

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr. Johann Doppler als Vorsitzenden, Mag. Bernhard Telfser sowie Dr. Richard Hargassner in der Rechtssache der klagenden Partei **Bundesarbeitskammer für Arbeiter und Angestellte**, Prinz-Eugen-Straße 20-22, 1040 Wien, vertreten durch Dr. Walter Reichhof, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei **MyPhone GmbH**, Alpenstraße 48a, 5020 Salzburg, vertreten durch die Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (EUR 31.000,00), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 9. September 2010, 1 Cg 141/09s-17, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird hinsichtlich der Klagsstattgabe in seinen Punkten I. 1. bis 7., 11. bis 18. und diesbezüglich in seinem Punkt III. (Veröffentlichungsbegehren), sowie mit der Maßgabe, dass die Klage hinsichtlich ihres Punktes I. 10. (§ 13 Besondere Bestimmungen für die Preselection Flat ..... ) abgewiesen wird, bestätigt.

Im Übrigen wird das angefochtene Urteil dahingehend abgeändert, dass das Klagebegehren hinsichtlich der Klagspunkte I., 8. und 9. abgewiesen wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 6.558,34 (darin EUR 505,83 Barauslagen und EUR 1.008,75 USt) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.322,01 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Der Entscheidungsgegenstand, über den das Berufungsgericht entschieden hat, übersteigt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Die klagende Partei ist eine zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechnigte gesetzliche Interessenvertretung. Die beklagte Partei tritt im Rahmen ihrer Tätigkeit als Kommunikationsdienstleistungsunternehmen regelmäßig in rechtsgeschäftlichen Kontakt mit Verbrauchern in ganz Österreich und verwendet dabei Allgemeine Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter. Strittig sind 18 Klauseln in ihren Geschäftsbedingungen. Der Inhalt der Klauseln, das nähere Vorbringen der Parteien und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Zunächst verwendete die Beklagte im geschäftlichen Verkehr Allgemeine Geschäftsbedingungen, welchen der Beisatz „Stand: 1.5.2008“ beigefügt war. Diesen AGB hat die Telekom-Kontroll-Kommission (TKK) gemäß § 25 Abs 6 TKG mit Bescheid vom 7. Juli 2008 wegen Verletzung der §§ 6 Abs 2 Z 1 KSchG und 879 Abs 3 ABGB widersprochen. Die gegen diesen Bescheid eingebrachte Beschwerde an den VwGH wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit wurde vom VwGH als unbegründet abgewiesen (3. September 2008, Cl.2008/03).

Die klagende Partei begehrt, der beklagten Partei zu untersagen, die genannten oder sinngleiche Klauseln zu verwenden und sich darauf zu berufen, soweit diese in bereits geschlossenen Verträgen unzulässigerweise vereinbart worden seien. Weiters begehrt sie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung.

Die Klägerin bringt vor, die Klauseln würden gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten verstoßen; einige seien auch nicht ausreichend transparent. Sie habe die beklagte Partei mit Schreiben vom 10. Dezember 2008 aufgefordert, hinsichtlich dieser Klauseln eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abzugeben und habe hierfür eine Frist bis 7. Jänner 2009 gesetzt. Die Beklagte habe zunächst auf die Reaktion der Regulierungsbehörde verwiesen, die nur zwei Klauseln beanstandet habe und um Fristverlängerung ersucht. Per 30. Dezember 2008 habe die Beklagte die von der klagenden Partei abgemahnten AGB offenbar in Reaktion darauf teilweise abgeändert, jedoch die Abgabe einer Unterlassungserklärung verweigert. Zum Zeitpunkt der Abmahnung habe die

Beklagte über AGB verfügt, die von der Regulierungsbehörde in ihrer Gesamtheit nicht akzeptiert worden seien. Ob, wann und in welcher Form die Beklagte der Regulierungsbehörde schließlich andere AGB angezeigt habe und diese akzeptiert worden seien, sei der Klägerin nicht bekannt. Nach der der Klägerin vorliegenden Information habe die Beklagte die AGB „Stand: 1.5.2008“ für den Abschluss von Neuverträgen jedenfalls bis Ende Jänner 2009 ungeachtet der Abmahnung verwendet. Hinsichtlich der Altverträge sei keine Abänderung der Bedingungen erfolgt, die Klauseln würden dort nach wie vor verwendet. Da die Beklagte keine Unterlassungserklärung abgegeben habe, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte auf die Verwendung dieser Klauseln verzichte. Da die Beklagte in ganz Österreich in einem Massengeschäft tätig sei, sei auch die österreichweite Veröffentlichung des Urteils in einer auflagenstarken Tageszeitung zur Befriedigung des Informationsinteresses der betroffenen Verkehrskreise geboten.

Die beklagte Partei bestritt, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und wendete ein, es sei unrichtig, dass sämtliche von der klagenden Partei angeführten Klauseln verwendet würden. Die Klägerin habe zum Zeitpunkt des Abmahnschreibens die alte Fassung inkriminiert. Bereits am 4. November 2008 sei der Regulierungsbehörde eine Änderung angezeigt worden. Diese habe am 13. Jänner 2009 mitgeteilt, dass kein Widerspruch erhoben werde. Insgesamt sei das Klagebegehren zu weit gefasst, da auch die Unterlassung ähnlicher Klauseln begehrt werde, unabhängig davon, ob diese bereits adaptiert worden oder gesetzlich zulässig seien. Dies führe zu einem absoluten Verbot der Verwendung der AGB. Auch das Veröffentlichungsbegehren bestünde nicht zu Recht, jedenfalls sei es zu weit gefasst. Ausgehend vom Talionsprinzip könnten die betroffenen Verkehrskreise auch durch ein entsprechendes Rundschreiben erreicht werden. Nicht richtig sei, dass die AGB einem größeren und unbekanntem Personenkreis bekannt geworden seien. Bereits vor Klageeinbringung habe die Regulierungsbehörde die neue Fassung der AGB bewilligt. Aufgrund welcher Information die klagende Partei darauf schließe, die AGB seien bis Ende Jänner 2009 verwendet worden, sei nicht nachvollziehbar. Dies sei auch unrichtig und werde sowohl hinsichtlich des Abschlusses von Neuverträgen als auch im Rahmen von bestehenden Vertragsverhältnissen bestritten. Da dadurch die Wiederholungsgefahr eindeutig weggefallen sei, wäre die Beklagte nicht gehalten gewesen, eine Unterlassungserklärung abzugeben.

In der mündlichen Verhandlung vom 17. Mai 2010, ON 15, zog die beklagte Partei „das Vorbringen zur fehlenden Wiederholungsgefahr zurück“ und erklärte im Hinblick darauf „die Parteienvernehmung des Geschäftsführers der Beklagten ... zurückzuziehen“.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Klauseln 1 bis 9 und 11 bis 18 sowie dem Veröffentlichungsbegehren statt. Die im Klagebegehren unter Punkt 10. erwähnte Klausel scheint im Spruch des Erstgerichtes nicht

auf.

Seiner Entscheidung legte es noch an Sachverhalt zugrunde, dass die AGB mit Stand vom 1.5.2008 von der Beklagten weiterhin im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, auch für den Abschluss von Neuverträgen bis zumindest Jänner 2009 verwendet wurden (vgl. S.9ff der angefochtenen Entscheidung).

In seiner rechtlichen Beurteilung vertrat das Erstgericht die Ansicht, dass die Beklagte die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Stand 1.5.2008 auch noch nach Anzeige der Änderung am 4. November 2008 zum Neuabschluss von Verträgen verwendet habe. Das Abmahnverfahren gemäß § 28 Abs 2 KSchG verhindere, dass der Unternehmer dem Unterlassungsanspruch durch die Änderung der außergerichtlich inkriminierten Klausel vor Klagseinbringung die Grundlage entziehe. Außerdem hätte die Beklagte zur Gültigkeit der Änderung der AGB diese gemäß § 25 Abs 2 TKG in geeigneter Form kundmachen müssen. Die Urteilsveröffentlichung diene dazu, den beteiligten Verkehrskreisen und den betroffenen Verbrauchern die Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren. Da die Beklagte ihre Vertragsangebote an Kunden in ganz Österreich richte und es sich dabei um Massengeschäft handle, sei die bundesweite Veröffentlichung in der Samstags-Ausgabe der Kronen-Zeitung besonders geeignet, die Aufklärungswirkung zu optimieren.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der beklagten Partei wegen unrichtiger Sachverhaltsfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Sie beantragt die Abänderung im Sinne einer Klagsabweisung, hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

Die klagende Partei hat in ihrer Berufungsbeantwortung die Bestätigung der angefochtenen Entscheidung beantragt.

Die Berufung, die gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln war, ist teilweise berechtigt.

Zur Tatsachenrüge:

Die beklagte Partei bekämpft die Feststellung: „Unter dessen wurden die AGB mit Stand vom 1.5.2008 von der Beklagten weiterhin im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, auch für den Abschluss von Neuverträgen bis zumindest Jänner 2009 verwendet.“ Anstelle dessen sei festzustellen: „Nach Anzeige der Änderung der AGB an die Regulierungsbehörde verwendete die beklagte Partei die klagsgegenständlichen AGB im geschäftlichen Verkehr nicht mehr. Mit Schreiben vom 13. Jänner 2009 bestätigte die Regulierungsbehörde, „keinen Widerspruch gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 zu erheben“. Die Beklagte meint, die bekämpfte Feststellung

finde keine Deckung im durchgeführten Beweisverfahren. Das vom Erstgericht zur Stützung seiner Ansicht herangezogene Willkommensschreiben Beilage ./D datiere vom 28. Juli 2008, sei also über drei Monate vor der Änderungsanzeige 4. November 2008 und 4 1/2 Monate vor der Abmahnung entstanden. Selbst wenn man der Beilage ./2 folgend in Betracht ziehe, dass der Regulierungsbehörde mit 30. Dezember 2008 erneut eine minimale Änderung der AGB angezeigt worden sei, könne dies keinen Unterlassungsanspruch begründen. Zum Zeitpunkt des Abmahnschreibens seien die inkriminierten AGB jedenfalls nicht mehr in Verwendung gewesen und hätte aufgrund der durchgeführten Änderung auch gar keine Möglichkeit mehr bestanden, die alten Geschäftsbedingungen im Verhältnis zu Neukunden zu verwenden. Selbst wenn die begehrte Ersatzfeststellung aufgrund der Ergebnisse des abgeführten Beweisverfahrens nicht getroffen werden könne, wäre Beweis zur Frage aufzunehmen gewesen, wie lange die inkriminierten AGB tatsächlich in Verwendung gewesen seien. Das Erstgericht treffe hierzu keine Feststellungen; für seine rechtliche Beurteilung bleibe das Erstgericht eine schlüssige Begründung schuldig. Das Erstgericht könne sich auch nicht auf die Zurückziehung des Vorbringens zur fehlenden Wiederholungsgefahr stützen, weil die bekämpfte Feststellung in den vorgelegten Urkunden keinerlei Deckung finde und diesbezüglich Aktenwidrigkeit vorliege. Aus den vorgelegten Urkunden gehe eindeutig hervor, dass die inkriminierten Klauseln bereits vor dem Abmahnschreiben geändert worden seien, sodass kein Unterlassungsanspruch bestehe.

Die Tatsachenrüge muss zum einen schon deswegen erfolglos bleiben, weil sie nicht gesetzmäßig ausgeführt ist: Hierzu hat der Rechtsmittelwerber anzugeben (zumindest deutlich zum Ausdruck bringen), welche konkrete Feststellung bekämpft wird, infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, welche Feststellung begehrt wird und aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen diese begehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre (Kodek in Rechberger, ZPO<sup>3</sup> Rz 8 zu § 471 ZPO; RIS-Justiz RS0041830; RS0041835). Der pauschale Hinweis der Berufungswerberin, die begehrte Feststellung ergebe sich aus den vorgelegten Urkunden, wird dem Erfordernis, darzustellen, aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen die begehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre, nicht gerecht. Im Übrigen stellt sich noch immer die Frage, welche AGB die beklagte Partei ab dem Zeitpunkt der Änderungsanzeige am 4. November 2008 bis zur Mitteilung der Regulierungsbehörde vom 13. Jänner 2009 tatsächlich verwendet haben will. Die Beklagte hat sich nur darauf berufen, die Änderung der AGBs bereits am 4. November 2008 der Regulierungsbehörde angezeigt zu haben. Dass sie die Klauseln tatsächlich ab 4. November 2008, jedenfalls noch vor dem Abmahnschreiben nicht mehr verwendet hat, hat sie in dieser Deutlichkeit nicht vorgebracht. Zudem kommt dem zurückgezogenen Vorbringen zur fehlenden Wiederholungsgefahr entgegen der Ansicht der Rechtsmittelwerberin maßgebliche Bedeutung zu: Mangels aufrechter Einwände gegen die Wiederholungsgefahr - die Frage, ob

die inkriminierten Klauseln nach dem Abmahnschreiben noch weiter verwendet wurden, steht damit in untrennbarem Zusammenhang - ist vom Vorliegen eines schlüssigen Geständnisses der Beklagten zu den von der Klägerin behaupteten tatsächlichen Grundlagen der Wiederholungsgefahr auszugehen (§ 267 ZPO; RIS-Justiz RS0039927; 9 ObA 22/10s). Andernfalls hätte die beklagte Partei zu behaupten und zu beweisen gehabt, dass die Wiederholungsgefahr ab dem 4. November 2008 und damit vor der Abmahnung am 11. Dezember 2008 weggefallen ist (RIS-Justiz RS005402). Aufgrund des fehlenden Bestreitens seitens der beklagten Partei bedurfte es daher auch nicht der in der Berufung gerügten Beweisaufnahme zur Wiederholungsgefahr. Aufgrund des nach § 267 ZPO zu beurteilenden schlüssigen Geständnisses der Beklagten zu den tatsächlichen Grundlagen der Wiederholungsgefahr geht auch der Vorwurf der Aktenwidrigkeit ins Leere.

Zur Rechtsrüge:

Darin wiederholt die Beklagte, sie hätte ihre AGB bereits vor dem Abmahnschreiben im Zuge des vorgesehenen Verfahrens mit der Regulierungsbehörde geändert. Zum Zeitpunkt des Abmahnschreibens hätte kein Unterlassungsinteresse der klagenden Partei mehr bestanden. Es erübrige sich daher, auf die rechtliche Würdigung dieser Klauseln einzugehen. Nachdem die Regulierungsbehörde seinerzeit nicht alle Klauseln bemängelt haben, seien auch nur die tatsächlich beanstandeten Klauseln abgeändert worden. Die übrigen Klauseln seien in identer Form übernommen worden. Das Erstgericht habe auch Klauseln als rechtswidrig beurteilt, die die Regulierungsbehörde in ihrem Prüfverfahren nicht beanstandet habe.

Zum Unterlassungsanspruch im Allgemeinen:

Ein solcher besteht nur dann, wenn ein Zuwiderhandeln gegen eine nach materiellem Recht bestehende Unterlassungspflicht droht (RIS-Justiz RS0037660). Das wird vermutet, wenn der Beklagte 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 RS0037661, RS0012087).

Diese Grundsätze gelten auch für Unterlassungsansprüche nach § 28 KSchG. Hat der Unternehmer unzulässige Klauseln verwendet, wird die Wiederholungsgefahr vermutet. Dass 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 aufgrund der KSchG-Novelle 1997 BGBl I 1997/6 sollte nach den EB zur RV (311 BlgNR 20.GP, 32) 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 ungünstige Position zu gelangen. 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 Klageeinbringung aus seinen Bedingungen entfernte und keine Anzeichen dafür bestanden, dass er sie in Zukunft neuerlich verwenden oder sich darauf berufen werde. § 28 Abs 2 KSchG 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 tritt nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht. Daher muss die Unterlassungserklärung nach ständiger Rechtsprechung eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch enthalten und nicht nur die beanstandeten, sondern auch „sinngleiche“ Klauseln erfassen. Werden Einschränkungen oder Bedingungen angeführt, so entfällt die Wiederholungsgefahr nicht. Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch - durch eine Berufung darauf - in bereits bestehenden. Das kann sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben (etwa aus dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs); weiters ist es möglich, dass 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 227/06w).

Abgesehen davon, dass die beklagte Partei durch Zurückziehung ihres Vorbringens zur fehlenden Wiederholungsgefahr die hierfür maßgeblichen Tatsachen im Sinne des § 267 ZPO schlüssig zugestanden hat, hat sie sich bislang auch nur auf eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen berufen. Dass sie die beanstandeten Klauseln sowohl für Alt- als auch für Neuverträge nach der Abmahnung nicht mehr verwendet hätte, wurde von der Beklagten

in derart konkreter Form nie behauptet. Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin ist daher die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen.

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. 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. Daraus kann sich eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkungen einer Klausel sonst unklar bleiben (4 Ob 227/06w).

Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich (4 Ob 227/06w mwN).

Eine Leistungsbeschreibung kann überraschend im Sinne des § 864a ABGB sein, wenn sie von den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Leistung abweicht; sie kann im Einzelfall auch unklar im Sinne von § 6 Abs 3 KSchG sein. In besonders gelagerten Fällen kann auch Sittenwidrigkeit im Sinne von § 879 Abs 1 ABGB vorliegen. Demgegenüber wird § 879 Abs 3 ABGB bei echten, das heißt 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, die Beschreibung der Leistung selbst fällt aber jedenfalls darunter (4 Ob 227/06w). Im Übrigen führt die Unzulässigkeit einer Klausel auch zur Unzulässigkeit jener Klauseln, die darauf verweisen (aaO).

Zu den Klauseln im Einzelnen:

#### 1. Rücktrittsrecht des Unternehmers (§ 2 Abs 1)

„Aufträge, welcher Art auch immer, d.h. sowohl Aufträge, die mündlich z.B. durch Aufnahme eines Tonbandprotokolls oder schriftlich durch Gegenzeichnung eines MP-Beraters zustande gekommen sind, stehen unter dem Vorbehalt des Rücktrittsrechtes der Vertragsteile. MP behält sich trotz Auftragsannahme durch den MP-Berater die Prüfung (i) der technischen Verfügbarkeit der Leistung einerseits, (ii) der Bonität des Kunden andererseits sowie (iii) die Übereinstimmung des Vertrages mit den Entgeltbestimmungen von MP, die auf der



Homepage von MP veröffentlicht sind, vor; MP ist berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten, sofern der abgeschlossene Vertrag von den Entgeltbestimmungen abweicht oder die technische Verfügbarkeit der Leistung oder die Bonität des Kunden nicht gegeben ist.“

Die klagende Partei meint, diese Klausel sei nach § 6 Abs 2 Z 1 KSchG unzulässig, da der Unternehmer ohne sachliche Rechtfertigung vom Vertrag zurücktreten könne. Es werde versucht, damit §§ 10 Abs 1 und 10 Abs 3 KSchG zu umgehen.

Die Beklagte wendete ein, dieses Rücktrittsrecht sei mit 4. November 2008 herausgenommen worden. Der ihr zustehende Vorbehalt sei sachlich gerechtfertigt und branchenüblich. Die Rücktrittsrechte der Kunden würden gewahrt. Sie hätten jetzt sogar 14 Tagen dafür Zeit.

Das Erstgericht begründete seine Klagsstattgabe damit, es obliege dem Unternehmen, die technische Verfügbarkeit und Bonität der Kunden vor Vertragsabschluss zu prüfen. Ein derartiger Mangel führe nicht zur sachlichen Rechtfertigung der Klausel.

Die Beklagte vertritt in ihrer Berufung die Ansicht, die Klausel sei grundlegend geändert worden. Der Vorbehalt der Vertragsannahme abhängig von der technischen Verfügbarkeit der Leistung und der Bonität des Kunden stelle keine gröbliche Benachteiligung dar, sei sachlich berechtigt und branchenüblich.

Soweit die beklagte Partei auf eine neue Fassung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen verweist, ist darauf nicht einzugehen, weil diese nicht den Gegenstand des vorliegenden Verbandsklagsverfahrens darstellen. Was die Wiederholungsgefahr betrifft, ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Im Übrigen hat das Erstgericht zutreffend darauf hingewiesen (§ 500a ZPO), dass es Sache des Unternehmers ist, vor Vertragsabschluss zu prüfen, ob die vertraglich zugesagte Leistung technisch verfügbar ist oder eine zufriedenstellende Bonität des Kunden vorliegt. Die Berufung der Beklagten bleibt daher in diesem Punkt erfolglos.

## **2. Rücktrittsrecht des Teilnehmers (§ 2 Abs 1)**

„Auch der Teilnehmer kann gemäß den §§ 3 und 5e KSchG vom Vertrag zurücktreten. Die Rücktrittsrechte sind gemäß § 14 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne des § 3 KSchG auszuüben.“

Die klagende Partei macht einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG geltend. Es sei unklar, unter welchen Voraussetzungen welche Rücktrittsrechte innerhalb welcher Fristen ausgeübt werden dürften. § 14 der AGB, auf den verwiesen werde, sei selbst intransparent. Die beklagte Partei verwies darauf, die Rücktrittsrechte der Kunden würden gewahrt und seien auf 14 Tage ausgedehnt worden.

Das Erstgericht vertrat die Ansicht, es sei tatsächlich ungeklärt, welche Rücktrittsrechte innerhalb welcher Fristen zustünden. Die genannten §§ 3 und 5e KSchG, auf die verwiesen werde, würden unterschiedliche Gründe und Fristen vorsehen. Aufgrund der unverständlichen

Fassung liege ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vor.

Die Beklagte wiederholt in ihrer Berufung, die Rücktrittsrechte der Teilnehmer würden gewahrt. Das Rücktrittsrecht sei auf 14 Werktage ab Belehrung über das Rücktrittsrecht ausgedehnt worden. Damit macht die beklagte Partei offensichtlich geltend, die Wiederholungsgefahr sei weggefallen, weil die Klausel mittlerweile geändert worden sei. Dass aber die Wiederholungsgefahr nach wie vor besteht - nicht zuletzt wegen der Zurückziehung des entsprechenden Vorbringens - wurde schon erörtert. Die Berufung ist daher auch in diesem Punkt nicht berechtigt.

**3.** „Die Vertragslaufzeit beginnt, sobald die Leistung (nach Freischaltung) für den Kunden verfügbar ist (§ 2 Abs 2).“

Die klagende Partei brachte hiezu vor, der Beginn der Vertragslaufzeit werde von einem Verhalten abhängig gemacht, das der Verbraucher nicht beeinflussen könne. Die Klausel sei daher nach § 6 Abs 3 KSchG intransparent; darüber hinaus liege eine nicht hinreichend bestimmte Frist im Sinne des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG vor, während der der Verbraucher an den Vertrag gebunden bleibe. Da der genaue Zeitpunkt der Freischaltung nicht bekannt sei, wisse der Kunde auch nicht genau, wann das Vertragsverhältnis ende und mit welchem Zeitpunkt es allenfalls gekündigt werden müsse. Die Klausel sei daher auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Die beklagte Partei hielt dem entgegen, dass der Kunde mit der Auftragsbestätigung über die tatsächliche Freischaltung verständigt werde. Bei einem mündlichen Vertragsabschluss erhalte er ein Begrüßungsschreiben mit dem Hinweis auf eine Widerrufsfrist von 14 Tagen. Wenn kein Widerruf erhoben werde, erfolgte die Freischaltung.

Das Erstgericht schloss sich der Argumentation der klagenden Partei an.

In ihrer Berufung wiederholt die beklagte Partei ihre Argumente, dass Kunden bei schriftlichen Verträgen über die tatsächliche Freischaltung im Zuge der Auftragsbestätigung verständigt würden, bei mündlichen Verträgen werde im Begrüßungsschreiben auf die Widerrufsfrist hingewiesen.

Die beklagte Partei übersieht, dass bei Verbandsklagen für die gerichtliche Beurteilung ausschließlich die Formulierung der schriftlichen Vertragsklausel entscheidend ist (7 Ob 140/06y; 7 Ob 173/06a). Die von der beklagten Partei behauptete Praxis, Auftragsbestätigungen mit Bekanntgabe des Freischaltungstermins zu übersenden bzw. im Fall von mündlichen Verträgen dann in sogenannten Begrüßungsschreiben, haben keinen Niederschlag in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gefunden. Insofern ist darauf nicht einzugehen. Da die beklagte Partei gegen die Ansicht des Erstgerichts inhaltlich nichts ins

Treffen zu führen vermag, muss die Berufung auch in diesem Punkt erfolglos bleiben.

#### 4. Kündigungsfrist - automatische Verlängerung (§ 2 Abs 3)

„Soweit nicht besondere Tarifbedingungen, die eine längere Kündigungsfrist oder eine Mindestlaufzeit beinhalten, entgegenstehen, kann der Vertrag mit einer Frist von 4 Wochen zum Monatsende gekündigt werden. Bei Preselection/DSL-Verträgen mit einer Mindestvertragslaufzeit von 12 bzw. 24 Monaten gilt eine automatische Verlängerung um weitere 12 Monate. MyPhone wird die Teilnehmer rechtzeitig vor Ablauf der Zweimonats-Frist auf die Kündigung aufmerksam machen, widrigenfalls der Vertrag nicht automatisch verlängert wird, sondern nach Ablauf der vereinbarten Befristung endet.“

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen §§ 6 Abs 3 und 6 Abs 1 Z 2 KSchG geltend gemacht. Sie meint, der Ablauf der Zweimonats-Frist sei unklar. Die in der Klausel aufscheinende Erklärungsfiktion sei jedenfalls mit § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unvereinbar. Vielmehr sei im Vertrag eine Frist für Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung konkret festzulegen. Es sei für die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung durch den Verbraucher nicht eine angemessene Frist vorgesehen, sondern nur, dass der Teilnehmer rechtzeitig aufmerksam gemacht werden solle. Rechtzeitig könne aber auch ein nur wenige Tage vor Fristablauf erfolgter Hinweis sein, der aber keinesfalls angemessen im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sei.

Die beklagte Partei wendete ein, es werde in der Klausel eindeutig normiert, dass der Teilnehmer rechtzeitig vor Ablauf der zweimonatigen Kündigungsfrist über die Kündigungsmöglichkeit und die automatische Verlängerung belehrt werde. Die Klausel trachte danach, dass die Verständigung des Kunden hier früher als später stattfinden solle.

Das Erstgericht ging von einem Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG aus: Danach müsse der Verbraucher bei Beginn der vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen werden. Die Verwendung des Begriffes „rechtzeitig“ in den AGB sei unpräzise und unklar. Der Verbraucher könne nicht beurteilen, wann er mit einer rechtzeitigen Mitteilung rechnen könne.

In der Berufung weist die Beklagte darauf hin, dass ihr Hinweis als fettgedruckter und eindeutig hervorgehobener Text in der jeweiligen Rechnung aufscheine; dies erfolge in der Praxis drei Monate vor Vertragsende. Laut der Formulierung solle die Verständigung des Kunden hier früher als später erfolgen.

Nach Auffassung des erkennenden Senats gilt auch dazu, dass für die gerichtliche Beurteilung nur die Formulierung der schriftlichen Vertragsklausel entscheidend ist (7 Ob 140/06y u.a.). Ein in den AGB nicht erwähnter später allenfalls in einer Rechnung erfolgter Hinweis vermag zur Transparenz der Klausel nichts beizutragen. Geht man weiters davon

aus, dass eine Rechnung üblicherweise erst einige Zeit nach Abrechnungsende (Monatsende) erfolgt und diese auch dem Verbraucher noch übermittelt werden muss, verblieben dem Kunden nur wenige Tage, um zu kündigen. Dies steht nicht im Einklang mit § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Die Berufung ist auch diesfalls nicht berechtigt.

#### 5. Lastschriftinzug (§ 5 Abs 3)

„Der Lastschriftinzug erfolgt nicht vor Ablauf von 5 Werktagen nach Rechnungsstellung. Der Teilnehmer verpflichtet sich, zu dem Zeitpunkt des Lastschrifteneinzugs eine für den Betrag der Rechnung ausreichende Deckung auf dem von ihm angegebenen Konto zu unterhalten. Für eine vom Geldinstitut zurückgegebene Lastbuchung wird eine Gebühr laut Preisliste erhoben, wenn die Rückgabe der Lastbuchung in den Verantwortungsbereich des Teilnehmers fällt. Dem Teilnehmer steht es frei nachzuweisen, dass ein Schaden überhaupt nicht entstanden oder zumindest wesentlich geringer als die in der Preisliste angesetzte Pauschale ist. MP kann wahlweise auf den Lastschrifteneinzug verzichten. In diesem Fall wird der Teilnehmer zur Zahlung der Rechnung per Überweisung aufgefordert.“

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB geltend gemacht; die Klausel sei unzulässig, weil als einzig zulässige Zahlungsart nur der für Verbraucher nachteilige, weil unwiderrufliche Lastschrifteneinzug und nicht eine widerrufliche Einzugsermächtigung vorgesehen sei.

Die beklagte Partei wendete ein, die Kunden würden mit dem Begrüßungsschreiben die Möglichkeit erhalten, eine Einzugsermächtigung auszustellen.

Das Erstgericht schloss sich in seiner rechtlichen Beurteilung der Ansicht der klagenden Partei an. Die geübte Möglichkeit, im Begrüßungsschreiben eine andere Zahlungsart anzubieten, ändere nichts an der gröblich benachteiligenden Klausel.

Die beklagte Partei verweist in ihrer Berufung darauf, dass diese Klausel von der Regulierungsbehörde als nicht benachteiligend erkannt worden sei. Der Kunde erhalte mit dem Willkommensschreiben die Möglichkeit, eine Einzugsermächtigung auszustellen. Er habe ein Beanstandungsrecht, das die Einziehung verhindere.

Diese Argumente vermögen nicht zu überzeugen: Die Ansicht der Regulierungsbehörde hat keine Bindungswirkung für das gerichtliche Verbandsklagsverfahren (vgl 4 Ob 98/04x). Insofern ist es ohne Bedeutung, ob die Regulierungsbehörde diese Klausel beanstandet hat oder nicht. Da es - wie schon mehrfach dargelegt - nur auf die Formulierung der schriftlichen Vertragsklausel ankommt, ändert ein tatsächlich davon abweichendes Verhalten nichts am gröblich benachteiligenden Charakter der Bestimmung. Immerhin ist die Zahlungsart durch Lastschriftinzug verpflichtend, soweit nicht die Beklagte darauf verzichtet (siehe auch Punkt 6.).

## 6. Fristlose Kündigung durch das Unternehmen - Lastschrifteneinzug (§ 8 Abs 1)

„MP ist insbesondere zur fristlosen Kündigung des Vertrages berechtigt, wenn:

...

d) der Teilnehmer entgegen der vertraglichen Vereinbarung die Befugnis zum Lastschrifteneinzug widerruft und trotz Aufforderung binnen zwei Wochen keine neue Einzugsermächtigung erteilt oder anderweitig Zahlung leistet. Etwas anderes gilt nur, wenn dem Widerruf des Lastschrifteneinzugs ein begründeter Widerspruch der betroffenen Rechnung im Sinne des Abschnittes V. Punkt 4 vorangegangen ist oder der Lastschrifteneinzug ohne Zusammenhang mit einer Rechnung und daher offensichtlich zu Unrecht ergangen ist.“

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen §§ 6 Abs 3 KSchG und 879 Abs 3 ABGB erblickt: Die bloß demonstrative Aufzählung in der Klausel lasse offen, in welchen Fällen der Unternehmer außer in den ausdrücklich angeführten darüber hinaus zur fristlosen Kündigung des Vertrages berechtigt sein solle; dies sei sowohl intransparent als auch gröblich benachteiligend. Es sei auch für sich betrachtet gröblich benachteiligend, wenn die fristlose Kündigung im Zusammenhang mit dem Widerruf des Lastschrifteneinzuges vorgesehen werde.

Die beklagte Partei wendete ein, es handle sich um eine taxative Aufzählung.

Das Erstgericht begründete seine Klagsstattgabe in diesem Punkt damit, der Verbraucher könne nicht ausreichend beurteilen, in welchen Fällen ihm eine fristlose Kündigung des Vertrags drohe. Dies verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG und wirke sich auch auf Abs 2 dieser Klausel aus (siehe Punkt 7.).

Die Berufung der Beklagten macht geltend, Sinn dieser Bestimmung sei, Gründe für eine fristlose Kündigung abschließend zu definieren. Weitere Möglichkeiten zur Kündigung bestünden nicht. § 8 Abs 2 der AGB sei nicht betroffen, es handle sich um ein davon unabhängiges abstraktes Kündigungsrecht.

Entgegen der Ansicht der beklagten Partei ist die Formulierung der Klausel mit den Berufungsausführungen nicht in Einklang zu bringen. Gerade die Verwendung des Begriffes „insbesondere“ weist auf eine demonstrative Aufzählung hin und nicht darauf, dass die Klausel die Gründe für eine fristlose Kündigung abschließend festlegen soll. Damit ist aber auch die Rechtsansicht des Erstgerichtes zu bestätigen, wonach Verbraucher also nicht ausreichend beurteilen können, in welchen Fällen ihnen außer den genannten eine fristlose Kündigung des Vertrags droht. Die Klagsstattgabe in diesem Punkt erweist sich daher als berechtigt.

## 7. Schadenersatz bei fristloser Kündigung (§ 8 Abs 2)

„Ist die fristlose Kündigung vom Teilnehmer zu vertreten, kann MP Ersatz des Schadens verlangen, der durch die Kündigung entsteht. Dieser Schaden beinhaltet auch den entgangenen Gewinn, abzüglich dessen, was MP durch die Kündigung erspart.“

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen §§ 6 Abs 3 KSchG und 879 Abs 3 ABGB geltend gemacht. Die Klausel knüpfe an die rechtsunwirksame Klausel 6. an und sei daher als verweisende Klausel ebenfalls rechtswidrig.

Die beklagte Partei vertritt demgegenüber die Ansicht, diese Klausel beziehe sich nicht auf Punkt 7., sondern spreche von einer fristlosen Kündigung an sich.

Das Erstgericht schloss sich der Argumentation der klagenden Partei an: Die Klausel Punkt 6. wirke sich auch auf Punkt 7. aus.

In der Berufung wird nochmals betont, es handle sich bei dieser Klausel um ein abstraktes Kündigungsrecht.

Dem ist nicht zuzustimmen: Sowohl vom systematischen Zusammenhang als auch vom reinen Wortlaut her knüpft die Klausel Punkt 7., in welcher der Kündigungsschaden geregelt wird, auf die oben bereits als rechtsunwirksam erkannte Klausel Punkt 6. an. Dass Punkt 7. auf ein eigenständiges, durch andere Gründe bedingtes fristloses Kündigungsrecht Bezug nimmt, ist mit dem Wortlaut der Formulierung der Klausel Punkt 7. nicht vereinbar. Davon, dass zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt enthalten sind, ist nicht auszugehen. Von einer voneinander isolierten Wahrnehmung der Bestimmungen kann nicht gesprochen werden (vgl 6 Ob 140/06s). Die auf eine rechtsunwirksame Klausel verweisende Klausel ist daher selbst rechtsunwirksam.

Die Klagsstattgabe ist daher auch hier zu bestätigen.

#### **8. Übertragung auf ein verbundenes Unternehmen (§ 9 Abs 2)**

„MP ist berechtigt, das Teilnehmerverhältnis auf ein verbundenes Unternehmen zu übertragen. In diesem Fall ist der Teilnehmer rechtzeitig vor der Übertragung zu informieren und kann der Teilnehmer binnen einer vierwöchigen Frist der Übertragung widersprechen. Bei Widerspruch des Teilnehmers innerhalb 4 Wochen gilt die Übertragung als nicht erfolgt; der Teilnehmer bleibt Kunde von MP.“

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG geltend gemacht: Die Klausel sehe, ohne dass dies im Einzelnen ausgehandelt werden müsse, die Berechtigung des Unternehmers vor, seine Pflichten oder den gesamten Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung einem Dritten zu überbinden, der im Vertrag nicht namentlich genannt sei. Dies verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG.

Die beklagte Partei wendete dagegen ein, es liege kein Verstoß vor.

Das Erstgericht folgte den Argumenten der klagenden Partei.

In ihrer Berufung macht die beklagte Partei geltend, dem Kunden stünde ein vierwöchiges Widerspruchsrecht zu. Dem Kunden werde die Vertragsübernahme erläutert und er könne selbst entscheiden. Es bedürfe die Vertragsübernahme auch auf Seiten des Kunden der Zustimmung. Dies komme einer direkten Vereinbarung gleich.

Der erkennende Senat hat hiezu erwogen:

Durch § 6 Abs 2 Z 2 KSchG soll verhindert werden, dass anstelle des Unternehmers dem Konsumenten ein nach dem Vertrag unbekannter Dritter aufgedrängt wird. Dies ist aber der Fall, wenn ein Dritter im Hinblick auf die nach § 6 Abs 2 Z 2 KSchG unzulässige Vertragsbestimmung eigene Rechte geltend macht. Der Dritte hat zu beweisen, dass diese Vertragsbestimmung zwischen dem Unternehmer und dem Konsumenten im Einzelnen ausgehandelt worden ist (RIS-Justiz RS0108693). Es reicht nicht aus, dass die Klausel zwischen den Vertragsteilen bloß erörtert und dem Verbraucher bewusst gemacht worden ist oder dass der Unternehmer darauf bloß „durch entsprechende grafische Besonderheiten“ (Fettdruck oder Farbdruk, Hervorhebung usw.) hingewiesen hat (RIS-Justiz RS0121396). Das Berufungsgericht folgt in diesem Punkt der Ansicht der beklagten Partei, wonach das in dieser Klausel dem Kunden eingeräumte Widerspruchsrecht gegen eine Vertragsübernahme den Kunden vom Zweck der Bestimmung her (Aufdrängen eines unbekanntes Dritten als Vertragspartner) jedenfalls nicht schlechter stellt als wenn eine solche Klausel zur Zustimmung der Vertragsübernahme im Einzelnen ausgehandelt worden wäre. Indem der Kunde ohne jegliche Begründung einer Vertragsübernahme auf Seiten der beklagten Partei widersprechen kann und er Vertragspartner der beklagten Parteien bleibt, ist er möglicherweise besser gestellt, als wenn er im einzeln ausgehandelten Punkt der Vertragsübernahme auf Seiten der beklagten Partei zugestimmt hätte. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG ist daher nicht zu sehen und die Berufung daher im Sinne einer Abänderung berechtigt. Das Unterlassungsbegehren ist in diesem Umfang daher nicht berechtigt.

#### **9. Vertragsübergang auf Seiten des Teilnehmers (§ 9 Abs 3)**

„Der Teilnehmer kann Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag nur mit Zustimmung von MP auf Dritte übertragen.“

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB geltend gemacht; die Klausel enthalte ein generelles Zessionsverbot zu Lasten des Verbrauchers, was eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB bewirke.“

Die beklagte Partei wendete bloß pauschal ein, es liege keine gröbliche Benachteiligung vor.

Das Erstgericht vertrat die Ansicht, nach § 1396a ABGB sei ein solches Zessionsverbot nur zulässig, wenn es im Einzelnen ausgehandelt werde. Dies erfordere ein beidseitiges Erwägen, den Vertrag mit einem anderen Inhalt abzuschließen. Dem Verbraucher die nachteilige Vereinbarung bewusst zu machen und zu erläutern reiche nicht aus.

Dem hält die beklagte Partei in ihrer Berufung entgegen, eine Zession sei bei Zustimmung des Unternehmens zulässig, daher liege kein generelles Zessionsverbot vor. Es komme vielmehr wieder einer direkten Vereinbarung gleich.

Entgegen der Ansicht der klagenden Partei ist das Zessionsverbot nicht nur einseitig zu Lasten des Verbrauchers vorgesehen. Es ist zwar richtig, dass die Entscheidung der Regulierungsbehörde für die Gerichte im Rahmen eines Verbandsklagsverfahrens keine Bindungswirkung entfaltet. Wenn aber, wie im Punkt 8. geregelt, der Verbraucher einer Vertragsübernahme auf Seiten der beklagten Partei ohne Angabe von Gründen widersprechen kann, stellt es kein Ungleichgewicht dar, wenn umgekehrt der Verbraucher seine Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag nur mit Zustimmung der beklagten Partei auf Dritte übertragen kann. Der vom Erstgericht ins Treffen geführte § 1396a ABGB betrifft hingegen den Fall, dass eine Nichtabtretungsabrede hinsichtlich Geldforderungen zwischen Unternehmern im Sinne des § 1 Abs 2 KSchG getroffen wurde (Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup>, Rz 2 zu § 1396a). Es ist daher für die Beurteilung der Klausel nicht entscheidend, ob sie im Einzelnen ausgehandelt wurde oder nicht. Da im Hinblick auf die Zulässigkeit der Klausel Punkt 8. das von der beklagten Partei gesehene Ungleichgewicht nicht besteht, ist daher die vorliegende Klausel ebenfalls nicht zu beanstanden und der Berufung im Sinne einer Klagsabweisung dieses Punktes stattzugeben.

#### **10. Kündigungsrecht des Unternehmens bei über 1.000 Gesprächsminuten (§ 13 Abs 1)**

„§ 13 Besondere Bestimmungen für die Preselection Flat

MP ist abweichend von § 2 dieser AGB zur ordentlichen Kündigung dieses Vertrags zum Ende des auf die Kündigung folgenden Monats berechtigt, wenn der Teilnehmer in drei aufeinander folgenden Monaten ein Gesprächsaufkommen von 1.000 Gesprächsminuten oder mehr hat.“

Die klagende Partei erblickte einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG, §§ 879 Abs 3 und 864a ABGB. Es bewirke die Intransparenz der Klausel und sei auch überraschend und nachteilig, dass eine Klausel, die die ordentliche Kündigung des Vertrages durch den Telekommunikationsdienstleister vorsehe, nicht in § 2 „Vertragsschluss/Laufzeit/Kündigung“ aufgenommen worden sei, sondern einige Seiten weiter unter § 13. Außerdem sei es überraschend und nachteilig für den Kunden und führe auch zu einer gröblichen Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, wenn für den Fall einer intensiven Tarifnutzung des Kunden das Recht des Anbieters geknüpft werde, sich von diesem teuren



Kunden durch Kündigung vorzeitig zu lösen. Der Anbieter räume sich nämlich so die Möglichkeit ein, jene Kunden loszuwerden, die ein für ihn ungünstiges Nutzerverhalten zeigten, um so seinen Ertrag zu maximieren. Dies könne keine sachliche Rechtfertigung für eine derartige Kündigungsklausel abgeben.

Die beklagte Partei wendete ein, sie habe eine neue Klausel formuliert, die dem Gesetz entspreche.

Das Erstgericht lässt in seinem Spruch eine Erwähnung dieser Klausel vermissen. In seiner rechtlichen Beurteilung hielt es jedoch fest, eine Deckelung mit 1.000 Gesprächsminuten stelle keine gröbliche Benachteiligung dar, da dies eine objektivierbare und für den Verbraucher nachvollziehbare Regelung sei.

Von der beklagten Partei wurde diese Ansicht offensichtlich - ohne die fehlende Abweisung im Spruch zu rügen - als Klagsabweisung erkannt. Sie setzt sich in ihrer Berufung nicht inhaltlich mit der Argumentation des Erstgerichts auseinander. Aufgrund des in der rechtlichen Beurteilung des angefochtenen Urteils klar ersichtlichen Entscheidungswillens, die Klage hinsichtlich dieses Punktes 10 abzuweisen, ist das angefochtene Urteil mit der entsprechenden Maßgabe zu bestätigen. Die Klagsabweisung ist in diesem Punkt auch in Rechtskraft erwachsen, da die klagende Partei gegen die eindeutig erkennbare Abweisung ihres Begehrens keine Berufung erhoben hat.

#### **11. Kündigung durch das Unternehmen bei atypischem Verhalten (§ 13 Abs 2)**

„Bei diesem Tarif handelt es sich um einen Privatkundentarif. Bei atypischem Nutzungsverhalten z.B. durch Rufumleitungen oder gewerbliche Nutzung ist MP abweichend von § 2 dieser AGB zur ordentlichen Kündigung dieses Vertrags zum Ende des auf die Kündigung folgenden Monats berechtigt.“

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG, §§ 879 Abs 3 und 864a ABGB geltend gemacht. Es werde auf die bereits zur vorangegangenen Klausel gemachten Ausführungen verwiesen. Die Klausel sei auch deswegen intransparent, da der verwendete Begriff eines atypischen Nutzungsverhaltens zum Nachteil des Verbrauchers einen weiten Beurteilungsspielraum einräume, was darunter eigentlich zu verstehen sei.

Die beklagte Partei wendete ein wie zur vorangegangenen Klausel Punkt 10.

Das Erstgericht folgte der Ansicht der klagenden Partei und ging von einem Verstoß gegen das Transparenzgebot aus.

In ihrer Berufung macht die beklagte Partei geltend, die Formulierung sei deswegen so gewählt worden, weil die ursprüngliche Deckelung bemängelt worden sei. Der Begriff des atypischen Benutzers werde ausdrücklich als gewerblicher Nutzer definiert, weil der Tarif als

Privattarif erwähnt werde.

Die beklagte Partei bleibt die Erklärung schuldig, wieso eine Rufumleitung, das als Beispiel eines atypischen Benutzerverhaltens genannt wird, tatsächlich ein solches atypisches Verhalten darstellen soll. Vielmehr ist es als gerichtsbekannt anzunehmen, dass Rufumleitungen als Standard eines Telekommunikationsdienstes gelten. Auch die weit verbreitete Nutzung von Mailboxen gilt als Rufumleitungen. Im Übrigen wird eine gewerbliche Nutzung nur als eine weitere Möglichkeit eines atypischen Benutzerverhaltens angeführt. Es ist daher dem Erstgericht darin beizupflichten, dass die gewählte Formulierung insofern intransparent ist, weil sie keine eindeutige Definition eines atypischen Benutzers erlaubt. Die Berufung ist daher in diesem Punkt nicht berechtigt.

#### **12. Rücktrittsrecht der Teilnehmer (§ 14 Abs 1, 3 und 4)**

„Der Teilnehmer ist, unabhängig davon, ob er Verbraucher im Sinne der Bestimmungen des KSchG ist, berechtigt, vom Vertrag binnen Wochenfrist gemäß §§ 3 und 5e KSchG zurückzutreten. Die Frist beginnt mit Unterfertigung des Vertrages durch den Teilnehmer und den MP-Berater bzw. bei Abschluss eines mündlichen Vertrages (Tonbandprotokoll) mit Übersendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen an den Teilnehmer (§ 14 Abs 1).

...

Der Rücktritt bedarf zu seiner Rechtswirksamkeit grundsätzlich der Schriftform. Es genügt, wenn der Verbraucher ein Schriftstück, das seine Vertragserklärung oder die der MP enthält, der MP oder deren Beauftragten, die an den Vertragsverhandlungen mitgewirkt haben, mit einem Vermerk zurückstellt, der erkennen lässt, dass der Verbraucher das Zustandekommen oder die Aufrechterhaltung ablehnt. Es genügt, wenn die Erklärung innerhalb der genannten Wochenfrist abgesendet wird (§ 14 Abs 3).

Bei Rücktritt von einem telefonisch abgeschlossenen Vertrag ist der Rücktritt nicht zwingend schriftlich bekannt zu geben; aus Gründen der Beweissicherung wird dennoch auch in diesem Fall Schriftlichkeit empfohlen (§ 14 Abs 4).“

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen §§ 5e und 6 Abs 3 KSchG geltend gemacht. § 5e KSchG sehe nicht eine Rücktrittsfrist von einer Woche, sondern eine Rücktrittsfrist von 7 Werktagen vor. Die Klausel enthalte daher eine unrichtige Belehrung über das dem Verbraucher zustehende Rücktrittsrecht gemäß § 5e KSchG und sei deshalb auch intransparent im Sinne § 6 Abs 3 KSchG. Außerdem gelte die Frist von einer Woche im Fall des § 3 KSchG und von 7 Werktagen im Falle des § 5e KSchG nur für den Fall, dass der Verbraucher eine ordnungsgemäße Belehrung über diese Rücktrittsrechte erhalten habe. Da die AGB des Anbieters keine derartige Belehrung enthielten, stehe der Rücktritt auch über die Wochenfrist bzw. die Frist von 7 Werktagen hinaus zu. Die Klausel gebe somit die Voraussetzungen für die Ausübung der Rücktrittsrechte unrichtig wieder und sei aus diesem

Grund intransparent.

Die beklagte Partei wendete ein, mittlerweile liege eine geänderte Fassung in Abstimmung mit der Regulierungsbehörde vor.

Das Erstgericht gab der Klage auch in diesem Punkt statt und ging davon aus, dass eine unrichtige Belehrung über das Rücktrittsrecht vorliege. Nach § 3 KSchG stünde ein Rücktrittsrecht eine Woche ab Belehrung über die Rücktrittsmöglichkeit zu; § 5e KSchG sehe ein Rücktrittsrecht innerhalb von 7 Werktagen vor. Die AGB würden nicht differenzieren.

In ihrer Berufung weist die beklagte Partei lediglich darauf hin, dass das in der inkriminierten Klausel formulierte Rücktrittsrecht gänzlich entfallen sei. Nunmehr stünde den Kunden ein 14-tägiges Rücktrittsrecht zu.

Diese Ausführungen betreffen nur die bereits ausführlich diskutierte Wiederholungsgefahr; mit der inkriminierten Klausel selbst setzt sich die beklagte Partei inhaltlich nicht auseinander. Dass der Hinweis auf geänderte Klauseln die Wiederholungsgefahr nicht zu bannen vermag, wurde bereits dargelegt. Die Berufung muss daher in diesem Punkt erfolglos bleiben.

### **13. Rücktrittsrecht des Unternehmers (§ 14 Abs 2)**

„MP steht umgekehrt ein Rücktrittsrecht in der gleichen Dauer zu, sofern die Verträge von den Entgeltsbestimmungen abweichen; und zwar bei schriftlichen Verträgen ab deren Eingang bei MP, bei mündlichen Verträgen ab Bestätigung der mündlichen Auftragserteilung durch den Kunden (Tonbandprotokoll).“

Die klagende Partei monierte einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB. Es werde auf die bereits zur Klausel 1. gemachten Ausführungen verwiesen (fehlende sachliche Rechtfertigung).

Die beklagte Partei führte aus wie zur vorangegangenen Klausel.

Das Erstgericht ging von einem Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG aus. Die Klausel sei nicht im Einzelnen ausgehandelt worden und auch nicht sachlich gerechtfertigt. Es obliege der Beklagten, sich vor Vertragsabschluss zu versichern, dass die Verträge nicht von ihren Entgeltbestimmungen abwichen.

In ihrer Berufung verweist die beklagte Partei lediglich darauf, dieser Punkt sei gänzlich neu geregelt worden.

In Zusammenfassung des bisher Gesagten ist hiezu seitens des erkennenden Senats festzuhalten, dass die von der Beklagten ins Treffen geführte Neuformulierung einzelner Klauseln nicht die von ihr ohnehin nicht mehr bestrittene Wiederholungsgefahr abwenden kann. Die Berufung ist auch diesfalls erfolglos.

**14. Datenweitergabe durch das Unternehmen (§ 15 Abs 1)**

„Der Teilnehmer erteilt seine ausdrückliche Zustimmung, dass MP alle im abgeschlossenen Vertrag genannten Daten, insbesondere auch seine persönlichen Daten, automationsunterstützt verarbeitet und an verbundene Unternehmen, Meinungsforschungsinstitute für Markterhebungen und Kundenzufriedenheitsanalyse übermittelt.“

Die klagende Partei machte einen Verstoß gegen §§ 6 Abs 3 und 6 Abs 1 Z 11 KSchG geltend. Die Klausel sei intransparent, da sie eine Zustimmung zur Datenweitergabe durch den Unternehmer vorsehe, ohne dass die Empfänger der Daten und der Zweck der Datenweitergabe abschließend festgelegt würden. Die in den vom Verbraucher nicht unterfertigten AGB „versteckte“ Tatsachenbestätigung ziele außerdem auf eine Beweislastumkehr zu Lasten des Verbrauchers in der Form hin, dass er mit dem Beweis belastet werde, eine solche Erklärung gar nicht abgegeben zu haben. Aus diesem Grund sei die Klausel auch mit § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unvereinbar.

Die Beklagte wies wiederum nur auf eine neu formulierte geänderte Fassung hin.

Das Erstgericht beurteilte diese Klausel als intransparent. Es sei nicht bestimmbar, welche Unternehmen und künftig verbundene Unternehmen der Beklagten seien.

Auch in ihrer Berufung verweist die Beklagte lediglich darauf, dieser Punkt sei nun gänzlich neu geregelt worden. Mangels inhaltlicher Rechtskritik erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Klausel. Auch diesfalls bleibt die Berufung erfolglos.

**15. Erfüllungsort und Gerichtsstand (§ 16 Abs 1)**

„Erfüllungsort und Gerichtsstand ist ausschließlich Salzburg. Für Verbraucher gilt § 15 KSchG“.

Die klagende Partei erblickt einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel weise nicht auf den maßgeblichen § 14 KSchG hin und führe auch nicht die dort genannten Einschränkungen für die Gerichtsstandvereinbarung dezidiert an. Sie sei daher intransparent.

Die Beklagte wendete ein, der in dieser Klausel enthaltene Tippfehler sei mittlerweile richtig gestellt worden.

Das Erstgericht begründete seine Klagsstattgabe damit, Einschränkungen der Gerichtsstandvereinbarung mit Verbrauchern würden nicht beachtet und auch nicht darauf hingewiesen. Die Klausel sei daher intransparent.

In der Berufung macht die beklagte Partei geltend, der der inkriminierten Klausel anhaftende Tippfehler sei mittlerweile behoben. Wieso die gesetzlichen Einschränkungen nicht

eingehalten würden, sei nicht nachvollziehbar. Immerhin würde auf die gesetzliche Norm verwiesen.

Entgegen der Ansicht der beklagten Partei muss der Hinweis auf eine falsche Norm - und sei es nur als Tippfehler - als Paradebeispiel einer intransparenten Klausel beurteilt werden. Da dieser Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG schon alleine zur Unzulässigkeit der Klausel und damit zur Klagsstattgabe führt, braucht auf die weiteren Argumente nicht mehr eingegangen werden.

#### **16. Tarifbedingungen SissiFlat**

„Der Tarif SissiFlat hat eine Mindestvertragslaufzeit von 2 Jahren, die sich automatisch um ein weiteres Jahr verlängert, wenn nicht mindestens zwei Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit gekündigt wird.“

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB und § 15 KSchG geltend gemacht. Gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG seien (unter anderem) unangemessen lange Vertragsbindungen des Verbrauchers unzulässig; derartige überlange Vertragsbindungen führten auch zu einer gröblichen Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Unternehmer, die bei der Finanzierung vertraglicher Leistungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses ein hohes wirtschaftliches Risiko eingingen, dürften zwar ihre Vertragspartner längere Zeit binden, um ihr kaufmännisches Risiko durch eine sachgerechte Kalkulation beschränken zu können. Dabei sei im Einzelfall eine Interessensabwägung vorzunehmen, für die eine Gesamtbeurteilung der wesentlichen Elemente des Schuldverhältnisses maßgebend sei. Im vorliegenden Fall sei der Unternehmer ein Festnetztelefonanbieter, der selbst keine eigenen Telefonnetze betreibe, sondern nur Netze von Partnerfirmen aufgrund einer Nutzungsvereinbarung nutze. Er habe keinerlei Vorlaufaufwand und auch kein wirtschaftliches Risiko. Es sei daher keinerlei sachliche Rechtfertigung dafür erkennbar, warum im Vertrag eine 24-Monatsbindung des Verbrauchers vorgesehen sei. Die gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers resultiere auch daraus, dass der Unternehmer ungeachtet der Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten in bestimmten Fällen gemäß § 13 seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur ordentlichen Kündigung unter Einhaltung einer Monatsfrist zum Ende eines jeden Monats berechtigt sein solle. Dies schaffe ein sachlich nicht zu rechtfertigendes Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten, das mit § 879 Abs 3 ABGB nicht vereinbar sei. Es handle sich im vorliegenden Fall um einen Mischvertrag, bei dem werkvertragliche Elemente nicht bloß eine untergeordnete Rolle spielten, sodass § 15 KSchG auf das Vertragsverhältnis Anwendung finde. Die Klausel verstoße daher auch gegen diese Norm, da sie das dort vorgesehene Recht des Verbrauchers, den Vertrag spätestens zum Ablauf des ersten Vertragsjahres unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist und dann zum Ablauf jeweils eines halben Jahres

ausschließen wolle.

Die Beklagte wendete ein, der Verbraucher habe die Wahlfreiheit, ob er über die Beklagte oder über das Netz der Telekom telefonieren wolle. Die 24-Monatsbindung sei nicht unangemessen.

Das Erstgericht vertrat zu seiner Klagsstattgabe die Ansicht, das von der Beklagten angesprochene Wahlrecht sei insofern eingeschränkt, weil immerhin eine Grundgebühr von EUR 9,49 an die Beklagte zu entrichten sei. Die Beklagte leiste sich keine Endgerätesubventionierung und habe auch kein eigenes Telefonnetz. Sie habe daher kein so hohes wirtschaftliches Risiko, dass eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten gerechtfertigt sei. Entgegen der Ansicht der klagenden Partei sei jedoch § 15 KSchG nicht anwendbar, da kein Überwiegen werkvertraglicher Elemente vorliege, sondern Nutzungsrechte eingeräumt würden. Es würden mietvertragliche Elemente überwiegen.

In der dagegen erhobenen Berufung macht die beklagte Partei geltend, ihr würden zur Einrichtung dieses Tarifs erhebliche Kosten (die sie in der Berufung näher aufschlüsselt) auflaufen. Bei einer verkürzten Laufzeit wäre der Tarif wirtschaftlich nicht mehr tragbar. Da das Erstgericht hiezu keine entsprechenden Feststellungen getroffen habe, liege ein sekundärer Verfahrensmangel vor.

Bei den von der beklagten Partei eingewendeten Kosten handelt es sich um eine gemäß § 492 ZPO unzulässige Neuerung, auf die im Berufungsverfahren nicht mehr einzugehen ist. Der Vorwurf sekundärer Feststellungsmängel ist daher verfehlt. Da die beklagte Partei ausgehend von den getroffenen Feststellungen sich nicht mehr inhaltlich mit der jedenfalls vertretbaren Rechtsansicht des Erstgerichtes auseinandersetzt, muss auch diese Kritik erfolglos bleiben.

#### 17. Anmeldung zur Freischaltung

**Widerrufsrecht:** Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von 2 Wochen ohne Angaben von Gründen in Textform (z.B., Brief, Fax, E-Mail) widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Widerruf ist zu richten an: MyPhone GmbH - Alpenstraße 48a - 5020 Salzburg. **Besondere Hinweise:** Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn die MyPhone mit der Ausführung der Dienstleistung mit Ihrer ausdrücklichen Zustimmung vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder sie diese selbst veranlasst haben. Ihre Firma MyPhone“.

Die klagende Partei hat einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG geltend gemacht. Das vorgesehene Widerrufsrecht binnen zwei Wochen ohne Angabe von Gründen ab „Erhalt dieser Belehrung“ stehe in einem völlig ungeklärten Verhältnis zu den Rücktrittsrechten des

Verbrauchers gemäß §§ 3 und 5e KSchG, auf die in den AGB hingewiesen werde. Dies bewirke die Intransparenz der Klausel gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Es sei auch unklar, ob ein selbständiges vertragliches Rücktrittsrecht eingeräumt werden solle oder ob es sich um eine Belehrung über gesetzliche Rücktrittsrechte handle. Die Verwendung des Ausdrucks „Belehrung“ in der Klausel lege Letzteres nahe, der Inhalt der Klausel lasse jedoch auf ein vertraglich eingeräumtes Rücktrittsrecht schließen. Auch deswegen sei die Klausel intransparent. Soweit die Bestimmung tatsächlich eine Rücktrittsbelehrung im Sinne der § 3 KSchG bzw. § 5e KSchG darstellen bzw. eine solche ersetzen solle, sei sie aufgrund ihres Erscheinungsbildes intransparent, da der Auffälligkeitswert der in einem kleineren Schriftgrad als der übrige Text gehaltenen Textpassage gering und die Klausel außerdem nicht in den Text des Schreibens „Anmeldung zur Freischaltung“ integriert, sondern in Anschluss an die abschließende Höflichkeitsfloskel das Schreiben angeordnet sei, wo man eine derartige Belehrung bzw. einen Hinweis auf ein Widerrufsrecht nicht vermuten würde. Da normalerweise nur Hinweise auf Urheberrechte etc., die nicht zum eigentlichen Inhalt des Schreibens gehörten, auf diese Art und Weise dargestellt würden, sei die gewählte Darstellung für rechtserhebliche Mitteilungen völlig ungeeignet, da sie vom Empfänger leicht übersehen bzw. wegen vermuteter Irrelevanz nicht gelesen würden. Sollte es sich tatsächlich um eine Rücktrittsbelehrung im Sinne der §§ 3 und 5e KSchG handeln, so sei die Klausel auch deshalb rechtswidrig, da sie ein Erlöschen des Widerrufsrecht vorsehe, wenn der Betreiber mit der Ausführung der Dienstleistung über Veranlassung oder ausdrückliche Zustimmung des Kunden begonnen habe. Eine derartige Einschränkung des Rücktrittsrechtes gemäß § 3 KSchG sei im Gesetz nicht vorgesehen und daher nicht zulässig.

Die beklagte Partei wendete dagegen ein, der Vorwurf der Intransparenz sei nicht nachvollziehbar.

Das Erstgericht folgte der Ansicht der klagenden Partei insofern, als ein ungeklärtes Verhältnis zu den Rücktrittsrechten der §§ 3 und 5e KSchG vorliege. Es sei unklar, ob es sich um ein selbständiges vertragliches Rücktrittsrecht oder um die Belehrung über ein gesetzliches Rücktrittsrecht handle. Hingegen hätten weder Schriftbild, Überschrift und Stelle innerhalb der AGB keine Auswirkung auf die Transparenz.

In ihrer Berufung macht die beklagte Partei wiederum nur geltend, den Kunden seien nunmehr ein längeres Rücktrittsrecht eingeräumt worden, als ihnen gesetzlich zustünde. Dies könne nur als äußerst positiv für die Kunden ausgelegt werden.

Da keine inhaltliche Auseinandersetzung zu dem vom Erstgericht angenommenen ungeklärten Verhältnis zwischen den erwähnten Rücktrittsrechten und der daraus resultierenden Intransparenz der Klausel erfolgt, erübrigt sich hierzu eine weitere Auseinandersetzung. Wiederum wird damit bloß die bereits mehrfach bejahte

Wiederholungsgefahr angesprochen, worauf verwiesen wird.

### 18. Rechnungsformular

„Wir möchten Sie darauf hinweisen, sollte es wider Erwarten Ihr Wunsch sein, Ihren Vertrag zum Ende Ihrer Laufzeit zu kündigen, dass hierzu die zweimonatige Kündigungsfrist zum 2. August 2008 endet. Geht uns keine Kündigung ihrerseits zu, so verlängert sich ihr Vertrag automatisch um weitere 12 Monate.“

Die klagende Partei erblickt einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Der Hinweis auf die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Kündigung nehme Bezug auf § 2 Abs 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (= Klausel 4.), welcher eine mit § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht zu vereinbarende Regelung einer Erklärungsfiktion enthalte. Da sich der Hinweis auf eine gesetzwidrige Klausel beziehe, sei auch der Hinweis selbst gesetzwidrig. Dazu komme, dass dem Verbraucher auch im Hinweis keine konkrete Frist für eine ausdrückliche Kündigung eingeräumt werde, sodass nicht gesichert sei, dass ihm ab dem Zeitpunkt der Zustellung des auf der Rechnung enthaltenen Hinweises noch eine angemessene Frist für eine ausdrückliche Kündigung bleibe. Außerdem hätten Hinweise auf einer Rechnung wie im vorliegenden Fall keinen besonderen Auffälligkeitwert, sodass diese Art der Mitteilung nicht die Qualität eines besonderen Hinweises habe, wie ihn § 6 Abs 1 Z 2 KSchG fordere.

Die beklagte Partei wendete ein wie zur Klausel Punkt 4. (... es sei eindeutig normiert, dass die Teilnehmer rechtzeitig vor Ablauf der zweimonatigen Kündigungsfrist über ihre Kündigungsmöglichkeit und automatische Verlängerung belehrt würden).

Das Erstgericht schloss sich in seiner Begründung zur Klagsstattgabe dem Argument der klagenden Partei an, dass dem Kunden aufgrund dieser Klausel möglicherweise nur ein kurzes Zeitfenster für Kündigungen zur Verfügung stünde. Im Übrigen hätten Hinweise auf der Rechnung keinen besonderen Auffälligkeitwert.

In ihrer Berufung verweist die beklagte Partei wiederum darauf, dass durch die neuen AGB eindeutig das Kündigungsrecht definiert werde. Worin ein Verstoß gegen die Norm zu erkennen sein solle, bleibe unerfindlich.

Damit entfernt sich die beklagte Partei jedoch vom festgestellten Sachverhalt und versucht zudem, die nicht zuletzt aufgrund der Zurückziehung ihres Vorbringens zur fehlenden Wiederholungsgefahr zugestandene Wiederholungsgefahr zu leugnen. Schon allein deswegen kann der Berufung in diesem Punkt ebenfalls kein Erfolg zukommen.

Zum Veröffentlichungsbegehren:



Hier weist die beklagte Partei nochmals auf das Talionsprinzip hin. Es seien nur jene Teile der Verkehrskreise aufzuklären, die von den rechtswidrigen Handlungen betroffen gewesen seien bzw. sind. Es kämen somit nur jene Kunden in Frage, die die AGB alt, also noch vor der Änderung am 4. November 2008 bzw. spätestens am 13. Jänner 2009 (das sei der Zeitpunkt der Bestätigung durch die Regulierungsbehörde) erhalten hätten. Die klagsgegenständlichen AGB würden in der inkriminierten Form nicht mehr verwendet. Es bestehe daher auch keine Notwendigkeit, potenzielle Neukunden über eine etwaige Gesetzeswidrigkeit früherer AGB aufzuklären. Entsprechend dem Talionsprinzip wäre ein Urteil in der Regel in jener Form und Aufmachung zu publizieren, in der auch die beanstandete Ankündigung veröffentlicht worden sei. Nachdem die klagsgegenständlichen AGB lediglich einem ganz konkret eingegrenzten Kundenkreis in Briefform bekannt geworden seien, sei es vollkommen ausreichend, der beklagten Partei aufzutragen, diese Kunden z.B. durch ein Rundschreiben von einem klagsstattgebenden Urteil zu informieren. Eine Veröffentlichung wie vom Erstgericht zugestanden, sei bei weitem überschießend. Durch eine direkte Verständigung der Kunden wäre sogar der Zweck der Veröffentlichung, nämlich die Information der vom Rechtsverstoß betroffenen Personen bei weitem besser erfüllt.

Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten:

Richtig ist zwar, dass das Urteil - dem Talionsprinzip entsprechend - in der Regel in jener Form und Aufmachung zu publizieren ist, in der auch die beanstandete Ankündigung veröffentlicht worden ist (4 Ob 224/08g).

Der zu 4 Ob 227/06d ergangenen Entscheidung lag jedoch wie hier der Sachverhalt zugrunde, dass das Telekommunikationsunternehmen österreichweit tätig war. Die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe der Kronen-Zeitung wurde darin nicht beanstandet. In ihren Ausführungen lässt die beklagte Partei zudem die Problematik der allfälligen Weiterverwendung der inkriminierten Klausel auf Altverträge völlig unerwähnt. Dass auch auf die Altverträge die neuen, von der Regulierungsbehörde genehmigten Klauseln angewendet würden, hat sie bislang nicht eindeutig vorgebracht. Besteht aber nun der die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung rechtfertigende Nachteil im Abschluss gesetzwidriger Verträge oder in der Verwendung unzulässiger Vertragsbestandteile, so besteht ein Bedürfnis, die Öffentlichkeit entsprechend aufzuklären. Dadurch wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft. Ihnen wird es damit auch erleichtert, ihre Rechte gegenüber der Beklagten wahrzunehmen (4 Ob 28/01y). Die gegen das Veröffentlichungsbegehren bezüglich des klagsstattgebenden Teils gerichtete Berufung muss daher ebenfalls erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung stützt sich im Verfahren erster Instanz auf § 43 Abs 1 ZPO, im Berufungsverfahren auf §§ 50 und 43 Abs 1 ZPO.

Im Verfahren erster Instanz ist die klagende Partei mit 5/6 durchgedrungen. Sie hat daher Anspruch auf Ersatz von 5/6 ihrer Pauschalkosten sowie von 2/3 ihrer tarifmäßigen Kosten.

Da die beklagte Partei im Berufungsverfahren nur zwei von 17 Klauseln erfolgreich bekämpfen konnte (die Abweisung der Klausel 10 blieb unbekämpft), hat sie im Berufungsverfahren nur mit rund 1/9 des Berufungsstreitwertes obsiegt. Sie hat daher Anspruch auf 1/9 der Pauschalgebühr für ihre Berufung. Umgekehrt hat sie 7/9 der Kosten der Berufsungsbeantwortung der klagenden Partei zu ersetzen. Der Saldo aus diesen Beträgen ergibt die im Spruch ausgedrückte Zahlungsverpflichtung.

Gemäß § 500 Abs 2 Z 1 ZPO bestand kein Anlass, von der in der Klage vorgenommenen Bewertung (EUR 31.000,00) abzugehen.

Die ordentliche Revision war gemäß § 502 Abs 1 ZPO zuzulassen, da keine oberstgerichtliche Rechtsprechung vorgefunden werden konnte, inwieweit ein uneingeschränktes Widerspruchsrecht eines Verbrauchers das im § 6 Abs 2 KSchG genannte Erfordernis, diese Klausel müsse im Einzelfall ausgehandelt werden, von seiner Wirkung her ersetzen kann.

---

**Oberlandesgericht Linz, Abteilung 11**  
**Linz, 28. Jänner 2011**  
**Dr. Johann Doppler, Richter**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG