

REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF



Präsidium
des Handelsgerichtes Wien
Eingel. am 07. MAI 2007
.....fach, mit.....Bilg.Akten
.....Halbschriften

5 R 42 / 06 +

Oberlandesgericht Wien

Eingel. am 27. APR. 2007 ... Uhr ... Min.
.....fach, mit.....Beleg Akten
.....Halbschriften

do

RECHTSANWÄLTE
DR. KOSESNIK-WEHRLE
DR. LANGER
-9. Mai 2007
EINGELANGT
FRIST: 9.10.07 p.t.

Überb. vers. offic.

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner als Vorsitzenden und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei Hutchison 3G Austria GmbH, Wien 11, Gasometer C, Guglgasse 12/10/3, vertreten durch Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 26.000 EUR), infolge Revision beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 11. Juli 2006, GZ 5 R 42/06t-16, mit welchem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 30. Dezember 2005, GZ 10 Cg 95/05h-10, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Hingegen wird der Revision der klagenden Partei teilweise Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass die stattgebende Entscheidung des Erstgerichts zu Punkt 2 des Unterlassungsbegehrens wiederhergestellt wird und die Entscheidung über die Eventualbegehren zu Punkt 6 des Unterlassungsbegehrens wie folgt lautet:

„Die beklagte Partei ist schuldig, 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 nachstehend genannten oder einer sinngleichen Klausel zu unterlassen; sie ist weiters schuldig, es zu unterlassen, sich auf diese Klausel zu berufen, soweit sie unzulässiger Weise vereinbart worden ist:

„3 weist ausdrücklich darauf hin, dass mobile Services auf der Nutzung von Funkwellen beruhen und die entsprechenden Netzabdeckungs-Karten nur durchschnittliche Vorhersagewerte über deren Ausbreitung darstellen können. Die tatsächlichen Empfangsverhältnisse hängen von einer Vielzahl von Einflüssen ab, die teilweise außerhalb der Kontrolle von 3 liegen (zB bauliche Gegebenheiten von Gebäuden, Abschattung durch andere Gebäude oder geographische und atmosphärische Gegebenheiten). Deswegen kann 3 auch bei grundsätzlich vorhandener Netzabdeckung die Verfügbarkeit des Services, insbesondere in Gebäuden, nicht garantieren.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 5.025,80 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin 551 EUR Barauslagen, 745,80 EUR USt) zu ersetzen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen einen mit 3.032,98 EUR bestimmten Anteil an den Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 292 EUR Barauslagen, 456,83 EUR USt) zu ersetzen.

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

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechtigter Verein. Die Beklagte betreibt ein österreichisches Mobilfunknetz. Strittig sind elf Klauseln in ihren Geschäftsbedingungen.

Im Mai 2005 hatte der Kläger mehrere Klauseln der damals geltenden Geschäftsbedingungen beanstandet und die Beklagte aufgefordert, strafbewehrte Unterlassungserklärungen für diese und sinngleiche Klauseln abzugeben. Die Beklagte gab zum Teil solche Erklärungen ab, führte darin aber geänderte Fassungen einiger Klauseln an, die mangels Sinngleichheit zulässig seien. In weiterer Folge zeigte sie die beabsichtigten Änderungen nach § 25 TKG der Regulierungsbehörde an. Während des dort geführten Verfahrens nahm sie neuerlich Änderungen vor, die zu den bei Schluss der Verhandlung erster Instanz verwendeten Geschäftsbedingungen führten. Diese enthalten zehn der ursprünglich beanstandeten Klauseln in teilweise abgeänderter Form, die der Kläger nun mit den Punkten 2 bis 11 seines Hauptbegehrens bekämpft. Punkt 1 dieses Begehrens bezieht sich auf eine Klausel, die nur in der ursprünglichen und (abgeändert) in der der Regulierungsbehörde angezeigten Fassung enthalten war, nicht mehr jedoch in der aktuellen Fassung.

Der Inhalt der Klauseln, das nähere Vorbringen der Parteien und die rechtliche Beurteilung der Vorinstanzen werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Der Kläger begehrt, der Beklagten zu untersagen, die oben genannten oder sinngleiche Klauseln zu verwenden und sich darauf zu berufen, soweit sie in unzulässiger Weise vereinbart worden seien. Hilfsweise richten sich entsprechende Begehren gegen die ursprüngliche Fassung der Klauseln 2 bis 11, und, wiederum hilfsweise, gegen die der Regulierungsbehörde angezeigte Fassung dieser Klauseln. Bei Klausel 1 bezieht sich das (einzige) Eventualbegehren auf die der Regulierungsbehörde angezeigte Fassung. Weiters begehrt der Kläger die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung.

Der Kläger bringt vor, die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten; einige seien auch nicht ausreichend transparent. Da die Beklagte keine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe, liege auch bei jenen Klauseln Wiederholungsgefahr vor, die in der aktuellen Fassung der AGB nicht mehr enthalten seien (Klausel 1 des Hauptbegehrens, Eventualbegehrens).

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die Klauseln stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten im Einklang und seien nicht intransparent. Klausel 1 des Hauptbegehrens und alle Klauseln der Eventualbegehren würden nicht mehr verwendet, sodass die Wiederholungsgefahr fehle. Zu den Klauseln 2 bis 11 des Hauptbegehrens habe der Kläger kein Abmahnverfahren durchgeführt.

Das Erstgericht gab dem Hauptbegehren zur Gänze statt. Das Berufungsgericht wies das Haupt- und die Eventualbegehren für die Klauseln 2 und 6 ab. Klausel 11 verbot es nur für eine der beiden davon erfassten Situationen (Folgen einer einvernehmlichen Auflösung), für die andere

(Folgen einer außerordentlichen Kündigung durch die Beklagte) wies es das Klagebegehren ab. Ansonsten bestätigte es die erstinstanzliche Entscheidung. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richten sich die Revisionen beider Parteien. Der Kläger beantragt für die Klauseln 2 und 6 die Wiederherstellung der stattgebenden erstinstanzlichen Entscheidung, die Beklagte strebt für alle Klauseln die Klagsabweisung an.

Beide Revisionen sind zulässig. Jene des Klägers ist teilweise, jene der Beklagten ist nicht berechtigt. Aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit werden sie gemeinsam behandelt.

1. Zum Unterlassungsanspruch im Allgemeinen

1.1. Die Revision der Beklagten bezweifelt die „Zulässigkeit“ der „vorbeugenden Unterlassungsklage“. In Bezug auf die Klauseln 2 bis 11 des Hauptbegehrens habe sie der Kläger nicht abgemahnt, Klausel 1 des Hauptbegehrens und die Klauseln der Eventualbegehren verwende sie nicht mehr.

1.2. Ein Unterlassungsanspruch besteht nur dann, wenn ein Zuwiderhandeln gegen eine nach materiellem Recht bestehende Unterlassungspflicht droht (RIS-Justiz RS0037660). Das wird vermutet, wenn der Belangte bereits einmal gegen die Unterlassungspflicht verstoßen hat (Wiederholungsgefahr). In diesem Fall hat er Umstände zu behaupten und zu beweisen, aus denen sich gewichtige Anhaltspunkte dafür ergeben, dass er gewillt ist, von

künftigen Störungen Abstand zu nehmen (RIS-Justiz (RIS-Justiz RS0037661, RS0012087).

1.3. Diese Grundsätze gelten auch für Unterlassungsansprüche nach § 28 KSchG. Hat der Unternehmer unzulässige Klauseln verwendet, wird die Wiederholungsgefahr vermutet (*Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 28 KSchG Rz 3; *Kathrein* in KBB § 28 KSchG Rz 4; *Krejci* in *Rummel*³ §§ 28 - 30 KSchG Rz 18; vgl zuletzt 7 Ob 78/06f mwN). Dass hier zusätzlich eine Abmahnung erforderlich wäre, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.

Insbesondere folgt ein solches Erfordernis nicht aus § 28 Abs 2 KSchG. Danach besteht die Gefahr einer Verwendung unzulässiger Bedingungen „nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt“. Mit dieser Regelung auf Grund der KSchG-Novelle 1997 BGBl I 1997/6 sollte nach den EB zur RV (311 BlgNR 20. GP, 32; vgl dazu *Langer*, Wiederholungsgefahr in § 28 KSchG, *ecolex* 1999, 636) die Rechtsstellung der klageberechtigten Institutionen verbessert werden: Zwar sei eine Abmahnung für das Bestehen des Unterlassungsanspruchs nicht erforderlich. Erfolge sie aber, so falle nach einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (6 Ob 572/87 = RdW 1988, 289) die Wiederholungsgefahr weg, wenn der Belangte die beanstandeten Vertragsmuster vor der Klageeinbringung verändere; eine Verständigung der abmahnenden Institution sei nicht erforderlich. Die Neuregelung sollte „klarstellen“, dass die klagebefugten Organisationen ein Abmahnverfahren

durchführen könnten, ohne sich der Gefahr auszusetzen, dadurch in einem gerichtlichen Verfahren - durch Übersehen einer rechtzeitigen Änderung der Klauseln - in eine ungünstigere Position zu gelangen.

Angesichts dieser Zielsetzung ist es ausgeschlossen, aus der Regelung für das „Abmahnverfahren“ - über den Wortlaut hinaus und abweichend von der sonst geltenden Rechtslage - ein zusätzliches Erfordernis für das Bestehen des Unterlassungsanspruches abzuleiten (*Eccher* aaO Rz 13; *Kathrein* aaO Rz 7; *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage [2006] 147 *Apathy in Schwimann*, ABGB³ V §§ 28 - 30 KSchG Rz 19).

Daraus folgt zusammenfassend:

Aus § 28 Abs 2 KSchG kann nicht abgeleitet werden, dass der Erfolg einer Unterlassungsklage eine vorangegangene Abmahnung voraussetzt.

1.4. Die Klauseln 2 bis 11 des Hauptbegehrens werden in der aktuellen Fassung der Geschäftsbedingungen verwendet. Damit ist die Wiederholungsgefahr indiziert; Anhaltspunkte für ihren Wegfall gibt es nicht. Das Unterbleiben einer gesonderten Abmahnung ist nach den oben angestellten Erwägungen kein Hindernis für das Bestehen eines Unterlassungsanspruches. Diese Klauseln sind daher jedenfalls inhaltlich zu prüfen (unten 2.2. bis 2.11.).

Die Frage nach einem Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr kann sich daher im Rahmen des Hauptbegehrens nur für Klausel 1 stellen. Hier erfolgte eine Abmahnung, auf die die Beklagte zunächst mit einer eingeschränkten Unterlassungserklärung reagierte. In der aktuellen Fassung der Geschäftsbedingungen ist die Klausel

nicht mehr enthalten. Dazu ist bei der Erörterung dieser Klausel Stellung zu nehmen (unten 2.1.).

1.5. Im Übrigen ist vorweg auf einige allgemeine Grundsätze für die Beurteilung der strittigen Klauseln hinzuweisen:

(a) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914).

(b) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist nach § 6 Abs 3 KSchG unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot soll es

dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (4 Ob 28/01y = SZ 74/52 mwN). Insbesondere darf er durch die Formulierung einer Klausel nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Zweck des Verbandsprozesses ist es nämlich nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist. Vielmehr sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (4 Ob 179/02f = SZ 2002/153). Daraus kann sich eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkungen einer Klausel sonst unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219).

(c) Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a = SZ 2003/115; RIS-Justiz RS0016590). Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich (RIS-Justiz RS0038205; *Apathy* aaO § 28 - 30 KSchG Rz 12; *Kathrein* aaO 5; *Krejci* aaO Rz 15).

2. Zu den einzelnen Klauseln

2.1. Erklärungen von Vertretern

„2.2. Mitarbeiter und Erfüllungsgehilfen von 3 sind nicht bevollmächtigt, individuelle Vereinbarungen mit dem Kunden zu treffen oder abweichende Bedingungen des Kunden zu akzeptieren. Für Verbraucher gilt diese Einschränkung nur, wenn 3 auf den Anmeldeformularen darauf hinweist. § 10 Abs 3 KSchG bleibt davon unberührt.“

Diese Klausel war als Punkt 2.2. in der ursprünglichen Fassung der Geschäftsbedingungen enthalten. Nach Abmahnung durch den Kläger verpflichtete sich die Beklagte, die Verwendung dieser und sinngleicher Klauseln zu unterlassen. Nicht sinngleich und daher zulässig sei aber der erste Satz der Klausel. Diese Neufassung zeigte die Beklagte auch der Regulierungsbehörde an. In der aktuellen Fassung der Geschäftsbedingungen ist weder die beanstandete noch eine sinngleiche Klausel enthalten.

Der Kläger vertritt die Auffassung, die Klausel verstoße sowohl in der ursprünglichen als auch in der der Regulierungsbehörde angezeigten Fassung gegen § 10 KSchG und sei zudem intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG. Die Wiederholungsgefahr sei aufrecht, da die Beklagte in Bezug auf die ursprüngliche Klausel nur eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe.

Die Beklagte hält dem entgegen, dass sie sich zunächst verpflichtet habe, den letzten Teil der Klausel nicht mehr zu verwenden; im Zuge der Korrespondenz mit der Regulierungsbehörde habe sie sich überhaupt entschlossen, die gesamte Klausel zu streichen. Die Wiederholungsgefahr sei daher weggefallen.

Die Vorinstanzen gaben dem Hauptbegehren (Untersagung der Klausel in der ursprünglichen Fassung und sinngleicher Klauseln) statt. Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, da die Beklagte nur eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Damit sei nicht ausgeschlossen, dass sie die beanstandete oder eine sinngleiche Bedingung wieder in ihre Geschäftsbedingungen aufnehmen könnte. Inhaltlich verstoße die Klausel - mit oder ohne den in der Neufassung fehlenden Teil - gegen das

Transparenzgebot. In der ursprünglichen Fassung werde § 10 Abs 1 KSchG nicht wiedergegeben, sondern nur umschrieben; in der Interimssfassung fehle überhaupt jeder diesbezügliche Hinweis. In beiden Fällen sei ein Durchschnittskunde nicht in der Lage, die Rechtsfolgen der Klausel umfassend zu verstehen.

In der Revision stützt sich die Beklagte darauf, dass sie sich verpflichtet habe, den zweiten Teil der Klausel nicht weiter zu verwenden. Die Wiederholungsgefahr sei daher weggefallen. Die geänderte Klausel habe sie nie verwendet, es bestehe auch keine Gefahr, dass sie sie in Zukunft verwenden würde.

Diese Ausführungen können nicht überzeugen. Zwar konnte der Wegfall der Wiederholungsgefahr bei Unterbleiben einer Abmahnung vor Inkrafttreten der KSchG-Novelle 1997 schon dann angenommen werden, wenn der Unternehmer die Klausel vor Klagseinbringung aus seinen Bedingungen entfernte und keine Anzeichen dafür bestanden, dass er sie in Zukunft neuerlich verwenden oder sich darauf berufen werde (6 Ob 572/87 = RdW 1988, 289; *Kühnberg* aaO 148; *Langer* aaO). Die der Revision zugrunde liegende Auffassung, dass das im Einzelfall auch nach einer Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG gelten könnte (so ausdrücklich *Apathy* aaO Rz 6; ähnlich wohl *Eccher* aaO Rz 3), steht aber im Widerspruch zum bereits oben erläuterten Normzweck.

Diese Bestimmung sieht zwar nicht ausdrücklich vor, dass die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wegfallen kann. Allerdings vermag das damit geregelte (fakultative) Abmahnverfahren nur dann seinen Zweck zu erfüllen, wenn

andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. Denn die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung (*Kühnberg* aaO 148) tritt nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht. Daher muss die Unterlassungserklärung nach stRsp eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch enthalten (5 Ob 227/98p = SZ 72/42; RIS-Justiz RS0111637; zuletzt 7 Ob 78/06f mwN) und nicht nur die beanstandeten, sondern auch „sinngleiche“ Klauseln erfassen (RIS-Justiz RS0111640). Werden Einschränkungen oder Bedingungen angeführt, so entfällt die Wiederholungsgefahr nicht (8 Ob 17/00h = JBl 2001, 236). Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein (4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11; RIS-Justiz RS0119007; zuletzt 6 Ob 277/06p), und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch - durch eine Berufung darauf - in bereits bestehenden (4 Ob 288/02k = RdW 2003, 255 mwN). Das kann sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben (etwa aus dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs, vgl 7 Ob 78/06f); weiters ist es möglich, das auch tatsächliche Umstände diesen Schluss erlauben. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht aber keinesfalls aus (4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11).

Wendet man diese Grundsätze auf die hier zu beurteilende Klausel an, so ergibt sich, dass die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen ist. Das Klagebegehren ist auf Unterlassung der Verwendung der ursprünglichen Klausel und sinngleicher Klauseln gerichtet

Die Unterlassungserklärung der Beklagten nimmt demgegenüber eine in Teilen sinngleiche Klausel (nämlich deren erste Hälfte) von der Unterlassungsverpflichtung aus. Damit kann von einer uneingeschränkten Unterwerfung keine Rede sein; vielmehr bleibt unklar, was die Beklagte unter „sinngleichen“ Klauseln versteht. Sie hat daher keine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben. Die Wiederholungsgefahr ist aus diesem Grund nicht weggefallen.

Gründe gegen die Auffassung der Vorinstanzen, dass die Klausel gegen das Transparenzgebot verstoßen habe, werden in der Revision nicht genannt. Sie sind wegen des in beiden Fassungen fehlenden Hinweises auf den konkreten Inhalt von § 10 Abs 1 KSchG auch nicht erkennbar. Insbesondere wird für den Verbraucher nicht deutlich, dass ihm nur Kenntnis von der Vollmachtsbeschränkung schadet (RIS-Justiz RS0065598). Die Revision der Beklagten bleibt daher in diesem Punkt erfolglos.

2.2. Frist für die Freischaltung

„3.6. Sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, erfolgt die Freischaltung des Kunden spätestens 14 Tage nach Vertragsabschluss.“

Diese Klausel ist als Punkt 3.6. in den aktuellen Geschäftsbedingungen enthalten. In der ursprünglichen Fassung war eine Frist von vier Wochen vorgesehen gewesen. Insofern hatte die Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, dabei aber festgehalten, dass eine zweiwöchige Frist zulässig sei. In dieser Form zeigte sie die Klausel auch der Regulierungsbehörde an.

Nach Auffassung des Klägers verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Die Frist von 14 Tagen sei unangemessen lang. Weiters sei die Klausel überraschend

iSd § 864a ABGB, da ein Kunde die Freischaltung in der Regel innerhalb weniger Stunden erwarte.

Die Beklagte wendet ein, die Frist sei angemessen und aus technischen Gründen erforderlich. Zwar könne eine Erstfreischaltung in der Regel in kurzer Zeit erfolgen, die Klausel beziehe sich aber auch auf Freischaltungen nach Sperren oder im Zusammenhang mit einer Rufnummernmitnahme; in diesen Fällen würden die Freischaltzeiten bis zu 14 Tage betragen.

Das Erstgericht untersagte die Klausel. Nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG seien überlange oder nicht hinreichend bestimmte Lieferungsfristen unzulässig. Da die Frist sämtliche Varianten einer Freischaltung erfasse, liege eine nicht hinreichend bestimmte Klausel vor.

Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab. Es sei nicht belegt, dass ein Durchschnittskonsument die Freischaltung seines Mobiltelefons innerhalb weniger Stunden erwarte. Das werde zwar im Regelfall zutreffen, nicht aber bei Sonderwünschen, die mit technischen Maßnahmen verbunden seien. Eine vierzehntägige Frist, die beide Konstellationen abdecke, sei nicht zu beanstanden. Ein Überraschungseffekt iSv § 864a ABGB liege nicht vor. Das Hauptbegehren sei daher abzuweisen. In Bezug auf die ursprünglich verwendete Klausel (Eventualbegehren) fehle die Wiederholungsgefahr. Die Beklagte habe die ursprünglich verwendete Klausel nicht bloß fallen gelassen, sondern durch eine unbedenkliche ersetzt. Damit sei die neuerliche Verwendung der früheren Fassung unwahrscheinlich geworden.

Die Revision des Klägers strebt das Verbot der Klausel an. Ausnahmefälle könnten nicht eine generell zweiwöchige Frist rechtfertigen.

Diese Erwägungen treffen zu. Nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sind „unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen“ nicht verbindlich, während deren ein Unternehmer einen Antrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann oder „während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist.“ Diese Bestimmung erfasst auch unangemessen lange Leistungsfristen des Unternehmers (so schon die EB zur RV des KSchG, 744 BlgNR 14. GP 22; *Apathy* aaO § 6 KSchG Rz 6; *Krejci* aaO § 6 KSchG Rz 21; *Mayrhofer*, Überlange rechtsgeschäftliche Bindungen des Verbrauchers, in FS Welser [2004] 695, 696). Ob eine unangemessen lange Frist vorliegt, ist durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln (10 Ob 34/05f = wbl 2006, 278). Dabei sind die typischen Erwartungen des Kunden den wirtschaftlichen und technischen Interessen des Unternehmers gegenüberzustellen.

Ein typischer Verbraucher wird in Standardsituationen eine unverzügliche Freischaltung erwarten. Denn eines der Leitbilder der Mobiltelefonie, das sie von älteren Formen der Fernkommunikation unterscheidet und auch in der Werbung herausgestellt wird, ist die umfassende, weder zeitlich noch örtlich beschränkte Verfügbarkeit. Daraus folgt die Erwartung, dass auch der erste Zugang zu einem Netz (die „Freischaltung“) unmittelbar nach dem Vertragsabschluss (der „Anmeldung“) möglich sein muss; zumindest aber innerhalb der nächsten zwei oder drei Tage. Dieser Erwartung stehen in Standardsituationen keine gerechtfertigten Interessen der Beklagten gegenüber. Denn es

ist gerichtsbekannt, dass eine sofortige Freischaltung im Regelfall möglich ist und auch tatsächlich erfolgt. Auch die Beklagte stützt sich zur Verteidigung der Klausel nur darauf, dass die längere Frist in Ausnahmefällen (zB bei einer Rufnummernmitnahme) gerechtfertigt sein kann.

Damit ist aber nicht erkennbar, weshalb die längere Frist auch in Standardsituationen erforderlich sein sollte. Die Klausel hat zur Folge, dass die Beklagte auch dann erst 14 Tage nach dem Vertragsabschluss in Verzug gerät, wenn es keine sachlichen Gründe für die Verzögerung gibt. Erst dann hätte der Kunde die Möglichkeit, sich durch Setzen einer Nachfrist vom Vertrag zu lösen. Demgegenüber könnte er die Leistung nach dispositivem Recht „ohne unnötigen Aufschub“ fordern (§ 904 ABGB). Das bedeutet, dass er bei einem Unterbleiben der Freischaltung nach Vertragsabschluss sofort eine Nachfrist iSv § 918 ABGB setzen könnte.

Die Klausel verstößt somit für Standardsituationen gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Es mag zwar zutreffen, dass Sonderwünsche des Kunden (zB Rufnummernmitnahme) und allenfalls auch technische Gründe eine längere Frist rechtfertigen können. Eine geltungserhaltende Reduktion ist aber im Verbandsklageverfahren nicht möglich (oben 1.5). Das Unterbleiben dieser Unterscheidung fällt der Beklagten zur Last.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Geschäftsbedingungen nach § 25 Abs 4 Z 2 TKG unter anderem „die Frist“ bis zur erstmaligen Freischaltung enthalten müssen. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass es nicht im Interesse des Kunden auch zwei Fristen geben kann, und zwar eine für Standardfälle und die andere für (klar zu

umschreibende) Ausnahmesituationen. Die voranstehenden Erwägungen ergeben samt folgende Leitlinie:

Eine zweiwöchige Frist zwischen dem Vertragsabschluss und der Freischaltung eines Mobiltelefonanschlusses verstößt für Standardfälle gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG.

2.3. Restguthaben bei Wertkartenverträgen

„7.4. [...] Ein allenfalls noch vorhandenes Restguthaben verfällt mit Ende der Vertragslaufzeit, außer der Kunde begehrt Rückforderung desselben. Dies kann frühestens mit Ablauf von zwölf Monaten nach dem letzten Ladevorgang für einen Zeitraum von sechs Monaten begehrt werden. Macht der Kunde hievon keinen Gebrauch, wird dies als Verzicht des Kunden auf Auszahlung des Restguthabens gewertet und verfällt das Guthaben dann unwiderruflich. Macht der Kunde sohin innerhalb des angegebenen Zeitraums sein Rückforderungsrecht nicht geltend, verzichtet er auf die Auszahlung seines Restguthabens. [...] 3 stellt für die Bearbeitung der Rückerstattung eine Gebühr in Rechnung, deren Höhe der Tarifübersicht (gemäß Punkt 20.1. iVm den Punkten 8.4. und 8.5. der AGB) zu entnehmen ist. [...]“

Diese Klausel ist Teil von Punkt 7.4. der aktuellen Geschäftsbedingungen und betrifft die Nutzung der Dienste mittels Wertkarten. Hier endet der Vertrag, wenn der Kunde nicht innerhalb von zwölf Monate nach dem ersten Freischalten oder dem letzten Aufladen ein weiteres Guthaben auflädt; dann beginnt die sechsmonatige Rückforderungsfrist. Auf diese Frist und die Folgen des ungenutzten Verstreichens wird der Kunde nach dem nicht beanstandeten Teil von Klausel 7.4. „*spätestens zu Beginn der Rückforderungspflicht*“ hingewiesen.

Nach dem (ebenfalls bekämpften) Punkt 20.1. der aktuellen Geschäftsbedingungen ist die Beklagte berechtigt, die in der Tarifübersicht angeführte Entgelte „gemäß der Punkte 8.4. und 8.5. der AGB anzupassen, insbesondere wenn sich Preisparameter ändern, die nicht im Einflussbereich von 3 liegen“. Die Klauseln 8.4. und 8.5. regeln die Vorgangsweise bei der Änderung von Geschäftsbedingungen und Entgelten. Danach teilt die Beklagte den Kunden eine beabsichtigte Änderung mindestens einen Monat vor deren Wirksamkeit mit. Ist die Änderung nicht ausschließlich zum Vorteil des Kunden, kann er den Vertrag kostenlos kündigen; darauf hat ihn die Beklagte in der Änderungsmitteilung hinzuweisen.

Der Kläger bringt vor, der in der Klausel vorgesehene Verfall des Guthabens sei wegen der kurzen Frist gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB. In Bezug auf das besondere Entgelt für die Rückerstattung seien die Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG nicht erfüllt. Abgesehen von der Unbestimmtheit der Änderungsfaktoren seien auch Querverweise unzulässig.

Nach Auffassung der Beklagten ist der Guthabensverfall die notwendige Konsequenz aus der unerlässlichen Löschung einer nicht mehr genutzten Rufnummer. Dem Mobilfunkbetreiber entstünden für jeden Kunden, dem eine Rufnummer zugeordnet sei, Kosten, und zwar auch dann, wenn keine Leistungen mehr in Anspruch genommen würden. So müsse der Betreiber Systemkapazität freihalten und Softwarelizenzgebühren in Abhängigkeit von der Zahl der angeschalteten Teilnehmer zahlen. Die Nummer könne keinem neuen Nutzer zugewiesen werden. Gemessen am üblicherweise sehr geringen Guthaben auf Wertkartentelefonen reiche die achtzehnmonatige Frist (zwölf

Monate bis zur Vertragsbeendigung und sechs Monate bis zum endgültigen Verfall) aus, um dem Kunden eine Disposition über sein verbleibendes Guthaben zu ermöglichen. Beim Bearbeitungsentgelt müsse eine Anpassung zulässig sein, wenn sich „Preisparameter“ änderten, die nicht von der Beklagten beeinflusst werden könnten. Nur das sehe Klausel 20.1., auf die verwiesen werde, vor. Eine detailliertere Beschreibung der möglichen Parameter sei für die Beklagte weder möglich noch zumutbar.

Die Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren statt. Es bedeute zwar einen „kalkulatorischen“ Aufwand, unverbrauchte Restguthaben über einen langen Zeitraum evident zu halten. Jedoch sei der vorgesehene Zeitraum im Vergleich zur dreißigjährigen Verjährungsfrist des dispositiven Recht unangemessen kurz. Mangels sachlicher Rechtfertigung sei er daher gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB. Die Entgeltklausel widerspreche § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG, da die Anpassung durch den Verweis auf Klausel 20.1. im Belieben der Beklagten liege.

Die Beklagte beruft sich in der Revision insbesondere darauf, dass die Kunden ohnehin auf den drohenden Verfall des Guthabens hingewiesen würden. Damit seien die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorgesehenen Bedingungen für die Wertung der Untätigkeit als Verzicht erfüllt. Für die Höhe der Bearbeitungsgebühr sei der Verweis auf eine Tarifübersicht üblich und klar. Die in Klausel 20.1. enthaltene Regelung für Erhöhungen sei zulässig, weil sie nur an von der Beklagten nicht beeinflussbare „Parameter“ anknüpfe.

Diese Gründe können im Ergebnis nicht überzeugen. Dabei sind die beiden Teile der Klausel (Verfall und Bearbeitungsentgelt) getrennt zu betrachten.

(a) **Zum Verfall:** Die Klausel sieht nicht einen Verfall des Guthabens mit Ablauf des Vertrages vor, was jedenfalls unzulässig wäre (4 Ob 112/04f = SZ 2004/125; vgl dazu *Ertl/Gschweidl*, Verfallsregelungen in Mobilfunkverträgen, MR 2005, 404; für das deutsche Recht zuletzt OLG München 29 U 2294/06 = Verbraucher und Recht 2006, 399 im Anschluss an BGH XI Zr 274/00 = BGHZ 148, 74 - Telefonwertkarten). Vielmehr verfällt das Guthaben erst dann, wenn der Kunde es nicht innerhalb von sechs Monaten nach diesem Zeitpunkt zurückfordert. Zu prüfen ist, ob (auch) diese Regelung gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt.

Die Revision zeigt zutreffend auf, dass nicht jede Verkürzung von Fristen zur Anspruchsdurchsetzung sittenwidrig ist. So ist im Arbeitsrecht anerkannt, dass Verfallsklauseln, die keinen zwingenden Bestimmungen zuwiderlaufen, nur dann nichtig sind, wenn sie durch ihre unangemessene Kürze das Geltendmachen von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren (4 Ob 17/68 = EvBl 1968/356, RIS-Justiz RS0016688, zuletzt etwa 8 ObS 14/06a; vgl auch RIS-Justiz RS0034533). Ein sachlicher Grund ist insbesondere die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten (vgl etwa 4 Ob 90/82 = ZAS 1983,177 [Irresberger], 9 ObA 86/01i; 9 ObA 215/01k, 8 ObA 42/03i). Dreimonatige Verfallsfristen werden nicht als sittenwidrig angesehen (RIS-Justiz RS0016688 T1, T10, T28). Das gilt nicht nur für Klauseln in Kollektivverträgen, sondern auch bei Vereinbarung im Dienstvertrag (4 Ob 90/82; RIS-Justiz RS0016688 T1, T14; zuletzt 8 ObS 14/06a mWN).

Das Kriterium des unsachlichen Erschwerens der Anspruchsdurchsetzung wird auch in anderen Bereichen des Zivilrechts angewendet, wenn die Zulässigkeit einer Verkürzung gesetzlicher Fristen nach dem Maßstab des § 879 Abs 3 KSchG zu beurteilen ist (1 Ob 1/00d = SZ 73/158, 1 Ob 44/06m = ecolex 2006, 895: Verjährungsfrist in den AAB der Wirtschaftstreuhand; 4 Ob 279/04i = SZ 2005/14: Verjährung vertraglicher Schadenersatzansprüche; 2 Ob 50/05z: Verfall von Geschenkgutscheinen). Als tauglicher Rechtfertigungsgrund gilt auch hier die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten (1 Ob 1/00d, 4 Ob 279/04i). Je kürzer die Verfallsfrist sein soll, um so triftiger muss der Rechtfertigungsgrund sein (2 Ob 50/05z). Jedenfalls ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich (1 Ob 1/00d, 4 Ob 279/04i).

Im vorliegenden Fall kann nicht bestritten werden, dass die Beklagte ein legitimes Interesse daran hat, dass Rückforderungsansprüche innerhalb einer überschaubaren Frist abgewickelt werden. Denn anders als bei Gutscheinen, die von Unternehmern ausgegeben werden und zum Bezug von Leistungen berechtigen (dazu 2 Ob 50/05z), ist hier nicht bloß eine generelle Vorsorge in der Bilanz erforderlich, sondern die rufnummernbezogene Speicherung der jeweils verbliebenen Guthabenstände. Damit liegen im Ergebnis jene Beweisschwierigkeiten vor, die im Arbeitsrecht als sachlicher Grund für bloß dreimonatige Verfallsfristen angesehen werden. Auch das Interesse der Beklagten am Freiwerden „toter“ Rufnummern ist nachvollziehbar. Umgekehrt ist nicht erkennbar, weshalb der Kunde für die Disposition über sein Guthaben mehr als sechs Monate benötigen sollte. Es wäre daher ein nicht zu rechtfertigender

Wertungswiderspruch, im Gegensatz zur Rechtslage im Arbeitsrecht eine sechsmonatige Verfallsfrist für die Rückforderung von Wertkartenguthaben generell für unzulässig zu halten.

Bei der gebotenen Interessenabwägung ist allerdings eine Besonderheit des hier zu beurteilenden Vertragsverhältnisses zu beachten. In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ist das die Verfallsfrist auslösende Ereignis in der Regel offenkundig (Ende des Arbeitsverhältnisses oder der Abrechnungsperiode), wobei selbst hier die Berufung auf die Klausel sittenwidrig sein kann, wenn der Arbeitgeber keine ordnungsgemäße Lohnabrechnung übermittelt (RIS-Justiz RS0034487). Für einen Dienstnehmer ist es daher im Regelfall nicht weiter problematisch, sein Verhalten an der Verfallsfrist auszurichten. Gleiches gilt für (verkürzte) Fristen, die am Legen einer Rechnung oder am Erbringen einer Leistung anknüpfen.

Demgegenüber liegt das typische Problem bei Wertkartenverträgen darin, dass das letzte Aufladen in aller Regel außer Evidenz gerät. Dadurch können aber auch das Ablauf des Vertrags und das Verstreichen einer damit beginnenden, bloß sechsmonatigen Verfallsfrist übersehen werden. Das gilt zumindest bei einem zurückhaltenden Telefonverhalten, das auch im Mobilfunkbereich nicht ganz ausgeschlossen werden kann.

Dieser Gefahr könnte durch einen bei oder kurz (bis etwa einen Monat) vor dem Ablauf des Vertrags übermittelten Hinweis auf die Verfallsfrist entgegengewirkt werden. Dadurch wäre gesichert, dass dem Kunden das mögliche Erlöschen seines Restguthabens bewusst ist; in diesem Fall würde seine Rechtsposition durch eine

sechsmonatige Frist keinesfalls in unsachlicher Weise beeinträchtigt. Umgekehrt wäre ein solcher Hinweis für die Beklagte mit keinen größeren Probleme verbunden. Denkbar wäre etwa eine über das Mobilfunknetz gesendete schriftliche Nachricht (SMS), die automatisch generiert werden könnte. Nennenswerte Kosten wären damit kaum verbunden.

Die Beklagte hat in ihren Geschäftsbedingungen zwar einen Hinweis auf die Verfallsfrist und die Folgen eines ungenützten Verstreichens vorgesehen. Dieser Hinweis muss allerdings nicht bei oder kurz vor Beginn der Rückforderungsfrist erfolgen (dh bei oder kurz vor dem Vertragsende), sondern (nur) spätestens zu diesem Zeitpunkt. Von dieser Formulierung wäre auch ein Hinweis anlässlich der erstmaligen Freischaltung oder des Wertkartenkaufs gedeckt, der den oben genannten Zweck aber nicht erfüllen könnte.

Diese Erwägungen gelten auch für die erstmals in der Revision erwogene (zusätzliche) Begründung des Verfalls mit einem konkludenten Verzicht (vgl dazu *Ertl/Gschweidl*, MR 2005, 407 f). Auch hier wäre nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ein Hinweis bei Beginn der Frist, nicht spätestens zu diesem Zeitpunkt erforderlich.

Zusammengefasst gilt daher: Eine sechsmonatige Verfallsfrist für Guthaben aus abgelaufenen Wertkartenverträgen verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB, wenn der Kunde nicht kurz vor oder bei Vertragsablauf auf die Möglichkeit einer Rückforderung und den drohenden Verfall hingewiesen wird.

(b) Zum Bearbeitungsentgelt: Die Klage wendet sich nicht gegen ein Bearbeitungsentgelt an sich (das jedenfalls zulässig ist, vgl 4 Ob 112/04f), sondern dagegen,

dass dessen Höhe nicht konkret genannt wird. Statt dessen verweist die Beklagte auf ihre Preisliste und die Klauseln 20.1., 8.4. und 8.5. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass die Preisliste und damit auch das Bearbeitungsentgelt zum Nachteil des Kunden geändert werden können.

Entgegen der Auffassung des Klägers führen (einfache) Querverweise noch nicht zur Intransparenz iSv § 6 Abs 3 KSchG. Die vom Kläger (im Zusammenhang mit einer anderen Klausel) genannte Entscheidung 6 Ob 16/01y (= JBl 2002, 178) betraf nicht einen solchen Querverweis, sondern ein Zusammenspiel zweier Klauselwerke. Eine von mehreren Klauseln eines besonderen Kundenbindungsprogramms verwies dort pauschal auf die ergänzende Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die im Einzelfall anwendbaren Bestimmungen der AGB mussten vom Kunden daher erst „herausgefiltert“ werden.

Dieses Problem stellt sich bei einem konkreten Querverweis nicht. Hier ist für den Kunden eindeutig, dass bei der Anwendung der verweisenden Bestimmung eine weitere Klausel zu beachten ist. Das Auffinden dieser Klausel kann ihm im Regelfall zugemutet werden. Gleiches gilt grundsätzlich für einen Verweis auf gesonderte Tarifübersichten oder Preislisten (vgl dazu *Schnur in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 6 KSchG Rz 37).

Allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben. Weiters führt die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung. Denn durch den Verweis wird die Bestimmung, auf die

verwiesen wird, zu einem Teil der verweisenden Bestimmung, sodass eine getrennte Beurteilung nicht mehr möglich ist.

Maßgebend für die Zulässigkeit des zweiten Teils der Klausel (Bearbeitungsentgelt) ist daher im konkreten Fall die Beurteilung von Punkt 20.1. der Geschäftsbedingungen. Dazu wird weiter unten Stellung genommen (unten 2.10.).

2.4. Risikoverteilung bei Wertkartenverträgen

„7.5. Das Risiko des Missbrauchs, des Verlustes oder Diebstahls der Wertkarte bzw des sonstigen, die Verfügungsmöglichkeit über das Guthaben einräumenden oder symbolisierenden Gegenstandes trägt - soweit dieses Risiko nicht in der Sphäre von 3 liegt - der Kunde nach Maßgabe der Bestimmung des Punktes 20.3. der AGB. [...]“

Die Klausel betrifft Wertkartenverträge und ist Teil von Punkt 7.5. der aktuellen Bedingungen. Nach Klausel 20.3. haftet der Kunde, wenn Dritte die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Dienste in Anspruch nehmen. Für Entgelte „aus darüber hinausgehenden Leistungen“ haftet der Kunde, „sofern die Nutzung mit seinem Einverständnis oder seinem Wissen ermöglicht wurde.“

Der Kläger behauptet einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG. Der Begriff „Sphäre“ sei für einen rechtsunkundigen Verbraucher nicht verständlich. Weiters müsse sich der Kunde an anderer Stelle der AGB über seine Rechte und Pflichten informieren, was ebenfalls gegen das Transparenzgebot verstoße.

Nach Auffassung der Beklagten ist die Klausel ausreichend verständlich. Eine taxative Darstellung der Fälle, in denen das Risiko den Kunden treffe, schränkte aufgrund der zu erwartenden Lückenhaftigkeit die Rechte der Verbraucher noch stärker ein.

Die Vorinstanzen folgten dem Kläger. Ein durchschnittlicher Konsument könne nicht zuverlässig beurteilen, welche Rechtsfolgen ihn bei einem Missbrauch, Verlust oder Diebstahl der Wertkarte trafen. Die Bestimmung werde auch durch die Verwendung des Begriffs „Sphäre“ nicht hinreichend klar. Damit werde nur ganz allgemein das Risiko, das den Konsumenten treffen solle, jenem der Beklagten gegenüber gestellt, ohne das näher zu determinieren.

Die Beklagte vertritt in der Revision weiterhin die Auffassung, dass die Bestimmung ausreichend verständlich sei. Querverweise seien zulässig. Die Haftung des Kunden werde in Klausel 20.3. klar geregelt.

Diese Ausführungen können nicht überzeugen. Wie bereits oben (zu 2.3.) ausgeführt, führt zwar der Querverweis als solcher noch nicht zur Intransparenz iSv § 6 Abs 3 KSchG. Allerdings ist das Zusammenwirken der beiden Bestimmungen unklar. Denn bei der Lektüre der verweisenden Klausel wird ein Verbraucher zunächst annehmen, dass er das in der Wertkarte verbrieft Guthaben nicht mehr nutzen kann, wenn ihm die Wertkarte vor dem Aufladen abhanden kam oder wenn ein Dritter das Guthaben danach unbefugt verbraucht hatte. Das „Risiko“ wäre damit auf den im Voraus bezahlten Betrag beschränkt. Demgegenüber spricht Klausel 20.3. ohne weitere Differenzierung von einer Haftung für Leistungsentgelte. Das kann auch so verstanden werden, dass das Risiko über den Preis der Wertkarte hinausgeht. Schon dadurch wird die Klausel intransparent. Auf andere mit der Klausel 20.3. verbundene Probleme (unten 2.8.) braucht hier noch nicht eingegangen werden.

Weiters ist auch der Fachbegriff „Sphäre“ für Laien im konkreten Zusammenhang nicht ausreichend deutlich. „Verlust“ oder „Diebstahl“ der erworbenen Karte können offenkundig nicht in die „Sphäre“ der Beklagten fallen. Diese Regelung muss sich daher auf den „Missbrauch“ beziehen. Auch hier ist aber unklar, welcher „Missbrauch“ in die „Sphäre“ der Beklagten fallen könnte. Die nächstliegende Form eines „Missbrauchs“ ist die Nutzung der Wertkarte oder des bereits aufgeladenen Guthabens durch einen dazu nicht befugten Dritten. Auch das kann aber in der Regel nicht in die „Sphäre“ der Beklagten fallen. Da die Klausel aber mit einer solchen Fallgestaltung rechnet, scheint es noch andere Formen eines „Missbrauchs“ zu geben, die sehr wohl der Beklagten zuzurechnen sind. Um welche es sich handeln könnte, ist nicht erkennbar (etwa das Ausnutzen von Schwachstellen in der EDV der Beklagten?). Damit bleibt aber die Tragweite der Klausel auch insgesamt unklar. Zudem kann der Begriff „Sphäre“ gerade bei atypischen Missbrauchsformen keine sicheren Leitlinien für die Risikozurechnung bieten. Die Klausel verstößt daher auch abgesehen vom Verweis auf Punkt 20.3. gegen § 6 Abs 3 KSchG.

2.5. Zulässige Leistungsänderungen

„8.2. Außerdem ist 3 berechtigt,

8.2.1. bei betrieblicher oder technischer Notwendigkeit (insbesondere, wenn Änderungen durch die Regulierungsbehörde gemäß §§ 64 bzw 65 TKG erfolgen) die dem Kunden zugewiesenen Nummerierungs- und Adressierungselemente zu ändern, sofern dies dem Kunden zumutbar ist, insbesondere, weil es sich um eine geringfügige und sachlich gerechtfertigte Änderung handelt;

8.2.2. *geringfügige, sachlich gerechtfertigte und dem Kunden zumutbare technische Änderungen vorzunehmen, die keine Änderung des Services an sich darstellen (zB 3 wählt andere Lieferanten von Inhalten oder nimmt Anpassungen in Zusammenstellung, Auswahl und Umfang von Inhalten vor).*“

Die Klausel ist als Punkt 8.2. in den aktuellen Bedingungen enthalten.

Der Kläger sieht § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verletzt. Eine Änderung der Telefonnummer sei Kunden nicht zumutbar, zumal wenn sie nur aufgrund „betrieblicher Notwendigkeiten“ erfolge, die von der Beklagten gesteuert werden könnten. Weiters verstoße die Klausel gegen das Transparenzgebot.

Die Beklagte wendet ein, dass Nummerierungs- und Adressierungspläne gemäß §§ 64, 65 TKG durch die Regulierungsbehörde jederzeit aus technischen oder betrieblichen Gründen geändert werden könnten. Auch ein Mobilfunkbetreiber, der die Rufnummern an den Endkunden vergabe, müsse daher in bestimmten Fällen Nummerierungs- und Adressierungselemente einseitig ändern können. Sonst wäre es ihm unmöglich, seine Verpflichtungen gegenüber der Regulierungsbehörde zu erfüllen, ohne seine Kundenverträge zu kündigen. Die „technischen“ Änderungen seien ohnehin nur unter den Voraussetzungen des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG zulässig.

Die Vorinstanzen untersagten die Klausel. Zweck des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sei es, zu verhindern, dass sich der Unternehmer das Recht auf weitgehende Leistungsänderungen vorbehalte. Umfassende und vage Änderungsklauseln indizierten die Unzumutbarkeit. Das sei bei der beanstandeten Klausel der Fall. Auch die §§ 64, 65 TKG rechtfertigten nicht

eine Klausel, bei der für den Verbraucher letztlich nicht nachvollziehbar sei, aus welchen Gründen die Beklagte Änderungen ihrer Leistung vornehmen dürfe.

In der Revision führt die Beklagte aus, dass die Klausel ohnehin das in § 6 Abs 2 Z 3 KSchG vorgesehene Zumutbarkeitserfordernis enthalte. Sie schränke das Recht zur Leistungsänderung sogar noch weiter ein, da Nummerierungs- und Adressierungselemente nur bei technischer oder betrieblicher Notwendigkeit geändert werden dürften und technische Änderungen nur zulässig seien, wenn sie keine Änderung des „Services“ darstellten.

Diese Ausführungen können nicht überzeugen.

(a) **Zur Änderung der „Nummerierungs- und Adressierungselemente“:** § 6 Abs 2 Z 3 KSchG soll verhindern, dass sich der Unternehmer das Recht auf weitgehende Leistungsänderungen vorbehält, die den Interessen der Verbraucher widersprechen. Aus der Formulierung der Bestimmung (Kumulation von Geringfügigkeit und sachlicher Rechtfertigung) ist abzuleiten, dass der Gesetzgeber das Zumutbarkeitskriterium eng verstanden wissen wollte (*Krejci* aaO § 6 KSchG Rz 183). Umfassende und vage Änderungsklauseln indizieren die Unzumutbarkeit. Die Änderungsmöglichkeiten müssen möglichst genau umschrieben und konkretisiert sein (7 Ob 170/98w = SZ 72/12; RIS-Justiz RS0111807).

Bei der Beurteilung der vorliegenden Klausel ist zu berücksichtigen, dass die Konstanz bei der Identifizierung der Teilnehmer ein wichtiges Element für das ungestörte Funktionieren der Fernkommunikation ist. Eine Änderung der Rufnummer kann dem Verbraucher daher nur in Ausnahmefällen zugemutet werden. Ein solcher Ausnahmefall

liegt zwar vor, wenn Änderungen aufgrund von Anordnungen der Regulierungsbehörde erforderlich werden. Diese Situation ist aber schon von Klausel 8.1. erfasst. Danach können „eine Änderung der Rechtslage sowie gerichtliche oder behördliche Anordnungen [...] 3 verpflichten, Services abzuändern oder sogar einzustellen [...].“

Die hier zu beurteilende Klausel geht über diese Fallgestaltung hinaus, da sie (mangels Unterscheidung) auch technische oder betriebliche „Notwendigkeiten“ im Bereich der Beklagten ausreichen lässt. Worum es sich dabei handeln könnte, wird nicht einmal ansatzweise dargelegt. Damit kann ein Verbraucher nicht beurteilen, ob eine Rufnummernänderung von der Klausel gedeckt ist. Vielmehr hätte er sich in den Streit darüber einzulassen, ob die Änderung zulässig ist oder nicht. Was „Adressierungselemente“ sind, die sich offenbar von der Rufnummer unterscheiden, bleibt überhaupt dunkel.

Der Beklagten hilft auch nicht weiter, dass sie am Ende der Klausel den Text von § 6 Abs 2 Z 3 KSchG wörtlich übernimmt. Es kann dahinstehen, ob es sich dabei nicht überhaupt nur um eine (nachgeschobene) salvatorische Klausel handelt, die dem Verbraucher das Risiko aufbürdet, die (teilweise) Rechtswidrigkeit der beanstandeten Regelung zu erkennen, und die daher für deren Beurteilung im Verbandsprozess unerheblich ist (*Apathy* aaO § 28 - 30 KSchG Rz 12; *Eccher* aaO § 28 KSchG Rz 9, vgl dazu *Krejci* aaO § 28 - 30 KSchG Rz 16). Denn im konkreten Fall führt die Formulierung nur zu weiterer Unklarheit, ist doch nicht nachvollziehbar, was das Kriterium der „Geringfügigkeit“ bei einer Rufnummernänderung bedeuten soll. Für den Kunden ist entscheidend, dass er unter seiner bisherigen Nummer nicht

mehr erreicht werden kann; wie stark sich die alte von der neuen Nummer unterscheidet, ist dafür unerheblich.

Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass eine Rufnummernänderung in Ausnahmefällen auch abgesehen von behördlichen Anordnungen sachlich gerechtfertigt sein kann. Läuft aber eine in Geschäftsbedingungen vorgesehene Änderung des Leistungsumfangs den Interessen des Verbrauchers - wie hier - in typischer Weise zuwider, so ist diese sachliche Rechtfertigung besonders streng zu prüfen. In diesem Fall fordert das Transparenzgebot, dass die möglichen Rechtfertigungsgründe bereits in der Klausel konkretisiert werden. Das ist hier nicht geschehen.

(b) Zu den „technischen“ Änderungen: Der zweite Teil der Klausel ist in sich widersprüchlich. Nach dem Einleitungssatz soll die Beklagte zu technischen Änderungen befugt sein. Der darauf folgende Klammerausdruck erläutert diesen Begriff mit einem Hinweis auf die Inhalte des Angebots. Zwischen Inhalten und ihrer technischen Umsetzung besteht aber ein Unterschied. Damit ist nicht erkennbar, welche der vertraglich zugesicherten Leistungen die Änderungsbefugnis überhaupt erfassen soll. Schon das führt zur Intransparenz der Klausel. Aus diesem Grund hilft es der Beklagten nicht weiter, dass sie das Ausmaß möglicher Leistungsänderungen durch die Übernahme der verba legalia des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG beschränkt. Das könnte zwar ausreichen, wenn die von der Klausel erfassten Leistungen deutlich umschrieben wären und eine Änderung (anders als im ersten Teil der Klausel) nicht von vornherein gegen typische Verbraucherinteressen verstieße. Ist jedoch nicht klar, auf welche Änderungen sich

die Klausel bezieht, scheitert sie schon am Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

(c) Aus diesen Gründen folgt zusammenfassend: Läuft eine in Geschäftsbedingungen vorgesehene Möglichkeit zur Änderung der Leistung den Interessen des Verbrauchers in typischer Weise zuwider (hier: Änderung der Telefonrufnummer), so ist deren sachliche Rechtfertigung besonders streng zu prüfen. In diesem Fall fordert das Transparenzgebot, dass die möglichen Rechtfertigungsgründe bereits in der Klausel konkretisiert werden.

2.6. Einschränkungen der Netzabdeckung

„9.3. Ausdrücklich weist 3 darauf hin, dass mobile Services auf der Nutzung von Funkwellen beruhen und die entsprechenden Netzabdeckungs-Karten nur durchschnittliche Vorhersagewerte über deren Ausbreitung darstellen können. Die tatsächlichen Empfangsverhältnisse hängen von einer Vielzahl von Einflüssen ab, die teilweise außerhalb der Kontrolle von 3 liegen (zB bauliche Gegebenheiten von Gebäuden, Abschattung durch andere Gebäude oder geographische und atmosphärische Gegebenheiten). Deswegen kann 3 auch bei grundsätzlich vorhandener Netzabdeckung die Verfügbarkeit des Services dort, wo dieses durch außerhalb von 3 liegende Einflüsse beeinträchtigt ist, insbesondere zB in Gebäuden, nicht garantieren.“

Die Klausel ist als Punkt 9.3. in den aktuellen Bedingungen enthalten und baut auf deren Punkt 9.1. auf. Danach ist die Verfügbarkeit des Services auf den Empfangs- und Sendebereich des von der Beklagten betriebenen

Mobilfunknetzes beschränkt, der der in den Verkaufsstellen aufliegenden Netzabdeckungskarte entnommen werden kann.

Nach Auffassung des Klägers verstößt die Klausel gegen § 9 und § 6 Abs 3 KSchG sowie gegen § 864a und § 879 Abs 3 ABGB. Maßgebend für den Umfang der Leistungspflicht der Beklagten sei die Netzabdeckungskarte. Die Klausel diene dazu, Gewährleistungsansprüche zu verhindern, wenn zwar aufgrund der Netzabdeckungskarte ein problemloser Empfang der Dienste als möglich dargestellt werde, aus tatsächlichen Gründen aber nur schlecht oder gar nicht möglich sei (§ 9 KSchG). Weiters werde die Preisgefahr im Fall der Unmöglichkeit der Leistung auf den Konsumenten übergewälzt (§ 879 Abs 3 KSchG). Kunden, die auf die Richtigkeit der Netzabdeckungskarte vertrauten, würden durch die Klausel überrascht (§ 864a ABGB). Da der Empfang aufgrund baulicher Gegebenheiten von Gebäuden etc innerhalb der Kontrolle der Beklagten liege, sei die Klausel auch intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG).

Nach Auffassung der Beklagten ist der Standpunkt des Klägers realitätsfern. Niemand rechne damit, dass er etwa im dritten Untergeschoß einer Tiefgarage oder in einem Lift Mobiltelefonempfang habe. Die Klausel schließe keine Gewährleistung für in der Netzabdeckungskarte als versorgt angegebene Gebiete aus, sondern weise nur darauf hin, dass auch innerhalb dieser Gebiete in gewissen Fällen kein Empfang möglich sei. Empfangsstörungen durch bauliche, geographische und atmosphärische Gegebenheiten lägen kaum innerhalb der Kontrolle der Beklagten. Die Klausel sei daher weder gröblich benachteiligend noch intransparent.

Das Erstgericht folgte dem Standpunkt des Klägers. Die Beklagte schulde nicht nur das Bemühen, die bestmögliche Erreichbarkeit sicherzustellen und die Ausfälle und Störungen schnellstmöglich zu beheben. Der Kunde dürfe auch erwarten, dass die Beklagte sämtliche zumutbaren Vorkehrungen treffe, um Ausfälle zu verhindern. Die Klausel beschränke die sich aus dieser Verpflichtung ergebenden Ansprüche.

Das Berufungsgericht wies das Unterlassungsbegehren ab. Die wesentliche Leistungspflicht eines Mobilfunkbetreibers bestehe darin, dass er die Kunden sein Funknetz samt den technischen Einrichtungen nutzen lasse. Die Beklagte schulde daher nicht das Zustandekommen jedes einzelnen Gesprächs, sondern nur das (grundsätzliche) Zurverfügungstellen des Funknetzes im Ausmaß der Abdeckungskarte. Einem verständigen Verbraucher werde bewusst sein, dass Telefongespräche aus sendetechnischen Gründen nicht immer möglich seien. Daher sei die Klausel nicht überraschend. Da kein Erfolg geschuldet werde, führe sie auch nicht zur Überwälzung der Preisgefahr.

In der Revision vertritt der Kläger weiterhin die Auffassung, dass die Klausel gegen § 9 KSchG sowie gegen § 864a und § 879 Abs 3 ABGB verstoße.

Diese Ausführungen können nicht überzeugen. Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Klausel die von der Beklagten zu erbringende Leistung konkretisiert. Ein formeller Gewährleistungsausschluss liegt daher nicht vor. Zu prüfen ist daher, ob auch eine solche Leistungsbeschreibung im konkreten Fall unzulässig ist. Dafür sind mehrere Grundlagen denkbar.

Schon die Materialien zum KSchG führen aus, dass das Verbot des Gewährleistungsausschlusses (§ 9 KSchG) nicht durch einschränkende Leistungsbeschreibungen umgangen werden dürfe (744 BlgNR 14. GP 29). Diese Auffassung wird von der völlig herrschenden Lehre geteilt (*Apathy* aaO § 9 KSchG Rz 3; *Eccher* aaO § 9 KSchG Rz 9; *Kathrein* aaO § 9 KSchG Rz 2; *Krejci* aaO § 9 KSchG Rz 5 ff; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung [2001] § 9 KSchG Rz 2 f; alle mwN). Unbestritten ist aber auch, dass nicht jede Leistungsbeschreibung als Umgehung anzusehen ist. Denn in einem Vertrag können die wechselseitigen Rechte und Pflichten selbstverständlich auch abweichend von den „gewöhnlich“ vorausgesetzten Eigenschaften der von den Vertragspartnern zu erbringenden Leistungen festgelegt werden (RIS-Justiz RS0107681). Gewährleistungsansprüche bestehen erst dann, wenn das Geleistete vom konkret Geschuldeten abweicht (RIS-Justiz RS0018547).

Ob eine grundsätzlich zulässige Leistungsbeschreibung oder eine Umgehung von § 9 KSchG vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Umgehung wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspricht (*Krejci* aaO Rz 6; vgl *Eccher* aaO) oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht wird, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen (*Apathy* aaO, *Krejci* aaO Rz 7, *Welser/Jud* aaO mwN). Beides weist darauf hin, dass es dem Schuldner in Wahrheit nicht darum geht, den Umfang seiner Leistungspflicht zu umschreiben, sondern dass er nur verhindern will, für deren Erfüllung eintreten zu müssen.

Abgesehen von dieser Problematik kann eine Leistungsbeschreibung überraschend iSv § 864a ABGB sein, wenn sie von den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Leistung abweicht; sie kann im Einzelfall auch unklar iSv § 6 Abs 3 KSchG sein. In besonders gelagerten Fällen kann auch Sittenwidrigkeit iSv § 879 Abs 1 ABGB vorliegen. Demgegenüber wird § 879 Abs 3 ABGB bei echten, dh nicht bloß Umgehungszwecken dienenden Leistungsbeschreibungen nicht eingreifen. Denn diese Bestimmung erfasst nicht die Festlegung der jeweiligen Hauptleistungen. Diese Ausnahme von der Inhaltskontrolle ist zwar eng auszulegen (RIS-Justiz RS0016908), die Beschreibung der Leistung selbst fällt aber jedenfalls darunter.

Nach diesen Maßstäben ist die hier zu beurteilende Klausel unbedenklich.

Eine Umgehung von § 9 KSchG liegt nicht vor. Denn die Klausel gibt nur in realistischer Weise die technischen Gegebenheiten wieder. Es ist gerichtsbekannt, dass in Mobilfunknetzen auch bei grundsätzlich bestehender Netzabdeckung gewisse „Funklöcher“ unvermeidbar sind, und zwar nicht nur im dritten Untergeschoß einer Tiefgarage. Durch die Klausel wird daher nur das Missverständnis vermieden, dass die in Klausel 9.1. genannte Netzabdeckungskarte als Zusage einer örtlich völlig uneingeschränkten Nutzungsmöglichkeit zu verstehen wäre. Die Klarstellung, dass es sich dabei um „durchschnittliche Vorhersagewerte“ handle, ist nichts anderes als eine Umschreibung für die bei Mobilfunknetzen gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften (§ 922 ABGB). Die Klausel weicht somit weder von den realen Gegebenheiten ab, noch lässt sie erkennen, dass es der Beklagten um eine

grundsätzliche Vermeidung der Einstandspflicht für ihre vertraglichen Pflichten ginge. Vielmehr kann die Beklagte die Verfügbarkeit nur dort nicht „garantieren“, wo „*diese durch außerhalb der Kontrolle von 3 liegende Einflüsse beeinträchtigt ist*“. Daraus folgt zwingend, dass (objektive) Mängel des Netzes - also interne Faktoren - nicht zur Rechtfertigung von Funklöchern herangezogen werden können.

Die strittige Klausel ist auch nicht überraschend im Sinn von § 864a ABGB. Denn es ist durchaus zu erwarten, dass in Geschäftsbedingungen Aussagen zur Netzqualität gemacht werden, und inhaltlich weicht die Klausel letztlich nicht vom Standard des § 922 ABGB („gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften“) ab. Eine Unklarheit iSv § 6 Abs 3 KSchG oder eine Sittenwidrigkeit iSv § 879 Abs 1 ABGB ist ebenfalls nicht zu erkennen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts war daher für die aktuelle Fassung der Klausel zu bestätigen.

Anders verhält es sich mit der ursprünglichen Fassung, auf die sich das erste Eventualbegehren bezieht. Dort lautete der Schlusssatz: „*Deswegen kann 3 auch bei grundsätzlich vorhandener Netzabdeckung die Verfügbarkeit des Services, insbesondere in Gebäuden, nicht garantieren.*“ Die Beklagte hat auch insofern keine Unterlassungserklärung abgegeben.

Die Formulierung „... kann [...] nicht garantieren“ wird vom durchschnittlichen Verbraucher dahin verstanden werden, dass die Beklagte ganz generell nicht für Mängel bei der Erreichbarkeit eintreten müsse, und zwar - mangels Unterscheidung - auch dann nicht, wenn diese Mängel auf Umstände innerhalb ihres Einflussbereichs zurückzuführen

sind. Damit entsteht bei Verbrauchern, die in der Regel nicht zwischen Gewährleistung und Garantie unterscheiden, ein unrichtiger Eindruck vom Risiko einer Auseinandersetzung mit der Beklagten. Solche Fehlvorstellungen sollen durch das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verhindert werden.

Mangels Abgabe einer Unterlassungserklärung besteht Wiederholungsgefahr; eine neuerliche Änderung der Geschäftsbedingungen ist keineswegs ausgeschlossen. Der Kläger hat daher einen Anspruch auf Unterlassung der Klausel in der ursprünglichen Fassung. Zwar beantragt er in der Revision nur die Wiederherstellung des Ersturteils. Er bekämpft aber ausdrücklich auch die Abweisung des Eventualbegehrens, sodass sich sein Revisionsantrag implizit auch auf dessen Stattgebung richtet. Insofern ist der Revision Folge zu geben.

2.7. Gewährleistung für Software

„14.2. 3 kann nicht gewährleisten, dass sämtliche Software (gemäß Punkt 14.1. dieser AGB) in Verbindung mit anderer von Kunden verwendeter Software fehlerfrei funktioniert bzw sonst allen Anforderungen des Kunden genügt [...] 3 leistet keine Gewähr dass die Software gänzlich fehlerfrei ist. 3 verpflichtet sich jedoch zur Gewährleistung für die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften von Software. [...]“

Die Klausel ist als Punkt 14.2. in den aktuellen Geschäftsbedingungen enthalten. Der nicht bekämpfte mittlere Teil lautet: *„Für nicht selbst hergestellte Software, die 3 über ein Service bloß zugänglich macht oder unentgeltlich zur Verfügung stellt, übernimmt 3 keine Haftung. Davon unberührt bleibt eine allfällige gesetzliche Gewährleistung für Mängel an der durch 3 dem Verbraucher*

zu Verfügung gestellten Software selber.“ Nach Klausel 14.1. hat der Kunde die jeweils bestehenden Nutzungsbestimmungen einzuhalten, wenn ihm die Beklagte „Software“ überlässt. Um welche Software es sich konkret handelt, wird nicht ausgeführt.

Nach Auffassung des Klägers verstößt die Klausel gegen § 9 KSchG, § 864a ABGB und § 6 Abs 3 KSchG. Nach den gesetzlichen Vorgaben müsse die Leistung die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen; dafür werde die Gewährleistung ausgeschlossen. Die Klausel sei auch überraschend iSv § 864a ABGB, da nicht damit gerechnet werden müsse, dass in den AGB die Kompatibilität der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Software mit sonstiger Standardsoftware ausgeschlossen werde. Weiters bleibe unklar, welche Software gemeint sei. Auch die Wendung „gänzlich fehlerfrei“ sei unbestimmt, sodass der Verbraucher an der Durchsetzung der ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche gehindert werde.

Die Beklagte wendet ein, sie müsse nur für die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Software Gewähr leisten. Aus technischer und wirtschaftlicher Sicht sei es unmöglich, „gänzlich fehlerfreie“ Software zu erstellen. Das würden die Kunden auch nicht erwarten. Für sie sei entscheidend, dass die Software für den ordentlichen Gebrauch tauglich sei. Dafür werde die Gewährleistung nicht eingeschränkt.

Die Vorinstanzen folgten der Auffassung des Klägers. Die Beklagte habe jedenfalls Gewähr zu leisten, dass die Software die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften habe und der Natur des Geschäfts gemäß verwendet werden könne. Die Klausel sei zumindest unklar, da sie den Eindruck

erwecke, die Beklagte wolle ihre Gewährleistungspflicht entgegen den zwingenden Regeln des bürgerlichen Rechts einschränken. Das gelte auch für die Kombination mit Software Dritter. Hier könne die Gewährleistung für die Kompatibilität nicht allgemein ausgeschlossen werden.

Die Beklagte vertritt in der Revision weiterhin den Standpunkt, dass die Klausel nicht gegen § 9 KSchG verstoße. Sie trage dem Umstand Rechnung, dass die Gewährleistung für Software „eine Sonderstellung innerhalb der üblichen Gewährleistungsklauseln darstelle.“ Kleinere Fehler, die den gewöhnlichen Gebrauch nicht behinderten, lösten keine Gewährleistung aus. Die Klausel kläre nur über diese Rechtslage auf. Weiters habe die Beklagte keinen Einfluss darauf, welche eigene Software ein Kunde installiere; sie könne daher nicht dafür Gewähr leisten, dass ihre Software damit kompatibel sei.

Diese Argumente können nicht überzeugen. Unklar ist schon, welche Software gemeint ist. Mangels Differenzierung ist wohl auch jene Software erfasst, die auf Seiten des Kunden für die Nutzung des Mobilfunknetzes erforderlich ist. Damit betrifft die Klausel einen Kernbereich der Leistungspflicht der Beklagten.

Es mag nun zwar zutreffen, dass die Klausel auch bei diesem weiten Verständnis gesetzeskonform ausgelegt werden kann. Sie ist aber jedenfalls unklar iSv § 6 Abs 3 KSchG. Denn an zwei Stellen wird die Gewährleistung mit ganz allgemeinen Formulierungen ausgeschlossen. Zunächst heißt es, die Beklagte könne nicht gewährleisten, dass die Software „*sonst allen Anforderungen des Kunden genügt.*“ Diese Formulierung bezieht sich nicht zwingend auf die unmittelbar davor erörterte Kompatibilitätsproblematik; sie

kann - und muss daher im Verbandsprozess - auch als generelle Haftungsbeschränkung verstanden werden. In weiterer Folge wird die Gewährleistung dafür ausgeschlossen, „*dass die Software gänzlich fehlerfrei ist.*“ In beiden Formulierungen wird - bei formaler Betrachtung - nicht der Inhalt der zu erbringenden Leistung beschrieben, sondern das Einstehenmüssen für nicht weiter determinierte (objektive) Fehler abgelehnt. Das mag zwar in Ausnahmefällen durch die von der Beklagten angestellten Erwägungen zum Inhalt der Leistungspflicht bei Softwareverträgen im Ergebnis zutreffen. Die konkrete Leistungspflicht wird in der Klausel aber gerade nicht näher umschrieben.

Im Regelfall werden objektive Fehlfunktionen auch Mängel im Sinn des Gewährleistungsrechts sein. Denn die Kundenerwartung ist jedenfalls darauf gerichtet, dass die im Rahmen des Mobilfunkvertrags zugesagten Leistungen - zu denen auch die Softwarenutzung gehört - tatsächlich in Anspruch genommen werden können. Die Klauseln können daher Verbraucher davon abhalten, ihnen zustehende und nach § 9 KSchG nicht beschränkbare Ansprüche geltend zu machen. Der Hinweis auf die „*allfällige gesetzliche Gewährleistung*“ und auf die „*gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften von Software*“ hilft den Kunden (und damit im Verbandsprozess der Beklagten) nicht weiter. Denn damit ist zwar - aus logischen Gründen - ausgeschlossen, dass die Klausel gegen § 9 KSchG verstößt. Für die Kunden bleibt aber unklar, was konkret unter die „*gesetzliche Gewährleistung*“ und die „*gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften*“ fällt und welche Risiken sie im Gegensatz dazu selbst zu tragen haben.

Das gilt auch für die Kompatibilität mit der vom Nutzer verwendeten Software. Dem Gewährleistungsausschluss des Einleitungssatzes steht zwar auch hier gegenüber, dass die „*allfällige gesetzliche Gewährleistung*“ unberührt bleibt. Damit bleibt für den Kunden aber offen, ob die Beklagte nicht zumindest für die Kompatibilität mit Standardsoftware (zB MS Outlook) einstehen muss. Schon diese Unklarheit verstößt gegen § 6 Abs 3 KSchG. Eine insofern einschränkende Leistungsbeschreibung wäre zudem eine (bereits unter 2.6. erörterte) Umgehung von § 9 KSchG. Denn zumindest in Bezug auf Standardsoftware ist Kompatibilität eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft bei Mobiltelefonen; zudem ist sie tatsächlich in aller Regel gegeben. Eine Klausel, die diese Kompatibilität generell als nicht zur Leistungspflicht der Beklagten gehörend beschrieb, müsste daher als Versuch gedeutet werden, das Entstehenmüssen für die gewöhnlich vorausgesetzten und im Regelfall auch vorhandenen Eigenschaften zu vermeiden.

In Zusammenfassung der Punkte 2.6. und 2.7. ergeben sich folgende allgemeinen Leitlinien:

Das Verbot des Gewährleistungsausschlusses darf nicht durch einschränkende Leistungsbeschreibungen umgangen werden. Allerdings ist nicht jede Leistungsbeschreibung als Umgehung anzusehen. Ob eine grundsätzlich zulässige Leistungsbeschreibung oder eine Umgehung von § 9 KSchG vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Umgehung wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspricht oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht wird, die Pflicht des Unternehmers

zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen.

Darüber hinaus kann eine Leistungsbeschreibung überraschend iSv § 864a ABGB sein, wenn sie von den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Leistung abweicht; sie kann im Einzelfall auch unklar iSv § 6 Abs 3 KSchG sein. In besonders gelagerten Fällen kann auch Sittenwidrigkeit iSv § 879 Abs 1 ABGB vorliegen.

2.8. Nutzung von Mehrwertdiensten durch Minderjährige

„17.8. Der Kunde stellt sicher, dass sonstige Services oder Inhalte Dritter, die nur für Personen ab einem bestimmten Mindestalter geeignet sind (zB Teilnahme an Glücksspiel oder Wetten), nicht von Personen unter diesem Mindestalter benutzt werden. Für die Inanspruchnahme der Dienste haftet der Kunde gemäß Punkt 20.3. der AGB.“

Diese Klausel ist als Punkt 17.8. in den aktuellen Geschäftsbedingungen enthalten. Nach Klausel 20.3. haftet der Kunde, wenn Dritte die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Dienste in Anspruch nehmen. Für Entgelte aus „darüber hinausgehenden Leistungen“ haftet der Kunde nur, „sofern die Nutzung mit seinem Einverständnis oder seinem Wissen ermöglicht wurde.“

In der ursprünglichen Fassung fehlte der zweite Satz; die Änderung erfolgte erst im Zuge des Verfahrens bei der Regulierungsbehörde.

Nach Auffassung des Klägers konnte schon die ursprüngliche Klausel dahin verstanden werden, dass sie eine Haftung für von Minderjährigen geschlossene Verträge begründe. In der aktuellen Fassung werde das durch den Hinweis auf Klausel 20.3. bestätigt. Diese Haftung verstoße

gegen § 879 Abs 3 ABGB, da der Anschlussinhaber nicht kontrollieren könne, ob Dienste Dritter, die nur für Personen ab einem bestimmten Mindestalter geeignet seien, von Personen unter diesem Mindestalter benützt würden. Die Anbieter müssten sich selbst darum kümmern, dass solche Inhalte nur jenen zugänglich gemacht würden, auf die sie ausgerichtet seien.

Nach Auffassung der Beklagten handelt es sich bei der Klausel um einen rechtlich nicht erheblichen Hinweis zum Schutz und zur Aufklärung der Kunden. Klausel 20.3., auf die verwiesen werde, stehe im Einklang mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Haftung des Anschlussinhabers für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten.

Die Vorinstanzen folgten dem Standpunkt des Klägers. Durch den Verweis auf Punkt 20.3. entspreche die Klausel zwar letztlich der höchstgerichtlichen Rsp zur Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten. Der Hinweis auf Sorgfaltspflichten des Kunden könne jedoch auch als Begründung einer weitergehenden Haftung verstanden werden. Daher sei die Klausel unklar iSv § 6 Abs 3 KSchG.

In der Revision beharrt die Beklagte auf der Unbedenklichkeit der Klausel. Der erste Satz sei nur ein klarstellender Hinweis. Klausel 20.3., auf die im zweiten Satz verwiesen werde, gebe nur die höchstgerichtliche Rsp zur Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten wieder. Die Klausel habe daher keine über diese Rsp hinausgehenden Rechtsfolgen.

Diesen Ausführungen können nicht überzeugen. Der erste Satz der Klausel ist zwar bei isolierter Betrachtung ein an sich nahe liegender Hinweis auf die pädagogische

Verantwortung von Kunden, die ihr Mobiltelefon an Minderjährige weitergeben. Durch den im zweiten Satz enthaltenen Querverweis auf Klausel 20.3. wird aber tatsächlich das Risiko der Nutzung von Mehrwertdiensten auf den Anschlussinhaber verlagert. Die auch vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, dass die Klausel nur die einschlägige Rechtsprechung wiedergebe, trifft nicht zu.

Bei „Telefon-Mehrwertdiensten“ sind zwei Verträge zu unterscheiden, zum einen der Vertrag des Anschlussinhabers mit dem Netzbetreiber und zum anderen der Vertrag mit dem Mehrwertdienstleister, dessen Partner grundsätzlich der jeweilige Benutzer des Anschlusses ist (1 Ob 244/02t = SZ 2003/60; RIS-Justiz RS0117755). Der Anschlussinhaber wird nur dann Vertragspartner, wenn er den Nutzer entsprechend bevollmächtigt hat. Die bloße Erlaubnis, einen Telefonanschluss zu verwenden, ist nicht als solche Vollmacht (auch nicht als Anscheinsvollmacht) zu qualifizieren (1 Ob 244/02t = SZ 2003/60 für Festnetzanschlüsse; VwGH GZ 2004/03/0066 = wbl 2005, 242 für Mobiltelefone). Die in der Literatur (*Zib*, Haftung bei missbräuchlicher Inanspruchnahme von Telefondienstleistungen durch Dritte, MR 2005, 396, 402) vermisste „dogmatische Begründung“ für die Verschiedenbehandlung von Verbindungs- und Mehrwertentgelten liegt darin, dass (auch) ein Vertrag des Anschlussinhabers mit einem Mehrwertdienstleister nur dann durch das Verhalten eines Dritten zustande kommen kann, wenn dieser über eine Vollmacht (zumindest eine Anscheinsvollmacht) verfügt. Demgegenüber geht es bei von Dritten verursachten Verbindungsentgelten nicht um einen (neuerlichen) Vertragsabschluss, sondern um die Nutzung von

Leistungen im Rahmen eines schon bestehenden, vom Anschlussinhaber selbst abgeschlossenen Vertrages.

Im hier zu beurteilenden Fall begründet Klausel 20.3. die Zahlungspflicht des mit dem Nutzer nicht identen Anschlussinhabers für Dienste Dritter, „*sofern die Nutzung mit seinem Einverständnis oder seinem Wissen ermöglicht wurde.*“ Wissen oder Einverständnis müssen sich dabei nicht auf die Nutzung als solche, sondern nur auf deren Ermöglichung beziehen. Ermöglicht wird die Nutzung von Mehrwertdiensten schon dadurch, dass ein Minderjähriger das Mobiltelefon verwenden darf. Damit trifft die Haftung für die Nutzung aber umfassend den Anschlussinhaber, ohne dass es auf das Bestehen einer - durch das Überlassen im Regelfall gerade nicht erteilten oder anzunehmenden - Vollmacht ankäme.

Die Klausel weicht daher im entscheidenden Punkt von der sonst geltenden (dispositiven) Rechtslage ab. Die Nachteiligkeit für den Anschlussinhaber ist offenkundig. Überlässt er Minderjährigen - was in Familien mit heranwachsenden Kindern der Regelfall ist - ein auf ihn angemeldetes Mobiltelefon, so haftet er aus dem eigenen Vertrag für jegliche Nutzung von Mehrwertdiensten. Bei der im Verbandsprozess gebotenen strengen Auslegung wird damit das Risiko der Geschäfts- und/oder Zahlungsunfähigkeit des minderjährigen Nutzers vom Dienstleister auf den Anschlussinhaber verlagert. Eine Rechtfertigung dafür - etwa dass es eine sichere und kostenlose Möglichkeit zur Verhinderung der Nutzung von Mehrwertdiensten gäbe, auf die der Kunde bei Vertragsabschluss ausdrücklich (nicht bloß versteckt in AGB) hingewiesen würde - hat die Beklagte nicht behauptet. Zudem

ist die Haftung des Anschlussinhabers in Klausel 20.3. nicht von einem solchen Hinweis abhängig gemacht. Diese Klauseln verstößt somit gegen § 879 Abs 3 KSchG (vgl für ähnliche Klauseln VwGH GZ 2004/03/0066; zustimmend Graf, Die verdoppelte AGB-Kontrolle, wbl 2005, 457; krit hingegen Zib, MR 2005, 396 ff).

Wegen des Verweises auf Klausel 20.3. ist auch die hier zu beurteilende Klausel 17.8. gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind daher zu bestätigen. Nur zur Klarstellung ist festzuhalten, dass ohne einen solchen Verweis, dh in der ursprünglichen Fassung der Klausel, zumindest Unklarheit über deren Rechtsfolgen bestünde. In diesem Fall läge daher ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor.

2.9. Änderungen der Entgelte

„20.1. Die Entgelte sind der Preisliste von 3 zu entnehmen, die bei den Verkaufsstellen von 3 oder beim Internet unter www.drei.at eingesehen werden können und auf Anfrage zugeschickt werden. 3 ist berechtigt, diese Entgelte gemäß der Punkte 8.4 und 8.5 der AGB anzupassen, insbesondere wenn sich Parameter ändern, die nicht im Einflussbereich von 3 liegen.“

Die Klausel ist als Punkt 20.1. in der aktuellen Fassung der Geschäftsbedingungen enthalten. Die Klauseln 8.4. und 8.5. regeln die Vorgangsweise bei der Änderung von Geschäftsbedingungen und Entgelten. Danach teilt die Beklagte den Kunden eine beabsichtigte Änderung mindestens einen Monat vor deren „Wirksamkeit“ mit. Ist die Änderung nicht ausschließlich zum Vorteil des Kunden, kann er den

Vertrag kostenlos kündigen; darauf hat ihn die Beklagte in der Änderungsmitteilung hinzuweisen.

Nach Auffassung des Klägers verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG. Sie verweise nur allgemein auf die für Preisänderungen maßgebenden Umstände. Weiters sei der Verweis auf die Klauseln 8.4. und 8.5. unklar.

Die Beklagte wendet ein, dass die Klausel eine Preisanpassung nur dann erlaube, wenn sich von ihr nicht beeinflussbare Preisparameter änderten. Sie verstoße daher nicht gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Eine detailliertere Beschreibung dieser Parameter sei weder möglich noch zumutbar. Zweck der Klausel sei es, dass von Dritten vorgenommene Preisänderungen an die Kunden weitergegeben werden könnten.

Die Vorinstanzen untersagten die Klausel. Die Befugnis zur Preisanpassung sei nicht ausreichend bestimmt. Daran ändere auch nichts, dass die Bestimmung auf die Klauseln 8.4. und 8.5. Bezug nehme. Dort werde zwar darauf hingewiesen, dass die Beklagte berechtigt sei, Vertragsinhalte in Übereinstimmung mit § 25 Abs 2 und 3 TKG zu ändern. Auch das werde aber wieder nicht konkretisiert, sodass der Kunde keine klare Vorstellung davon habe, wann eine Entgelterhöhung tatsächlich zulässig sei.

In der Revision vertritt die Beklagte weiterhin den Standpunkt, die Klausel sei ausreichend bestimmt iSv § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Sie greife nur ein, wenn sich von ihr nicht beeinflussbare „Preisparameter“ änderten. Der Verweis auf die Klauseln 8.4. und 8.5. führe nicht zur Intransparenz. Diese Klauseln seien leicht auffindbar und informierten den Kunden „nur“ über das „Prozedere“ im Fall einer

Entgeltänderung, „nämlich im Wesentlichen über die Informationspflichten der beklagten Partei und die Kündigungsrechte des Kunden.“

Diese Ausführungen können nicht überzeugen. Die Beklagte selbst unterstellt der Klausel unterschiedliche Bedeutungen: Während sie in der Revision offenkundig annimmt, dass der Kunde den Vertrag bei einer Preisanpassung kündigen kann, hatte sie in der Berufung noch das Gegenteil vertreten. Denn dort hieß es, dass eine Preisanpassung „ohne dass der Kunde ein Rücktrittsrecht hätte“ nur möglich sei, wenn sich die von der Beklagten nicht beeinflussbaren Preisparameter änderten. Damit hatte die Beklagte der Klausel unterstellt, dass sie ein von den Klauseln 8.4. und 8.5. bzw von § 25 TKG unabhängiges, nicht zum Rücktritt iS dieser Bestimmungen berechtigendes Änderungsrecht begründe.

Wenn nun selbst die Beklagte die Rechtsfolgen der Klausel in zwei Instanzen unterschiedlich darstellt, sind sie für einen nicht rechtskundigen Verbraucher um so weniger durchschaubar. Die Klausel ist daher jedenfalls intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG.

Dazu kommt ein offenkundiger Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Nach dieser Bestimmung ist eine Klausel nicht verbindlich, nach der dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich

gerechtfertigt sind und dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt.

Der Gestaltungsspielraum des Unternehmers muss daher im Vertrag klar umschrieben sein. Das ist nur dann der Fall, wenn der maßgebliche Sachverhalt hinreichend deutlich, eindeutig und unmissverständlich beschrieben wird; bei Bezugnahme auf verschiedene Umstände muss deren Verhältnis zueinander (kumulative oder alternative Verwirklichung als Abänderungserfordernis) festgelegt sein (3 Ob 234/04i = SZ 2005/10 mwN). Generalklauselartige Formulierungen, etwa der Verweis auf jeweils geltende Tarife oder Preislisten, reichen keinesfalls aus (2 Ob 190/01g = SZ 74/150; 7 Ob 201/05t). Preisgleitfaktoren müssen gegebenenfalls auch zu einer Preisminderung verpflichtet, um eine ausgewogene Verteilung der Vor- und Nachteile zu gewährleisten und um Regelungen allein zu Lasten des Verbrauchers auszuschließen (4 Ob 265/02b = SZ 2002/173).

Nach der hier zu beurteilenden Klausel ist die Beklagte berechtigt, ihre *„Entgelte gemäß der Punkte 8.4 und 8.5 der AGB anzupassen, insbesondere wenn sich Parameter ändern, die nicht im Einflussbereich von 3 liegen.“* Es ist offenkundig, dass diese Regelung keine der oben genannten Bedingungen erfüllt. Sie scheitert schon daran, dass konkrete Kriterien fehlen; der Begriff „Preisparameter“ ist eine bloße Generalklausel. Zudem ist durch die Einleitung des letzten Satzteils mit „insbesondere“ nicht ausgeschlossen, dass auch andere Gründe als die Änderung der „Preisparameter“ zur Preiserhöhung berechtigen könnten. Die Festlegung des Entgelts steht daher ausschließlich im Belieben der Beklagten. Das haben schon die Vorinstanzen zutreffend erkannt. Dass die Beklagte ungeachtet dessen ihren

Standpunkt aufrecht erhält, die Klausel entspreche den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, ist nicht nachvollziehbar.

Nur zur Klarstellung ist festzuhalten, dass beide Parteien § 6 Abs 1 Z 5 KSchG als die (neben dem Transparenzgebot) allein maßgebende Bestimmung angesehen haben. Insbesondere hat sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass eine auch für bestehende Verträge wirkende Änderung von Entgeltbestimmungen ohnehin unmittelbar aufgrund von § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 (früher § 18 Abs 2 TKG 1997) möglich wäre, sodass es auf die hier strittige Klausel und deren Übereinstimmung mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gar nicht ankäme. § 18 TKG 1997 und § 25 TKG 2003 werden zwar dahin ausgelegt, dass sie eine einseitige Änderung der AGB und der Entgeltbedingungen ermöglichen (4 Ob 50/00g = SZ 73/46 und 6 Ob 16/01y = JBl 2002, 178 zu § 18 TKG 1997; 4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11 zu § 25 TKG 2003; idS auch *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139, 142 f; *Kaufmann/Tritscher*, TKG 2002 - Der neue Rechtsrahmen für „elektronische Kommunikation“, MR 2003, 272 [bei FN 53]; *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in FS Mayer [2004] 137, 147 ff, aA allerdings schon zu § 18 TKG 1997 *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490; ebenso *Pichler*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Telefonendkundenvertrag [Master Thesis Universität Wien o.J.] 31; *Polster* in *Stratil* [Hrsg] TKG 2003³ [2004] 63). Der Wortlaut von § 25 Abs 2 TKG 2003, wonach die Vorschriften des ABGB und des Konsumentenschutzgesetzes „unberührt“ bleiben, wirft allerdings die Frage auf, ob diese zu § 18 TKG

1997 entwickelte Auffassung aufrecht erhalten werden kann. Zu den (anders als nach § 18 Abs 2 TKG 1997) „unberührt“ bleibenden, dh vorrangig anzuwendenden zivilrechtlichen Regelungen könnte auch der Grundsatz gehören, dass einseitige Vertragsänderungen nur möglich sind, wenn es dafür eine vertragliche Grundlage gibt. Diese vertragliche Grundlage (hier Klausel 20.3.) wäre dann wieder an § 6 Abs 1 Z 5 bzw Abs 2 Z 3 KSchG zu messen.

Dieses Thema kann hier aber auf sich beruhen, weil die beanstandete Klausel schon wegen des unklaren Verweises auf die Klauseln 8.4. und 8.5. gegen § 6 Abs 3 KSchG verstößt und zudem auch die Beklagte (nur) § 6 Abs 1 Z 5 KSchG als maßgebend ansieht. Aus diesen Gründen ist die Klausel jedenfalls unzulässig. Das führt auch zur Unzulässigkeit jener Klauseln, die darauf verweisen. Die Revision der Beklagten scheidet daher nicht nur im hier beurteilten Punkt 9. des Unterlassungsbegehrens, sondern auch beim Bearbeitungsentgelt für Wertkarten-Rückvergütungen (oben 2.3.) und bei der Zahlscheingebühr (unten 2.10.).

2.10. Zahlscheingebühr

„20.10. Bei Zahlung mittels Zahlschein ist 3 berechtigt, dem Kunden ein angemessenes Bearbeitungsentgelt laut Preisliste (gemäß Punkt 8.4 und 8.5 iVm Punkt 20.1 dieser AGB) zu verrechnen. [...]“

Die Klausel ist Teil von Punkt 20.10. der aktuellen Geschäftsbedingungen.

Nach Auffassung des Klägers verstößt die Klausel durch den Verweis auf Klausel 20.1. auch selbst gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die Beklagte beruft sich auch

hier (nur) darauf, dass Klausel 20.1. ausreichend bestimmt sei.

Die Vorinstanzen folgten dem Standpunkt des Klägers. In der Revision beruft sich die Beklagte weiterhin auf die Rechtmäßigkeit von Klausel 20.1.

Dass das nicht zutrifft, wurde bereits ausgeführt (oben 2.10.). Die hier zu beurteilende Klausel verweist somit auf eine unzulässige Bestimmung und ist daher auch selbst unzulässig iSv § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG.

Unter Mitberücksichtigung der Erwägungen zu 2.3. ist somit zu resümieren:

Ein Querverweis in einem Klauselwerk oder ein Verweis auf Preislisten führt an sich noch nicht zur Intransparenz iSv § 6 Abs 3 KSchG. Allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben. Weiters führt die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung.

2.11. Restentgelt bei Vertragsbeendigung

„25.2. [...] Wird der Vertrag vor Ablauf dieses Zeitraums durch außerordentliche Kündigung seitens 3 oder durch einvernehmliche Auflösung beendet, dann ist vom Kunden mit Vertragsbeendigung ein Restentgelt zu bezahlen. Berechnung des Restentgelts: Fixes Entgelt, das bei aufrechtem Vertrag für die Zeit zwischen vorzeitiger Vertragsbeendigung und Ende des Kündigungsverzichts angefallen wäre.“

Diese Bestimmung ist Teil von Punkt 25.2. der aktuellen Geschäftsbedingungen. Der erste Satz der Klausel lautet: *„Wenn ein Kündigungsverzicht für einen bestimmten*

Zeitraum vereinbart worden ist (Anmeldeformular), kann eine ordentliche Kündigung seitens des Kunden erst wirksam werden, sobald dieser Zeitraum ab dem Vertragsbeginn vollständig verstrichen ist.“

Nach Auffassung des Klägers verstößt die Klausel gegen § 879 Abs 3 und § 864a ABGB. Der Kunde werde bei einvernehmlicher Lösung des Vertrags einseitig zu weiteren Leistungen verpflichtet. Überdies sei ihm nicht bewusst, dass die Mindestvertragsdauer eine Gegenleistung für die gewährten Vorteile bilde.

Die Beklagte wendet ein, dass bei einer einvernehmlichen Auflösung das Einvernehmen „aktiv“ hergestellt werden müsse. Dabei werde „selbstverständlich“ auch auf das zu leistende Grundentgelt hingewiesen. Zudem sei allgemein bekannt, dass Mindestvertragsdauern eine Gegenleistung für die dem Kunden gewährten Vorteile (zB Gratis-Telefone) darstellten. Der Kunde rechne daher damit, dass er bei Kündigung des Vertrages vor Ablauf der Mindestdauer zumindest die Grundgebühr bis zum frühestmöglichen Kündigungstermin leisten oder die aufgrund der Mindestbindung in Anspruch genommenen Vorteile zurück geben müsse.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung nur für den Fall der einvernehmlichen Auflösung und wies das Mehrbegehren (Unzulässigkeit der Klausel auch für den Fall der außerordentlichen Kündigung) ab. Für den erstgenannten Fall sei die Klausel überraschend iSv § 864a ABGB. Stimme der Unternehmer einer einvernehmlichen Vertragsauflösung zu, so nehme der Durchschnittsverbraucher an, von weiteren Leistungsverpflichtungen befreit zu sein. Sonst wäre auch

nicht erkennbar, was dem Kunden eine einvernehmliche Vertragsauflösung bringen sollte, könnte er doch dasselbe Ergebnis auch durch Abwarten der Mindestvertragsdauer ohne aktives Telefonieren erreichen. Das gelte ungeachtet des Umstands, dass Bindungsfristen üblich seien und wegen der bei Vertragsabschluss gewährten Vorteile auch gerechtfertigt sein könnten. Zum zweitgenannten Fall (außerordentliche Kündigung durch die Beklagte) habe der Kläger nichts vorgebracht; insofern sei das Begehren daher abzuweisen.

Während der Kläger die Teilabweisung unbekämpft lässt, vertritt die Beklagte in ihrer Revision weiterhin den Standpunkt, dass Bindungsfristen und Restentgelte branchenüblich und wegen der Gewährung von Vergünstigungen beim Vertragsabschluss auch notwendig seien. Weiters müsse bei einer einvernehmlichen Auflösung „ohnehin das Einvernehmen aktiv hergestellt werden“, wobei „selbstverständlich“ auch „ein Hinweis bzw eine gesonderte Vereinbarung über das aus der vertraglichen Vereinbarung zu leistende Grundentgelt“ zu erfolgen habe.

In diesem Punkt genügt der Hinweis auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts (§ 510 Abs 3 ZPO). Die für den Kunden nachteilige Klausel sieht weder einen Hinweis auf das Restentgelt noch eine darüber zu treffende Vereinbarung vor. Die Zahlungspflicht besteht daher auch dann, wenn sie bei der einvernehmlichen Beendigung überhaupt nicht erwähnt wurde. Warum das „selbstverständlich“ anders sein sollte, legt die Beklagte auch in der Revision nicht dar. Die Klausel ist daher jedenfalls überraschend iSv § 864a ABGB. Dass das Verbot nicht die Vereinbarung einer Bindungsfrist als solche betrifft, hat schon das Berufungsgericht klargestellt.

3. Ergebnis und Kosten

3.1. Aus den genannten Gründen bleibt die Revision der Beklagten erfolglos. Der Kläger setzt sich mit seiner Revision in Punkt 2 des Hauptbegehrens durch, bleibt aber in dessen Punkt 6 erfolglos. Insofern obsiegt er allerdings im ersten Eventualbegehren (Verbot der Klausel in der ursprünglichen Fassung).

3.2. Die Kostenentscheidung gründet sich für das Verfahren erster Instanz auf § 43 Abs 2 ZPO, für das Rechtsmittelverfahren auf die §§ 50, 41 und 43 Abs 1 und 2 ZPO.

In erster Instanz ist der Kläger im Hauptbegehren nur bei einer von elf Klauseln (Klausel 6) zur Gänze unterlegen. Das teilweise Unterliegen bei Klausel 11 fällt bei einer Gesamtbetrachtung ebenso wenig ins Gewicht wie das Obsiegen bloß im Eventualbegehren zu Klausel 6. Da der Erfolg des Unterlassungsbegehrens auf das Veröffentlichungsbegehren durchschlägt (4 Ob 109/94), ist damit insgesamt von einem geringfügigen Unterliegen im Ausmaß von etwa einem Elftel auszugehen. Der Kläger hat daher nach § 43 Abs 2 ZPO Anspruch auf vollen Kostenersatz, allerdings nur auf der Grundlage von zehn Elfteln des Streitwerts (23.636,36 EUR). Diese Erwägungen gelten auch für das Verfahren zweiter Instanz.

In dritter Instanz ist die Beklagte mit ihrer Revision zur Gänze unterlegen, sie hat dem Kläger daher die Kosten der Revisionsbeantwortung zu ersetzen. Der Kläger hat sich mit seiner Revision beim Hauptbegehren zur Hälfte durchgesetzt; der Erfolg im Eventualbegehren fällt weder wirtschaftlich noch in Bezug auf den Verfahrensaufwand ins

Gewicht. Daher sind die Kosten hier aufzuheben. Der Kläger hat nach § 43 Abs 1 ZPO Anspruch auf die halbe Pauschalgebühr.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 20. März 2007.

Dr. Z e c h n e r

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

