



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

133 R 113/18t

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hinger als Vorsitzenden sowie die Richter Dr. Terlitzka und Dr. Thunhart in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenten-information**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Sky Österreich Fernsehen GmbH**, Handelskai 92, Gate 1 Rivergate, 1200 Wien, vertreten durch Mag. Heinz Heher, Rechtsanwalt in Wien, wegen **Unterlassung und Urteilsveröffentlichung** (Streitwert: EUR 36.000), über die Berufung der klagenden Partei und die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 26.7.2018, 29 Cg 31/17d-11, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der klagenden Partei wird **nicht Folge** gegeben.

Der Berufung der beklagten Partei wird **teilweise Folge** gegeben und das angefochtene Urteil dahingehend abgeändert, dass es in Punkt 1.a.) hinsichtlich der Klauseln 5, 9 und 18, in Punkt 1.b.) hinsichtlich der untersagten Geschäftspraktik und in Punkt 4 hinsichtlich der Kostenentscheidung wie folgt zu lauten hat:

„Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde lege, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

5.: 1.3.2 Sky leistet in der Weise Gewähr, dass das CI Plus-Modul geeignet ist, die Sendesignale von Sky zu entschlüsseln. Sky bietet keine Gewähr, dass die Sky Programminhalte über das CI Plus-Modul in Verbindung mit einem vom Abonnenten bereit gestellten CI Plus-Modul kompatiblen Endgerät (TV, Bildschirm, etc.) vollständig empfangen oder vollumfänglich genutzt werden können. Soweit der Abonnent die Sky Programminhalte über das CI Plus-Modul daher nicht empfangen oder vollumfänglich nutzen kann, berechtigt ihn das nicht zu einer Kündigung des Abonnements.

9.: 1.5.2 Falls eine Änderung des Verschlüsselungssystems gemäß Pkt. 1.5.1 erfolgt, ist Sky berechtigt, die dem Abonnenten überlassene Smartcard und/oder die geliehenen Empfangsgeräte auszutauschen, sofern die Änderung des Verschlüsselungssystems dies notwendig macht.

18.: 5.1 Die vom Abonnenten angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Art und Häufigkeit seiner Nutzung der von Sky erbrachten Leistungen werden von Sky erhoben, gespeichert, genutzt - soweit dies für die Bearbeitung der Abonnements, für die Durchführung des Kundenservices sowie die Vergütungsabrechnung erforderlich ist, und für Zwecke der Auftragsdatenverarbeitung gem. § 11 Datenschutzgesetz 2000 an beauftragte Unternehmen übermittelt.

oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wird

abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, es binnen einer Frist von drei Monaten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern künftig zu unterlassen, sich auf telefonische Vertragsabschlüsse über Dienstleistungen nach vom Unternehmer eingeleiteten Anrufen zu berufen und Forderungen geltend zu machen, obwohl Verbraucher der Beklagten keine schriftlichen Erklärungen über die Annahme des Anbots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt haben, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden.

Die Kostenentscheidung wird bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache vorbehalten.“

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens bleibt dem Erstgericht nach rechtskräftiger Erledigung der Streitsache vorbehalten.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG klageberechtigter Verband. Die Beklagte ist eine Privatfernsehen-Anbieterin und hat rund 400.000 Kunden in ganz Österreich. Ihr Programm kann sowohl über Satellit als auch über Kabelnetze empfangen werden. Die Beklagte schließt Verträge mit Verbrauchern über die kostenpflichtige Zurverfügungstellung von Fernsehinhalten, denen sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen mit den hier verfahrensgegenständlichen 29 Klauseln zugrundelegt.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Unterlassung der Verwendung dieser Klauseln oder sinngleicher Klauseln sowie sich auf diese Klauseln zu berufen. Darüber hinaus begehrt der Kläger von der Beklagten die Unterlassung einer Geschäftspraktik und die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteils im redaktionellen Teil einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“.

Die Beklagte beantragt die Klagsabweisung im Wesentlichen mit der Begründung, dass die beanstandeten Klauseln und die beanstandete Geschäftspraktik rechtskonform und zulässig seien.

Mit der angefochtenen Entscheidung wies das Erstgericht das Klagebegehren hinsichtlich der Klauseln 12 und 17 ab, gab dem Klagebegehren aber hinsichtlich der übrigen Klauseln mit einer Leistungsfrist von drei Monaten und der

beanstandeten Geschäftspraktik samt der begehrten Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung statt.

Gegen den klagsabweisenden Teil der Entscheidung und die Festsetzung einer Leistungsfrist von drei Monaten für das Verbot, sich auf die Klauseln zu berufen, richtet sich die Berufung des Klägers aus den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung und unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidung des Erstgerichts dahingehend abzuändern, dass dem Klagebegehren vollinhaltlich stattgegeben und für das Verbot, sich auf die Klauseln zu berufen, keine Leistungsfrist gewährt werde.

Gegen den klagsstattgebenden Teil des Urteils richtet sich die Berufung der Beklagten aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidung des Erstgerichts dahingehend abzuändern, dass das Klagebegehren vollinhaltlich abgewiesen, in eventu die Entscheidung aufgehoben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückverwiesen, in eventu die Leistungsfrist auf 12 Monate verlängert werde.

Die Parteien beantragen im Übrigen wechselseitig, der Berufung der jeweiligen Gegenseite nicht Folge zu geben.

Die Berufung des Klägers ist *nicht* berechtigt.

Die Berufung der Beklagten ist *teilweise* berechtigt.

Zur Berufung der Beklagten:

Zu Klausel 1:

1.1.2 Sky weist darauf hin, dass bei einer Änderung des Verschlüsselungssystems oder technischer Standards die Empfangsgeräte und Smartcards möglicherweise nicht mehr für den Empfang der Programminhalte geeignet sind und ausgetauscht werden müssen.

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel offenlasse, worum es sich bei den „technischen Standards“ handle und

wer die Kosten für Austausch unbrauchbar gewordener Geräten und Smartcards trage. Die Klausel widerspreche daher dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und sei bei kundenfeindlichster Auslegung auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte bestritt und wendete ein, dass die rasante technische Weiterentwicklung eine regelmäßige Anpassung der Verschlüsselungstechnologien und der Empfangsgeräte erforderlich mache. Die Klausel sei bloß als Hinweis zu verstehen und enthalte keine Handlungs- oder Kostentragungspflichten. Zudem habe der Kunde nach Klausel 1.2.4. einen Anspruch auf einen kostenlosen Leih-Receiver. Nach Klausel 1.5.2. übernehme die Beklagte den allenfalls erforderlichen Austausch der Smartcard.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig, wobei es die auf Seite 32 bis 33 ersichtlichen Feststellungen traf und in rechtlicher Hinsicht ausführte, dass der Begriff „technische Standards“ unklar sei, was einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG bedeute. Zudem sei die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung dahin zu verstehen, dass der Kunde die Kosten des Austauschs trage, wodurch die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße.

Der Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie einwendet, dass die Klausel 1.5.2. „unmissverständlich“ darauf hinweise, dass der Austausch des Empfangsgeräts und der Smartcard in solchen Fällen durch die Beklagte erfolge, ist entgegenzuhalten, dass die bezughabenden Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten lauten:

1.2.4 Soweit dem Abonnenten bei Vertragsabschluss die Möglichkeit eingeräumt wird, kann der Abonnent von Sky bis zur Beendigung seines Abonnements einen Digital-Receiver gegebenenfalls samt Festplatte leihen (nachfolgend „Leih-Receiver“). Die Auswahl des

Geräts (insbesondere Hersteller und Farbe) wird von Sky bestimmt.

1.5.2 Falls eine Änderung des Verschlüsselungssystems gemäß 1.5.1 erfolgt, ist Sky berechtigt, die dem Abonnenten überlassene Smartcard und/oder die geliehenen Empfangsgeräte auszutauschen, sofern die Änderung des Verschlüsselungssystems dies notwendig macht.

Aus Klausel 1.2.4. ergibt sich, dass ein Anspruch auf einen Leih-Receiver nur dann besteht, wenn dem Abonnenten bei Vertragsabschluss dieses Recht eingeräumt wurde. Selbst bei solchen Leihgeräten lässt sich aus Klausel 1.5.2. gerade kein Recht des Kunden auf einen Austausch ableiten (arg: ... *ist Sky berechtigt* ...). Auch bleibt die Frage der Kostentragung völlig un geregelt, weshalb die Beklagte den Austausch der Geräte von einer Kostenübernahme abhängig machen könnte.

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Bei kundenfeindlichster Auslegung ist die beanstandete Klausel dahin zu verstehen, dass die Beklagte jederzeit zur Änderung des Verschlüsselungssystems oder technischer Standards berechtigt wäre und der Kunde sein Empfangsgerät und die Smartcard dann auf eigene Kosten tauschen müsste, um das Programm der Beklagten weiterhin empfangen zu können. Das Erstgericht hat diese Klausel deshalb zutreffend als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB qualifiziert.

Zu Klausel 2:

1.2.3 In Verbindung mit Abonnements ermöglicht Sky ggf. Empfangsgeräte zu reduzierten Preisen zu erwerben. Die Kaufangebote sind in diesen Fällen untrennbar mit dem Abonnementabschluss verbunden. Erwirbt der Abonnent das Empfangsgerät, bleibt dieses bis zur

Bezahlung aller Abonnementbeiträge für die vereinbarte Mindestvertragslaufzeit im Eigentum von Sky. Der Erwerb kann auch an eine Erweiterung eines bestehenden Abonnements und/oder eine Mindestvertragslaufzeit gebunden sein. Im letztgenannten Fall gilt der Eigentumsvorbehalt bis zur Bezahlung aller Abonnementbeiträge für die vereinbarte Mindestvertragslaufzeit.

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel wegen des darin enthaltenen erweiterten Eigentumsvorbehalts unzulässig sei. Dass der Kunde selbst bei einer äußerst geringen Reduktion des Kaufpreises erst nach der Zahlung aller Abonnemententgelte Eigentümer des Empfangsgeräts werde, sei sachlich nicht gerechtfertigt und verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB. Die Regelung sei zudem überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB, weil ein Kunde nicht damit rechnen müsse, dass er das Eigentum am Empfangsgerät erst nach der Zahlung aller Abonnementbeiträge erwerbe.

Die Beklagte bestritt und brachte vor, dass Kunden die Empfangsgeräte mitunter deutlich unter ihrem Wert erwerben könnten und der Eigentumsvorbehalt sich nur auf den mit dem Kauf untrennbar verbundenen Abonnementvertrag erstrecke.

Das Erstgericht untersagte die Verwendung der Klausel, wobei es die auf Seite 34 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen traf und in rechtlicher Hinsicht ausführte, dass die Vereinbarung eines erweiterten Eigentumsvorbehalts unzulässig sei und die Klausel zudem überraschend und nachteilig nach § 864a ABGB sei.

Der Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie geltend macht, dass sich der Eigentumsvorbehalt ausschließlich auf den mit dem Kauf des Empfangsgeräts untrennbar verbundenen Abonnementvertrag beziehe und die Preisnachlässe bei den Empfangsgeräten so hoch seien, dass sie selbst durch die

Abonnementgebühren während der Mindestlaufzeit nicht abgedeckt würden, ist entgegenzuhalten, dass dies nichts an der Unzulässigkeit der Klausel ändert. Selbst wenn die Preisgestaltung der Beklagten nicht kostendeckend sein sollte, bedeutet die Klausel doch, dass der auf das Abonnement entfallende Anteil des Gesamtentgelts durch den Eigentumsvorbehalt am Empfangsgerät gesichert ist.

Die Vereinbarung eines erweiterten Eigentumsvorbehalts wird in Lehre und Rechtsprechung als rechtsunwirksam beurteilt, weil sie zwingenden sachenrechtlichen Grundsätzen widerspricht (*Binder/Spitzer* in *Schwimann*⁴ § 1063 ABGB Rz 26; *Aicher* in *Rummel/Lukas*⁴ § 1063 ABGB Rz 125; 2 Ob 210/97i; RIS-Justiz RS0020553 [T2]). Bei der einheitlichen Bestellung zusammengesetzter Leistungen bedeutet dies, dass die Bedingung für den Übergang des vorbehaltenen Eigentums an einer Sache, in Ansehung der der Eigentumsvorbehalt vereinbart war, bereits dann als erfüllt anzusehen ist, wenn nur das Teilentgelt für diese Sache gezahlt ist (RIS-Justiz RS0020553).

Der Oberste Gerichtshof hat bereits zu 1 Ob 40/73 ausgesprochen, dass eine Vereinbarung, wonach der Eigentumsvorbehalt erst erlöschen soll, wenn alle oder ein bestimmter Teil von Forderungen aus einer Geschäftsverbindung beglichen sind, nach österreichischem Recht als „Kontokorrentvorbehalt“ den pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften widerspricht und deshalb unwirksam ist. Die Klausel ist damit gesetzwidrig.

Zu Klausel 3:

1.2.6/1.2.4 Der Abonnent ist verpflichtet, innerhalb von 14 Tagen nach Beendigung des Abonnements den von Sky zur Verfügung gestellten Leih-Receiver an Sky zurückzusenden. Für den Fall, dass der Abonnent das Abonnement ohne wichtigen Grund kündigt oder den Abonnenten ein Verschulden an der Auflösung des

Abonnements trifft, erfolgt die Rücksendung auf Kosten und Gefahr des Abonnenten. Kommt der Abonnent dieser Verpflichtung nicht nach, so ist Sky berechtigt nach eigener Wahl entweder bis zur ordnungsgemäßen Rückgabe als pauschalen Schadenersatz eine monatliche, angemessene Nutzungsentschädigung für den Leih-Receiver oder aber nach Aufforderung zur Rückgabe und fruchtlosem Verstreichen der festgesetzten Frist Schadenersatz entsprechend dem Wert des Leih-Receiver zu fordern. Gibt der Abonnent den Leih-Receiver nicht in ordnungsgemäßem Zustand zurück, behält sich Sky vor, entsprechenden Schadenersatz geltend zu machen. Es ist beiden Parteien unbenommen geltend zu machen, dass ein höherer, niedrigerer oder überhaupt kein Schaden entstanden ist.

Der Kläger machte geltend, dass die Klausel angesichts der unbestimmten Begriffe „angemessene Nutzungsentschädigung“ und „ordnungsgemäßer Zustand“ intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG sei. Dass der Konsument bei jedem noch so geringem Verzug eine „monatliche“ Entschädigung zahlen und ungeachtet der normalen Abnutzung für den ordnungsgemäßen Zustand des Receivers eintreten müsse, sei zudem gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte wendete ein, dass die Klausel bereicherungsrechtlichen Grundsätzen entspreche und der „ordnungsgemäße Zustand“ normale Gebrauchsspuren zulasse.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, weil die Begriffe „angemessene Nutzungsentschädigung“ und „ordnungsgemäßer Zustand“ nicht ausreichend bestimmt seien und das Verhältnis zum Schadenersatzanspruch unklar bleibe. Darüber hinaus verpflichtete die Klausel den Verbraucher bei kundenfeindlichster Auslegung zur Rückstellung des Receivers in neuwertigem Zustand samt Originalverpackung und Anleitung, was gröblich benachteiligend sei.

Die Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie ihre im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Argumente wiederholt, ist nicht berechtigt. Die Verpflichtung zur Zahlung einer „monatlichen, angemessenen Nutzungsentschädigung“ bedeutet bei kundenfeindlichster Auslegung, dass auch ein Verzug von bloß einem Tag die Verpflichtung zur Zahlung eines Monatsentgelts zur Folge hätte, was gröblich benachteiligend ist.

Zudem haftet der Entlehner nach §§ 978 f ABGB nur für den durch sein Verschulden verursachten oder jenen zufälligen Schaden, den er durch eine widerrechtliche Handlung, den vereinbarungswidrigen Gebrauch oder die eigenmächtige Überlassung der Sache an einen Dritten verursacht hat. Demgegenüber verleiht die Klausel der Beklagten - nicht nur bei kundenfeindlichster Auslegung - einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch, wenn die Rückgabe des Leih-Receivers nicht mehr möglich ist oder sich das Gerät nicht mehr in „ordnungsgemäßem Zustand“ befindet. Eine Abweichung vom dispositiven Gesetz, das für den „Durchschnittsfall“ eine ausgewogene Rechtslage anstrebt, wäre unter den besonderen Verhältnissen der allgemeinen Geschäftsbedingungen nur zulässig, wenn eine besondere Rechtfertigung vorliegt (RIS-Justiz RS0016591; RS0016914). Ein solcher Rechtfertigungsgrund ist hier aber nicht ersichtlich.

Da der „ordnungsgemäße Zustand“ möglicherweise altersbedingte Abnutzungserscheinungen zulässt, aber jedenfalls die Funktionsfähigkeit des Geräts voraussetzt, bedeutet die Klausel, dass der Verbraucher selbst dann für den Zustand des Leihgeräts haftet, wenn es aufgrund eines nicht vom Verbraucher zu vertretenden technischen Mangels funktionsunfähig geworden ist, was jedenfalls eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB bedeutet.

Zu Klausel 4:

1.2.7/1.2.5 Sky behält sich vor, die Software eines Digital-Receivers oder darauf gespeicherte Daten jederzeit kostenfrei zu aktualisieren. Der Abonnent erkennt an, dass es in diesem Zusammenhang zum Verlust und/oder zur Löschung von Daten/Inhalten, die der Abonnent im Digital-Receiver gespeichert hat, kommen kann.

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel gröblich benachteiligend sei, weil sie keine Verständigungspflicht der Beklagten vorsehe und dem Kunden somit jegliche Möglichkeit nehme, seine Daten rechtzeitig zu sichern oder die aufgenommenen Inhalte anzusehen.

Die Beklagte wendete ein, dass regelmäßige Softwareaktualisierungen aus technischen und lizenzrechtlichen Gründen unbedingt erforderlich seien, eine vorherige Verständigung jedes einzelnen Kunden aber nicht durchführbar sei. Es komme im Übrigen nur in den seltensten Fällen vor, dass Daten tatsächlich verloren gehen.

Das Erstgericht erkannte die Klausel als unzulässig, wobei es feststellte, dass regelmäßige Softwareaktualisierungen aus technischer Sicht, aber auch aufgrund lizenzrechtlicher Vorgaben erforderlich seien und bei einem technischen Notfall auch kurzfristig erfolgen müssten. Neben reinen Zapping-Receivern stünden auch Festplatten-Receiver in Verwendung, mit denen Fernsehinhalte aufgezeichnet werden könnten. Aufgrund der lizenzrechtlichen Vorgaben sei das Kopieren der auf dem Festplattenreceiver gespeicherten Inhalte auf andere Datenträger, etwa auf einen PC oder eine externe Festplatte nicht zulässig.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung dazu führen könne, dass ein Festplatten-Receiver de facto wert-

los sei, wenn die Inhalte regelmäßig gelöscht würden, bevor der Kunde sie ansehen könne, was eine gröbliche Benachteiligung sei.

Der Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie ausführt, dass regelmäßige Softwareaktualisierungen nötig seien, ohne dass dabei ein Datenverlust völlig ausgeschlossen werden könne, ist zu entgegnen, dass die Klausel zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung der Beklagten das Recht verleiht, solche Softwareaktualisierungen ohne Rücksicht auf die von den Kunden gespeicherten Daten durchzuführen, obwohl die Abonnenten ein berechtigtes Interesse haben, die von ihnen zulässigerweise auf ihren Festplatten-Receivern gespeicherten Daten weiter zu behalten. Da das Leistungsangebot der Beklagten auch die Möglichkeit umfasst, die Programminhalte zu speichern, bedeutet die uneingeschränkte Befugnis, diese Daten im Rahmen von Softwareaktualisierungen jederzeit und ohne Vorankündigung zu löschen, eine Aushöhlung dieses Leistungsversprechens, weshalb das Erstgericht darin mit Recht einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB erblickte.

Zu Klausel 5:

1.3.2 Sky leistet in der Weise Gewähr, dass das CI Plus-Modul geeignet ist, die Sendesignale von Sky zu entschlüsseln. Sky bietet keine Gewähr, dass die Sky Programminhalte über das CI Plus-Modul in Verbindung mit einem vom Abonnenten bereit gestellten CI Plus-Modul kompatiblen Endgerät (TV, Bildschirm, etc.) vollständig empfangen oder vollumfänglich genutzt werden können. Soweit der Abonnent die Sky Programminhalte über das CI Plus-Modul daher nicht empfangen oder vollumfänglich nutzen kann, berechtigt ihn das nicht zu einer Kündigung des Abonnements.

Der Kläger machte geltend, dass die Klausel eine Einschränkung der Gewährleistung enthalte, wodurch sie § 9

KSchG widerspreche und gröblich benachteiligend sei. Die Klausel sei zudem intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, weil sie dem Konsumenten ein falsches Bild von seinen Gewährleistungsrechten vermittele.

Die Beklagte wendete ein, dass keine Beschränkung der Gewährleistung vorliege, weil die Klausel nur die vom Kunden selbst angeschafften Geräte, nicht aber die von der Beklagten geschuldeten Leistungen betreffe.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig und stellt dazu fest, dass die Beklagte ihren Kunden alternativ zu einem Leih-Receiver ein CI-Plus-Modul zur Verfügung stelle, das in einen bereits vorhandenen Receiver oder ein TV-Gerät mit entsprechendem Slot eingesetzt werden könne. Allerdings sei nicht jedes Gerät mit einem CI-Plus-Slot für eine Nutzung der Programme der Beklagten geeignet. Hersteller und Händler würden dazu Informationen bereitstellen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klausel die Gewährleistungs- und Kündigungsrechte des Verbrauchers für den Fall ausschließe, dass das Endgerät des Kunden grundsätzlich CI-Plus-Modul-kompatibel ist, aber das Programm der Beklagten dennoch nicht empfangen kann. Dieser Umstand sei für den Verbraucher - insbesondere bei Altgeräten - im Vorhinein typischerweise nicht erkennbar, weshalb die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 9 KSchG verstoße.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach § 9 Abs 1 KSchG vor der Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können. Ein Gewährleistungsanspruch nach § 922 ABGB setzt aber eine mangelhafte Leistung voraus. Eine Leistung ist nur dann mangelhaft, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem vertraglich Geschuldeten zurückbleibt (RIS-Justiz RS0018636;

RS0018547). Gewährleistungsansprüche sind nämlich nichts anderes als in besonderer Gestalt erhalten gebliebene Erfüllungsansprüche (RIS-Justiz RS0018475).

Die Beklagte verweist zu Recht darauf, dass sich die Klausel nur auf die Kompatibilität des vom Kunden bereitgestellten Endgeräts bezieht, das von der Leistungspflicht der Beklagten nicht umfasst ist. Deshalb stellt es keine Einschränkung gesetzlicher Gewährleistungsansprüche dar, wenn die Klausel Ansprüche aus der mangelnden Kompatibilität eines beim Kunden bereits vorhandenen Endgeräts ausschließt.

Wenn der Kläger in der Berufungsbeantwortung ausführt, dass die Klausel die tatsächliche Rechtslage verschleierte, weil der Kunde jedenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht habe, nachdem ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses in einem solchen Fall unzumutbar sei, so kann das nicht überzeugen. Richtig ist, dass Dauer-schuldverhältnisse nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen auch vor Ablauf der vereinbarten Zeit aus wichtigem Grund aufgelöst werden können (RIS-Justiz RS0018305). Ein solches außerordentliches Kündigungsrecht besteht jedoch nicht, wenn der geltend gemachte Grund ausschließlich in die Risikosphäre des Gläubigers gelegen ist (RIS-Justiz RS0018305 [T66]; RS0027780 [T64], RS0018368 [T21]). Die Überprüfung der Kompatibilität des bei ihm bereits vorhandenen Endgeräts fällt jedenfalls in der Risikosphäre des Kunden. Hinzu kommt, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht unzumutbar ist, weil der Kunde die Leistungen der Beklagten weiterhin in Anspruch nehmen kann, indem er ein kompatibles Empfangsgerät verwendet.

Dass die Beklagte keine Gewährleistung für die technischen Funktionen der bereits beim Kunden befindlichen Endgeräte übernimmt, ist im Übrigen weder ungewöhnlich

noch benachteiligend, weshalb die Klausel zulässig ist und der Berufung der Beklagten insoweit stattzugeben war.

Zu Klausel 6:

1.4.1 Für den Fall, dass der Abonnent eine Smartcard zum Empfang des Sky Programmes außerhalb des Haushalts, auf den das Abonnement angemeldet ist, privat nutzt, ist Sky berechtigt, vom Abonnenten eine Vertragsstrafe in Höhe von € 1.000,00 zu fordern.

Der Kläger brachte vor, dass diese Konventionalstrafe - besonders bei einmaliger Nutzung - unverhältnismäßig und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die Beklagte wendete ein, dass die Höhe der Konventionalstrafe auf die Vorgaben der Lizenzgeber zurückgehe und sachlich gerechtfertigt sei. Im Übrigen unterliege die Konventionalstrafe der richterlichen Mäßigung nach § 1336 Abs 2 ABGB.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig, wobei es feststellte, dass sich die Beklagte gegenüber ihren Lizenzgebern vertraglich zur Vereinbarung solcher Vertragsstrafen verpflichtet habe. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass völlig unklar sei, wie ein Schaden von EUR 1.000 „pro privater Nutzung“ außerhalb des Haushalts entstehen könne, zumal die Kosten einer Zweitkarte unter dem regulären monatlichen Abonnementbeitrag lägen. Die Konventionalstrafe sei somit unverhältnismäßig, was eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB bedeute.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass eine Konventionalstrafe nach § 1336 Abs 1 ABGB einerseits den Schuldner zur korrekten Erfüllung seiner Vertragspflichten veranlassen soll und andererseits dem vereinfachten Ausgleich der Nachteile des Gläubigers aus

einer trotzdem erfolgten Vertragsverletzung dient (RIS-Justiz RS0032013; RS0032072).

Eine Pauschalierung von Zahlungspflichten ist auch im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht von vornherein unzulässig (RIS-Justiz RS0123253). Eine solche Pauschalierung ist besonders dann gerechtfertigt, wenn es dem Unternehmer nicht möglich wäre, die Kosten ex ante genauer zu kalkulieren oder sie jedem Kunden ex post in der exakten Höhe vorzuschreiben (4 Ob 126/16g; 4 Ob 143/17h). Unter diesen Voraussetzungen ist auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern zulässig (4 Ob 110/17f).

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs kann aber in der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners liegen (10 Ob 47/08x; 5 Ob 87/15b). Bei der Angemessenheitskontrolle einer Konventionalstrafe nach § 879 Abs 3 ABGB kommt es darauf an, ob sich die Höhe des Vergütungsbetrags an jenem durchschnittlichen Schaden orientiert, der nach der Schätzung eines redlichen Beobachters bei der damit sanktionierten Vertragsverletzung normalerweise eintritt (RIS-Justiz RS0016913). In diesem Zusammenhang hat der Oberste Gerichtshof zu 5 Ob 87/15b ausgesprochen, dass eine Vertragsstrafe in der Höhe des Jahresmitgliedsbeitrags eines Fitnessstudios gröblich benachteiligend ist, wenn sie schon bei einem einmaligen Verstoß und unabhängig davon anfällt, wie oft das Verbot zur Weitergabe einer Mitgliedskarte verletzt wurde.

Auch im vorliegenden Fall würde die Vertragsstrafe von EUR 1.000 schon bei einer einmaligen privaten Nutzung der Smartcard außerhalb des eigenen Haushalts anfallen, wodurch die Vertragsstrafe in keinem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Schaden der Beklagten steht. Darüber hinaus gilt im Verbandsverfahren das Gebot der kunden-

feindlichsten Auslegung (RIS-Justiz RS0016590). Bei kundenfeindlichster Auslegung würde diese Vertragsstrafe für jeden einzelnen Verstoß anfallen, was angesichts der Multiplikation bei mehrfachen Verstößen die Unangemessenheit der vereinbarten Vertragsstrafe zur Folge hat.

Dass die Vertragsstrafe dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegt, ändert nach der Rechtsprechung nichts an der Unzulässigkeit der Vereinbarung, weil es im Verbandsprozess nicht darum geht, unangemessene Vertragsbestimmungen im Einzelfall nachträglich zu korrigieren, sondern Klauseln mit unangemessenen Regelungen von vornherein auszuschneiden (4 Ob 110/17f). Auch dass sich die Beklagte gegenüber ihren Lizenzgebern zur Vereinbarung solcher Vertragsstrafen verpflichtet hat, ermächtigt sie nicht dazu, von ihren Kunden unangemessene Vertragsstrafen einzufordern. Die Klausel verstößt daher gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Zu Klausel 7 und 10:

1.4.3 Der Abonnent ist verpflichtet, Sky über alle Schäden an einer durch Sky bereit gestellten Smartcard oder deren Verlust unverzüglich zu informieren. Diese Pflicht trifft ihn auch, wenn sonstige Empfangsstörungen auftreten und diese länger als drei Tage andauern.

2.2 Der Abonnent ist verpflichtet, Sky über alle Schäden an einem von Sky zur Verfügung gestellten Empfangsgerät samt Zubehör oder dessen Verlust unverzüglich zu unterrichten. Die gleiche Pflicht trifft ihn, wenn sonstige Empfangsstörungen auftreten und diese länger als drei Tage andauern.

Der Kläger machte geltend, dass die Klauseln bei kundenfeindlichster Auslegung eine Rügepflicht des Verbrauchers vorsehen und damit gegen § 9 KSchG verstoßen würden. Es gebe auch keinen nachvollziehbaren Grund, warum ein Kunde Empfangsstörungen melden müsse, und zwar nach

dem Wortlaut der Klauseln auch im Fall einer Ortsabwesenheit, was eine gröbliche Benachteiligung darstelle. Der Begriff der „sonstigen Empfangsstörungen“ sei zudem intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte wendete ein, dass die Klauseln weder Gewährleistungsrechte einschränken noch sonstige Rechtsfolgen vorsehen würden. Die Klauseln dienten nur der Qualitätssicherung, um sicherzustellen, dass allfällige Empfangsstörungen ehestmöglich behoben werden.

Das Erstgericht qualifizierte die Klauseln als gröblich benachteiligend, weil eine Qualitätskontrolle es nicht rechtfertige, dem Kunden eine Meldepflicht bei Empfangsstörungen aufzuerlegen. Wenn man hingegen davon ausgehe, dass eine Verletzung der Bestimmung für den Kunden ohnehin keine nachteiligen Folgen habe, dann seien die Klauseln intransparent, weil von einer „Pflicht“ des Kunden die Rede sei. Der Kunde werde nämlich von der Geltendmachung seiner Gewährleistungs- und Kündigungsrechte abgehalten, wenn er eine Empfangsstörung nicht „unverzüglich“ gemeldet habe.

Die Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie geltend macht, dass die Klauseln keine Rechtsfolgen vorsehen würden und schon deshalb nicht gröblich benachteiligend sein könnten, setzt sich über den eindeutigen Wortlaut der Klauseln hinweg, wonach den Abonnenten eine diesbezügliche „Pflicht“ trifft. Das Erstgericht hat im Übrigen zu Recht darauf hingewiesen, dass die Qualitätssicherung nicht die Belastung des Kunden mit einer unverzüglichen Meldepflicht rechtfertigen kann. Die Qualitätssicherung liegt vielmehr im Aufgabenbereich der Beklagten und darf deshalb nicht auf ihre Kunden überwältigt werden. Insbesondere ist es sachlich nicht gerechtfertigt, dass die mangelhafte Leistung der Beklagten Handlungspflichten ihrer Kunden auslöst. Einem Kunden muss es nämlich jedenfalls überlassen

bleiben, untätig zu bleiben und die mangelhafte Leistung zu akzeptieren. Die Vereinbarung einer Meldepflicht bei Empfangsstörungen ist deshalb - unabhängig von allfälligen mit der Verletzung dieser Pflicht verbundenen Rechtsfolgen - gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB.

Zu Klausel 8:

1.4.4 Der Abonnent ist verpflichtet, die durch Sky bereitgestellten Smartcards spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Beendigung des Abonnements (unabhängig ob ordentlich oder außerordentlich gekündigt oder auf sonstige Weise beendet) auf eigene Kosten und Gefahr an Sky zurückzusenden, sofern Sky nicht aufgrund von gesetzlichen Widerrufsbestimmungen zur Kosten- und Gefahrtragung verpflichtet ist. Im Fall einer während des Gewahrsams des Abonnenten eingetretenen und von ihm zu vertretenden Beschädigung oder bei einem von ihm zu vertretenden Verlust der Smartcard hat der Abonnent Schadenersatz in der Höhe von € 35,00 zu leisten.

Der Kläger brachte dazu vor, dass die Verpflichtung zur Rückstellung der Smartcard auf eigene Kosten und Gefahr gröblich benachteiligend sei, wenn das Vertragsverhältnis aufgrund einer von der Beklagten verschuldeten außerordentlichen Kündigung geendet habe. Die Haftung des Verbrauchers bei „von ihm zu vertretenden Verlust oder Beschädigung“ sei intransparent, weil ein Hinweis auf das erforderliche Verschulden fehle und eine verschuldensunabhängige Haftung nahelege.

Die Beklagte wendete ein, dass die Klausel nicht gröblich benachteiligend sei, weil die Überlassung der Smartcard unentgeltlich erfolge und der „vom Abonnenten zu vertretende Verlust“ nur als Verschuldenserfordernis verstanden werden könne.

Das Erstgericht untersagte die Verwendung der Klausel, wobei es feststellte, dass die Beklagte ihren Kunden die zur Entschlüsselung des Programms erforderliche Smartcard leihweise zur Verfügung stelle und das Retournieren der Smartcard nach Ablauf des Vertragsverhältnisses unberechtigte Zugriffe verhindern solle. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass eine Verpflichtung des Konsumenten zur Rückstellung der Smartcard auf eigene Gefahr und Kosten gröblich benachteiligend sei, vor allem wenn die Beendigung des Vertragsverhältnisses auf ein Verschulden der Beklagten zurückzuführen war. Die Schadenersatzpflicht des Kunden bei einem von ihm „zu vertretenden“ Verlust sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil nicht klar sei, unter welchen Voraussetzungen der Kunde haftet, und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, wenn damit eine verschuldensunabhängige Haftung angestrebt wird.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass die Smartcard den Kunden nur leihweise zur Verfügung gestellt wird, weshalb eine Verpflichtung zur Rückstellung der Smartcard nicht gröblich benachteiligend ist. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung aber auch dann unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RIS-Justiz RS0122169). Aus dem Transparenzgebot kann auch eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219).

Dementsprechend hat der Oberste Gerichtshof zu 7 Ob 216/11g ausgesprochen, dass eine Klausel dem Verbraucher

seine tatsächliche Rechtsstellung verschleiert, wenn auf eine Gesetzesstelle verwiesen wird, die einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer nicht geläufig ist. Durch den Verweis auf „gesetzliche Widerrufsbestimmungen zur Kosten- und Gefahrtragung“ verschleiert auch die vorliegende Klausel dem Verbraucher jene Fälle, in denen die Beklagte zur Kosten- und Gefahrtragung verpflichtet ist, was die Intransparenz der Klausel zur Folge hat.

Darüber hinaus macht der Kläger in seiner Rechtsmittelbeantwortung zutreffend darauf aufmerksam, dass für den Verbraucher unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen eine Beschädigung von ihm „zu vertreten“ ist. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs verstoßen Klauseln, die eine Haftung des Verbrauchers für Schadensfälle vorsehen, die von ihm „zu vertreten“ sind, ihn aber nicht darauf hinweisen, dass diese Verpflichtung Verschulden voraussetzt, gegen das Transparenzgebot (7 Ob 84/12x; 2 Ob 20/15b). Auch dass die Klausel die Schadenersatzpflicht des Verbrauchers von einer „von ihm zu vertretenden Beschädigung“ oder einem „von ihm zu vertretenden Verlust“ abhängig macht, verstößt deshalb gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Zu Klausel 9:

1.5.2 Falls eine Änderung des Verschlüsselungssystems gemäß Pkt. 1.5.1 erfolgt, ist Sky berechtigt, die dem Abonnenten überlassene Smartcard und/oder die geliehenen Empfangsgeräte auszutauschen, sofern die Änderung des Verschlüsselungssystems dies notwendig macht.

Der Kläger machte geltend, dass diese Klausel intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB sei, weil offen bleibe, wer die Kosten für den Austausch zu tragen habe.

Die Beklagte bestritt, weil sich aus der Klausel klar ergebe, dass die Beklagte die Smartcard auf ihre Kosten tauschen würde.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig, weil sich aus der Regelung gerade nicht ergebe, dass die Beklagte den Austausch auf ihre Kosten durchführen würde. Da der Kunde auch die Versandkosten tragen müsse, selbst wenn der Austausch alleine im Interesse der Beklagten gelegen wäre, sei die Klausel zudem gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG.

Der Rechtsrüge der Beklagten ist dahingehend zuzustimmen, dass der Klausel auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht entnommen werden kann, dass der Kunde die Kosten des Austauschs zu tragen hätte. Vielmehr verleiht die Klausel der Beklagten ein Recht zum Austausch, sieht aber keine Kostenersatzansprüche vor. Für einen Kostenersatzanspruch der Beklagten im Fall der Änderung des Verschlüsselungssystems besteht auch keine vertragliche oder gesetzliche Grundlage. Es ist durchaus sachlich gerechtfertigt, wenn sich die Beklagte das Recht zum Austausch der Smartcard und der geliehenen Empfangsgeräte vorbehält, weil sie nur so eine allenfalls erforderliche Modernisierung ihres Verschlüsselungssystems umsetzen kann. Die Klausel ist auch nicht unklar oder unverständlich abgefasst, weshalb die Klausel zulässig und die Berufung der Beklagten insoweit berechtigt ist.

Zu Klausel 11:

2.3.2 Falls der Abonnent Sky nicht über Änderungen der Anschrift informiert, dann gelten Mitteilungen auch dann, wenn sie dem Abonnenten tatsächlich nicht zugegangen sind, als zugegangen, wenn Sky diese Mitteilungen an die vom Abonnenten zuletzt bekannt gegebene Anschrift übermittelt hat. In diesem Fall gilt

die Zustellung an eine innerhalb von Österreich gelegene Adresse am 3. Werktag ab Versanddatum als bewirkt.

Der Kläger machte geltend, dass ein Unternehmer die Zugangsfiktion des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG nur dann in Anspruch nehmen könne, wenn er den Zugang und nicht bloß die Übermittlung seiner Erklärung an die vom Verbraucher zuletzt bekannt gegebene Adresse nachweist. Auch die Zugangsfiktion für den dritten Werktag widerspreche § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Die Klausel sei zudem gröblich benachteiligend, weil der Zugang der Mitteilung selbst für den Fall fingiert werde, dass die Sendung am Postweg verloren gegangen ist, wofür es keine sachliche Rechtfertigung gebe.

Die Beklagte wendete ein, dass die genannte Übermittlung als Zugang zu verstehen sei, sodass die Klausel den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG genüge.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als unzulässig, weil der Zugang unabhängig davon fingiert werde, wie lange die Postzustellung gedauert hat und ob die Sendung an der zuletzt bekannten Adresse überhaupt zugestellt werden konnte, was gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG verstoße und gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB sei.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich sind, nach denen eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen ist, als ihm zugegangen gilt, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekanntgegebene Anschrift des Verbrauchers „gesendeten“ Erklärung für den Fall handelt, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift nicht bekanntgegeben hat. Der Oberste Gerichtshof interpretiert diese Vorschrift dahingehend,

dass die Zustellungsfiktion voraussetzt, dass der Unternehmer die Zustellung an die letzte bekanntgegebene Adresse beweisen kann (RIS-Justiz RS0106801; RS0106804). Das Verbot von Zugangsfiktionen bezieht sich dabei auch auf die Frage des Zeitpunkts des Zugangs (RIS-Justiz RS0130699).

Wenn die Klausel die Zugangsfiktion davon abhängig macht, dass die Beklagte die Mitteilung an die zuletzt genannte Adresse „übermittelt“ hat, und das Zustelldatum mit dem dritten Werktag „ab Versanddatum“ fingiert, so muss die Beklagte zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung nur das Versenden des Schriftstücks, nicht aber den Zugang an der angegebenen Adresse beweisen, um sich gegenüber ihren Kunden auf den Zugang des Schriftstücks berufen zu können. Die Klausel verstößt damit gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG.

Zu Klausel 13:

3.3 Die Zahlungen im Rahmen der Geschäftsbeziehung, insbesondere der Abonnementbeiträge sowie der Entgelte für abgerufene kostenpflichtige Programminhalte im Rahmen von Zusatzdiensten, erfolgen über Kreditkarte, PayPal oder im SEPA Basislastschriftverfahren.

Der Kläger machte geltend, dass die Beschränkung auf die drei genannten Zahlungsarten gröblich benachteiligend sei, weil alltägliche und gebräuchliche Zahlungsarten wie Barzahlungen oder Überweisungen zur Gänze ausgeschlossen seien.

Die Beklagte wendete ein, dass ihre Kunden die Zahlung im Lastschriftverfahren bevorzugen würden, aber ohnehin noch zwei weitere Alternativen zur Verfügung stünden. Der Ausschluss der Barzahlung sei branchenüblich, weil diese nicht administrierbar sei.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als unzulässig und stellte dazu fest, dass die Beklagte im Einzelfall auch Überweisungen akzeptiere, wobei es aber häufig zu Komplikationen komme, wenn falsche Beträge überwiesen werden, was einen Mahnlauf in Gang setzen könne, jedenfalls aber einen erhöhten Verwaltungsaufwand verursache. Barzahlungen seien für die Beklagte schwer administrierbar, weil sie über keine Geschäftsräume mit Kundenverkehr verfüge.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass eine Barzahlung für die Beklagte mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre, doch nicht einsichtig sei, warum den Kunden nicht die Möglichkeit einer Überweisung zugestanden werde, zumal diese nicht fehleranfälliger als eine Zahlung mittels PayPal sei. Die Zahlung über Bankeinzug oder Kreditkarte führe zu einer Verschlechterung der Position des Kunden, weil er zu Unrecht eingezogene Beträge zurückfordern müsse. Die Beschränkung des Kunden auf die genannten Zahlungsarten sei deshalb gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass der Oberste Gerichtshof bereits entschieden hat, dass es eine gröbliche Benachteiligung sei, wenn das Lastschriftverfahren als einzig zulässige Zahlungsart vereinbart wird (RIS-Justiz RS0113222 [T1]). Es widerspricht nämlich den Interessen des Konsumenten, wenn Barzahlungen oder Überweisungen als alltägliche und gebräuchliche Zahlungsarten gänzlich ausgeschlossen werden und er mit den grundsätzlichen Vorteilen des Einzugsverfahrens gleichsam „zwangsbe-glückt“ wird (7 Ob 151/07t).

Wenn die Beklagte in ihrer Berufung darauf verweist, dass den Kunden immerhin drei Zahlungsarten zur Auswahl gestellt würden, so ist dem entgegenzuhalten, dass die Klausel Banküberweisungen ausschließt, obwohl es sich

dabei um eine weit verbreitete Zahlungsart handelt. Dies bedeutet für den Kunden, dass er die Leistungen der Beklagten nur in Anspruch nehmen kann, wenn er entweder der Beklagten oder zumindest dem Pay-Pal-Anbieter die Verfügungsberechtigung über sein Konto einräumt oder aber die mit einem Kreditkartenvertrag verbundenen Kosten auf sich nimmt, was den Kunden erheblich benachteiligt, was auch durch den Umstand, dass es bei Banküberweisungen zu gelegentlichen Fehlbuchungen kommen kann, nicht gerechtfertigt wird. Da die Banküberweisung eine gebräuchliche und nach der Verkehrssitte allgemein akzeptierte Zahlungsart ist, ist ihr Ausschluss im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Zu Klausel 14:

3.4 Der Einzug von Entgelten im SEPA Basislastschriftverfahren erfolgt mindestens ein Mal monatlich zu Beginn des Folgemonats. Bei Bankeinzügen im SEPA Basislastschriftverfahren kann Sky dem Kontoinhaber den Lastschrifteinzug mit einer verkürzten Ankündigungsfrist von mindestens 5 Tagen mitteilen. Wird ein Bankeinzug durch einen vom Abonnenten zu vertretenden Umstand zurückgerufen, ist Sky berechtigt, vom Abonnenten ein Bearbeitungsentgelt in der Höhe von € 10,00 pro Rückbuchung einzuheben, sowie den Bearbeitungsaufwand, den die Bank Sky vorschreibt, zu verrechnen.

Der Kläger machte geltend, dass die Klausel intransparent sei, weil sie offenlasse, wann die Entgelte abgebucht würden, was ein „vom Abonnenten zu vertretender Umstand“ sei und was unter dem „Zurückrufen des Bankeinzuges“ zu verstehen sei. Da die Klausel die Beklagte zudem berechtige, innerhalb eines Monats beliebig oft nicht näher bestimmte Entgelte vom Konto des Konsumenten einzu-

ziehen, liege auch eine gröbliche Benachteiligung vor. Auch das Bearbeitungsentgelt von EUR 10 stehe in keinem angemessenen Verhältnis zum Aufwand.

Die Beklagte bestritt und wendet ein, dass der Hinweis auf einen „vom Abonnenten zu vertretenden Umstand“ ein Verschulden impliziere und das Bearbeitungsentgelt in einem angemessenen Verhältnis zum konkreten Aufwand stehe.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig, wobei es im Wesentlichen feststellte, dass die Beklagte ihren Kunden neben dem Abonnementbeitrag mitunter auch Aktivierungsgebühren, Logistikpauschalen und Entgelte für Zusatzdienste mit unterschiedlichen Fälligkeiten verrechne. Eine Rücklastschrift müsse manuell bearbeitet werden, ohne dass der dadurch verursachte Aufwand feststellbar sei. Der Mahnlauf der Beklagten werde grundsätzlich über EDV abgewickelt, könne aber manuell bearbeitet werden.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung der Beklagten das Recht einräume, die Einziehung beliebig aufzuteilen, wodurch der Kunde benachteiligt werde, insbesondere wenn Kontoführungsgebühren pro Buchung anfielen. Die Einhebung eines Bearbeitungsentgelts unabhängig vom tatsächlichen Aufwand sei unzulässig. Der Hinweis auf einen „vom Abonnenten zu vertretenden Umstand“ sei intransparent, weil die Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht nicht klar definiert seien, oder aber gröblich benachteiligend, wenn damit eine verschuldensunabhängige Haftung statuiert werde.

Der Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie die Berechtigung zu mehrfachen Abbuchungen damit rechtfertigen will, dass die Entgelte zu unterschiedlichen Zeitpunkten fällig würden, ist entgegenzuhalten, dass die vorliegende Klausel dennoch eine gröbliche Benachteiligung bedeutet, weil die

Beklagte dadurch das Recht für sich beansprucht, die von ihrem Kunden geschuldeten Entgelte in Teilbeträgen sowohl unmittelbar nach Fälligkeit, als auch „zu Beginn des Folgemonats“ einzuziehen, was nicht nur unnötige Kontoführungsgebühren verursachen kann, sondern dem Verbraucher auch die Überprüfung der Abbuchungen erheblich erschwert.

Die Klausel ist auch deshalb gröblich benachteiligend, weil der Verbraucher nach einem von ihm zu vertretenden Widerruf des Bankeinzugs zusätzlich zum pauschalisierten Bearbeitungsentgelt auch jenen Bearbeitungsaufwand, den „die Bank“ der Beklagten vorschreibt, ersetzen soll. Die Höhe und die Berechtigung dieser Vorschreibungen sind für den Verbraucher aber nicht vorhersehbar, was eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB bedeutet.

Wenn das Erstgericht die Klausel zudem als intransparent qualifizierte, weil sie auf „von Abonnenten zu vertretende Umstände“ abstellt, ohne darauf hinzuweisen, dass diese Zahlungspflicht nur bei Verschulden des Verbrauchers bestehen kann, so entspricht dies der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu 7 Ob 84/12x und 2 Ob 20/15b. Es liegt damit auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vor.

Zu Klausel 15:

3.5 Für Mahnungen infolge Zahlungsverzugs verrechnet Sky dem Abonnenten die angefallenen, notwendigen, zweckdienlichen und angemessenen Spesen entsprechend den gesetzlichen Vorschriften. Ungeachtet dessen verpflichtet sich der Abonnent, soweit die Einforderung der ausstehenden Beiträge durch ein von Sky beauftragtes Inkassobüro oder einen Rechtsanwalt erfolgt, die Kosten, welche zur zweckentsprechenden Betreuung oder Einbringung notwendig waren, zu ersetzen.

Der Kläger macht geltend, dass die Klausel den Vorgaben des § 1333 Abs 2 ABGB widerspreche, weil sie einen

verschuldensunabhängigen Kostenersatz vorsehe, der in keinem angemessenen Verhältnis zur Kapitalforderung stehen müsse, was eine gröbliche Benachteiligung darstelle und die wahre Rechtslage verschleierte.

Die Beklagte wendet ein, dass die Klausel ausdrücklich darauf verweise, dass Mahnkosten nur „entsprechend den gesetzlichen Vorschriften“ verrechnet würden.

Das Erstgericht erkannte in der Klausel einen Verstoß gegen § 1333 Abs 2 ABGB. Überdies werde der Kunde durch den Verweis auf „gesetzliche Vorschriften“ und den Hinweis „Ungeachtet dessen ...“ über die wahre Rechtslage getäuscht, wodurch die Klausel auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoße.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass der Gläubiger nach § 1333 Abs 2 ABGB auch den „Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen“ verlangen kann. Die beanstandete Klausel geht klar über diese „gesetzlichen Vorschriften“ hinaus, weil die Beklagte „ungeachtet dessen“ den Ersatz außergerichtliche Betreuungskosten auch im Fall des unverschuldeten Verzugs und unabhängig vom Vorliegen eines angemessenen Verhältnisses zur betriebenen Forderung für sich in Anspruch nimmt. Diese sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht begründet eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB (zur Angemessenheit 2 Ob 1/09z; zum Verschulden 9 Ob 31/15x).

Im Übrigen würde auch ein Verständnis der Klausel als bloßer Verweis auf die gesetzlichen Vorgaben, wie dies von der Beklagten gefordert wird, zur Intransparenz der Klausel nach § 6 Abs 3 KSchG führen, weil der Verweis auf

nicht näher bestimmte „gesetzliche Vorschriften“ dem Verbraucher seine Rechtsposition nur unklar vermittelt (6 Ob 140/18h). Die vorliegende Klausel ist damit jedenfalls unzulässig.

Zu Klausel 16:

4.1 Der Abonnent ist berechtigt, bei einem vollständigen oder teilweisen Programmausfall die Abonnementbeiträge entsprechend der Schwere der Störung anteilig zu mindern. Eine solche Minderung ist ausgeschlossen, wenn der Programmausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung nur geringfügig ist oder dieser durch eine Softwareaktualisierung gem. Pkt. 1.2.7 auf dem Digital Receiver und/oder der Smartcard verursacht wird, sofern die Empfangsgeräte von Sky zur Verfügung gestellt werden.

Der Kläger machte geltend, dass die Klausel gegen § 9 KSchG verstoße und gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB sei. Zudem sei die Klausel intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar bleibe, was ein „geringfügiger Programmausfall“ sei.

Die Beklagte wendete ein, dass sie grundsätzlich die durchgehende Verfügbarkeit ihrer Programme sicherstelle, aber geringfügige Ausfälle unvermeidbar seien. Auch seien Softwareaktualisierungen zwingend erforderlich. Die Klausel stelle in transparenter Weise auf eine im Verhältnis zur Gesamtleistung nicht ins Gewicht fallende Störung ab.

Das Erstgericht erkannte die Klausel als unzulässig, wobei es feststellte, dass die Verfügbarkeit der Programme der Klägerin 99,95 bis 100 % betrage und Programmausfälle wenn überhaupt, dann nur für ein paar Stunden vorkämen. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klausel bei Softwareaktualisierungen jegliche Gewährleistung ausschließe, was gegen § 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB

verstoße. Zudem sei die Formulierung „Programmausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung“ intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, insbesondere weil unklar sei, ob sich dies auf die vom Kunden konkret bezogenen Programme oder das Gesamtangebot der Beklagten beziehe.

Der Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie neuerlich auf die technische Notwendigkeit von Softwareaktualisierungen verweist, ist zu erwidern, dass die Klausel bei solchen Aktualisierungen - wie bereits das Erstgericht richtig erkannt hat - jegliche Gewährleistung ausschließt, was zur Folge hat, dass der Kunde selbst dann keine Ansprüche geltend machen könnte, wenn er aufgrund einer fehlgeschlagenen Aktualisierung über mehrere Wochen kein Programm empfangen kann. Auch der Gewährleistungsausschluss für den Fall, dass der Programmausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung nur geringfügig ist, ist eine Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach §§ 922 bis 933 ABGB, zumal § 932 Abs 4 ABGB ein Preisminderungsrecht ausdrücklich auch für geringfügige Mängel vorsieht. Die beanstandete Klausel verstößt daher gegen § 9 Abs 1 KSchG.

Zu Klausel 18:

5.1 Die vom Abonnenten angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Art und Häufigkeit seiner Nutzung der von Sky erbrachten Leistungen werden von Sky erhoben, gespeichert, genutzt - soweit dies für die Bearbeitung der Abonnements, für die Durchführung des Kundenservices sowie die Vergütungsabrechnung erforderlich ist, und für Zwecke der Auftragsdatenverarbeitung gem. § 11 Datenschutzgesetz 2000 an beauftragte Unternehmen übermittelt.

Der Kläger machte geltend, dass der Konsument entgegen § 4 DSG darüber im Unklaren gelassen werde, an welche

Unternehmen seine Daten weitergegeben würden. Außerdem enthalte die Klausel keinen Hinweis darauf, dass der Konsument die weitere Verwendung seiner Daten jederzeit untersagen und die Ermächtigung nach § 8 Abs 1 Z 2 DSG widerrufen könne. Die Klausel erwecke damit den unrichtigen Eindruck, dass die Beklagte jedenfalls während der gesamten Vertragsdauer berechtigt sei, die Daten zu nutzen, was einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG bedeute.

Die Beklagte wendete ein, dass die Klausel den Vorgaben des DSG entspreche. Darüber hinaus sei sie nach § 10 Abs 1 DSG 2000 berechtigt, Dienstleister in Anspruch zu nehmen, ohne dass sie dies dem Kunden bekanntgeben müsste.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als intransparent, weil für den Konsumenten nicht ersichtlich sei, welche Daten welchen Personen weitergegeben würden.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist vorweg darauf hinzuweisen, dass der Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz vor dem 25.5.2018 war, als die EU-Datenschutzverordnung (VO [EU] 2016/679) und das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 (BGBl I 2017/120) noch nicht anwendbar waren.

Nach § 7 Abs 1 DSG 2000 dürften Daten nur verarbeitet werden, soweit Zweck und Inhalt der Datenanwendung die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzen. Nach § 8 Abs 3 Z 4 und 5 DSG 2000 sind schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen insbesondere dann nicht verletzt, wenn die Verwendung der Daten zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen Auftraggeber und Betroffenenem oder zur Geltendmachung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich ist. Dementsprechend war die Beklagte grundsätzlich berechtigt, Kundendaten zu verarbeiten, ohne dass sie diesbezüglich einer Zustimmung der Betroffenen bedurfte (siehe *Dohr/Pol-lirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 8 Anm 15).

Nach § 10 Abs 1 DSG 2000 durfte die Beklagte bei ihren Datenanwendungen Dienstleister in Anspruch nehmen, wenn diese ausreichende Gewähr für eine rechtmäßige und sichere Datenverwendung bieten, wobei § 11 DSG 2000 besondere Schutzpflichten des Dienstleisters vorsah. Das Erstgericht hat zutreffend ausgeführt, dass eine wirksame Zustimmung zur Übermittlung von Daten die zu übermittelnde Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck abschließend bezeichnen muss (RIS-Justiz RS0111809; RS0115216). Die Weitergabe von Daten zwischen Auftraggeber und Dienstleister stellt aber nach § 4 Z 11 und 12 DSG 2000 keine Übermittlung, sondern ein bloßes „Überlassen“ von Daten dar, welches im Rahmen des § 10 DSG keiner Zustimmung des Betroffenen bedarf (*Knyrim/Siegl/Autengrubner*, Datenschutz und Datenrettung beim Outsourcing, *ecolex* 2004, 413, 414).

Die Klausel entspricht damit der damals geltende Rechtslage. Da die Zulässigkeit der in der Klausel beschriebenen Datenverarbeitung nicht von der Einwilligung des Betroffenen abhängig ist, musste die Beklagte auch nicht auf die Möglichkeit des Widerrufs einer Einwilligung nach § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000 hinweisen. Die Klausel ist auch nicht unklar oder unverständlich, weshalb kein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegt. Der Berufung der Beklagten war daher insoweit Folge zu geben.

Da somit - gemessen an der damals geltenden Rechtslage - kein Verstoß vorliegt, muss auch nicht geprüft werden, ob die Klausel der aktuellen neuen Rechtslage widerspricht, weil nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, die Beklagte würde sich einer allfälligen maßgeblichen Änderung der Rechtslage nicht unterwerfen. Somit könnte auch bei der Änderung der Rechtslage keine Wiederholungsgefahr angenommen werden.

Zu Klausel 19:

5.3 Sky darf dem Abonnenten elektronische Nachrichten (insbesondere E-Mail, SMS) zum Zweck der Information über Angebote von Sky aus dem Bereich Pay-TV übermitteln, welche ähnlich sind zu den bereits abonnierten Paketen und/oder Kanälen des Abonnenten. Sky wird genannte Nachrichten nur übermitteln, falls der Abonnent Sky die entsprechenden Kontaktdaten (insbesondere E-Mail-Adresse, Telefon-Nr.) im Rahmen des Abonnements bekanntgegeben hat. Der Abonnent kann der Übermittlung solcher Nachrichten jederzeit schriftlich (Post, Telefax, EMail: info@sky.at) widersprechen. Der Abonnent wird bei jeder Übermittlung genannter Nachrichten über sein Widerrufsrecht informiert.

Der Kläger brachte dazu vor, dass die Klausel § 107 Abs 3 TKG widerspreche, weil sie der Beklagten das Recht einräume, elektronische Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung auch dann zu versenden, wenn der Konsument keine Möglichkeit gehabt hat, dies abzulehnen. Auch der Umstand, dass die Klausel ein Schriftformgebot enthalte und einen Widerruf per SMS nicht zulasse, verstoße gegen § 107 Abs 3 TKG. Die Klausel verschleierte dem Kunden die wahre Rechtslage, weshalb die Klausel auch intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG sei.

Die Beklagte wendete ein, dass die Klausel § 107 TKG entspreche und dem Kunden schon bei Vertragsabschluss die Möglichkeit eingeräumt werde, eine derartige Nutzung seiner Kontaktdaten abzulehnen. Zudem würden Kunden bei jeder Übermittlung über ihr Widerrufsrecht informiert. Das Schriftformgebot für den Widerruf sei zulässig. Bei automatisch generierten SMS-Nachrichten sei eine Antwort-Funktion technisch nicht möglich.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als intransparent, weil sie keinen Hinweis darauf enthalte,

dass keine Nachrichten übermittelt werden dürfen, wenn der Kunde dem schon bei der Datenerhebung widersprochen hat. Die Klausel sei zudem gröblich benachteiligend und verstoße gegen § 107 Abs 3 Z 3 TKG, weil die Beklagte SMS-Nachrichten als Werbemittel nutze, einen Widerruf per SMS aber ausschließe. Selbst wenn eine Antwort-Funktion technisch nicht umsetzbar sein sollte, könnte für den Widerruf per SMS eine Servicenummer zur Verfügung gestellt werden.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass nach § 107 Abs 3 TKG die Übermittlung elektronischer Nachrichten ohne vorherige Zustimmung nur zulässig ist, wenn der Empfänger „klar und deutlich“ die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung „kostenfrei und problemlos“ abzulehnen. Die Vorschrift soll rechtswidrige Werbung verhindern und dient dem Schutz der Privatsphäre (RIS-Justiz RS0125439).

Diese Regelung beruht auf Art 13 Abs 2 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG), wonach der Kunde die Möglichkeit erhalten muss, solche Nachrichten bei der Erhebung der Kontaktinformationen und bei jeder Übertragung „gebührenfrei und problemlos“ abzulehnen. Was unter dem Begriff „problemlos“ zu verstehen ist, lässt sich den europarechtlichen Vorgaben nicht entnehmen.

Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu W120 2002340-1 wird dem Erfordernis, dass der Empfänger die Möglichkeit erhält, solche Nachrichten problemlos abzulehnen, beispielsweise dadurch entsprochen, dass am Ende einer E-Mail die Funktion „News abbestellen“ angefügt wird (ebenso *Gerhartl*, Schutz vor unerbetenen Nachrichten, *ecolex* 2016, 732, 734). Dass hier grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen ist, ergibt sich demgegenüber aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs zu

2010/03/0056, wonach die am Ende einer SMS enthaltene Wortfolge „STOPP an (näher bezeichnete Tel-Nr)“ nicht ausreicht, weil für den durchschnittlichen Empfänger keineswegs „klar und deutlich“ sein musste, dass er durch Über-sendung dieser Wortfolge an die genannte Nummer weitere Zusendungen verhindern könne.

Die Beklagte macht in ihrem Rechtsmittel geltend, dass ihren Kunden mit Post, Fax oder E-Mail ohnehin mehrere Möglichkeiten für ihren Widerspruch angeboten würden. Das Erstgericht hat aber mit Recht darauf hingewiesen, dass die Beklagte mit der Klausel das Recht für sich in Anspruch nimmt, ihre Kunden per SMS zu kontaktieren, wodurch sie ihre Kunden über ihr Mobiltelefon auch außerhalb ihrer Wohnung oder ihres Arbeitsplatzes erreichen kann. In dieser Situation ist ein Widerspruch per Post, Fax oder E-Mail gerade nicht „problemlos“ möglich. Jedenfalls widerspricht es dem Grundgedanken des § 107 Abs 3 TKG, wonach der Verbraucher solche Nachrichten „problemlos“ ablehnen können soll, wenn der Unternehmer für diese Ablehnung gerade jenes Kommunikationsmittel ausschließt, mit dem er diese Nachrichten an den Verbraucher übermittelt. Falls eine Antwortfunktion bei automatisch generierten SMS-Nachrichten nicht möglich sein sollte, hat bereits das Erstgericht die Beklagte auf die Möglichkeit einer Servicenummer hingewiesen. Die Klausel ist damit gesetz-widrig.

Zu Klausel 20:

9.3 Sky hat das Recht, das Abonnement bezüglich einzelner Pakete und/oder Kanäle außerordentlich unter Einhaltung einer Frist von 14 Tagen zu kündigen, falls Sky aufgrund lizenzrechtlicher Gründe (insb. bei Rechteverlust oder dem Erwerb neuer Rechte) und/oder aus technischen Gründen (insb. Wegfall von Kabeldurchleitungsrechten) nicht mehr in der Lage

ist, dem Abonnenten diese Pakete und/oder Kanäle anzubieten.

Der Kläger brachte dazu vor, dass die Klausel gröblich benachteiligend sei, weil das Kündigungsrecht der Beklagten auch Umstände erfasse, die von der Beklagten zu vertreten seien. Eine gröbliche Benachteiligung ergebe sich auch aus dem Umstand, dass die Klausel im Fall der Kündigung einzelner Programme oder Programmpakete keine Entgeltminderung vorsehe. Das Recht zur einseitigen Leistungsänderung sei sachlich nicht gerechtfertigt und verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

Die Beklagte wendete ein, dass das außerordentliche Kündigungsrecht sachlich gerechtfertigt sei, weil die in der Klausel genannten Gründe nicht in ihrem Einflussbereich lägen. Die Unmöglichkeit der Leistungserbringung führe zwangsläufig zu einer Vertragsbeendigung. Der Klausel könne auch nicht entnommen werden, dass gekündigte Pakete oder Kanäle weiter zu bezahlen wären.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig und stellte dazu fest, dass die Beklagte ihren Kunden verschiedene Programmpakete anbiete, nämlich zusätzlich zu „Sky Entertainment“ als Basispaket „Sky Cinema“, „Sky Sport“ oder „Sky Fußball Bundesliga“ als Erweiterungspakete. Dafür schließe sie Lizenzverträge mit einer Laufzeit von vier Jahren ab. Insbesondere bei Sportübertragungen komme es immer wieder zu Bieterunden, sodass sich die Beklagte die Übertragungsrechte nicht dauerhaft sichern könne. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthielten zudem folgende, nicht klagsgegenständliche Klausel:

10.1 Sky ist berechtigt, geringfügige Änderungen in der inhaltlichen Gestaltung der Pakete und/oder Kanäle vorzunehmen, solange der Gesamtcharakter des Pakets

und/oder Kanals erhalten bleibt und diese Änderungen sachlich gerechtfertigt sind, weil - ohne dass Sky hieraus ein Vorwurf gemacht werden kann - Lizenzvereinbarungen mit Dritten nicht verlängert werden konnten und diese Änderung für den Abonnenten zumutbar ist.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klausel derart weit gefasst sei, dass der Kunde selbst dann keine Entgeltminderung oder Kündigung geltend machen könne, wenn die Beklagte ein Programm wegen eines von ihr zu verantwortenden technischen Versagens oder einer Vertragsverletzung gegenüber ihrem Lizenzgeber nicht mehr anbieten würde. Die Klausel normiere ein einseitiges, nicht bloß geringfügiges Leistungsänderungsrecht der Beklagten, was einen Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB bedeute. Daran könne auch die Klausel 10.1. nichts ändern, weil das Verhältnis der beiden Klauseln zueinander völlig offen bleibe.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen, sofern sie nicht im einzelnen ausgehandelt wurden, im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich sind, nach denen der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, es sei denn, die Änderung beziehungsweise Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist. Diese Bestimmung dient der Sicherung der Vertragstreue und schützt das Vertrauen des Verbrauchers in die vertragliche Zusage des Unternehmers (RIS-Justiz RS0128730).

Die Klausel verleiht der Beklagten ein Kündigungsrecht, wenn sie aus „lizenzrechtlichen“ oder „technischen“ Gründe nicht mehr in der Lage ist, die vertraglich vereinbarten Programme oder Programmpakete anzubieten, wodurch

das Kündigungsrecht auch dann bestünde, wenn die Beklagte - etwa aus finanziellen Überlegungen - sich gar nicht darum bemüht hat, einen bestehenden Lizenzvertrag zu verlängern oder technische Probleme zu beheben. Damit stünde die Kündbarkeit einzelner Programme oder Programmpakete im Belieben der Beklagten, was ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB bedeutet.

Hinzu kommt, dass die Klausel für den Fall der Aufkündigung einzelner Programme oder Programmpakete keine Entgeltminderung vorsieht, wodurch der Verbraucher bei kundenfeindlichster Auslegung des Kündigungsrechts das vereinbarte Entgelt in voller Höhe leisten, aber nur mehr einen Teil der vertraglich vereinbarten Programminhalte empfangen könnte, was durch die nachträgliche Störung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses ebenfalls eine gröbliche Benachteiligung bedeutet.

Auch dass die Klausel für den Fall der Kündigung einzelner Programme oder Programmpakete durch die Beklagte im Gegenzug kein Kündigungsrecht des Kunden vorsieht, stellt eine gröbliche Benachteiligung dar, weil der Kunde selbst dann an den Vertrag gebunden bliebe, wenn jenes Programm, das ihn zum Abschluss des Abonnements veranlasst hatte, nachträglich gekündigt wird, wodurch er weiter für Programminhalte zahlen müsste, an denen er nie ein Interesse hatte.

Dass die Beklagte mit Klausel 10.1. zusätzlich noch das Recht für sich in Anspruch nimmt, geringfügige Änderungen in der inhaltlichen Gestaltung der Programmpakete vorzunehmen, kann nichts daran ändern, dass das in der Klausel enthaltene Kündigungsrecht gröblich benachteiligend ist.

Zu Klausel 21:

9.4 Ist der Abonnent mit der Zahlung der Abonnementbeiträge oder mit sonstigen Zahlungsverpflichtungen aus eigenem Verschulden und nicht nur geringfügig in Zahlungsverzug, so kann Sky trotz Fortdauer der Zahlungsverpflichtung die Sehberechtigung bis zur vollständigen Bezahlung der offenen Beiträge oder sonstigen Zahlungsverpflichtungen entziehen und/oder die Inanspruchnahme weiterer Leistungen (z.B. Sky Select, kostenpflichtige Sky On Demand Programminhalte und 18+ Programminhalte) verweigern. Neben dem Recht zum Entzug der Sehberechtigung bleibt das Recht zur außerordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzug gemäß Pkt. 9.5 unberührt.

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel § 70 TKG widerspreche, weil sie den Entzug der Sehberechtigung nicht von einer Mahnung und zweiwöchiger Nachfristsetzung abhängig mache. Zudem verschleierte die Klausel dem Kunden die wahre Rechtslage und sei daher intransparent.

Die Beklagte wendete ein, dass ein nicht bloß geringfügiger Zahlungsverzug eine Mahnung mit zweiwöchiger Nachfrist impliziere.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig, wobei es feststellte, dass die Beklagte ihren Kunden derzeit Nachfristen von zwei Wochen setze, in rechtlicher Hinsicht aber ausführte, dass die Klausel nichtsdestoweniger gegen § 70 TKG verstoße, wonach der Entzug der Empfangsberechtigung eine Mahnung samt Nachfrist von zwei Wochen erfordere.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass der Betreiber eines Kommunikationsdienstes im Falle des Zahlungsverzugs eines Teilnehmers nach § 70 TKG eine Dienstunterbrechung oder -abschaltung nur dann vornehmen darf, wenn er den Teilnehmer zuvor unter Androhung der Dienstunterbrechung oder -abschaltung und unter Setzung

einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt hat. Die Bestimmung schützt den Kunden davor, dass der Telekommunikationsdienst - insbesondere auch im Fall strittiger Rechnungen - ohne Vorwarnung gesperrt wird (Zanger/Schöll, TKG² § 70 Rz 6 f).

Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten, an der sie auch im Rahmen ihrer Rechtsrüge festhält, impliziert das Vorliegen eines „nicht geringfügigen“ Zahlungsverzugs weder eine Mahnung noch eine zweiwöchige Nachfrist, weshalb die Klausel gegen § 70 TKG verstößt.

Zu Klausel 22:

9.5 Kündigt Sky das Abonnement außerordentlich entweder nach Fristsetzung zur Nacherfüllung im Fall des schuldhaften Zahlungsverzugs oder nach entsprechender Abmahnung im Fall sonstiger schuldhafter Leistungspflichtverletzung des Abonnenten, ist der Abonnent zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes statt der vertraglich vereinbarten Leistung verpflichtet. Die Höhe des Schadenersatzes richtet sich nach Höhe und Anzahl der Abonnementbeiträge bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin (z.B. ordentlicher Kündigungstermin 31.12.; außerordentliche Kündigung 31.08.; Laufzeit bis zum nächsten Kündigungstermin wären 4 Monate: Der Abonnent hat in diesem Fall Schadenersatz in der Höhe des 4-fachen vereinbarten monatlichen Abonnementbeitrags zu zahlen). Nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit ist die Höhe des Schadenersatzes auf einen monatlichen Abonnementbeitrag beschränkt.

Der Kläger brachte dazu vor, dass die Klausel gröblich benachteiligend sei, weil die Beklagte als pauschalierten Schadenersatz die ausstehenden Abonnementbeiträge beanspruche, ohne sich ihre Ersparnis anrechnen zu lassen, die insbesondere bei der Kundenverwaltung und -betreuung

zu erwarten sei. Zudem verstoße das Kündigungsrecht im Falle des Zahlungsverzugs gegen das Erfordernis einer zweiwöchigen Nachfrist nach § 70 TKG, zumal diese Vorschrift nicht nur für den Entzug der Empfangsberechtigung, sondern im Größenschluss auch für die Vertragsauflösung gelte.

Die Beklagte wendete ein, dass die vorzeitige Auflösung eines einzelnen Vertrags für sie keine Kostenersparnis bedeute. Im Übrigen betrage die von ihr gesetzte Nachfrist zwei Wochen, wodurch den Vorgaben des § 70 TKG entsprochen werde.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als unzulässig, wobei es nicht feststellen konnte, dass sich die Beklagte durch die vorzeitige Vertragsauflösung Kosten erspare. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass § 70 TKG im Wege der Analogie auch auf Kündigungen wegen Zahlungsverzugs anzuwenden sei. Da die Klausel keine Nachfristsetzung von zwei Wochen vorsehe, liege ein Verstoß gegen § 70 TKG vor, ohne dass es auf die faktische Handhabe der Beklagten ankäme.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass auch eine Kündigung des Vertragsverhältnisses eine Abschaltung der Dienste mit sich bringt, weshalb § 70 TKG nach der Absicht des Gesetzgebers auch auf Kündigungen wegen Zahlungsverzugs anzuwenden ist (ErlRV 1389 BlgNR 24. GP 20). Damit erfordert auch die Aufkündigung des Vertragsverhältnisses wegen Zahlungsverzugs die Setzung einer Nachfrist von zwei Wochen (unter Berufung auf einen Größenschluss *Bräuer in Riesz/Schilchegger*, § 70 TKG Rz 15). Bei kundenfeindlichster Auslegung berechtigt die Klausel die Beklagte auch dann zur Kündigung des Vertragsverhältnisses wegen Zahlungsverzugs, wenn nur eine kürzere als die in § 70 TKG vorgesehene zweiwöchige Nachfrist gesetzt

wurde und keine Dienstabschaltung angedroht wurde, wodurch die Klausel gegen § 70 TKG verstößt.

Zu Klausel 23:

9.6 Kündigt Sky das Abonnement außerordentlich aufgrund eines schuldhaften Zahlungsverzuges während aufrechter Mindestvertragslaufzeit, ist Sky bei einem Kauf von Sky Empfangsgeräten gem. Pkt. 1.2.3 berechtigt, vom Kaufvertrag über das Empfangsgerät zurückzutreten und das Eigentumsrecht geltend zu machen. Kommt der Abonnent seiner Pflicht zur Rückgabe des Empfangsgeräts nicht nach, so gelten die Bestimmungen des Pkt. 1.2.6 entsprechend. Ein bereits bezahlter Kaufpreis wird auf das Nutzungsentgelt bzw. den Schadenersatz angerechnet; übersteigt der Kaufpreis das Nutzungsentgelt, wird er nach Rückgabe des Empfangsgeräts auf offene Abonnementbeiträge sowie andere offene Beträge angerechnet.

Der Kläger brachte dazu vor, dass die Klausel angesichts der darin enthaltenen Verweise intransparent sei. Zudem führe die Unzulässigkeit der Bestimmungen, auf die verwiesen werde, zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung.

Die Beklagte bestritt und behauptete die Zulässigkeit der von ihr verwendeten Klauseln.

Das Erstgericht leitete die Unzulässigkeit der Klausel aus der Unzulässigkeit jener Klauseln ab, auf die verwiesen wird.

Die Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass Klausel 2 (1.2.3) zum erweiterten Eigentumsvorbehalt und die Klausel 3 (1.2.6.) zur Rücksendung des Leih-Receivers aus den angeführten Gründen unzulässig sind. Nach der Rechtsprechung hat der Verweis auf unzulässige Bestimmungen die Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung zur

Folge (RIS-Justiz RS0122040 [T4]). Damit ist auch die vorliegende Klausel unzulässig.

Zu Klausel 24:

10.2 Sky hat das Recht, die mit dem Abonnenten vertraglich vereinbarten Abonnementbeiträge entsprechend zu erhöhen, falls sich Lizenzkosten (insbesondere Lizenzkosten für den Erwerb von Premium-Sportrechten, Filmrechten, oder Verbreitungsrechten für Drittkanäle) für die im Rahmen des Abonnements ausgestrahlten Programminhalte, extern verursachte Technikkosten (insbesondere von Kabelweiterleitungsentgelten durch Kabelnetzbetreiber, Erhöhung der Transponderkosten für die Satellitenverbreitung) oder Gebühren oder Steuern, die sich auf die Kosten der Ausstrahlung der im Rahmen des Abonnements gesendeten Programminhalte auswirken, erhöhen. Eine solche Erhöhung muss dem Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat im Voraus mitgeteilt werden. Die Regelung findet während der ersten 2 Monate nach Vertragsbeginn (Pkt. 7) keine Anwendung.

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel gröblich benachteiligend und intransparent sei und zudem gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoße, weil die für die Entgeltänderung maßgeblichen Parameter nicht klar nachvollziehbar und sachlich nicht gerechtfertigt seien. Die Lizenz- und Technikkosten seien zudem von der Beklagten beeinflussbar. Was unter „Gebühren“ zu verstehen sei, bleibe unklar. Die Klausel sehe auch keine Verpflichtung zur Entgeltsenkung vor.

Die Beklagte wendete ein, dass das Änderungsrecht sachlich gerechtfertigt sei, weil die genannten Kostenfaktoren außerhalb ihres Einflussbereichs gelegen seien. Die Beklagte versuche naturgemäß die Kosten so gering wie möglich zu halten. In Punkt 10.3. der Allgemeinen Geschäfts-

bedingungen sei ausdrücklich festgehalten, dass Kostenreduktionen an die Kunden weitergegeben würden.

Das Erstgericht untersagte die Verwendung der Klausel, wobei es feststellte, dass die Lizenzen für Film- und Sportrechte von der Beklagten regelmäßig neu verhandelt werden müssten. Obwohl die Beklagte sich darum bemühe, diese Kosten gering zu halten, würden die Lizenzgebühren und die Technikkosten, insbesondere die Gebühren für die Kabelweiterleitung und Satellitennutzung, tendenziell steigen. Im Übrigen enthielten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten folgende Klausel:

10.3. Falls sich die in Pkt 10.2. genannten externen Technik- und/oder Lizenzkosten, Steuern und/oder gebühren verringern, so wird Sky diese Reduktion entsprechend an den Abonnenten in Form einer Reduktion der mit dem Abonnenten vertraglich vereinbarten Abonnementbeiträge weitergeben.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoße, weil die Umstände, welche die Beklagte zu Preiserhöhungen berechtigen, nicht ausreichend bestimmt seien. Die genannten Kostenfaktoren seien auch nicht unabhängig vom Willen des Unternehmers, weil die Beklagten ihre Verträge mit Lizenzgebern und technischen Dienstleistern selbst ausverhandle. Darüber hinaus sei die Klausel gröblich benachteiligend, weil sie eine Preiserhöhung auch dann ermögliche, wenn die Beklagte - etwa durch ihren Leistungsverzug - die Kostensteigerung selbst verschuldet hätte.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich sind, nach denen dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das

bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt.

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG gilt auch für Dauerschuldverhältnisse und soll den Verbraucher vor überraschenden Preiserhöhungen zu schützen (RIS-Justiz RS0124336). Es widerspräche dabei aber den Absichten des Gesetzgebers, wenn man die für die Preiserhöhung erforderlichen Umstände nur als Anlass für eine sonst in keiner Weise näher determinierte Preiserhöhung ansehen würde, weil es dann allein im Belieben des Unternehmers gelegen wäre, bei Eintritt dieser Umstände eine willkürlich geartete Preiserhöhung durchzuführen (*Krejci in Rummel*³ § 6 KSchG Rz 84).

Eine nachträgliche Entgelterhöhung ist deshalb nur zulässig, wenn der Gestaltungsspielraum des Unternehmers im Vertrag klar und eindeutig umschrieben ist (mwN *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁵ § 6 KschG Rz 11). Das ist nur dann der Fall, wenn der maßgebliche Sachverhalt eindeutig und unmissverständlich beschrieben wird und bei Bezugnahme auf verschiedene Umstände deren Verhältnis zueinander (kumulative oder alternative Verwirklichung als Abänderungserfordernis) festgelegt ist (3 Ob 234/04i; 4 Ob 227/06w). Generalklauselartige Formulierungen reichen demgegenüber nicht aus (2 Ob 190/01g; 7 Ob 201/05t; 4 Ob 227/06w; *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁵ § 6 KschG Rz 11; *Krejci in Rummel*³ § 6 KSchG Rz 86). Unzulässig ist deshalb beispielsweise das Abstellen auf die „Marktverhältnisse“, auf die „betriebswirtschaftlichen Verhältnisse“, auf die „jeweils gültigen Tarife“, auf die „Einstandspreise“ oder

Ähnliches (mwN *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*³ § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 4).

Die vorliegende Klausel verleiht der Beklagten das Recht zur Anpassung des Entgelts, wenn sich Lizenzkosten, extern verursachte Technikkosten oder Gebühren und Steuern erhöhen, was – worauf bereits das Erstgericht hingewiesen hat – eine generalklauselartige Umschreibung externer Kostenfaktoren bedeutet. Für den Fall, dass sich einer dieser Parameter ändert, ist aber in keiner Weise festgelegt, in welchem Ausmaß eine Entgelterhöhung zulässig ist. Damit verstößt die vorliegende Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Zu Klausel 25:

Mahngebühr pro Mahnung € 10.

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel § 1333 Abs 2 ABGB und § 879 Abs 3 ABGB widerspreche, weil die vereinbarte Mahngebühr ohne Rücksicht auf das Verschulden des Verbrauchers, den tatsächlich eingetretenen Schaden der Beklagten, die Notwendigkeit und die Zweckentsprechung der Maßnahme sowie die Verhältnismäßigkeit zur betriebenen Forderung geschuldet werde.

Die Beklagte wendete ein, dass die Mahngebühr derart niedrig bemessen sei, dass sie jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stünde.

Das Erstgericht untersagte die Verwendung der Klausel unter Verweis auf § 1333 Abs 2 ABGB mit der Begründung, dass eine unabhängig vom tatsächlichen Aufwand jedenfalls zu leistende Pauschale gröblich benachteiligend sei.

Der Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie geltend macht, dass die Mahngebühr dem Mindestaufwand der Beklagten entspreche und eine Pauschalierung der Mahnkosten erforderlich sei, weil Mahnungen sonst manuell bearbeitet

werden müssten, ist entgegenzuhalten, dass ein Gläubiger bei Verzug des Schuldners nach § 1333 Abs 2 ABGB neben den Zinsen auch den Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen kann, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen. Demgegenüber legt die vorliegende Klausel ein Entgelt für Mahnungen fest, ohne dass auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung Bedacht genommen würde. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs widerspricht eine solche Klausel § 1333 Abs 2 ABGB und begründet eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB (9 Ob 31/15x; 6 Ob 17/16t; 10 Ob 60/17x ua).

Zu Klausel 26:

Der Abonnent hat, soweit die Einforderung der ausstehenden Beiträge durch ein von Sky beauftragtes Inkasobüro oder einen Rechtsanwalt erfolgt, die Kosten, welche zur zweckentsprechenden Betreuung oder Einbringung notwendig waren, zu ersetzen.

Der Kläger brachte vor, dass auch diese Klausel § 1333 Abs 2 ABGB und § 879 Abs 3 ABGB widerspreche, weil Betreuungskosten gefordert werden könnten, die in einem unangemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stünden, und ein Hinweis auf das Verschuldenserfordernis fehle.

Die Beklagte wendete ein, dass die Klausel durch die Beschränkung auf die „notwendigen“ Kosten ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung und das Vorliegen eines schuldhaften Zahlungsverzugs impliziere.

Das Erstgericht untersagte die Verwendung dieser Klausel wegen Verstoßes gegen § 1333 Abs 2 ABGB.

Der Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie ihren im erstinstanzlichen Verfahren vertretenen Rechtsstandpunkt wiederholt, ist entgegenzuhalten, dass der Oberste Gerichtshof erst unlängst zu 6 Ob 140/18h ausgesprochen hat, dass eine Verpflichtung des Kunden zum Ersatz der „notwendigen und zweckentsprechenden“ außergerichtlichen Betreuungskosten intransparent ist, wenn der Hinweis darauf fehlt, dass die zu ersetzenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssen, was auch auf die vorliegende Klausel zutrifft.

Zu Klausel 27:

9.1 Der Vertrag kann erstmals zum Ablauf des Monats, mit welchem die vereinbarte Mindestvertragslaufzeit endet, gekündigt werden (z.B. Mindestvertragslaufzeit 12 Monate und Vertragsbeginn am 15.7. erste Kündigungsmöglichkeit zum 31.7. des darauffolgenden Jahres). Danach kann er jeweils zum Ablauf von 12 Monaten gekündigt werden (z.B. zum 31.7. der jeweils darauffolgenden Jahre).

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel eine unverhältnismäßig lange Vertragsbindung des Kunden vorsehe und deshalb gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB verstoße. Die automatische Vertragsverlängerung nach Ablauf der Mindestvertragsdauer unter Ausschluss von Kündigungsmöglichkeiten für ein weiteres Jahr, ohne dass der Konsument rechtzeitig auf die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen werde, widerspreche zudem § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

Die Beklagte wendete ein, dass die Klausel keine automatische Vertragsverlängerung, sondern vielmehr die Kündigung des Vertragsverhältnisses regle. Die Dauer der Vertragsbindung sei branchenüblich und auch sachlich gerechtfertigt, weil die Beklagte aufgrund der hohen

Lizenz- und Technikkosten ein beträchtliches wirtschaftliches Risiko trage.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als unzulässig und stellte dazu fest, dass die Beklagte vier Jahre im voraus plane, weshalb für sie ein fixer Kundenstamm wichtig sei. Die Beklagte schieße mit ihren Kunden Abonnements auf unbestimmte Zeit mit einer Mindestvertragsdauer von zwölf oder 24 Monaten ab, wobei früher nach Punkt 9.2. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Kündigungsfrist von zwei Monaten vereinbart worden sei. Seit der TKG-Novelle 2016 werde Neukunden nach Ablauf der Mindestvertragsdauer ein monatliches Kündigungsrecht gewährt.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klausel bewirke, dass das Versäumen des Kündigungstermins einen Neubeginn der vertraglichen Mindestvertragslaufzeit zur Folge habe, was auch mit dem Bedürfnis der Beklagten nach Planungssicherheit nicht gerechtfertigt werden könne, wodurch ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG und eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB vorliege.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist auszuführen, dass § 25d TKG in der nunmehr geltenden Fassung BGBl I 134/2015 erst mit 26.2.2016 in Kraft getreten ist und das dort vorgesehene Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende des folgenden Monats nicht für Altverträge gilt. Eine analoge Anwendung des Kündigungsrechts nach § 15 Abs 1 KSchG wird von der Rechtsprechung abgelehnt (RIS-Justiz RS0129373). Wohl aber sind nach § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen sich der Unternehmer eine unangemessen lange Frist ausbedingt, während der der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist. Damit soll sichergestellt werden, dass der Verbraucher nur so lange

gebunden ist, wie es im Interesse des Unternehmers sachlich erforderlich ist (RIS-Justiz RS0121956).

Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach der Art des Geschäfts und den von redlichen Vertragsparteien üblicherweise vereinbarten Fristen (RIS-Justiz RS0123616 [T3]). Ob eine unangemessen lange Frist vorliegt, ist durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln, wobei die typischen Erwartungen des Kunden den wirtschaftlichen und technischen Interessen des Unternehmers gegenüberzustellen sind (RIS-Justiz RS0121007 [T1]).

Lange Kündigungsfristen und automatische Vertragsverlängerungen führen gerade im Bereich der Telekommunikation dazu, dass Kunden auf aktuelle auf dem Markt befindliche Angebote nicht zeitnah reagieren können und dadurch entweder Gefahr laufen, dass das Angebot am Ende ihrer Kündigungsfrist nicht mehr angeboten wird, oder aber sie das Grundentgelt während der Kündigungsfrist doppelt leisten müssen, nämlich aus dem alten und dem neuen Vertrag (so ErlRV 845 BlgNR 25. GP 10). Dementsprechend hat der Oberste Gerichtshof erst unlängst zu 9 Ob 14/17z eine Kündigungsfrist von zwölf Wochen nach Ablauf der Mindestvertragsdauer eines Mobilfunkvertrags als unangemessen beurteilt.

Im vorliegenden Fall trägt die Beklagte ihrem berechtigten Bedürfnis nach Planungssicherheit schon dadurch Rechnung, dass sie mit ihren Kunden Mindestlaufzeiten vereinbart. Dass ein Vertrag aber selbst nach Ablauf der vereinbarten Mindestlaufzeit jeweils erst nach Ablauf von weiteren zwölf Monaten gekündigt werden kann, macht dem Kunden ein Reagieren auf aktuelle auf dem Markt befindliche Angebote langfristig unmöglich, was sich mit dem Bedürfnis der Beklagten nach Planungssicherheit nicht mehr rechtfertigen lässt. Die Bindungsfrist von zwölf Monaten

nach Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG.

Zu Klausel 28:

7.2 Sky stellt dem Abonnenten die Smart-Card und das Empfangsgerät zur Nutzung des linearen TV-Programms in der Regel innerhalb von 2-3 Werktagen, längstens jedoch binnen 15 Tagen nach Übermittlung der Zugangsdaten für Sky Go zur Verfügung. Die Zahlungsverpflichtung des Abonnenten entfällt für den Zeitraum zwischen der Übermittlung der Zugangsdaten für die Nutzung von Sky Go und dem Zugang der Smart-Card des Empfangsgerätes, wenn dieser Zeitraum 15 Tage überschreitet.

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel gröblich benachteiligend sei, weil der Kunde das vereinbarte Entgelt für einen Zeitraum von bis zu 15 Tagen zahlen müsse, obwohl er das Angebot der Beklagten gar nicht nutzen könne.

Die Beklagte wendete ein, dass „Sky Go“ dem Kunden ermögliche, die abonnierten Programme auch ohne Smartcard über das Internet auf einem mobilen Endgerät zu empfangen. Dass der Kunde nicht zahlungspflichtig sei, wenn er das Empfangsgerät nicht binnen 15 Tagen erhält, obwohl er das gesamte Programm bereits über das Internet nutzen könne, sei eine Begünstigung.

Das Erstgericht untersagte die Verwendung der Klausel, wobei es feststellte, dass der Kunde bei „Sky Go“ mit der Bestellbestätigung seines Abonnements jene Zugangsdaten erhalte, die es ihm ermöglichen würden, die Programme der Beklagten über das Internet zu empfangen. Der Receiver und die Smartcard würden per Post zugestellt, wodurch sie in der Regel binnen zwei oder drei Werktagen beim Kunden einlangen würden. Nach Punkt 7.1. der Allge-

meinen Geschäftsbedingungen der Beklagten komme der Abonnementvertrag durch die Annahme der Bestellung des Kunden durch die Beklagte zustande. Nach Punkt 1.1.10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten obliegt es bei „Sky Go“ dem Kunden, für die Eignung des Endgerätes und die Internetverbindung Sorge zu tragen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass keine sachliche Rechtfertigung dafür bestehe, dass die Beklagte eine Lieferung binnen zwei bis drei Werktagen ankündige, eine Minderung des Entgelt aber erst zulasse, wenn nach 15 Tagen nicht geliefert wurde. Dass der Kunde das volle Monatsentgelt zahlen müsse, auch wenn er in den ersten 14 Tagen das Angebot der Beklagten nicht vollumfänglich nutzen, sondern Programme bloß im Rahmen eines Streaming-Dienstes empfangen konnte, stelle eine gröbliche Benachteiligung dar, sodass die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße.

Der Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie die Klausel damit rechtfertigen will, dass der Kunde die Angebote der Beklagten schon unmittelbar nach Vertragsabschluss über das Internet nutzen könne, ist entgegenzuhalten, dass nicht gewährleistet ist, dass Verbraucher über einen ausreichenden Internetzugang bzw ein mit dem Internet verbundenes TV-Gerät verfügen, um die Programmangebote der Beklagten entsprechend nutzen zu können. Solche Kunden müssen vielmehr die Zustellung der Smartcard oder des Empfangsgeräts abwarten, um die Angebote der Beklagten nutzen zu können. Dass die Kunden ein besonderes Interesse daran haben, die Programme nicht bloß über das Internet, sondern über eine Smart-Card oder ein Empfangsgerät empfangen zu können, ergibt sich schon aus dem Umstand, dass die Beklagte ihren Kunden für die Überlassung einer Zweitkarte nach der vom Erstgericht festgestellten Preisliste zwischen EUR 9,99 und 24,99 monatlich verrechnet.

Auch kann die Beklagte die sofortige Zahlungspflicht des Kunden nicht damit rechtfertigen, dass sie dem Kunden „in der Regel“ eine Lieferung binnen zwei oder drei Tagen in Aussicht stellt, weil der Kunde darauf keinen Rechtsanspruch hat. Dementsprechend könnte sich ein Kunde auch dann nicht dagegen wehren, wenn er das Gerät deshalb erst am 15. Tag erhalten hat, weil es von der Beklagte mit einer Verzögerung von 14 Tagen versendet wurde.

Nach der vorliegenden Klausel verpflichtet sich die Beklagte, dem Kunden die Smart-Card und das Empfangsgerät „längstens binnen 15 Tagen“ nach Übermittlung der Zugangsdaten für „Sky Go“ zur Verfügung zu stellen, beansprucht für diesen Zeitraum aber das volle Monatsentgelt. Dass ein Kunde das volle Monatsentgelt bezahlen muss, obwohl er während eines Zeitraums von 15 Tagen das Angebot der Beklagten nicht auf die vertraglich vereinbarte Weise nutzen kann, ist sachlich nicht gerechtfertigt und verstößt daher gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Zu Klausel 29:

10.5 Sky kann Vertragsänderungen auch einvernehmlich mit dem Abonnenten vereinbaren. Der Abonnent erhält ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen in schriftlicher Form. In diesem Angebot sind sämtliche Änderungen abgebildet. Zusätzlich findet der Abonnent einen Hinweis auf die Volltext-Version unter www.sky.at/AGB. Gleichzeitig informiert Sky den Abonnenten über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen. Das Angebot gilt als angenommen, wenn der Abonnent nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widerspricht. Sky wird den Abonnenten in diesem Angebot über diese Frist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren.

Der Kläger brachte vor, dass die in der Klausel enthaltene Möglichkeit, Vertragsänderungen ohne inhaltliche Beschränkungen im Wege der Erklärungsfiktion durchzusetzen, gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG verstoße.

Die Beklagte bestritt und wendete ein, dass die Klausel für den Kunden verständlich sei, er über die Bedeutung seines Verhaltens informiert werde und ausreichend Zeit für eine Rückmeldung habe.

Das Erstgericht untersagte die Verwendung der Klausel, weil sie zwar den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspreche, aber gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoße, nachdem die aufgrund der Klausel möglichen „Vertragsänderungen“ in keiner Weise bestimmt seien.

Zur Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie ihren im erstinstanzlichen Verfahren vertretenen Rechtsstandpunkt wiederholt, ist auszuführen, dass nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich sind, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. Bereits das Erstgericht hat der Beklagten zugestanden, dass die vorliegende Klausel den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht.

Die Zulässigkeit der Klausel ist aber auch nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen. Nach ständiger Rechtsprechung verstößt eine Klausel, die Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulässt und nicht einmal ansatzweise

irgendeine Beschränkung erkennen lässt, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile schützen könnte, gegen das Transparenzgebot (RIS-Justiz RS0128865). Dahinter steht, dass die vertragliche Zustimmungsfiktion in der Praxis trotz des formalen Widerspruchsrechts weitgehend auf eine einseitige Änderungsbezugnis des Unternehmers hinausläuft, weil sich Verbraucher erfahrungsgemäß mit Änderungsangeboten nicht auseinandersetzen, weshalb ihnen infolge der Gefahr ihrer Passivität ein Schutzbedürfnis zuzubilligen ist (RIS-Justiz RS0128865 [T5]).

Da die vorliegende Klausel eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien, insbesondere auch von Leistung und Gegenleistung zugunsten der Beklagten in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zulässt, verstößt sie gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG.

Zur Geschäftspraktik:

Der Kläger beehrte von der Beklagten, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern künftig zu unterlassen, sich auf telefonische Vertragsabschlüsse über Dienstleistungen nach vom Unternehmer eingeleiteten Anrufen zu berufen und Forderungen geltend zu machen, obwohl Verbraucher der Beklagten keine schriftlichen Erklärungen über die Annahme des Anbots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt haben, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden.

Der Kläger brachte dazu vor, dass die Geschäftspraktik der Beklagten gegen § 9 Abs 2 FAGG verstoße, wonach der Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag, der während eines vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs ausgehandelt wurde, erst gebunden sei, wenn er dem Unternehmer eine schriftliche Erklärung über seine Annahme übermittelt hat.

Die Beklagte wendete ein, dass § 9 Abs 2 FAGG auf ihre Geschäftstätigkeit nicht anwendbar sei, weil ihre

Leistungen als Zurverfügungstellung von digitalen Inhalten nach § 3 Z 6 FAGG zu qualifizieren seien.

Das Erstgericht untersagte die Geschäftspraktik, wobei es die auf Seite 70 und 71 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen traf und in rechtlicher Hinsicht ausführte, dass das Angebot der Beklagten über die bloße Zurverfügungstellung von digitalen Inhalten hinausgehe, weil sie nicht nur einzelne Sendungen übermittle, sondern auch ein Programmangebot samt Zusatzdiensten gestalte und Nebenleistungen anbiete, etwa durch das Verleihen von Empfangsgeräten und den Kundensupport. Da die Rechte der Verbraucher bei digitalen Inhalten eingeschränkt seien, würde ein vom Gesetzgeber nicht intendiertes Rechtsschutzdefizit entstehen, wenn man den Begriff der „Dienstleistung“ nach § 9 Abs 2 FAGG eng verstünde, weshalb die Beklagte bei telefonisch ausgehandelten Vertragsabschlüssen die Vorgaben des § 9 Abs 2 FAGG einhalten müsse.

Zur Rechtsrüge der Beklagten ist vorweg darauf hinzuweisen, dass die telefonischen Vertragsabschlüsse der Beklagten als „Fernabsatzverträge“ nach § 3 Z 2 FAGG zu qualifizieren sind. Bei einem Fernabsatzvertrag über eine „Dienstleistung“ ist der Verbraucher nach § 9 Abs 2 FAGG erst gebunden, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung seines Vertragsanbots auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt und der Verbraucher dem Unternehmer hierauf eine schriftliche Erklärung über die Annahme dieses Anbots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt.

Diese Vorschrift beruht auf Art 8 Abs 6 der Verbraucherrechte-Richtlinie (RL 2011/83/EU), wonach die Mitgliedstaaten für Fernabsatzverträge, die telefonisch geschlossen werden, vorsehen können, dass der Unternehmer dem Verbraucher das Angebot auf einem dauerhaften Daten-

träger bestätigen muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat. Die europarechtlichen Vorgaben unterscheiden damit nicht, ob es sich um einen Vertrag über Dienstleistungen handelt oder nicht. Auch ist die Umsetzung dieser „doppelten Bestätigungslösung“ für die Mitgliedstaaten nicht zwingend (*Stabentheiner/Cap*, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie, ÖJZ 2011, 1045, 1057).

Nach den Absichten des österreichischen Gesetzgebers soll § 9 FAGG nur für Fernabsatzverträge über „Dienstleistungen“ gelten, weil für Warenkaufverträge bereits durch die zwingend umzusetzenden Vorgaben der Richtlinie über die vorvertraglichen Pflichten des Unternehmers und das Widerrufsrecht ausreichender Verbraucherschutz gewährleistet ist (ErlRV 89 BlgNR 25. GP 6 und 32). Die Informationspflichten nach § 4 FAGG und das Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG gelten freilich grundsätzlich auch für Fernabsatzverträge über Dienstleistungen.

Wohl aber ist zu berücksichtigen, dass die 14-tägige Frist zum Rücktritt nach § 9 FAGG bei „Kaufverträgen und sonstigen auf den entgeltlichen Erwerb einer Ware gerichteten Verträgen“ typischerweise erst mit Zusendung der Ware beginnt, bei „Dienstleistungsverträgen“ aber schon mit dem Tag des Vertragsabschlusses, sodass sie im Zeitpunkt, in dem der Verbraucher erstmals wirklich auf den am Telefon ausgehandelten Vertrag und seine Zahlungspflicht daraus aufmerksam wird, möglicherweise bereits abgelaufen ist und deshalb keinen effektiven Schutz gegen telefonisch aufgedrängte Vertragsabschlüsse bieten kann (*Stabentheiner*, Das neue Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz, VbR 2014, 108, 116).

Hinzu kommt, dass der Verbraucher beim Rücktritt von einem im Fernabsatz geschlossenen Kaufvertrag nach § 15 FAGG nur die Ware zurückstellen muss. Demgegenüber bietet

das Rücktrittsrecht bei Verträgen über Dienstleistungen dem Verbraucher einen nur eingeschränkten Schutz, weil der Verbraucher dem Unternehmer nach § 16 Abs 1 FAGG für bereits erbrachte Leistungen ein entsprechendes Entgelt bezahlen muss. Darüber hinaus ist das Rücktrittsrecht unter den Voraussetzungen des § 18 Abs 1 Z 1 FAGG ganz ausgeschlossen, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht hat. Bei der Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger gespeicherten digitalen Inhalten ist das Rücktrittsrecht unter den Voraussetzungen des § 18 Abs 1 Z 11 FAGG überhaupt ausgeschlossen, wenn der Unternehmer bereits mit der Lieferung begonnen hat.

Dies bedeutet, dass das Informations- und Rücktrittsrecht dem Verbraucher nicht nur bei Dienstleistungen im engeren Sinn, sondern auch bei Verträgen über unkörperliche digitale Inhalte keinen effektiven Rechtsschutz bieten kann. Nach herrschender Meinung ist § 9 Abs 2 FAGG deshalb auch auf Verträge über unkörperliche digitale Inhalte anzuwenden (*Dehn in Schwimann/Kodek*⁴ § 9 FAGG Rz 7; *Stabentheiner*, VbR 2014, 116; für „gemischte Verträge“ auch *Kolba/Leupold*, Verbraucherrecht [2014] § 9 FAGG Rz 245).

Das Erstgericht hat daher richtig erkannt, dass die Beklagte durch ihre Geschäftspraktik im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen gegen § 9 Abs 2 FAGG verstoßen hat, wodurch dem Unterlassungsbegehren nach § 28a KSchG stattzugeben war.

Zur Angemessenheit der Leistungsfrist:

Das Erstgericht setzte hinsichtlich der Pflicht zur Unterlassung der Verwendung der als unzulässig erkannten Klauseln eine Leistungsfrist von drei Monaten. Das Erstgericht führte dazu aus, dass eine Umstellung des Kundenverwaltungssystems der Beklagten einschließlich der automatisierten Mahnungen und Retouren gewöhnlich eine Vorlaufzeit

von sechs bis zwölf Monaten erfordern würde, der Beklagten aber im Interesse der durch die rechtswidrige Vertragsgestaltung benachteiligten Kunden nunmehr verstärkte Anstrengungen zuzumuten seien. Hinsichtlich der untersagten Geschäftspraktik setzte das Erstgericht keine Leistungsfrist, weil insoweit keine Umstellungen erforderlich seien.

Dagegen richtet sich die Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie unter Hinweis auf die erforderliche Umstellung des Kundenverwaltungssystems eine Leistungsfrist von jeweils zwölf Monaten anstrebt. Dazu ist auszuführen, dass die Untersagung der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach gefestigter Rechtsprechung keine reine Unterlassung darstellt, wodurch das Gericht nach § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (4 Ob 130/03a; 10 Ob 70/07b; 6 Ob 24/11i; 7 Ob 84/12x; 5 Ob 118/13h). Der Unternehmer kann das Unterlassungsgebot typischerweise nämlich nur dadurch befolgen, dass er seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert (4 Ob 130/03a; 10 Ob 70/07b). Bei der Bemessung der Leistungsfrist sind die Schwierigkeiten zu berücksichtigen, die im Einzelfall mit einer Anpassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbunden sind, insbesondere auch der Umfang der notwendigen Änderungen (6 Ob 24/11i; 10 Ob 70/07b; 6 Ob 235/15z). Obwohl bei großen Unternehmen nicht nur eine Neufassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern auch eine Umstellung der EDV erforderlich ist, hat der Oberste Gerichtshof in vergleichbaren Fällen eine Leistungsfrist von drei Monaten als angemessen beurteilt (6 Ob 24/11i; 7 Ob 44/13s; 2 Ob 155/16g; 9 Ob 73/17a; 4 Ob 107/17i uva). Die Länge der vom Erstgericht gewährten Leistungsfrist ist damit nicht zu beanstanden.

Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts bedarf aber auch die Unterlassung, sich auf telefonische Ver-

tragsabschlüsse nach von der Beklagten eingeleiteten Anrufen zu berufen, obwohl der Beklagten keine schriftlichen Annahmeerklärungen zugegangen sind, einer Vorbereitungszeit, weil die Beklagte erst ermitteln wird müssen, welche Vertragsverhältnisse davon betroffen sind, wobei aber ebenfalls eine Leistungsfrist von drei Monaten angemessen ist (siehe 9 Ob 73/17a). Der Berufung der Beklagten war daher insoweit Folge zu geben.

Zur Urteilsveröffentlichung:

Der Kläger beehrte die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruches im redaktionellen Teil einer bundesweit erscheinenden Samstagausgabe der „Kronen Zeitung“ auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel. Der Kläger brachte dazu vor, dass ein berechtigtes Interesse der beteiligten Verkehrskreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten und die wahre Rechtslage bestünde.

Die Beklagte bestritt.

Das Erstgericht gab dem Begehren auf Urteilsveröffentlichung in der vom Kläger beantragten Form statt und führte dazu begründend aus, dass die Beklagte bundesweit tätig sei und der Zweck der Urteilsveröffentlichung sich im Verbandsverfahren auch auf potentielle Kunden der Beklagten erstrecke.

Zur Rechtsrüge der Beklagten, mit der sie die Unangemessenheit einer solchen Urteilsveröffentlichung geltend macht, ist auszuführen, dass eine Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung nach § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG ein berechtigtes Interesse voraussetzt. Bei der Verbandsklage nach dem KSchG liegt dieses darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufge-

klärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen und Geschäftspraktiken gesetzwidrig sind, um vor Nachteilen geschützt zu sein (7 Ob 84/12x; RIS-Justiz RS0121963). Da die Beklagte rund 400.000 Kunden in ganz Österreich hat, ist die begehrte Veröffentlichung zweckmäßig und angemessen.

Zur Berufung des Klägers:

Zu Klausel 12:

3.1 Die unaufgeforderte Rückgabe einer Smartcard oder eines Leih-Empfangsgeräts während aufrechtem Abonnement entbindet den Abonnenten nicht von der Zahlungspflicht der vertraglich vereinbarten monatlichen Beiträge. Dies gilt nicht bei der fristgerechten Ausübung des gesetzlichen Widerrufsrechts.

Der Kläger brachte vor, dass die Klausel gröblich benachteiligend sei, weil sie bei kundenfeindlichster Auslegung den Kunden selbst dann zur Zahlung verpflichte, wenn er Gewährleistungsansprüche geltend macht oder ein außerordentliches Kündigungsrecht ausübt.

Die Beklagte wendete ein, dass die Klausel weder Kündigungs- noch Gewährleistungsrechte regle.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als zulässig, wobei es die auf Seite 45 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen traf und in rechtlicher Hinsicht ausführte, dass die Klausel in Einklang mit dem in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen und nach § 6 Abs 1 Z 4 KSchG zulässigen Schriftformgebot für Kündigungen stehe. Die Klausel sei als bloßer Hinweis darauf zu verstehen, dass die faktische und unaufgeforderte Rückgabe der Geräte keine Rechtsfolgen auslöse, sondern Kündigungen und Gewährleistungsansprüche explizit geltend zu machen seien.

Der Rechtsrüge des Klägers, mit der sie ihre im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Argumente wiederholt, ist entgegenzuhalten, dass der Klausel auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht zu entnehmen ist, dass der Kunde trotz einer berechtigten Kündigung oder der Geltendmachung gewährleistungsrechtlicher Ansprüche die monatlichen Entgelte weiter zahlen müsste. Die Klausel macht den Kunden lediglich darauf aufmerksam, dass ihn die unaufgeforderte Rückgabe der Geräte „während aufrechem Abonnements“ nicht von seiner Zahlungspflicht befreit, was der dispositiven Rechtslage entspricht.

Zu Klausel 17:

4.2 Für Programmausfälle und -störungen von Rundfunkprogrammen, die der Abonnent im Rahmen der „Österreich Freischaltung“ (Pkt. 1.1.9) kostenfrei bezieht, haftet Sky nicht.

Der Kläger brachte vor, dass der pauschale Haftungs- und Gewährleistungsausschluss gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, § 9 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG verstoße. Die „Österreich Freischaltung“ sei nicht „kostenfrei“, weil sie den Bezug eines kostenpflichtigen Abonnements voraussetze.

Die Beklagte wendete ein, dass die Klausel weder intransparent noch gröblich benachteiligend sei, weil die Freischaltung kostenlos erfolge und nicht Teil des Abonnements sei.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als zulässig, wobei es dazu feststellte, dass aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung der Beklagten mit dem ORF und den österreichischen Privat-TV-Anbietern deren Programme auch über die Smart-Card der Beklagten empfangen werden könnten, ohne dass ein zusätzliches Empfangsgerät benötigt würde. Diese Freischaltung erfolge kostenlos.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klausel die Haftung der Beklagten nur für Störungen und Ausfälle der freigeschalteten Programme von Drittanbietern ausschlieÙe, worauf die Beklagte keinen Einfluss habe, nicht aber für Störungen und Ausfälle der Freischaltung, die von der Beklagten vorgenommenen wurde. Diese Programme seien auch nicht von der Leistungszusage der Beklagten umfasst, sodass der Haftungsausschluss zulässig sei.

Die Tatsachenrüge des Klägers richtet sich gegen die vermeintliche Feststellung des Erstgerichts, dass die Freischaltung dieser Programme kostenlos erfolge, wobei der Kläger vorbringt, dass die Freischaltung im Austauschverhältnis zu den vom Kunden für das Abonnement zu leistenden Entgelte stehe. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich aus den Feststellungen des Erstgerichts ohnehin ergibt, dass das Abonnement kostenpflichtig ist, weshalb die angefochtene Feststellung nur dahin verstanden werden kann, dass den Abonnenten für die Freischaltung dieser Programme kein zusätzliches Entgelt in Rechnung gestellt wird. Der Kläger erkennt im Übrigen selbst, dass er sich mit diesen Ausführungen in Wahrheit gegen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts richtet.

Zur Rechtsrüge des Klägers ist auszuführen, dass Punkt 1.1.9. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten lautet:

1.1.9. Während der Laufzeit des Abonnements ist der Abonnent jederzeit berechtigt, seine Smartcard für den Empfang von verschlüsselten, digital ausgestrahlten, unentgeltlichen Rundfunkkanälen (z.B. ORF, ATV) kostenfrei freischalten zu lassen, soweit dies über die technische Plattform von Sky möglich ist und die rechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind (nachfolgend „Österreich Freischaltung“). Sky hat keine Verpflichtung, für

den Empfang dieser Kanäle zu sorgen oder den Empfang, in welcher Form auch immer, sicherzustellen (...)

Daraus ergibt sich, dass sich die Beklagte gegenüber ihren Abonnenten zur „Freischaltung“ dieser Programme verpflichtet, aber natürlich keine Haftung dafür übernehmen kann, dass die Programme tatsächlich störungsfrei ausgestrahlt werden. Der in der Klausel enthaltene Haftungsausschluss für „Programmausfälle und -störungen von Rundfunkprogrammen“ betrifft dementsprechend Programme, die von Drittanbietern ausgestrahlt werden und daher nicht vom Leistungsversprechen der Beklagten umfasst sind. Im Ergebnis verstößt der Haftungsausschluss somit weder gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG noch gegen § 9 KSchG und ist auch nicht gröblich benachteiligend oder intransparent.

Zur Leistungsfrist für das Sich-Berufen:

Das Erstgericht setzte auch für die Verpflichtung zur Unterlassung, sich auf die als unzulässig erkannten Klauseln zu berufen, eine Leistungsfrist von drei Monaten, was das Erstgericht damit begründete, dass die Außerachtlassung der als unzulässig erkannten Klauseln im Unternehmen der Beklagten eine Systemanpassung erfordere, besonders wenn die Abrechnung der Entgelte betroffen sei.

Zur Rechtsrüge des Klägers, mit der er den Entfall dieser Leistungsfrist anstrebt, ist auszuführen, dass die Frage, ob bei einer Unterlassungsverpflichtung eine Leistungsfrist zu setzen ist, stets von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängt (RIS-Justiz RS0041265 [T7]). Auch die Frage der Zulässigkeit einer Leistungsfrist für die Unterlassung des Sich-Berufens auf unzulässige Klauseln ist nicht generell nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip zu beantworten: Es kann Klauselwerke geben, die ein sofortiges Abstandnehmen von einem Sich-darauf-Berufen erlauben und zur Umsetzung dieses Unterlassungsgebots keine weiteren aktiven Vorkehrungen erfordern; es kann aber

ebenso Klauselwerke geben, die sehr wohl bestimmter betrieblicher und/oder organisatorischer Maßnahmen bedürfen, um zu verhindern, dass sie weiter der Gestion von Altverträgen zugrunde gelegt werden (mit ausführlicher Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung 9 Ob 82/17z = RIS-Justiz RS0041260 [T9]). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Tatbestand des Sich-Berufens mitunter sehr weit verstanden wird, sodass ein Unternehmer sich schon dann auf eine Klausel beruft, wenn sie Inhalt oder Kalkulationsgrundlage einer Mitteilung an den Verbraucher ist (8 Ob 132/15t; 9 Ob 82/17z).

Die Umsetzung der urteilsgemäßen Unterlassungspflicht wird es erforderlich machen, dass die Beklagte ihre Kundenbetreuer entsprechend informiert und anleitet, damit sie in der Lage sind, den Kunden - etwa was die Rückgabe der Leihgeräte oder die Folgen des Zahlungsverzugs betrifft - richtige Auskünfte zu erteilen. Darüber hinaus erfordert die Umsetzung des Urteils eine Anpassung des EDV-Mahnsystems. Schließlich wird die Beklagte auch ihre Informationsschreiben prüfen und einen allfälligen Anpassungsbedarf ermitteln müssen. Insgesamt bestehen daher keine Bedenken gegen die vom Erstgericht festgesetzte Leistungsfrist.

Die Kostenentscheidung in Bezug auf die Verfahrenskosten erster und zweiter Instanz beruht auf § 52 ZPO, zumal ein Kostenvorbehalt - auch wenn das Erstgericht davon abgesehen hat - angesichts der zuzulassenden ordentlichen Revision aus verfahrensökonomischen Gründen geboten war (*M. Bydlinski in Fasching/Konecny*³ § 52 ZPO Rz 12).

Der Bewertungsausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der unbedenklichen Bewertung durch den Kläger und der Bedeutung der Klauseln im Geschäftsverkehr.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass die Auslegung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

oder Vertragsformblättern bestimmter Geschäftsbranchen, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO aufwirft, sofern solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren, weshalb die ordentliche Revision zuzulassen war (RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 133, am 7. Februar 2019

Dr. Reinhard Hinger

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG