableiten, dass Klauseln in AGBs bestimmt formuliert sein müssen. Erstens lässt die Klausel allerdings völlig unbestimmt, aus welchen Faktoren sich der vom Verbraucher zu ersetzende Aufwand zusammensetzt. Zweitens bleibt – vor allem auch aus technischer Sicht – unbestimmt, wann eine Störung im Sinne der Klausel vom Verbraucher zu vertreten ist. Drittens gilt das Bestimmtheitsgebot umso mehr, je weniger die verwendeten Tatbestandsmerkmale vom Verbraucher überprüft werden können und je größer der Beurteilungsspielraum des Verwenders der AGB ist. Auch hier bleibt die Klausel in jede Richtung offen, weil der Verbraucher keinen Einblick in die Sphäre der Beklagten hat und regelmäßig nicht über das nötige technische Wissen verfügt, um die Herkunft technischer Mängel überprüfen zu können. Die Klausel ist daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Ad 10. Eine Vertragsstrafe kann gemäß § 1336 Abs 1 ABGB für die Nichterfüllung oder die verspätete Erfüllung vereinbart werden. Die für die verspätete Erfüllung vereinbarte Vertragsstrafe kann nach § 1336 Abs 1 dritter Satz ABGB zusätzlich zur Erfüllung verlangt werden (RZ 1976/90). Woraus sich eine Pflicht, ausdrücklich auf das Mäßigungsrecht hinzuweisen, ergeben soll, konnte die klagende Partei nicht darlegen; gemäß der Entscheidung des OGH vom 13. 5. 2009, 7 Ob 230/08m ist ein Hinweis auf § 1336 Abs 1 nicht erforderlich und würde eine Erklärung des Mäßigungsrechtes den Rahmen von AGB sprengen. Dieser Punkt war abzuweisen.

Ad 11. Die gegenständliche Klausel ist zweideutig. Sie besteht aus zwei Sätzen. Der erste schließt eine Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten gänzlich aus. Der zweite schließt erneut eine Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten – allerdings nur teilweise, nämlich nicht für Personenschäden – aus. Die beiden Sätze stehen daher zueinander in Widerspruch und können nicht beide zutreffen, weshalb die Klausel schon deshalb intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG ist. Insbesondere ein juristisch unkundiger Verbraucher wird nicht verstehen, was es bedeutet, dass, obwohl nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit für Personenschäden zusätzlich ausgeschlossen ist.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sind solche Klauseln nichtig, die eine Pflicht des

Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausschließen. Bei kundenfeindlichster Auslegung ist der Widerspruch zwischen den beiden Sätzen außerdem dahingehend aufzulösen, dass die Klausel im Sinne eines gänzlichen Haftungsausschlusses für leicht fahrlässiges Verhalten zu verstehen ist, weshalb die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstößt.

Ad 12. Es kann auf Pkt. 11 verwiesen werden, da auch Hauptleistungspflichten umfasst werden. Die im Verfahren über eine Verbandsklage gebotene kundenfeindlichste Auslegung erfordert es, die Bestimmung auch auf Personenschäden zu beziehen und damit als nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unzulässig zu beurteilen, weil sie nach ihrem Wortlaut nicht auf Sachschäden eingeschränkt ist und daher auch Personenschäden erfasst. „Dass sie wenig wahrscheinlich sein mögen, reicht nicht aus.“ (OGH 7. 10. 2003, 4 Ob 130/03a). Derartige Schäden können nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Die Klausel verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Ad 13. Die Klausel ist aus den unter Punkt 12. genannten Gründen gesetzwidrig. Die Risikohaftung für Missbrauchsschäden darf nicht ungebührlich und ohne sachliche Rechtfertigung auf den Verbraucher überwältigt werden (OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 179/02f). Umso mehr muss dies also für jene Fälle gelten, in denen den Verwender der AGB ein Verschulden trifft. Im gegenständlichen Fall hat der Verbraucher keine Möglichkeit seine einmal weiter gegebenen Daten vor fremden Zugriffen zu schützen. Allein die Beklagte Partei kann Vorkehrungen treffen, um die ihr anvertrauten Daten zu sichern. Es erscheint daher unsachgemäß, das Risiko für leichte Fahrlässigkeit entgegen allgemeiner gesetzlicher Regeln auf den Verbraucher zu übertragen. Auch in Anbetracht der Bedeutung, die der Gesetzgeber personenbezogenen Daten beimisst, muss man bei der Aufbewahrung personenbezogener Daten besondere Sorgfalt walten lassen. Gerade in jenen Fällen, wo der Verbraucher auf besonders intensive Weise dem Machtbereich des Unternehmers ausgeliefert ist und seine Daten seinem Herrschaftsbereich entzogen sind, soll sich dieser nicht ohne sachlich einleuchtende Gründe freizeichnen können. Die Klausel ist daher benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Ad 14. Die in der Klausel genannte E-Mail-Adresse ist im Kontext auch als von UPC zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse, die ohne explizites Verlangen oder Einverständnis des Kunden verwendet wird, zu verstehen. Ein Online-Kunden-Service-Bereich entspricht bezüglich der Art des Zustellvorganges einem E-Mail-Account. Bezüglich der Gesetzwidrigkeit

dieser Klausel ist daher wiederum auf die Ausführungen unter Punkt 2. zu verweisen.

Zum Einwand der Beklagten: Nach der Entscheidung des OGH (4 Ob 28/01y) darf gemäß § 6 Abs 1 Z 3 KSchG das Risiko des Zugangs von Unternehmererklärungen nicht auf den Verbraucher abgewälzt werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Verbraucher selbst für die Abholung sorgen muss. Die Entscheidung ist daher vergleichbar: Während im einen Fall der Kunde die Bank aufsuchen muss, um den Kontoauszugsdrucker zu bedienen, muss im gegenständlichen Fall der Kunde für die Zustellung sorgen, indem er erst die richtige Webadresse ausfindig macht, um von dort die Rechnung abrufen zu können – noch schlimmer in dem Fall, wo dem Kunden kein Internetanschluss am Wohnort zur Verfügung steht.

Außerdem beinhaltet die Klausel eine unzulässige Beweislastumkehr. Während nach normaler Regelung der Absender den Zugang beweisen muss, verpflichtet die Klausel den Verbraucher „die Hinterlegung zu kontrollieren (...) und Kontakt aufzunehmen, um eine neuerliche elektronische Hinterlegung zu veranlassen“. Dies bedeutet bei kundenfeindlichster Auslegung, dass der Verbraucher beweisen muss, dass der Zugang nicht stattfand. Es liegt daher ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG vor.

Ad 15. Die Ausstellung einer Rechnung ist eine vertragliche Nebenpflicht und Voraussetzung für die Fälligkeit. Gemäß Art 1 § 100 TKG ist dem Teilnehmer die Wahlmöglichkeit einzuräumen, den Einzelentgeltnachweis auf Verlangen entgeltfrei in Papierform zu erhalten. Umso mehr muss das also für eine Rechnung ohne Einzelentgeltnachweis gelten. Die Klausel schreibt daher unzulässigerweise ein Entgelt vor. Jedenfalls ist die Klausel überraschend. Auch das Argument des Klägers, dass die Klausel den Kunden unsachlich benachteilige, ist stichhaltig. Der Unternehmer spart durch die elektronische Übermittlung Arbeit und Kosten, der Kunde ist dagegen genötigt, eine zusätzliche Empfangsstelle regelmäßig auf Eingänge zu prüfen.

Ad 16. Die Klausel ist aus denselben wie unter Punkt 14. genannten Gründen gesetzwidrig.

Ad 17. Die Vereinbarung von Verzugszinsen ist nicht unzulässig und auch nicht ungewöhnlich. § 6 Abs 1 Z 13 KSchG erfasst keine Verzugszinsen aus der Verletzung von Verträgen, die keiner Kreditierung dienen. In den Fällen der Leistungsverträge Zug um Zug begnügt sich das Gesetz mit dem richterlichen Mäßigungsrecht des §1336 ABGB und der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB.

Die Pauschalierung von Mahnspesen mit EUR 17,44 ohne Rücksicht auf den konkreten Aufwand und die Höhe des eingemahnten Betrages ist jedoch als gröblich benachteiligend anzusehen. Bei kundenfeindlicher Auslegung sind die „angefallenen administrativen Mahnspesen“ nicht als Pönale zu qualifizieren, sondern als Vereinbarung von Kostenersatz. Im Hinblick auf die Einheit der Klausel ist sie zur Gänze unzulässig.

Ad 18. Die Klausel suggeriert bei kundenfeindlichster Auslegung, dass eine falsche Abrechnung gerichtlich nur geltend gemacht werden kann, wenn innerhalb von 4 Wochen nach Rechnungszugang Einwendungen erhoben wurden bzw. wenn der Rechtsweg innerhalb von 6 Monaten nach Ablehnung des Rechnungseinwandes beschritten wird. Wie der OGH bereits ausgesprochen hat (OGH 27. 4. 2001, 1 Ob 27/01d, verst Senat), kommt dem durch eine fristgebundene Reklamation bewirkten Saldoanerkennnis im Regelfall nur deklarative Wirkung zu. Ein konstitutives Anerkenntnis wäre nur dann anzunehmen, wenn damit im konkreten Fall tatsächlich ein ernstlicher Streit beigelegt werden wollte. Da es sich beim deklarativen Anerkenntnis um eine bloße Wissenserklärung handelt, steht dem Verbraucher jederzeit der Rechtsweg offen. Die Klausel ist intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die wahre Rechtslage verschleiert.

Ad 19. Bei den demonstrativ aufgezählten Daten handelt es sich nicht um sensible Daten im Sinne des DSG, daher ist auch eine Zustimmung in AGB möglich. Nach § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000 werden schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen dann nicht verletzt, wenn er der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist. Die Zustimmung muss aber gemäß § 4 Z 14 DSG ohne Zwang abgegeben werden und überdies in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall. Daher liegt eine wirksame Zustimmung nur vor, wenn der Betroffene bestimmt weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen (OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y). Unter „sonstigen personenbezogene Daten“ im Sinne der Klausel sind aber bei kundenfeindlichster Auslegung alle möglichen Daten zu verstehen, weshalb völlig unbestimmt bleibt, welche Daten für die in der Klausel enthaltenen Zwecke verwendet werden, mögen diese Zwecke auch bestimmt genug sein. Insbesondere ist auch im Kontext mit den Klauseln 19.1 und 19.4 der AGB überhaupt nicht klar, welche Daten „sonstige personenbezogene Daten“ sind, weil nicht bekannt ist, welche Daten von Dritten übermittelt worden sind. Gemeint können daher alle möglichen Daten sein.

Insbesondere können bei kundenfeindlichster Auslegung die in der Klausel genannten „sonstigen personenbezogene Daten“ auch sensible Daten im Sinne des DSG umfassen. Es

läge dann überhaupt keine ausdrückliche Zustimmung zur Verwendung der Daten im Sinne des § 4 Z 14 DSG vor, weil eine solche nicht als Bestandteil von AGB abgegeben werden kann (*Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 4, Anm 14). Die Klausel ist intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG weil sie suggeriert, der Verbraucher würde eine gültige Zustimmung zur Verwendung seiner Daten erklären.

Ad 20. Was Kreditschutzverbände und Kreditinstitute sind, ist gesetzlich definiert. Der Begriff „Auskunftei“ ist allerdings so allgemein, dass diese Empfänger nicht ausreichend definiert sind und damit unklar bleiben. Es gelten die Ausführungen zu Pkt. 19.

Ad 21. Die Klausel entspricht inhaltlich der unter Punkt 13. behandelten Klausel und geht sogar in ihrem Anwendungsbereich über diese hinaus, indem sie alle möglichen gespeicherten Daten umfasst. Sie ist daher aus den dort ausgeführten Gründen gesetzwidrig. Die technischen Möglichkeiten, widerrechtliche Zugriffe auf gespeicherte Daten zu verhindern, liegen bei der Beklagten. Es ist gröblich benachteiligend, dieses Risiko bei leichter Fahrlässigkeit auf den Kunden zu überwälzen.

Ad 22. Die Klausel ist aus den bekannten Gründen unzulässig, dass sie nicht erkennen lässt, inwieweit die jeweiligen Vertragsklauseln konkret gültig sind. Solche Gestaltungsmethoden widersprechen schon § 864a ABGB. Erst recht wird das Transparenzgebot verletzt.

Zur Veröffentlichung: Die Beklagte bietet wie festgestellt ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet – mit Ausnahme von Kärnten – auch an Konsumenten an. Art und Umfang der Urteilsveröffentlichung richten sich gemäß § 30 KSchG iVm § 25 UWG nach der Wirkung des Gesetzesverstößes einerseits und den aufzuklärenden Verkehrskreisen andererseits. Die Veröffentlichung in einer bundesweiten auflagenstarken Zeitung steht im Verhältnis zur Qualität und Quantität des Gesetzesverstößes und ist angesichts des großen betroffenen Personenkreises notwendig. Ein Veröffentlichung in acht Bundesländern wäre überdies aufwendiger als die einmalige österreichweite Veröffentlichung.

Es war wie im Spruch zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 2 ZPO.

Handelsgericht Wien
Wien, 26. Mai 2011
Dr. Elfriede Dworak, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG