



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Iby und Dr. Strolz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **A1 Telekom Austria AG**, Lassallestraße 9, 1020 Wien, vertreten durch Hasberger Seitz & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert: EUR 36.000,--) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 25.10.2012, 39 Cg 26/12k-6, (Berufungsinteresse: EUR 33.230,77) in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil, das im übrigen unverändert bleibt, wird dahin abgeändert, dass Punkt 1. des Spruches am Schluss wie folgt zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig,...

[.....]

... zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es bin-
nen 6 Monaten zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.529,06 (darin EUR 421,51 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG klagebefugter Verein. Die Beklagte ist die in Österreich bei weitem größte Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen. Sie tritt laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und legt den mit diesen geschlossenen Verträgen Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde. Diese enthalten unter anderem die nachstehenden Klauseln:

„4. Änderungen des Vertrages

4.1. (...)

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

4.3. Werden Kunden durch die Änderung(en) nicht ausschließlich begünstigt, so wird A1 diese Änderung(en) - soweit diese nicht nur für künftige Kunden gelten sollen - zwei Monate vor ihrem Inkrafttreten kundmachen. Der wesentliche Inhalt der den Kunden nicht ausschließlich begünstigende(n) Änderung(en) und der Hinweis auf § 25 Abs. 3 TKG 2003 wird dem Kunden in schriftlicher Form,

etwa durch Aufdruck auf einer Rechnung, zumindest einen Monat vor Inkrafttreten mitgeteilt. Die Mitteilung über den wesentlichen Inhalt der Änderung wird einen Hinweis auf das kostenlose Kündigungsrecht und die Kündigungsfrist enthalten. Auf Ersuchen des Kunden wird der Volltext der aktuellen AGB übermittelt. Entgeltänderungen aufgrund eines vereinbarten Index berechtigten nicht zur außerordentlichen Kündigung.

4.4. Einvernehmliche Vertragsänderungen: A1 kann Änderungen mit dem Kunden auch einvernehmlich vereinbaren. Der Kunde erhält ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen in schriftlicher Form, z.B. durch Rechnungsaufdruck oder als Rechnungsbeilage. Darin finden sich alle Änderungen. Auch wenn A1 nur einen Teil eines Punktes ändert, sendet A1 dem Kunden den gesamten neuen Punkt. Zusätzlich findet der Kunde einen Hinweis auf die Volltext-Version unter www.A1.net. Der Kunde kann die Volltext-Version auch bei der A1 Serviceline kostenlos anfordern. Gleichzeitig informiert A1 den Kunden über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen. Das Angebot gilt als angenommen, wenn der Kunde nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widerspricht. A1 wird den Kunden in diesem Angebot über diese Frist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren.“

„6. Übertragung des Vertrages durch den Kunden

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

„10.2. Wird das Vertragsverhältnis oder eine Vereinbarung über eine zusätzliche Leistung beendet, ist der Kunde verpflichtet, sofern er das Vertragsverhältnis

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

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

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

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

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

- A1 ist verpflichtet Senkungen des Jahres-VPI weiterzugeben und die besagten Entgelte entsprechend der

Senkung zu reduzieren.

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

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

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

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

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

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

14.4. Hat der Kunde fristgerecht Einwendungen gegen die Rechnung von A1 erhoben, wird A1 die Richtigkeit der

beeinspruchten Rechnung entweder bestätigen oder diese korrigieren.

Die Entscheidung wird dem Kunden schriftlich zugestellt. A1 ist berechtigt, ein standardisiertes Überprüfungsverfahren durchzuführen. In diesem Falle hat der Kunde die Möglichkeit, binnen einem Monat nach Zugang der Überprüfungsentscheidung weitere Überprüfungen zu verlangen, ansonsten die bestrittene Entgeltforderung als anerkannt gilt.

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

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

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

„27.2. Die Haftung gegenüber Unternehmern ist für

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

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

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

Der **Kläger** begehrt, die Beklagte habe im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der aus dem Spruch des angefochtenen Urteils ersichtlichen Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie habe es weiter zu unterlassen, sich auf diese Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen. Angeschlossen wurde ein Urteilsveröffentlichungsbegehren binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“, und zwar in der bundesweit erscheinenden Ausgabe.

Der Kläger brachte vor, alle inkriminierten Klauseln

würden gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten verstoßen.

Die **Beklagte** wendete ein, die beanstandeten Klauseln seien weder rechts- noch sittenwidrig.

Hinsichtlich des näheren Vorbringens beider Parteien zu den einzelnen Klauseln wird auf die Ausführungen zur Berufung verwiesen, in der dieses zusammengefasst wiedergegeben wird.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht in seinem Punkt 1) lit a) bis lit l) dem Klagebegehren gemäß 1) a) 1) bis 5) und 7) bis 13) des Urteilsantrages statt. Das zu 1) a) 6) gestellte Klagebegehren wies es in seinem Punkt 2) ab. Dem Urteilsveröffentlichungsbegehren wurde im Umfang des klagsstattgebenden Teiles des Urteilsspruches antragsgemäß stattgegeben. Ausgehend vom unstrittigen Text der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten und dem Sachverhalt, dass der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 1.3.2012 aufgefordert hat, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, was letztere mit Schreiben vom 26.3.2012 verweigerte, führte das Erstgericht unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher aus, die von der Beklagten verwendeten Klauseln seien - mit einer Ausnahme - unzulässig. Hinsichtlich der Begründung wird ebenfalls auf die zur Berufung im Einzelnen angesprochenen Vertragsbestimmungen verwiesen.

Die Beklagte erhob gegen den stattgebenden Teil dieses Urteils Berufung aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und beantragte, es dahin abzuändern, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen

werde; in eventu möge auch für das „Sich-Berufen“ auf die Klauseln eine Leistungsfrist von sechs Monaten festgelegt werden.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die **Berufung** ist teilweise berechtigt.

Wie schon das Erstgericht dargelegt hat, hat bei der Verbandsklage die Auslegung der Klauseln im "kundenfeindlichsten" Sinn zu erfolgen. Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor. Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein "Überrumpelungseffekt" innewohnen. Neben dem Inhalt ist auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstextes maßgebend. Sie darf im Text nicht derart "versteckt" sein, dass sie der Vertragspartner - ein durchschnittlich sorgfältiger Leser - dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte. Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln. Eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt.

Gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Durch diese Bestimmung wurde ein eine objektive Äquivalenzstörung und "verdünnte Willensfreiheit" berücksichtigendes bewegliches System geschaffen. Ein Abweichen vom dispositiven Recht ist unter Umständen schon dann eine

gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren.

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich gefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umgesetzt und damit das sogenannte Transparenzverbot für Verbrauchergeschäfte normiert. Diese soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsformblättern zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis der für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe. Auf die für den Verbraucher ungünstigste Auslegung wird im Verbandsprozess auch deshalb abgestellt, weil befürchtet wird, dass der einzelne Verbraucher die wahre Rechtslage und die ihm zustehenden Rechte nicht erkennt und sich daher auch nicht auf diese beruft (7 Ob 84/12x mwN).

**Zur Klausel Punkt 4.2. (Punkt 1) a) des Urteils-
spruchs) :**

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

Der Kläger brachte dazu vor, dass nach dieser Klausel auch Entgeltänderungen auf Grund einer vereinbarten Indexanpassung als ausschließlich begünstigende Änderungen ab dem Tag der Kundmachung der Entgeltänderung angewandt werden können. Eine solche Entgeltänderung führe in der Regel aber zu einer Entgelterhöhung und damit zu einer nicht begünstigenden Änderung. Eine solche könne daher nur unter Einhaltung des Verfahrens nach § 25 Abs 3 TKG eingeführt werden. Die Beklagte versuche, Entgeltänderungen vom dort vorgesehenen Verfahren auszunehmen. Die Klausel verschleierte dem Verbraucher die wahre Rechtslage, zudem sei sie intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte hielt dem entgegen, die Indexklausel sei bereits Teil des Vertragsverhältnisses mit dem Kunden. In den AGB werde nur klargestellt, dass der Vollzug der Indexklausel, der auch zu Entgelterhöhungen führen könne, bereits am Tag der Kundmachung der Änderung(en) erfolgen könne. Vom Kläger werde daher Änderung und Vollzug einer Bestimmung unzulässig vermischt.

Im angefochtenen Urteil wurde die Bestimmung für unzulässig erachtet. Das Erstgericht führte unter Bezugnahme auf § 25 Abs 2 und 3 TKG aus, es sei zu prüfen, ob im Fall einer Entgeltänderung auf Grund einer vereinbarten Indexanpassung eine den Verbraucher nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Entgeltbestimmungen vorliege. Bei einer Entgelterhöhung könne es sich nicht um

eine den Verbraucher ausschließlich begünstigende Änderung handeln. Es wäre daher das Prozedere des § 25 Abs 3 TKG einzuhalten, dh dem Verbraucher der geänderte Inhalt der Entgeltbestimmungen mit der Möglichkeit, eine außerordentliche Kündigung auszusprechen, mitzuteilen.

Nicht zutreffend sei, dass es sich bei einer Entgeltanpassung nur um den Vollzug einer bereits vereinbarten Indexklausel und damit nicht um eine Änderung der Entgeltbestimmungen iSd § 25 TKG handle. Die Rechtsansicht der Beklagten würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, das Regime des § 25 Abs 3 TKG generell durch das Vorsehen von Änderungsklauseln in den AGB zu unterlaufen. Gerade dies dürfe nicht sein, da es sich bei der zitierten Regelung in erster Linie um eine Verbraucherschutzbestimmung handle, die nicht ausgehebelt werden dürfe. Die beanstandete Klausel verstoße daher gegen § 25 Abs 3 TKG und das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die wahre Rechtslage verschleierte.

In der Berufung wiederholt die Berufungswerberin ihre Auffassung, im Fall einer Entgeltänderung auf Grund einer vereinbarten Indexanpassung sei keine Vertragsänderung erfolgt. Die entsprechende Indexklausel sei bereits Vertragsinhalt. Die Vorschriften des § 25 Abs 2 und 3 TKG seien daher nicht einzuhalten. Würde man der Ansicht des Erstgerichtes folgen, liefere dies darauf hinaus, dass das Prozedere gemäß § 25 Abs 3 TKG in jedem Fall einer Entgeltänderung einzuhalten wäre.

Der Einwand der Berufungswerberin ist unberechtigt. Dem Erstgericht ist beizupflichten, dass es einen allgemeinen Grundsatz der österreichischen Rechtsordnung darstellt, dass vertragliche Vereinbarungen - und damit auch der Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) -

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

Verfahrensgegenständlich nach der genannten Klausel ist eine Entgeltänderung aufgrund einer vereinbarten Indexanpassung, also in der Regel eine Entgelterhöhung. Die Berufungswerberin ist dazu auf die Entscheidung 1 Ob 123/09h zu verweisen. Danach ist der Anbieter in Anwendung des § 25 TKG ex lege zu einer einseitigen Vertragsänderung berechtigt, soweit es die Änderung von AGB und Entgeltbedingungen betrifft. Als Ausgleich dafür erhält der Teilnehmer ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht, das spätestens bis zum In-Kraft-Treten der Änderungen auszuüben ist.

Weiters kann zur konkreten Fallkonstellation die Entscheidung 3 Ob 107/11y herangezogen werden. In jenem Verfahren stand die Zulässigkeit der dort beanstandeten Klausel nach § 29 ZaDiG iVm § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zur Beurteilung an. Der OGH gelangte zum Schluss, dass - neben

unmittelbaren Änderungen des Rahmenvertrages - auch vorweg vereinbarte Ermächtigungen zu einseitigen Anpassungen oder Änderungen der vertraglichen Bedingungen dem Regime des § 29 Abs 1 ZaDiG unterliegen, sofern nicht einer der beiden ausdrücklich angeführten Ausnahmefälle vorliege. Es sei daher die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes zu bestätigen, dass in allen nicht im § 29 Abs 2 Satz 1 ZaDiG angeführten Fällen (Anpassung von Zinssätzen und Wechselkursen) einer Änderung der Entgelte nach dem Abschluss des Rahmenvertrages die im § 29 Abs 1 ZaDiG vorgesehene Vorgangsweise eingehalten, also insbesondere die (ausdrückliche oder stillschweigende) Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers eingeholt werden müsse.

Diese Überlegungen bedeuten für den konkreten Fall, dass die Beklagte bei Entgelterhöhungen, auch wenn sie grundsätzlich dazu berechtigt ist und diese Folge einer vereinbarten Indexklausel sind, das in § 25 Abs 3 TKG normierte Prozedere einhalten muss. Sohin kann sie sich nicht darauf berufen, bei der Entgeltanpassung handle es sich nur um den Vollzug einer bereits vereinbarten Indexklausel. Gesetzliche Regelungen wie die vorliegende können nicht dadurch umgangen werden, dass Änderungsklauseln in den AGB allgemein vereinbart werden und dann, wenn die Voraussetzungen für eine Änderung (Erhöhung des Entgeltes) eintreten, die dafür gesetzlich vorgesehene Vorgangsweise durch Verweis auf eine solche AGB-Vereinbarung umgangen wird.

Entgegen ihrem Vorbringen unterliegt die Beklagte in Bezug auf ihre AGB auch der Geltungs- und Inhaltskontrolle durch allgemein bürgerlich-rechtliche und konsumentenschutzrechtliche Bestimmungen, sodass eine Regelung wie die verfahrensgegenständliche nicht ausschließlich am

Maßstab des § 25 Abs 3 TKG zu prüfen ist. Dazu wird neuerlich auf die Entscheidung zu 1 Ob 123/09h verwiesen. Darin schloss sich der OGH der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes zum dortigen Anlassfall an. Nach dessen rechtlicher Würdigung widersprachen die dort inkriminierten Klauseln nicht nur § 25 Abs 3 TKG, sondern waren auch gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

Beim durchschnittlichen Verbraucher wird durch den Umstand, dass sich der Hinweis auf bestimmte Folgen von Entgeltänderungen aufgrund einer vereinbarten Indexanpassung im unmittelbaren Anschluss daran befindet, wann Änderungen, die Kunden ausschließlich begünstigen, angewendet werden können, der unrichtige Eindruck erweckt, auch eine Entgeltänderung aufgrund einer vereinbarten Indexanpassung, also in der Regel eine Entgelterhöhung, sei zugunsten des Verbrauchers; für ihn kommt nicht klar zum Ausdruck, dass von der Anwendungsmöglichkeit auch ihn benachteiligende Entgeltänderungen erfasst sind.

In Bezug auf die inkriminierte Klausel ist daher eine Verletzung des § 25 Abs 3 TKG zu bejahen. Die Bestimmung verschleierte aber auch dem Verbraucher die wahre Rechtslage, wird er doch nicht über die ihm zustehende Möglichkeit einer außerordentlichen Vertragskündigung informiert, sodass weiters ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG gegeben ist.

Zur Klausel 4.3. (Spruchpunkt 1) b):

„4.3. Werden Kunden durch die Änderung(en) nicht ausschließlich begünstigt, so wird A1 diese Änderung(en) - soweit diese nicht nur für künftige Kunden gelten sollen - zwei Monate vor ihrem Inkrafttreten kundmachen. Der wesentliche Inhalt der den Kunden nicht ausschließlich begünstigende(n) Änderung(en) und der Hinweis auf § 25

Abs. 3 TKG 2003 wird dem Kunden in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer Rechnung, zumindest einen Monat vor Inkrafttreten mitgeteilt. Die Mitteilung über den wesentlichen Inhalt der Änderung wird einen Hinweis auf das kostenlose Kündigungsrecht und die Kündigungsfrist enthalten. Auf Ersuchen des Kunden wird der Volltext der aktuellen AGB übermittelt. Entgeltänderungen aufgrund eines vereinbarten Index berechtigten nicht zur außerordentlichen Kündigung.“

Dazu führte der Kläger aus, dass nach dieser Bestimmung Entgeltänderungen auf Grund einer Indexklausel nicht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 25 Abs 3 KSchG berechtigen sollen. Da Entgeltänderungen auf Grund einer einseitigen Preisanpassungsklausel, wie unter Punkt 10.12. der AGB vereinbart, in der Regel jedoch zu einer Entgelterhöhung führen, müsse dem Kunden nach der genannten Bestimmung ein außerordentliches kostenloses Kündigungsrecht eingeräumt werden. Die Klausel widerspreche daher § 25 Abs 3 TKG und verstoße, weil die wahre Rechtslage verschleiert werde, gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte wendete dagegen ein, auch zu diesem Punkt finde sich in den AGB eine vertragliche Vorwegvereinbarung, deren Ausübung nicht der gesetzlichen Änderungsklausel des § 25 Abs 3 TKG unterliege. Es werde keine einseitige Änderung vorgenommen, sondern es sei die Änderung im Vorhinein vereinbart, ohne Einflussmöglichkeit durch die Beklagte. Durch die Koppelung an den Verbraucherpreisindex der Statistik Austria sei die Bestimmung für den Verbraucher ausreichend bestimmt.

Das Erstgericht führte zu dieser Klausel aus, sie sei gewissermaßen die Komplementärbestimmung zur Klausel 4.2. Sie gebe zunächst die Regelung des 25 Abs 3 TKG wie-

der, nehme dann aber Entgelterhöhungen auf Grund einer vereinbarten Indexklausel explizit aus. Dies widerspreche, wie schon ausgeführt, den gesetzlichen Bestimmungen, da auch Entgelterhöhungen auf Grund einer vereinbarten Indexklausel als den Verbraucher nicht ausschließlich begünstigende Änderungen der Entgeltbestimmungen anzusehen seien. Auch diese Klausel verletze daher § 25 Abs 3 TKG und, weil die wahre Rechtslage verschleiert werde, das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

In der Berufung ist die Berufungswerberin unter Bezugnahme auf ihre Ausführungen zur Klausel 4.2. der Ansicht, es liege keine Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen iSd § 25 Abs 2 und 3 TKG vor, wenn die vereinbarte Indexklausel zur Anwendung gelangen solle.

Zu dieser beanstandeten Bestimmung kann auf die Rechtsausführungen, wie sie zur vorangehend inkriminierten Klausel gemacht wurden, verwiesen werden. Entgeltänderungen aufgrund eines vereinbarten Index, dh in der Regel Entgelterhöhungen, unterliegen der Regelung des § 25 Abs 3 TKG. Danach muss dem Kunden im Gegensatz zur Textierung in den AGB ein außerordentliches kostenloses Kündigungsrecht eingeräumt werden. Die Klausel ist somit wegen Verstoßes gegen diese Bestimmung und auch wegen Verletzung des Transparenzgebotes nach § 6 Abs 3 KSchG unzulässig.

Zur Klausel 4.4. (Spruchpunkt 1) c):

„4.4. Einvernehmliche Vertragsänderungen: A1 kann Änderungen mit dem Kunden auch einvernehmlich vereinbaren. Der Kunde erhält ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen in schriftlicher Form, z.B.

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

Der Kläger berief sich zu dieser Klausel darauf, die Beklagte könne damit dem Kunden ein Angebot auf eine einvernehmliche benachteiligende Vertragsänderung machen. Widerspreche dieser nicht, werde sie Vertragsinhalt. Die Beklagte behalte sich sohin vor, den Vertrag ohne irgend eine Beschränkung nach Belieben im Rahmen des Prozedere einer Erklärungsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zu ändern, was nicht zulässig sei. Nur ein berechtigtes Verwenderinteresse vermöge eine vorformulierte Erklärungsfiktion zu rechtfertigen. Ein solches könne nur bejaht werden, wenn es nach der Sachlage erforderlich sei, das Rechtsverhältnis in einer bestimmten Situation anzupassen und wenn die dem Vertragspartner zugerechnete Erklärung diesem keinen unangemessenen Nachteil zufüge. Vorliegend seien diese Voraussetzungen nicht gegeben. Daran ändere der Verweis auf eine Website nichts.

Weiters hätten nach § 25 Abs 2 und 3 TKG Verbraucher bei nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestim-

mungen ein außerordentliches Kündigungsrecht. Dem Verbraucher werde die wahre Rechtslage verschleiert, nämlich dass er im Fall von benachteiligenden Änderungen ein außerordentliches Kündigungsrecht habe. Die Klausel verstoße daher gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Verbraucher mögen allenfalls damit rechnen, dass in Verträgen Verlängerungsklauseln enthalten seien. Völlig unüblich sei es allerdings, dass bestehende Verträge vollkommen unbeschränkt geändert werden können und die Betroffenen widersprechen müssen, um nicht Gefahr zu laufen, nach Ablauf der Widerspruchsfrist über ein vollkommen anderes Produkt zu verfügen, das sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht gewählt hätten. Die Klausel sei daher auch als unzulässig iSd § 864a ABGB zu beurteilen, weil sie von den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers deutlich abweiche und als überraschend und nachteilig anzusehen sei. Dazu komme, dass der erste Teil der Klausel so textiert sei, dass er vermuten lasse, dass Änderungen nur einvernehmlich erfolgen könnten.

Überdies weiche die Bestimmung vom Grundsatz ab, dass Schweigen im Rechtsverkehr grundsätzlich keinen Erklärungswert habe. Die Klausel sei daher auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, da es zu einer unangemessenen Verschiebung der Rechtslage komme und die Erfüllung der Hauptpflichten gefährdet sei. Sie sei weiters sittenwidrig iSd § 879 ABGB. Sie ermögliche eine vollkommen unbeschränkte Änderungsmöglichkeit, die zu einer massiven, aus Sicht des Verbrauchers nachteiligen Veränderung des bestehenden Vertrages führen könne.

Weiters sei die Bestimmung im Lichte des Transparenzgebotes des § 6 Abs 3 KSchG unzulässig, weil aus ihr

die mögliche Reichweite der Änderungsmöglichkeiten nicht hinreichend ablesbar sei. Verbrauchern werde nach Lektüre der Klausel nicht bewusst sein, welche massiven Umgestaltungsmöglichkeiten auf ihrer Basis erfolgen könnten und wie „gefährlich“ von der Beklagten während der Vertragslaufzeit übermittelte Angebote zur Vertragsänderung sein könnten.

Die Beklagte behauptete zu dieser Klausel, die dort geregelte Erklärungsfiktion sei rechtmäßig. Das Anbot zur einvernehmlichen Vertragsänderung erfolge in schriftlicher Form und enthalte den erforderlichen Hinweis iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Die Klausel sei für den Verbraucher zudem günstig. Widerspreche dieser der geplanten Änderung, bleibe sein Vertrag zu den alten Konditionen aufrecht. Einer außerordentlichen Kündigung bedürfe es daher nicht.

Im angefochtenen Urteil wurde zu dieser Klausel ausgeführt, sie verstoße gegen § 25 Abs 3 TKG und sei daher unzulässig. Bei Vertragsänderungen sei das in dieser Bestimmung vorgesehene Prozedere einzuhalten, wonach dem Verbraucher insbesondere ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen sei.

Weiters sei ein Verstoß gegen § 864a ABGB gegeben. Der durchschnittliche Verbraucher werde die Formulierung des ersten Satzes der Klausel dahin verstehen, dass „vereinbaren“ iS von „ausdrücklich vereinbaren“ gemeint sei. Es sei daher überraschend, wenn im weiteren Verlauf des Absatzes in Wahrheit das Gegenteil folge, nämlich dass Vertragsänderungen auch durch Schweigen des Verbrauchers zustande kommen könnten. Die Klausel sei auch nachteilig, da sie den Verbraucher schlechter stelle als wenn sie nicht vereinbart würde.

Bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel könnten Vertragsänderungen in jede Richtung vorgenommen werden. Es könnten daher auch Hauptleistungspflichten aus dem Vertrag jederzeit einem Änderungsvorschlag unterliegen, dem die Kunden ausdrücklich widersprechen müssten. Der Verbraucher müsse aktiv reagieren und in der Regel sicherheitshalber per eingeschriebenem Brief kosten- und zeitintensiv seinen Widerspruch übermitteln. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung 6 Ob 85/11k gelangte das Erstgericht zum Ergebnis, die Klausel sei auch als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB zu qualifizieren.

Darüber hinaus erscheine sie intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Zwar möge für einen Kunden ersichtlich sein, was mit der Klausel bewirkt werden solle: Nämlich die Möglichkeit, eine Vertragsänderung vorzunehmen, ohne auf eine Antwort des Kunden zu warten. Dem durchschnittlichen Verbraucher werde aber nicht ersichtlich sein, welchen weiten Spielraum er der Beklagten mit der Zustimmung zu dieser Klausel verschaffe. Sie ermögliche Vertragsänderungen, die zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung auch Hauptleistungspflichten betreffen. Eine solche Klausel bedürfe daher einer Konkretisierung, die einem durchschnittlichen Verbraucher eine Vorstellung davon vermitteln, in welchen Bereichen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang er mit Änderungen zu rechnen habe.

Auch zu dieser Klausel wurde in der Berufung die Meinung vertreten, dass kein Anwendungsfall des gesetzlichen Änderungsrechtes nach § 25 Abs 2 und 3 TKG vorliege. Eines Kündigungsrechtes nach dieser Regelung bedürfe es zudem nicht. Wenn der Kunde dem Änderungsvorschlag widerspreche, behalte er den alten Vertrag, was ein noch stär-

kerer Rechtsbehelf als die kostenlose Kündigung sei.

Eine „doppelte“ Verbraucherschutzprüfung entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers. Die genannte Bestimmung habe einen gesonderten Anwendungsbereich, der nicht deckungsgleich mit der Geltungs- und Inhaltskontrolle nach den Bestimmungen des KSchG und ABGB sei. Einem Telekommunikationsunternehmen könne nicht verwehrt werden, mit dem Kunden eine ausdrückliche Änderungsvereinbarung durch Angebot und ausdrückliche Annahme abzuschließen, aber auch nicht, für den Massenverkehr Änderungsmodelle zu entwickeln, die eine fingierte (konkludente) Zustimmung des Kunden unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorsähen.

Die inkriminierte Klausel verstoße auch nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB. Der Inhalt der fingierten Erklärung unterliege der allgemeinen Inhaltskontrolle. Die Beklagte bedürfe zu einer Änderung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Genehmigung der Regulierungsbehörde gemäß § 25 Abs 2 TKG, sodass unangemessene Vertragsänderungen an dieser Vorkontrolle scheitern würden. Der zulässige Anwendungsbereich einer Zustimmungsfiktion sei ein genereller; es sei unrichtig, dass nur Nebenpflichten betroffen sein könnten.

Ebensowenig liege ein Verstoß gegen § 864a ABGB vor. Vom Kunden sei zu verlangen, seine Aufmerksamkeit allen Punkten der AGB zu widmen. Die Kunden der Beklagten müssten daher die beanstandete Klausel zur Gänze lesen. Es sei auch geradezu typisch, dass AGB die Hauptleistungspflichten der Parteien modifizieren würden. Eine vertragliche Zustimmungsfiktion sei somit nicht überraschend, wenn sie im sachlich passenden Abschnitt der AGB und verkehrsüblich sei.

Soweit die Berufungswerberin zu dieser Bestimmung neuerlich die Ansicht vertritt, § 25 Abs 3 TKG sei aus den schon zu den vorangegangenen Punkten angeführten Erwägungen nicht heranzuziehen, ist sie auf die dazu ebenfalls schon dargelegten rechtlichen Überlegungen des Erstgerichtes und des Berufungsgerichtes zu verweisen. Danach verstößt die nunmehr inkriminierte Klausel gegen § 25 Abs 3 TKG insoweit, als damit AGB-Änderungen auf die beschriebene Art und Weise, dh ohne Einhaltung des Prozedere des § 25 Abs 3 TKG, eingeführt werden sollen. Weiters kann die Entscheidung 7 Ob 84/12x herangezogen werden. Darin wurde zu einer ähnlichen Klausel ausgesprochen, dass sie der Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Änderung der AGB nach § 25 TKG diene. Auch wenn diese Bestimmung den Anbieter, was die AGB und Entgeltbestimmungen anlange, ex lege zu einer einseitigen Vertragsänderung berechtige, sei diese an bestimmte gesetzliche Formerfordernisse gebunden. Die Bestimmung könne nur dann ihre Schutzfunktion entfalten, wenn eine abweichende Vereinbarung nichtig sei.

Davon abgesehen verstößt die Klausel gegen § 864a ABGB sowie gegen § 6 Abs 1 Z 2 und Abs 3 KSchG. Diesbezüglich kann auf die ausführliche rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes verwiesen werden, der sich das Berufungsgericht anschließt. Die Beklagte suggeriert in der beanstandeten Klausel, sie nehme mit ihrem Kunden eine einvernehmliche Vertragsänderung vor, will dann aber nach dem weiteren Text der Bestimmung bloßes Schweigen als Zustimmung ansehen. Er wird auch nicht auf die besondere Bedeutung dieses Verhaltens hingewiesen, sondern am Schluss dieser Klausel nur unbestimmt darauf aufmerksam gemacht, die Beklagte werde den Kunden im Angebot über

die Frist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren.

Zur Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG wird auf die Entscheidung 6 Ob 85/11k verwiesen. Darin wurde ausgesprochen, dass aus dieser Norm grundsätzlich überhaupt die Wirkungslosigkeit vertraglicher Erklärungsfiktionen folge. Die diese Wirkungslosigkeit beseitigenden Einschränkungen seien streng zu Lasten des Unternehmers auszulegen. Es reiche für die Zulässigkeit der dort bekämpften Klausel nicht aus, dass der Unternehmer lediglich de facto unter Einhaltung einer angemessenen Frist bei Beginn dieser Frist auf die Erklärungsbedeutung des Verbraucherverhaltens und auf die Möglichkeit des Widerspruchs hinweise. Sowohl die Widerspruchsmöglichkeit als auch die Frist müssten bereits in den Vertragstext aufgenommen werden.

Desweiteren kann auf die in diesem Urteil angesprochene Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofes III ZR 63/07 hingewiesen werden. Danach ist für weitreichende, die Grundlagen der rechtlichen Beziehungen der Parteien betreffende Änderungen ein den Erfordernissen der §§ 145 ff dBGB genügender Änderungsvertrag notwendig. Eine Zustimmungsfiktion reiche nicht aus, neigten doch Kunden dazu, formularmäßig angebotene Vertragsänderungen nicht näher zu prüfen; für wesentliche Vertragsänderungen, worunter namentlich die "essentialia" des Vertrags, insbesondere aller von der Beklagten geschuldeten Leistungen, unter Einschluss der Hauptleistungen fielen, bedürfe es daher einer individualvertraglichen Änderung. Jedenfalls die Überbindung des gesamten Vertragsverhältnisses auf ein anderes Unternehmen betreffe aber die essentialia des Vertrages.

Sohin ist der Berufungswerberin nicht mit ihrem Vorbringen gedient, dass nach der Entscheidung 7 Ob 230/08m vom Leasingnehmer zu verlangen sei, seine Aufmerksamkeit allen Punkten der AGB zu widmen. Inwieweit die schon besprochene und vor ihr in diesem Zusammenhang relevierte Entscheidung zum Zahlungsdienstegesetz zu 3 Ob 107/11y von Einfluss sein könnte, ist nicht erkennbar. Gegenständiglich im Zusammenhang mit der inkriminierten Klausel ist auch nicht, wie weiter vorgebracht, eine Erklärungs-fiktion, die sich nur auf das Entgelt bezieht. Wie schon das Erstgericht ausgeführt hat, gibt die beanstandete Klausel der Beklagten das Recht, bestehende Verträge in jeder Weise - somit auch hinsichtlich der essentialia des Vertrages - abzuändern.

Der Berufungswerberin kann auch nicht beige-pflichtet werden, dass der Kunde mit der Klausel besser gestellt werde als bei einer kostenlosen Kündigung, da er im Fall des Widerspruchs den alten Vertrag behalte. Vielmehr wird dem Konsumenten mit der beanstandeten Bestimmung die Möglichkeit genommen, sich nach einem anderen, möglicherweise kostengünstigeren Anbieter umzusehen und mit diesem einen Vertrag zu schließen, weil ihm nicht bewusst ist, dass er zu einer unentgeltlichen Beendigung des Vertrages mit der Beklagten berechtigt ist und sich beispielsweise vor einer Kündigung scheut, um einen Kostenanfall zu vermeiden.

Auch das von der Berufungswerberin angeführte organisatorische Bedürfnis nach einfacher Abwicklung im Massenverkehr kann die von ihr verwendete Klausel nicht rechtfertigen. Selbst unter Berücksichtigung dieses Umstandes ist sie verpflichtet, bei ihren Geschäftsabschlüssen die Interessen des Verbrauchers zu beachten und

gesetzesgemäße Bestimmungen auszuarbeiten.

Auf die in der Berufung zitierte Mitteilungsverordnung, die am 01.08.2012 in Kraft getreten ist, muss aufgrund des Umstandes, dass die beanstandete Klausel gegen § 25 Abs 3 TKG, § 864a ABGB, § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 2 und Abs 3 KSchG verstößt, nicht mehr eingegangen werden.

Zur Klausel 6.1. (Spruchpunkt 1) d):

„6. Übertragung des Vertrages durch den Kunden

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

Der Kläger brachte dazu vor, diese Klausel betreffe nicht nur den Bereich der Vertrags- und Schuldübernahme, sondern auch die rechtsgeschäftliche Zession der Verbraucheransprüche. Die Übertragung einzelner Rechte an die schriftliche Zustimmung des Schuldners zu knüpfen, sei erheblich nachteilig für den Verbraucher iSd § 10 Abs 3 KSchG. Mit dieser Bestimmung nicht vereinbar sei auch, dass sich die Beklagte letztlich vorbehalte, sich auf die Unwirksamkeit einer (formlosen) Zustimmungserklärung zu berufen.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass eine bloße Zession von Ansprüchen von diesem Punkt nicht umfasst sei. Dass sie sich bei einer Zustimmung zu einer derart gewichtigen Sache wie der in dieser Bestimmung geregelten die Schriftlichkeit vorbehalte, sei üblich und nachvollziehbar und könne nicht zum Nachteil des Verbrauchers gewertet werden.

Das Erstgericht führte zu dieser Klausel aus, dass der darin vorgesehene Formvorbehalt sehr wohl geeignet sei, dem Verbraucher zum Nachteil zu gereichen. Man denke an den Fall, dass sich ein Kunde telefonisch bei der Hot-

line der Beklagten melde, dort die Übergabe seines Vertrages bekannt gebe, eine mündliche Zustimmung erhalte und anschließend Dispositionen im Hinblick auf diese Zusage treffe. Die Beklagte hätte dennoch das Recht, sich anschließend - zum Nachteil des Verbrauchers - auf die Unwirksamkeit der mündlichen Zusage zu berufen. Da schon die bloße Möglichkeit der nachteiligen Auswirkung eines Schriftformvorbehaltes auf den Verbraucher ausreiche, um einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG zu begründen, sei die Bestimmung unzulässig.

Wenn die Beklagte vorbringe, es sei aus Gründen der Rechtssicherheit für den Verbraucher vorteilhaft, eine derart gravierende Tatsache wie eine Vertragsübergabe schriftlich zu vereinbaren, übersehe sie, dass es zur Gewährleistung des Verbraucherschutzes ausreichend wäre, dem Verbraucher ein ausdrückliches Recht einzuräumen, zu seiner eigenen Sicherheit eine schriftliche Bestätigung über die Gültigkeit der mündlich vereinbarten Vertragsübergabe einzufordern. Nicht zutreffend sei das Vorbringen des Klägers, mit der Klausel werde jede Zession von Ansprüchen des Verbrauchers an die Zustimmung der Beklagten gebunden. Schon der Wortlaut der Klausel erfasse nur die Übertragung des Vertrages als Ganzes.

Die Berufungswerberin vertritt dazu die Auffassung, dass gerade im Fall von Massengeschäften die Missbrauchsgefahr besonders hoch sei. Es sei evident, dass telefonische (und daher mündliche) Vereinbarungen zur Übertragung eines Telefonanschlusses und allfälliger weiterer damit im Zusammenhang stehender Kommunikationsdienste extrem missbrauchsgefährdet seien. Es helfe dabei nicht, wenn dem Verbraucher ein ausdrückliches Recht eingeräumt werde, zu seiner eigenen Sicherheit eine schriftliche

Bestätigung über die Gültigkeit einer mündlich vereinbarten Vertragsübergabe einzufordern. Sofern der Verbraucher dies nicht mache, bleibe er der erhöhten Missbrauchsgefahr ausgesetzt.

Auch zu dieser Klausel kann der Ansicht der Berufungswerberin nicht zugestimmt werden. Sie ist neuerlich auf die Ausführungen des Erstgerichts und die schon erwähnte Entscheidung 7 Ob 84/12x hinzuweisen. Der OGH führte zu einer inhaltlich gleich gelagerten Klausel aus, sie sei für den Verbraucher nachteilig im Sinn von § 10 Abs 3 KSchG. Die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter könne zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Die Bestimmung solle verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen mache, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in den AGB in Abrede stelle. § 10 Abs 3 KSchG wende sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen des Unternehmers. Der Inhalt und die Rechtsfolgen der vom Formerfordernis betroffenen Erklärung seien in diesem Zusammenhang nur in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Nachteiligkeit erheblich. Eine vereinbarte Schriftform könnte etwa für Erklärungen des Unternehmers zulässig sein, die ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen würden. In diesem Fall sei es für den Verbraucher günstig, wenn nachteilige Rechtsfolgen erst ausgelöst würden, wenn die Willenserklärung des Unternehmers ein Formerfordernis habe. Die Vertragsübertragung und die Übertragung einzelner Rechte und Pflichten lägen im Interesse des Verbrauchers und würden behindert, wenn der Unternehmer einen Formvorbehalt setze.

Zur Klausel 10.2. Sätze 1 und 2 (Punkt 1) e) des Urteilsspruchs):

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

Der Kläger brachte dazu vor, dass nach dieser Klausel der Kunde etwa im Fall einer ordentlichen Vertragskündigung verpflichtet werde, das volle Grundentgelt inklusive jenes Monats, in dem die Kündigung wirksam geworden sei, zu bezahlen. Davon seien auch Fälle umfasst, in denen das Vertragsverhältnis aus welchem Grund immer nicht zum Monatsletzten ende. Nach Punkt 17.1. der AGB könne nämlich auch eine Kündigungsmöglichkeit abweichend vom Monatsletzten vereinbart werden. Auch in den Fällen einer ordentlichen Kündigung nach Punkt 18.3. der AGB müsste der Kunde das Entgelt bis zum Monatsletzten des Monats, in dem eine solche Kündigung erfolge, zahlen. Der geforderten Leistung stehe dann keine Gegenleistung der Beklagten mehr gegenüber, was gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei.

Dazu wendete die Beklagte ein, Punkt 17.1. der AGB sehe eine Kündigung seitens des Verbrauchers grundsätz-

lich zum Monatsletzten vor. Die Leistungspflicht der Beklagten erlösche keinesfalls vor der Entgeltleistungspflicht des Verbrauchers. Die vom Kläger ersonnene Konstellation sei daher irrelevant.

Im angefochtenen Urteil wird dazu ausgeführt, dass beispielsweise im Fall der außerordentlichen Kündigung des Vertrags durch die Beklagte etwa zum 2.9.2012 der Kunde das volle Grundentgelt bis zum 30.9.2012 bezahlen müsse, obwohl die Beklagte in diesem Zeitraum keine Leistungen mehr zu erbringen habe. Somit sei die Bestimmung gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

In der Berufung wird im Wesentlichen das Vorbringen in erster Instanz wiederholt. Danach sei eine ordentliche Kündigung des Verbrauchers grundsätzlich zum Monatsletzten möglich und es könne keine gröbliche Benachteiligung vorliegen.

Mit ihren diesbezüglichen Ausführungen übergeht die Berufungswerberin, dass eine ordentliche Kündigung des Vertrages nach ihren AGB nicht nur zum Monatsletzten möglich ist. Punkt 17. der Bestimmungen sieht zwar eine ordentliche Kündigung des Verbrauchers zum Monatsletzten vor. Daneben sind aber nach dem weiteren Inhalt dieses Punktes und Punkt 18. der AGB auch andere Zeitpunkte möglich, zu denen eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung des Vertrages durch den Kunden oder die Beklagte erfolgen kann. Würde dies vereinbart, hätte die Anwendung der inkriminierten Bestimmung zur Folge, dass der Kunde das volle Grundentgelt bis zum Letzten jenes Monats, in dem die Kündigung wirksam wurde, weiterbezahlen muss, wohingegen die Beklagte keine Leistungen mehr zu erbringen hat.

Eine solche Klausel ist gröblich benachteiligend für

den Verbraucher im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Diesen rechtlichen Überlegungen hält die Berufungswerberin auch nichts entgegen. Auf ein etwaiges Verschulden des Kunden, das die Berufungswerberin erstmals in der Berufung offenbar zur Rechtfertigung dieser Bestimmung bzw der darin normierten Rechtsfolgen heranzieht, hat sie sich im Verfahren erster Instanz nicht berufen. In der beanstandeten Klausel wird im Übrigen darauf auch nicht (durch eine diesen Umstand für den Durchschnittsverbraucher genau definierende, klare, verständliche und damit gesetzlich zulässige Regelung) abgestellt. Eine Befassung damit ist somit nicht erforderlich.

Zur Klausel 10.7. (Punkt 1) f) des Urteilsspruches):

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

Dazu wurde vom Kläger vorgebracht, dass der Verbraucher nicht damit rechnen müsse, dass die schuldbefreiende Wirkung erst eintreten solle, wenn die Beklagte ohne schuldhaftes Verzögerung die Zuordnung vorgenommen habe. Ein Verbraucher gehe von der berechtigten Erwartung aus, dass mit Eingang der Zahlung beim Gläubiger seine Schuld erlösche. Verwiesen werde auf § 1424 ABGB. Danach gelte bei Leistung an den Gläubiger diese mit Eingang bei ihm als zugegangen. Die Bestimmung sei daher überraschend und nachteilig gemäß § 864a ABGB und auch gröblich benachtei-

ligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Schließlich sei sie intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Für den Verbraucher bleibe unklar, wann die schuldbefreiende Wirkung eintrete. Er könne auch nicht beurteilen, wann und ob die Beklagte die Zuordnung schuldhaft verzögert vorgenommen habe. Der Kunde könne den internen Vorgang der Zuordnung in keiner Weise beeinflussen.

Die Beklagte behauptete, dass es bei Unternehmen, die eine Größe wie ihres aufwiesen und vergleichbare Kundenzahlen hätten, Standard sei, bei der Einzahlung die Kunden- bzw Rechnungsnummer anzuführen. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Einzahlung ohne Angabe von Zuordnungsparametern, wenn überhaupt, nur unter extrem hohem Aufwand zugeordnet werden könne. Der Kunde erwarte in der Regel auch nicht, dass Zahlungen ohne weitere Angaben zuordenbar seien. Die Behauptung des Klägers, der Verbraucher könne auf ein beliebiges, dem Dienstleister zuzuordnendes Konto einzahlen und daraus die schuldbefreiende Wirkung seiner Zahlung ableiten, sei lebensfremd.

Das Erstgericht war zu dieser Bestimmung der Ansicht, dass nach § 1424 ABGB eine Forderung dann durch Zahlung erlösche, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt sei. Die Klausel sei benachteiligend nach § 864a ABGB, weil der Verbraucher mit der Klausel schlechter stehe als ohne sie. Sie sei weiters ungewöhnlich und überraschend, da sie von den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers abweiche. Dieser werde typischerweise erwarten, dass jeder Betrag, den er auf das Konto der Beklagten überweise, als dieser zugegangen gelte.

Wenn die Beklagte vorbringe, dass es für sie auf Grund der großen Zahl ihrer Kunden einen erheblichen Auf-

wand bedeute, eine Zahlung manuell zuzuordnen, sei ihr entgegenzuhalten, dass sie darauf allenfalls mit der Bereitstellung entsprechender personeller und organisatorischer Ressourcen zu reagieren habe und nicht mit den Verbraucher generell benachteiligenden AGB-Klauseln. Die Bestimmung sei auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Im schlimmsten Fall müsse der Kunde eine längere Unsicherheitsphase in Kauf nehmen, während der er möglicherweise bereits Mahnungen von der Beklagten erhalte, obwohl er die Zahlung an sich rechtzeitig vorgenommen habe.

Schließlich sei die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Für den typischen Verbraucher sei nicht erkennbar, was unter einem „Bemühen“ der Beklagten „ohne schuldhaftes Verzögerung“ zu verstehen sei. Für ihn sei es somit nicht transparent, wann eine Überweisung zugeordnet werden könne.

Die Berufungswerberin meint dazu, das Erstgericht gehe auf die sachlich nachvollziehbare Erläuterung, wonach bei Massengeschäften und der damit verbundenen hohen Kundenanzahl die Einzahlung ohne Angabe von Parametern im Fall einer manuell getätigten Einzahlung nur unter extrem hohem Aufwand möglich sei, nicht ein. Dem Verbraucher sei es zumutbar, manuelle Zahlungen unter Angabe eines Zuordnungsparameters zu leisten, zumal ihm dies bekannt sei. Die Bestimmung sei daher nicht gröblich benachteiligend.

Auch diesbezüglich kann den Ausführungen des Erstgerichtes sowohl in Bezug auf die Anwendbarkeit des § 864a ABGB als auch § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG beigetreten werden. Die Berufungswerberin kann diese Würdigung in rechtlicher Hinsicht auch nicht in Zweifel ziehen. Sie

argumentiert mit faktischen Gegebenheiten, die sie zu der in dieser Klausel vorgesehenen Vorgangsweise zwingen würden. Die diesbezüglichen Ausführungen rechtfertigen aber deren Inhalt nicht. Der Beklagten mag zwar zuzugestehen sein, dass einem durchschnittlichen Verbraucher zugemutet werden kann, Zuordnungsparameter auf dem Zahlschein anzugeben. Dies berechtigt die Beklagte aber dennoch nicht, dem Verbraucher im Fall der Unterlassung derart nachteilige, vom dispositiven Recht des § 1424 ABGB abweichende Folgen aufzubürden.

Wie der Berufungsgegner zutreffend ausführt, besteht auch keine (gesetzliche) Mitwirkungspflicht des Verbrauchers, die Organisation und den Arbeitsaufwand eines Unternehmens, das Massenverträge abschließt, zu minimieren. Den Kunden sind zudem die internen Unternehmensabläufe nicht bekannt, was ebenfalls keinen Folge auf den Zeitpunkt der schuldbefreienden Wirkung haben darf. Dieser wird vielmehr mit großer Rechtsunsicherheit belastet, weil für ihn nicht klar zum Ausdruck kommt, wann denn nun Schuldbefreiung eintritt, weil der Formulierung "ohne schuldhaftes Verzögerung bemüht" kein eindeutiger Textinhalt beigemessen werden kann.

Zur Klausel 10.12. (Punkt 1) g) des Urteilsspruches):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dazu brachte der Kläger vor, es handle sich um eine einseitige Preisänderungsklausel. Mit dieser würde aber dem § 25 TKG der Anwendungsbereich entzogen. Wolle die

Beklagte ihre Entgelte erhöhen, habe sie das in dieser Bestimmung vorgesehene Prozedere einzuhalten. Die Klausel widerspreche somit § 25 TKG und sei auch gesetzwidrig nach § 879 ABGB.

Die Bestimmung sei weiters gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unwirksam. Die Vereinbarung des Verbraucherpreisindex als Parameter für die Entgeltänderung sei nicht gerechtfertigt. Verbrauchern könnten nach dieser Bestimmung Preissteigerungen weitergegeben werden, die bereits vor Vertragsabschluss entstanden seien. Die genannte Bestimmung lasse aber in engen Grenzen nur die Weitergabe von Preissteigerungen zu, die nach Vertragsabschluss entstünden. Wenn ein Verbraucher zB seinen Vertrag im Dezember 2012 abschließe, könne die erste Entgelterhöhung ab 1.4.2013 erfolgen. In diesem Fall wäre für die Berechnung das Verhältnis der Änderung des Jahres-VPI 2012 und des Jahres-VPI 2011 heranzuziehen.

Demgegenüber war die Beklagte der Ansicht, dass § 25 TKG nicht anzuwenden sei, weil diesbezüglich eine vertragliche Vereinbarung bestehe. Eine Indexvereinbarung, die an den Verbraucherpreisindex gekoppelt sei, sei nicht in der Einflussosphäre der Beklagten.

Im angefochtenen Urteil wird dazu ausgeführt, die Klausel stehe im Zusammenhang mit den Bestimmungen 4.2. und 4.3. und gebe der Beklagten das Recht, das Entgelt auf Basis des Verbraucherpreisindex zu erhöhen. Bei Entgelterhöhungen, die jedenfalls eine den Verbraucher nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Entgeltbestimmungen bedeuten, sei die Vorgangsweise nach § 25 Abs 3 TKG einzuhalten.

Dem Kläger sei zwar nicht zu folgen, dass der VPI eine ungeeignete Bezugsgröße sei. Dieser werde allgemein

als „Gradmesser“ der Preis- und Inflationsentwicklung herangezogen. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten sehe die Klausel keine automatische Übernahme der Entwicklung des VPI vor, sondern gebe ihr nur das Recht, per Willenserklärung die Entwicklung des VPI weiterzugeben. Dass immer die Entwicklung des VPI zwischen dem vorletzten und dem letzten Kalenderjahr herangezogen werde, diene der Transparenz und vermeide komplizierte unterjährige Berechnungen. Dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG es generell verbiete, Preissteigerungen, die vor Vertragsabschluss entstanden seien, an den Verbraucher weiterzugeben, könne dieser Bestimmung und der dazu vorhandenen Literatur nicht entnommen werden. Diesfalls müsste die Beklagte praktisch monatlich ihre Tarife für neue Abschlüsse erhöhen, da sie Preissteigerungen vor Vertragsabschluss nicht weitergeben dürfe. Im Übrigen würden in der Klausel auch die sonstigen gesetzlichen Anforderungen der genannten Bestimmung eingehalten, insbesondere sei eine Entgeltsenkung für den Fall einer Deflation vorgesehen.

Die beanstandete Klausel sei dennoch unzulässig. Sie enthalte keinen Hinweis auf das außerordentliche Kündigungsrecht iSd § 25 Abs 3 TKG und verschleierte damit dem Verbraucher die wahre Rechtslage und sei intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Auch dazu vertritt die Berufungswerberin die Auffassung, dass § 25 Abs 3 TKG im Fall einer Vorwegvereinbarung in den AGB nicht heranzuziehen sei. Es sei ausschließlich auf die Geltungs- und Inhaltskontrolle der konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen abzustellen. Soin bedürfe es keiner Erwähnung des Kündigungsrechtes.

Zu dieser Bestimmung kann auf die zutreffende rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes und auf die vorer-

wähnten Überlegungen zu den Klauseln 4.2. und 4.3. verwiesen werden. Demnach hat nicht ausschließlich eine Geltungs- und Inhaltskontrolle nach konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen zu erfolgen, sondern es ist auch § 25 Abs 3 TKG heranzuziehen und die darin normierte Vorgangsweise einzuhalten. Die beanstandete Klausel verstößt daher gegen § 25 Abs 3 TKG und verschleiert dem Verbraucher die wahre Rechtslage, ist also intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Zur Klausel 14.3. bis 14.6. (Punkt 1) h) des Urteilsspruches):

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

14.4. Hat der Kunde fristgerecht Einwendungen gegen die Rechnung von A1 erhoben, wird A1 die Richtigkeit der beeinspruchten Rechnung entweder bestätigen oder diese korrigieren.

Die Entscheidung wird dem Kunden schriftlich zugestellt. A1 ist berechtigt, ein standardisiertes Überprüfungsverfahren durchzuführen. In diesem Falle hat der Kunde die Möglichkeit, binnen einem Monat nach Zugang der Überprüfungsentscheidung weitere Überprüfungen zu verlangen, ansonsten die bestrittene Entgeltforderung als anerkannt gilt.

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

14.5. Lehnt A1 die Einwendungen endgültig ab oder

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

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

Der Kläger legte dazu dar, diese Klausel vereinbare eine Erklärungsfiktion. Sie sehe vor, dass der Kunde Einsprüche gegen die Abrechnung innerhalb bestimmter Fristen im Rahmen eines mehrstufigen Einspruchsverfahrens schriftlich geltend machen müsse. Erst nach einer endgültigen negativen Stellungnahme solle der Verbraucher binnen einem Monat ein Schlichtungsverfahren vor der Regulierungsbehörde oder den Rechtsweg beschreiten können. Versäume er die jeweils vom Betreiber vorgegebenen Fristen, solle er sein Recht zur Geltendmachung weiterer Einwendungen verlieren und die Forderung gelte als anerkannt. Dem Verbraucher werde somit suggeriert, dass er eine falsche Abrechnung nicht mehr bekämpfen könne, wenn er nicht innerhalb der jeweiligen Frist widerspreche bzw

dass er innerhalb von einem Monat nach der letzten fakultativen Überprüfung mit Klage dagegen vorgehen müsse, wenn der Betreiber auf der Richtigkeit der Rechnung beharre oder gar keine Entscheidung treffe.

Eine solche Rechnungsanerkennnisklausel schaffe allerdings nur ein deklaratives Anerkenntnis, dem Verbraucher stehe der Rechtsweg offen. Die Klausel verschleierte somit die wahre Rechtslage und sei intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte wendete ein, der Verbraucher werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihm neben einem Streitschlichtungsverfahren nach dem TKG der ordentliche Rechtsweg offen stehe. Die wahre Rechtslage werde sohin keineswegs verschleiert.

Das Erstgericht vertrat die Auffassung, die Klausel erwecke den Eindruck, bei Versäumung der von der Beklagten vorgegebenen Fristen bestehe keine Möglichkeit mehr, gegen die Rechnungen vorzugehen. Dies sei unrichtig. Nach mittlerweile gesicherter Rechtsprechung liege im Fall des Unterlassens einer geforderten fristgebundenen Reklamation nur ein deklaratives Saldoanerkennntnis vor. Der Gesamteindruck, den der typische Verbraucher bei der Lektüre erhalte, sei der, dass er bei der Versäumung der Fristen weder bei einer Streitschlichtungseinrichtung noch vor Gericht oder vor der Regulierungsbehörde „eine Chance haben werde“, die Forderung zu bestreiten. Er werde daher über die wahre Rechtslage in die Irre geführt, weshalb ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG vorliege.

Dazu wird in der Berufung ausgeführt, dass diese Rechtsansicht unrichtig sei. Der Verbraucher werde über die wahre Rechtslage aufgeklärt, weshalb die Klausel

rechtmäßig sei.

Auch zu diesen Regelungen ist der Berufungseinwand unberechtigt. Die Berufungswerberin hält den Rechtsausführungen des Erstgerichtes auch nichts näher entgegen. Weiters sei sie auf die schon zitierte Entscheidung 7 Ob 84/12x verwiesen. In dem dort zugrunde liegenden Anlassfall stand eine ähnlich gelagerte Klausel zur Beurteilung. In dieser wurde festgehalten, die Unterlassung von Einwendungen gegen die Rechnung innerhalb einer bestimmten Frist gelte als Anerkennung der Rechnung, sowie der Kunde könne innerhalb einer bestimmten Frist ab Ablehnung des Rechnungseinwandes als unbegründet die Streitschlichtungsbehörde anrufen oder den Rechtsweg beschreiten. Dazu vertrat der Oberste Gerichtshof die Auffassung, dem Verbraucher werde mit dieser Regelung suggeriert, dass er mit dem Versäumen der Frist sein Recht auf Erhebung von Einwendungen verliere. Damit werde die Rechtsposition des Verbrauchers irreführend wiedergegeben, liege doch im Unterlassen von Einwendungen nur ein deklaratorisches Anerkenntnis, eine durch Gegenbeweis widerlegbare Wissenserklärung. Der entsprechende Klauselteil sei daher intransparent. Er erwecke - in kundenfeindlichster Auslegung - den Eindruck, dass der Verbraucher bei Versäumen der sechsmonatigen Frist für die Beschreibung des Rechtswegs sein Klagerecht überhaupt verliere.

Diese Überlegungen lassen sich auf den konkreten Fall übertragen. Dem durchschnittlichen Verbraucher gegenüber wird mit der beanstandeten Bestimmung insbesondere der unrichtige Eindruck erweckt, dass er keine Rechte mehr geltend machen könne, wenn er nicht fristgerecht Einwendungen gegen die Rechnung erhoben habe. Damit läuft er, obwohl dies nicht der wahren Rechtslage ent-

spricht, Gefahr, dass sein Anspruch verjährt. Das Berufungsgericht schließt sich sohin der Rechtsansicht des Klägers und des Erstgerichtes an, dass mit der inkriminierten Klausel gegenüber dem durchschnittlichen Verbraucher die wahre Rechtslage nach § 6 Abs 3 KSchG nicht offengelegt wird.

Zur Klausel 27.2. (Punkt 1) lit i) und j) des Urteilsspruches):

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

Der Kläger brachte dazu vor, für den Kunden sei nicht erkennbar, was geeignete, übliche Sicherheitsmaßnahmen seien, die er vornehmen müsse, um einer etwaigen Haftung für Datenverluste und Datenschäden zu entgehen. Die Rechtslage bleibe unklar, die Klausel sei somit intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG.

Insoweit eine Haftung ausgeschlossen werde, weiche die Klausel sachlich nicht gerechtfertigt vom dispositiven Recht ab. Es sei dem Betreiber zumutbar, geeignete Vorkehrungen gegen Datenverluste und Datenschäden für die gespeicherten Daten des Kunden zu treffen. Die Bestimmung sei daher auch nichtig iSd § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Soweit die anschließende Klausel den Schadenersatz für Sachschäden für die Gesamtheit der Geschädigten auf 700.000 beschränke, widerspreche sie dem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Sie sei nach dem Wortlaut bei kundenfeindlichster Auslegung auch auf Verbraucher anzuwenden. Nach der gesetzlichen Bestimmung sei die generelle Begrenzung der Schadenersatzpflicht auf eine bestimmte Haftungssumme unzulässig. Darüber hinaus sei die Bestimmung intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, da sie dem Verbraucher zumindest den Eindruck vermittelte, sie gelte auch ihm gegenüber.

Die Beklagte hielt dem entgegen, das KSchG sei auf diese Klausel nicht anzuwenden. Aus dem Wortlaut ergebe sich, dass sie sich auf Unternehmer beziehe. Wolle man sie dennoch auf Konsumenten anwenden, sei nicht zumutbar, dass in einer AGB-Klausel alles bis in das kleinste Detail ausgeführt werde. Verbrauchern sei zuzumuten, dass allgemein bekannte und von jedermann zu erwartende IT-Mindestsicherungsmaßnahmen erfüllt würden. Es sei daher gerechtfertigt, wenn die Beklagte die Haftung für Schäden auf Grund nicht in ihrer Sphäre liegende mangelnde Sicherungsmaßnahmen ausschließe.

Das Erstgericht legte dazu dar, dass der Wortlaut der Klausel zwar im ersten Satz ausdrücklich auf Unternehmer Bezug nehme, der Haftungsausschluss für den Fall des Unterlassens von geeigneten, üblichen Sicherungsmaßnahmen jedoch nicht ausdrücklich auf Unternehmer beschränkt sei. Gleiches treffe auf die Einschränkung der Haftung gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten zu. Der typische Verbraucher könne aus dem Wortlaut der Klausel nicht erkennen, dass sie in ihrer Gesamtheit nur gegenüber Unternehmern zur Anwendung kommen solle. Diesen

gegenüber sei die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG zu beurteilen, da nicht konkretisiert werde, was unter „geeigneten, üblichen Sicherheitsmaßnahmen“ zu verstehen sei.

Die Bestimmung verstoße aber auch gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Es werde die Haftung zum einen auch für Fälle grober Fahrlässigkeit und Vorsatz der Beklagten ausgeschlossen und auch gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten eine betragsmäßige Haftungsbegrenzung vorgesehen, was im Falle eines die Gesamtsumme übersteigenden Gesamtschadens zu einer Verringerung der Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten führe. Möchte die Beklagte die Klausel tatsächlich nur gegenüber Unternehmern anwenden, wäre es ihr wohl ein Leichtes, der Klausel etwa die Überschrift: „Haftungsausschluss: alle folgenden Bestimmungen gelten nur gegenüber Unternehmern:“ voranzustellen. Sie sei daher unzulässig.

Die Berufungswerberin vertritt die Auffassung, die Klausel wende sich ausschließlich an Unternehmer. Dies sei aus der Textierung nachvollziehbar.

Dieser Auffassung kann vom Berufungsgericht nicht beigespflichtet werden. Es kann auf die diesbezüglichen Erwägungen des Erstgerichtes verwiesen werden. Wie dieses richtig dargelegt hat, nimmt zwar der erster Satz der Klausel ausdrücklich Bezug auf Unternehmer. In den Folgesätzen erfolgt jedoch keine Beschränkung auf Unternehmer. So wird der Haftungsausschluss für den Fall des Unterlassens von „geeigneten, üblichen Sicherheitsmaßnahmen“ nicht ausdrücklich auf Unternehmer eingeschränkt. Für den durchschnittlichen Konsumenten ist keineswegs und ohne Zweifel erkennbar, dass die beanstandete Klausel nur Unternehmern gegenüber Anwendung finden soll und sich

nicht auf ihn bezieht.

Darüber hinaus ist die Regelung insofern intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, als darin nicht näher beschrieben wird, was unter den schon genannten „geeigneten, üblichen Sicherungsmaßnahmen“ zu verstehen ist. Auch dazu kann auf die weiteren Ausführungen des Erstgerichtes verwiesen werden, denen die Berufungswerberin nichts entgegen hält.

Zur Klausel 31.1. (Punkt 1) k) des Urteilsspruches):

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

Dazu führte der Kläger aus, der Verbraucher rechne nicht mit einer Bestimmung in den AGB, wonach die Mindestvertragsdauer nicht mit Abschluss des Vertrages vereinbart werde, sondern erst am Tag der betriebsfähig bereit gestellten Leistung, das heißt möglicherweise erheblich später nach bereits erfolgtem Vertragsabschluss. Die Klausel sei überraschend und nachteilig gemäß § 864a ABGB. Sie sei aber auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Es finde sich keine Rechtfertigung dafür, dass die Mindestvertragsdauer nach Wahl des Unternehmers erst zu einem nicht präzisierten Zeitpunkt beginnen solle. Weiters sei die Bestimmung intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil für den Verbraucher unklar sei, zu welchem Zeitpunkt Kündigungsfristen und Kündigungstermin wahrzunehmen seien.

Dagegen behauptete die Beklagte, der mit dem Verbraucher geschlossene Vertrag werde erst ab Betriebsbereitschaft tatsächlich erfüllt, der Verbraucher müsse auch erst ab diesem Zeitpunkt Entgelt bezahlen. Es sei

daher gerechtfertigt, dass die Mindestvertragsdauer an diesen Zeitpunkt anknüpfe. Von einem nicht präzisierten Zeitpunkt bzw einer Unklarheit des Verbrauchers hinsichtlich der Kündigungsfristen könne nicht ausgegangen werden. Der Beginn der Laufzeit könne eindeutig festgestellt werden, werde doch an diesem Tag die Hauptleistung des Dienstleisters betriebsbereit gestellt.

Im angefochtenen Urteil wird dazu die Meinung vertreten, dass ohne die Klausel die Mindestvertragsdauer ab dem Datum des Vertragsabschlusses laufen würde. Durch sie werde der Verbraucher länger an die Beklagte gebunden als ohne Klausel. Der typische Verbraucher werde berechtigterweise davon ausgehen, die Mindestvertragsdauer laufe ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht erst ab einem späteren Zeitpunkt. Die Bestimmung sei daher nachteilig und überraschend im Sinn des § 864a ABGB.

Sie sei aber auch gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Eine längere Bindung sei gröblich benachteiligend, weil der Verbraucher erst später die Möglichkeit habe, zu einem anderen, inzwischen möglicherweise günstigeren Konkurrenzanbieter zu wechseln. Darüber hinaus liege Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG vor. Der Verbraucher könne im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht absehen, an welchem Tag die Leistung betriebsfähig hergestellt sein werde. Er könne daher nicht im Vorhinein kalkulieren, bis wann er an die Beklagte gebunden sein werde.

Dazu meint die Berufungswerberin, der Zeitpunkt, zu dem die Betriebsbereitschaft gegeben sei, werde auch vom Verbraucher beeinflusst, zB wann er Zeit habe, um die Herstellung der Betriebsbereitschaft in seinen Räumlichkeiten zu ermöglichen. Dies liege außerhalb der Einfluss-

sphäre der Beklagten. Die Bestimmung sei somit sachlich gerechtfertigt und auch nicht intransparent.

Auch zu diesem Einwand ist in rechtlicher Hinsicht dem Erstgericht zu folgen. Die Klausel ist einerseits überraschend und nachteilig im Sinn des § 864a ABGB, andererseits gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Ohne sie würde die Mindestvertragsdauer ab dem Datum des Vertragsabschlusses laufen. Davon würde auch der angesprochene Durchschnittsverbraucher ausgehen. Mit der beanstandeten Bestimmung wird er jedoch potentiell länger an die Beklagte gebunden. Verlängert sich die Vertragsdauer nach hinten, weil maßgeblich für die Mindestvertragsdauer der Zeitpunkt der Bereitstellung der Leistung ist, entgeht dem Verbraucher die Möglichkeit, im Vorhinein zu kalkulieren, wie lange seine Bindung an die Beklagte gegeben ist, und sich nach Vertragsbeendigung zu einem früheren Zeitpunkt nach einem anderen, möglicherweise günstigeren Vertragspartner umsehen.

Zu dem in der Berufung erhobenen Einwand, nur der Verbraucher könne beeinflussen, wann ein Anschluss in seinen Räumlichkeiten herstellbar sei, weshalb es in seiner Einflussosphäre liege, die Vertragsdauer zu bestimmen, ist anzumerken, dass es zwar Fälle geben wird, in denen der Verbraucher der Beklagten (Installations)Arbeiten in seinen Räumlichkeiten ermöglichen muss, damit diese ihre vereinbarte Leistung erbringen kann. Dieser Umstand kann aber im Verhältnis zu der der Beklagten mit der inkriminierten Klausel in weiten Bereichen eingeräumten und für den Kunden nachteiligen Möglichkeit, ihrerseits durch Festlegung des Zeitpunktes, zu dem sie die Leistung für den Kunden betriebsfähig bereitstellt, den Beginn der Mindestvertragsdauer und somit das Vertragsende zu beein-

flussen, als unerheblich außer Betracht bleiben bzw ändert nichts an den genannten Gesetzesverstößen.

Zur Klausel 40.1.1. (Punkt 1) 1) des Urteilsspruches) :

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

Dazu behauptete der Kläger, diese Klausel sehe eine geltungserhaltende Reduktion der Vertragsklauseln auf den gerade noch gesetzlich zulässigen Inhalt vor. Dadurch werde der Zweck des § 6 Abs 3 KSchG unterlaufen. Intransparent seien auch Klauseln, die bei Wegfall einzelner Bestimmungen den Restvertrag aufrecht erhalten sollen, wenn es sich dabei um wesentliche Klauseln handeln könnte, die den Wegfall des Gesamtvertrages nach sich ziehen würden. Dem Verbraucher werde verschleiert, dass bei Wegfall gewisser Klauseln nicht nur einzelne wegfielen, sondern der ganze Vertrag nichtig würde. Eine derart allgemein gehaltene, nicht differenzierende Erhaltungsklausel müsse daher ebenso wie eine Reduktions- und Setzungsklausel als mit dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG unvereinbar angesehen werden.

Die Beklagte bestritt dies mit der Begründung, dass eine geltungserhaltende Reduktion im Rechtsverkehr anerkannt sei. Dass bestimmte ungültige Regelungen durch entsprechende gesetzliche ersetzt würden, könne für den Verbraucher nicht nachteilig sein, da für ihn günstige Bestimmungen aufrecht blieben. Für ihn mache es keinen Unterschied, ob die Bestimmung existiere oder nicht.

Im angefochtenen Urteil wurde dazu ausgeführt, dass zwar richtig sei, dass nach dieser Regelung im Fall der

Unwirksamkeit einer AGB-Klausel die dispositive Gesetzeslage an ihre Stelle trete. Dem Verbraucher werde das jedoch verschleiert, denn speziell die Verwendung der Wortfolge „eine wirksame Bestimmung“ werde ihn annehmen lassen, dass anstelle der unwirksamen Klausel irgend eine andere Bestimmung treten werde, nicht aber die dispositive Gesetzeslage. Die Beklagte könne auch darauf verzichten oder informativ festschreiben, dass anstelle der unwirksamen Klausel die im Gesetz vorgesehenen Bestimmungen zur Anwendung kämen. Die Klausel sei für den typischen Verbraucher verwirrend und daher intransparent nach dem § 6 Abs 3 KSchG.

Dazu wird in der Berufung die Auffassung vertreten, dass die Klausel zulässigerweise auf die Geltung der gesetzlich vorgesehenen Regeln verweise und das dispositive Recht ohnehin gelte.

Auch diese Bestimmung ist entgegen der Ansicht der Berufungswerberin intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Neuerlich setzt sich diese mit den rechtlichen Ausführungen des Erstgerichtes nicht auseinander. So wie die inkriminierte Klausel formuliert ist, ist sie für den normalen Verbraucher verwirrend. Für ihn wird nicht klar, was unter der darin erwähnten „wirksamen Bestimmung“ zu verstehen ist, die herangezogen werden soll, sollte einer der Bestimmungen der AGB unwirksam sein. Er wird auch nicht klar darauf hingewiesen, dass in einem solchen Fall die gesetzlichen Regelungen anzuwenden sind, da eben nur auf eine wirksame Bestimmung verwiesen wird, die im Fall von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist. Welche dies dann sein soll, wird nicht offen, klar und verständlich dargelegt. Legt man im Übrigen der Beurteilung die Rechtsansicht der Beklagten zugrunde, so könnte sie auf

die beanstandete Regelung verzichten oder festschreiben, dass anstelle der unwirksamen Klauseln die im Gesetz vorgesehenen Bestimmungen zur Anwendung kommen.

Zum Veröffentlichungsbegehren führte der Kläger aus, dieses sei berechtigt. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen Verkehrskreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten und zwar, da sie Marktführer in Österreich sowohl bei der Festnetz- als auch bei der Mobiltelefonie sei, im beantragten Ausmaß.

Die von der Beklagten begehrte Leistungsfrist sei nicht zu gewähren. Die Verpflichtung, die beanstandeten Bestimmungen nicht mehr zu verwenden und sich nicht mehr auf sie zu berufen, laufe auf eine reine Unterlassung hinaus und verlange keinen organisatorischen Vorlauf, kein positives Tun. Auch was die gesetzliche Leistungsfrist für die Unterlassung der Verwendung der AGB in Neuverträgen betreffe, sei die Leistungsfrist nicht zu gewähren, da der Unterlassungsanspruch sofort greife. Die Beklagte könne, wenn der Unterlassungsbefehl rechtskräftig werde und sie bis dahin keine gesetzeskonformen AGB ausgearbeitet haben sollte, bis zur Fertigstellung der neuen AGB ohne diese kontrahieren oder die unwirksamen Klauseln aus ihren AGB ersatzlos streichen.

Die Beklagte wendete zum Veröffentlichungsbegehren ein, dieses sei weit überzogen. Zur Leistungsfrist wurde ausgeführt, die begehrte umgehende Unterlassung der Verwendung der behaupteten rechtswidrigen Klauseln sei allein im Hinblick auf die Vorankündigungsfristen des § 25 Abs 2 und 3 TKG nicht möglich, sodass eine angemessene Leistungsfrist von zumindest sechs Monaten festzusetzen sei. Die Beklagte träfen überdies als Universal-

diensterbringer die in § 26 Abs 4 TKG gesetzlich vorgeschriebenen Regelungspflichten, sodass nach § 45 TKG ein obligatorisches Genehmigungsverfahren vor der Regulierungsbehörde samt gesetzlich vorgeschriebener (Zumindest-)Verfahrensfrist von acht Wochen einzuhalten sei. Es sei daher unrichtig, dass sie nötigenfalls auch ohne AGB kontrahieren könne und daher eine Leistungsfrist nicht erforderlich sei.

Das Erstgericht führte zur Leistungsfrist aus, es sei eine Unterlassungsverpflichtung binnen sechs Monaten auszusprechen gewesen. Entgegen dem Standpunkt des Klägers erscheine eine sechsmonatige Leistungsfrist - schon angesichts des Anpassungsbedarfs zuzüglich des Zeitbedarfs im Zusammenhang mit der Pflicht zur Anzeige der AGB-Änderungen an die Regulierungsbehörde gemäß § 25 TKG - nicht unangemessen lang. Der Beklagten sei auch zuzustimmen, dass sie gemäß § 25 Abs 1 und 4 TKG überdies verpflichtet sei, AGB mit bestimmten Mindestinhalten zu erlassen. Sie habe daher nicht die Möglichkeit, gänzlich ohne AGB zu kontrahieren. Es sei ihr aber zumutbar, das „Sich-Berufen“ auf die unzulässigen Klauseln sofort zu unterlassen.

Das beantragte Veröffentlichungsbegehren sei berechtigt. Die Beklagte als ehemaliger Monopolist sei notorisch Marktführer im Bereich der Festnetztelefonie, weshalb die Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ in einem angemessenen Verhältnis zu den festgestellten Gesetzesverstößen stehe.

In der Berufung vertritt die Berufungswerberin die Ansicht, dass eine Leistungsfrist auch hinsichtlich des Sich-Berufens auf die Klausel zuerkannt werden hätte müssen. Nach dem Verbot einer Klausel müsse auch für Altver-

träge eine neue Regelung gelten und mit den Kunden vereinbart werden. Auch für diese Verträge würden daher AGB benötigt.

Dieser Einwand ist berechtigt. Nach ständiger Rechtsprechung ist immer dann, wenn der Beklagte nicht zu einer „reinen“, sondern zu einer solchen Unterlassung verpflichtet ist, die auch ein positives Tun enthält, gemäß § 409 Abs 2 ZPO vom Gericht eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen. Eine solche kann vom Richter auch bei Unterlassungsklagen festgelegt werden, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt. Dies trifft für eine Verbandsklage nach dem KSchG zu, weil der Beklagte das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen kann, dass er seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert. Da ihm nicht untersagt wurde, im Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden, sondern ihm nur die Verwendung bestimmter Klauseln verboten wurde, kann er nicht darauf verwiesen werden, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Stampiglienaufdruck gegenüber Verbrauchern für unanwendbar zu erklären. Dies lässt es gerechtfertigt erscheinen, ihm für die Anpassung der Geschäftsbedingungen eine Frist einzuräumen (10 Ob 70/07b; 6 Ob 24/11i mwN).

Das angefochtene Urteil war somit dahin abzuändern, dass der Beklagten nicht nur in Bezug auf die Verwendung der beanstandeten Klauseln, sondern auch in Bezug auf das „Sich-Berufen“ darauf eine angemessene Leistungsfrist einzuräumen war. Diese war im konkreten Fall so wie in Bezug auf die Verwendung der Klauseln mit sechs Monaten festzulegen.

Der Berufung war daher insgesamt teilweise Folge zu

geben und das angefochtene Urteil so, wie aus dem Spruch ersichtlich, abzuändern.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz gründet sich auf §§ 43 Abs 2 ZPO. Das Begehren des Klägers war mit Ausnahme einer inkriminierten Klausel und der eingeräumten Leistungsfrist hinsichtlich des „Sich-Berufens“ auf die unzulässigen Klauseln erfolgreich. Es bleibt daher im Sinn der erstinstanzlichen Kostenentscheidung dabei, dass dem Kläger infolge seines nur geringfügigen Unterliegens, das zudem keinen besonderen Verfahrensaufwand verursacht hat, die gesamten Kosten zuzuerkennen waren.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf die §§ 43 Abs 2, 50 ZPO. Die Berufung war hinsichtlich sämtlicher noch inkriminierten Klauseln erfolglos; erfolgreich wendete sich die Beklagte nur gegen die vom Erstgericht festgesetzte Leistungsfrist. Es ist daher auch hier gerechtfertigt, nur von einem geringfügigen Durchdringen der Beklagten mit ihrem Begehren auszugehen, weshalb sie zur Gänze kostenersatzpflichtig wird. Bemessungsgrundlage ist allerdings hinsichtlich beider Teilansprüche das um eine beanstandete Klausel, hinsichtlich der eine rechtskräftige Abweisung vorliegt, reduzierte Begehren. Verfahrensgegenständlich waren ursprünglich 13 Klauseln mit einem Gesamtstreitwert von EUR 36.000,00, weshalb sich bei im Zweifel anteiliger Aufteilung für 12 noch strittige Klauseln ein Berufungsstreitwert von EUR 33.230,77 ergibt.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes beruht auf § 500 Abs 2 ZPO.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision stützt sich auf § 502 ZPO. Die zur Beurtei-

lung anstehenden Rechtsfragen wurden in Übereinstimmung mit der zitierten Rechtsprechung gelöst.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 16. Mai 2013

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG