



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

4 R 498/11a

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden sowie die Richter Mag. Werner Hofmann und Mag. Thomas Rendl in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **UPC Telekabel Wien GmbH**, Wolfganggasse 58-60, 1120 Wien, vertreten durch Knoflach-Kroker-Tonini & Partner Rechtsanwälte GesbR in Innsbruck, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 36.000,--), über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 1.636,36) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 32.727,28) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 26. Mai 2011, 19 Cg 7/11t-7, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

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

Der Berufung der beklagten Partei wird nur hinsichtlich Spruchpunkt 1.22. (Klausel Pkt 20.3 der AGB) und hinsichtlich der Leistungsfrist, somit **teilweise Folge** gegeben. Das angefochtene Urteil, das im Übrigen bestätigt wird, wird insofern sowie hinsichtlich des Kostenausspruches dahin abgeändert, dass

A) das Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren zur

Klausel: „Sollte eine der Bestimmungen dieser AGB unwirksam sein, so tritt an Stelle dieser Bestimmung eine wirksame Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist. Im Falle von Unternehmen gilt eine der ursprünglichen Bestimmung am nächsten kommende als vereinbart. Die übrigen Bestimmungen des AGB bleiben wirksam.“ a b g e w i e s e n wird;

B) der beklagten Partei die Verwendung der in Spruchpunkt 1.a. des Ersturteils genannten oder sinngleicher Klauseln bin-
nen vier Monaten verboten wird;

C) die beklagte Partei der klagenden Partei die mit EUR 4.125,58 (darin EUR 509,38 USt und EUR 1.069,30 Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen hat.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.168,22 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (das sind EUR 2.431,56 inkl. EUR 405,26 USt abzüglich Ersatzanspruch der beklagten Partei von EUR 263,34 inkl. EUR 43,89 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG klagebefugter Verband. Die Beklagte bietet Leistungen im Bereich Internet/Telekommunikation/Kabelfernsehen an und verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen (Beil./1). Der Kläger strebt mit seinem Unterlassungs- (samt korrespondierendem Veröffentlichungs-)begehren an, der Beklagten die Verwendung folgender oder sinngleicher Klauseln zu verbieten und sich auf unzulässig vereinbarte Klauseln zu berufen:

1. (AGB Pkt 3.3) Bei Fernabsatzgeschäften haben Sie kein Rücktrittsrecht, wenn wir mit der Ausführung der Dienstleistung

vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen ab Vertragsabschluss begonnen haben.

2. (AGB Pkt 5.1) Die Information kann auch per E-Mail an die von Ihnen bekannt gegebene E-Mail-Adresse oder - falls Sie uns keine E-Mail-Adresse bekanntgegeben haben - an die von uns bei Vertragsabschluss über ein Internetprodukt zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse erfolgen. Wir weisen Sie im Zuge ihrer Bestellung nochmals darauf hin.

3. (AGB Pkt 5.2) Wir können mit Ihnen Änderungen der AGB und EB/LB auch einvernehmlich vereinbaren. In diesem Fall senden wir Ihnen ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens ein Monat vor Inkrafttreten der geplanten Änderungen in geeigneter Form (z.B. auch per E-Mail wie in Punkt 5.1 der AGB angeführt) zu. Gleichzeitig informieren wir Sie über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der geplanten Änderungen. Unser Angebot zu den neuen bzw. geänderten AGB, EB/LB gilt als angenommen, wenn Sie nicht bis spätestens zum Inkrafttreten der geplanten Änderungen schriftlich widersprechen. Wir weisen Sie in unserem Angebot nochmals auf diese Frist hin sowie darauf, dass Ihr Stillschweigen bis zum Inkrafttreten der Änderung als Zustimmung zur Änderung gilt. Ihr Widerspruch stellt eine kostenlose Kündigung des Vertragsverhältnisses mit Wirksamkeit zum Inkrafttreten der Änderung dar.

4. (AGB Pkt 5.7) Wenn Sie uns über die Änderung Ihrer Anschrift oder E-Mail-Adresse nicht informieren, dann gelten Mitteilungen von uns an Ihre zuletzt bekannt gegebene Anschrift innerhalb von drei Werktagen ab Versanddatum als zugestellt. Eine Mitteilung per E-Mail gilt mit dem Zeitpunkt als zugegangen, an dem diese unter gewöhnlichen Umständen unter der zuletzt bekannt gegebenen E-Mail-Adresse abrufbar ist.

5. (AGB Pkt 5.8) Wichtig: Wir können Ihnen rechtlich bedeutsame Mitteilungen auch per E-Mail an die von uns bei Vertragsabschluss zur Verfügung gestellte oder an die von Ihnen

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

6. (AGB Pkt 6.1) Sie können Ihren Vertrag oder einzelne Rechte und Pflichten aus Ihrem Vertrag nur mit unserer schriftlichen Zustimmung an Dritte übertragen.

7. (AGB Pkt 7.3) Im Rahmen unserer Leistungserbringung kann es in Folge von unvermeidbaren und von uns nicht zu vertretenden Ereignissen sowie betriebsnotwendigen Wartungsarbeiten zu unvermeidbaren Unterbrechungen kommen.

8. (AGB Pkt 7.4) Ein ununterbrochener Betrieb kann nicht garantiert werden und ist nicht geschuldet. Wir sind jedoch immer bemüht, Störungen und Unterbrechungen so rasch wie technisch und wirtschaftlich möglich, zu beheben. Auf Grund kurzfristiger Störungen und Unterbrechungen sind Sie nicht berechtigt, Ihre Entgeltzahlungen einzustellen oder zu mindern.

9. (AGB Pkt 7.6) Werden wir auf Grund einer von Ihnen gemeldeten Störung tätig und stellt sich heraus, dass gar keine Störung vorliegt oder eine vorliegende Störung von Ihnen zu vertreten ist, dann sind wir berechtigt, den uns entstandenen Aufwand zu verrechnen.

10. ... (rechtskräftig abgewiesen)

11. (AGB Pkt 12.2) Wir haften nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit, ausgenommen Personenschäden, ist ausgeschlossen.

12. (AGB Pkt 12.4) Wir haften jedenfalls nicht für die Folgen von Störungen oder Unterbrechungen, wenn diese auf Stö-

rungen und Unterbrechungen nach Punkt 7.3 dieser AGB oder auf leicht fahrlässiges Verhalten unsererseits zurückzuführen sind.

13. (AGB Pkt 13.2) Wir haften jedenfalls nicht für Schäden, die im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Zugangsdaten oder Passwörtern entstehen, sofern sie nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen.

14. (AGB Pkt 14.4) Sofern wir nichts anderes vereinbart haben, stellen wir Ihnen unsere Rechnungen auf elektronischem Wege zur Verfügung. Dies erfolgt durch Hinterlegung der Rechnung in Ihrem online Kundenservice Bereich oder durch Zusendung der Rechnung per E-Mail. Über eine Hinterlegung der Rechnung im online Kundenservice Bereich informieren wir Sie per E-Mail. Sie sind verpflichtet, die Hinterlegung zu kontrollieren und, falls die Rechnung nicht abrufbar sein sollte, mit uns Kontakt aufzunehmen, um eine neuerliche elektronische Hinterlegung zu veranlassen.

15. (AGB Pkt 14.5) Für die Zusendung der Rechnung in Papierform können wir Ihnen pro Rechnung ein Entgelt entsprechend den Entgeltbestimmungen verrechnen. Wenn Sie Ihren Vertrag vor dem 1.11.2010 mit uns abgeschlossen haben und Ihre Rechnung in Papierform zugesendet bekommen, dann sind wir berechtigt, Ihnen ab 1.1.2011 pro Rechnung ein Entgelt entsprechend der Entgeltbestimmungen zu verrechnen.

16. (AGB Pkt 14.8) Elektronische Rechnung: Die Entgelte werden mit dem Tag zur Zahlung fällig, an dem die Rechnung in Ihrem online Kundenservice Bereich hinterlegt bzw. Ihnen bei E-Mail zugesendet wurde und unter gewöhnlichen Umständen abrufbar ist.

17. (AGB Pkt 15.1 und 15.2) Sollten Sie mit der Zahlung Ihrer fälligen Entgelte in Verzug geraten, senden wir Ihnen eine Mahnung in Papierform. Wir sind berechtigt, Ihnen für jede Mahnung die angefallenen notwendigen und zweckdienlichen administrativen Spesen in Höhe von EUR 17,44 in Rechnung zu stel-

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

18. (AGB Pkt 16.1, 16.3 und 16.4) Sollten Sie Einwände gegen Ihre Rechnung haben, müssen Sie diese Einwände schriftlich binnen vier Wochen nach Rechnungszugang bei uns geltend machen. Die Unterlassung von Einwendungen innerhalb dieser Frist gilt als Anerkennung der Rechnung. Wir weisen Sie auf der Rechnung nochmals auf diese Frist und die Rechtsfolgen bei Verstreichen der Frist hin. [.....]

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

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

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

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

19. (AGB Pkt 19.6) Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihre Stamm-, Verkehrs- und sonstige personenbezogenen Daten zum Zweck der Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen, zur Legung von bedarfsgerechten Angeboten an Sie, zur Erstellung von Bedarfsanalysen sowie zur Verbesserung unserer Produkte verwenden. Sie können diese Zustimmung jederzeit schriftlich, mittels

Telefax oder E-Mail uns gegenüber widerrufen.

20. (AGB Pkt 19.8) Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihre Stammdaten und Ihr Geburtsdatum für Bonitätsauskünfte an gesetzlich dazu befugte Kreditschutzverbände, Kreditinstitute und Auskunfteien übermitteln. Sie können diese Zustimmung jederzeit schriftlich, mittels Telefax oder E-Mail uns gegenüber widerrufen.

21. (AGB Pkt 19.13) Sofern wir nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig die uns obliegende Sorgfalt außer Acht lassen, ist die Geltendmachung von Schäden, die aus widerrechtlichem Zugriff auf Ihre gespeicherten Daten resultieren, ausgeschlossen.

22. (AGB Pkt 20.3) Sollte eine der Bestimmungen dieser AGB unwirksam sein, so tritt an Stelle dieser Bestimmung eine wirksame Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist. Im Falle von Unternehmen gilt eine der ursprünglichen Bestimmung am nächsten kommende als vereinbart. Die übrigen Bestimmungen des AGB bleiben wirksam.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage in Ansehung der Klauseln zu Punkt 1 bis 6, 8, 9 und 11 bis 22 sowie des Veröffentlichungsbegehrens statt, mit welchem es dem Kläger die Ermächtigung erteilte, den klagsstattgebenden Spruchteil binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“ auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel zu veröffentlichen. In Ansehung der Klauseln zu Punkt 7 und 10 wies es die Klage ab. Es traf die auf Seite 17 der Ausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird. Zur Wahrung der Übersichtlichkeit werden - soweit für das Berufungsverfahren relevant - die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes und die wechselseitigen Parteienstandpunkte zu jeder Klau-

sel zusammengefasst dargestellt; hiebei wird von der Wiederholung desselben Inhalts der Rechtsmittelschriften Abstand genommen.

Gegen die Klagsabweisung betreffend die Klausel zu Punkt 7. des Unterlassungsbegehrens richtet sich die Berufung des Klägers, gegen die Klagsstattgebung richtet sich die Berufung der Beklagten jeweils aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung durch (Klägerin) Klagsstattgebung bzw. (Beklagte) Klagsabweisung. Die Beklagte stellt hilfsweise einen Aufhebungsantrag.

Die Parteien beantragen wechselseitig, der gegnerischen Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung des Klägers ist nicht, jene der Beklagten ist teilweise berechtigt.

I. Rüge sekundärer Feststellungsmängel

1. Die Beklagte vermisst die Feststellung, dass sie Leistungen im Bereich Internet/Telekommunikation und Kabelfernsehen erbringe. Dieser Umstand wurde auch vom Kläger vorgebracht (§ 2 der Klage) und ist somit ohnehin unstrittig (§ 267 ZPO).

2., 3. und 5. Die Beklagte vermisst Feststellungen zu ihrem Vertragsabschlussverfahren, zu ihrer den Kunden übermittelten „Vertragsbestätigung“ sowie zu der bei ihren Internetprodukten mitumfassten E-Mail-Adresse. Anhand der Ausführungen des Berufungsgegners (ON 11, 1ff) ist weder die Strittigkeit dieser Umstände, noch deren Relevanz ersichtlich.

4. Die Beklagte vermisst Feststellungen zum Inhaltsverzeichnis ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Beil./1). Auch dieser unstrittige Urkundeninhalt ist der rechtlichen Beurteilung ohne Weiteres zu Grunde zu legen (vgl 7 Ob 159/03p sowie 1 Ob 128/07s = RIS-Justiz RS0121557 T3).

Die Berufung der Beklagten geht daher insoweit fehl.

II. Zu den Klauseln im Einzelnen

1. (AGB Pkt 3.3) *Bei Fernabsatzgeschäften haben Sie kein*

Rücktrittsrecht, wenn wir mit der Ausführung der Dienstleistung vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen ab Vertragsabschluss begonnen haben.

1.1. Der Kläger brachte hiezu vor, die Klausel verstoße gegen § 5d Abs 2 Z 1 KSchG, wonach der Verbraucher vor der Vereinbarung über die vorzeitige Ausführung der Dienstleistung über den damit verbundenen Entfall des Rücktrittsrechts aufzuklären sei.

Die Beklagte hielt dem entgegen, sie gebe lediglich den Gesetzeswortlaut wieder.

Das Erstgericht führte aus, gemäß § 5d Abs 2 Z 1 iVm § 5f Z 1 KSchG müsse der Verbraucher über den Entfall des Rücktrittsrechts im Falle der vereinbarungsgemäßen Ausführung der Dienstleistung innerhalb von sieben Tagen aufgeklärt werden. Diese Aufklärung müsse (zeitlich) vor der Vertragserklärung des Verbrauchers erfolgen. Die Klausel suggeriere zu Unrecht, dass das Rücktrittsrecht jedenfalls und allein durch diese Klausel selbst ausgeschlossen sei. Sie sei daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

1.2. Gemäß § 6 Abs 3 KSchG (Transparenzgebot) darf der Kunde durch die Formulierung einer Klausel in Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Zweck des Verbandsprozesses ist es, auch jene Klauseln zu beseitigen, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln. Daraus sind unterschiedliche Einzelgebote abzuleiten, insbesondere jenes der Vollständigkeit, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (stRsp, vgl RIS-Justiz RS0115219).

Die Berufungswerberin vertritt unter Darlegung der Gesetzesmaterialien und der darauf verweisenden Lehre selbst die Rechtsauffassung, dass der Verbraucher vor der Vereinbarung einer vorzeitigen Ausführung über die Konsequenzen seiner

Zustimmung, nämlich den Entfall des gesetzlichen Rücktrittsrechts informiert sein muss (Pkt C.1.6. der Berufung ON 8; 1998 BlgNR XX GP, 27; Kosesnik-Wehrle/Hammerl/Kolba/Langer, KSchG³ § 5f KSchG Rz 2 ua; 9 Ob 66/08h). Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass sich der Unternehmer auf den Entfall des Rücktrittsrechts infolge vereinbarungsgemäßer frühzeitiger Leistungsausführung dann nicht berufen kann, wenn er den Verbraucher im Vorfeld dieser Vereinbarung über deren Folgen im Unklaren ließ - würde dem Verbraucher doch sonst eine informierte Entscheidung dahin genommen, ob ein früherer Leistungsbeginn ohne Rücktrittsrecht oder ein späterer Leistungsbeginn mit Rücktrittsrecht seinen Interessen besser entspreche.

Vor diesem Hintergrund ist die erstgerichtliche Rechtsauffassung zu teilen, dass die Klausel, mag sie auch dem Gesetzestext des § 5f Z 1 KSchG entsprechen, entgegen § 6 Abs 3 KSchG unvollständig und daher unrichtig ist. Sie sieht nämlich den Entfall des Rücktrittsrechtes bei jeglichem vereinbarten frühzeitigem Leistungsbeginn selbst in Fällen vor, in denen dies gar nicht zutrifft, weil vor der Vereinbarung vorzeitiger Leistungserbringung ein Hinweis an den Verbraucher auf die damit verbundene Rechtsfolge unterblieben ist.

2. (AGB Pkt 5.1) Unter der Überschrift „5. Vertragsänderungen“ gibt die Klausel zunächst - vom Kläger unbeanstandet - im Wesentlichen den Gesetzestext des § 25 Abs 3 TKG wieder, wonach (im Falle von Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen) der Teilnehmer über den wesentlichen Inhalt nicht ausschließlich begünstigender Änderungen zeitgerecht und in geeigneter Form zu informieren ist. Strittig ist der unmittelbar darauf folgende Klauselteil:

Die Information kann auch per E-Mail an die von Ihnen bekannt gegebene E-Mail-Adresse oder - falls Sie uns keine E-Mail-Adresse bekanntgegeben haben - an die von uns bei Vertragsabschluss über ein Internetprodukt zur Verfügung gestellte

E-Mail-Adresse erfolgen. Wir weisen Sie im Zuge ihrer Bestellung nochmals darauf hin.

2.1. Der Kläger brachte hiezu vor, bei den Informationen des § 25 TKG handle es sich um empfangsbedürftige Willenserklärungen des Unternehmers. Deren Übermittlung per E-Mail setze voraus, dass der Verbraucher die E-Mail-Adresse ausdrücklich mit dem Zweck bekanntgegeben habe, derartige Willenserklärungen empfangen zu wollen. Der Verbraucher könne hingegen nicht damit rechnen, dass ihm solche Erklärungen an einer irgendwann bekanntgegebenen oder überhaupt erst von der Beklagten einseitig installierten E-Mail-Anschrift übermittelt würden. Die Klausel sei daher intransparent. Insbesondere aufgrund Punkt 5.3 der AGB sei sie auch gröblich benachteiligend, da sie die Vertragssituation zu Lasten des Verbrauchers verschlechtere, die Beklagte jedoch darauf bestehen könne, dass Verbraucher Erklärungen per Brief oder Fax senden. Sofern die Klausel eine Zugangsfiktion enthalte, verstoße sie überdies gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Auch wenn bei jedem Internetprodukt der Beklagten zumindest eine E-Mail-Adresse im Leistungsumfang enthalten sei, bedeute dies nicht, dass der Kunde an dieser Installation auch interessiert sei und damit rechne, dort Erklärungen zu erhalten, deren Nichtbeachtung für ihn Rechtsfolgen auslösten.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass Erklärungen grundsätzlich an der vom Kunden bekannt gegebenen E-Mail-Adresse erfolgten und nur für den Fall, dass dieser keine bekannt gebe, die in jedem Paket enthaltene und zugeteilte E-Mail-Adresse Verwendung finde. Die Abgabe von Erklärungen durch E-Mail sei bei auf elektronische Kommunikation ausgerichteten Dienstleistungen üblich und vom Kunden zu erwarten. Der Kunde werde überdies anlässlich des Vertragsabschlusses auf den Umstand, dass vertragsrelevante Kommunikation auch per E-Mail erfolgen könne, neuerlich ausdrücklich hingewiesen. Gemäß Punkt 5.8 der AGB sei der Kunde verpflichtet, bekanntgegebene bzw. zugeteilte E-Mail-

Anschlüsse stets empfangsbereit zu halten. Auch einem Verbraucher sei zumutbar, im Verkehr mit dem Anbieter elektronischer Dienste für eine elektronische Empfangsmöglichkeit Sorge zu tragen, und er müsse mit der Übermittlung maßgeblicher Erklärungen auf diese Weise rechnen. Eine gröbliche Benachteiligung liege nicht vor.

Das Erstgericht führte aus, die Zustellung an eine E-Mail-Adresse, die der Kunde womöglich kein einziges Mal in Betrieb genommen habe und unter Umständen gar nie wollte, sei in Verstoß gegen § 864a ABGB objektiv ungewöhnlich und überraschend.

Die Beklagte hebt in ihrer Berufung insbesondere hervor, die E-Mail-Zustellung betreffe nur Bezieher eines Internetproduktes, die daher jedenfalls auch über die technischen Voraussetzungen verfügten, eine E-Mail-Adresse abzurufen und Nachrichten darüber zu empfangen. Angesichts ihres auf elektronische Kommunikation/Internetkommunikation ausgerichteten Dienstleistungszweiges und des typischen Charakters der zwischen ihr und den Kunden abgeschlossenen Verträge sei es keineswegs unüblich oder außergewöhnlich, mit den Kunden auf elektronischem Wege zu korrespondieren.

2.2. Zwingende E-Mail-Form „geeignet“ iSd § 25 Abs 3 TKG?

Derartige Änderungsmitteilungen haben nach dem vollständigen Wortlaut des § 25 Abs 3 TKG „in geeigneter Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung“ zu erfolgen. Kernfrage ist demnach, ob der in der Klausel vorgesehene E-Mail-Formzwang eine geeignete Form im Sinne der gesetzlichen Bestimmung darstellt.

Gemäß § 100 Abs 1 Satz 2 TKG kann der Teilnehmer verlangen, den - die Nachvollziehbarkeit der Rechnung bewirkenden - Einzelentgeltnachweis entgeltfrei in Papierform zu erhalten.

Der Gesetzgeber führte in § 25 Abs 3 TKG beispielsweise und somit als Richtschnur zur Beurteilung der Formeignung den Aufdruck auf einer Rechnung an, demnach eine Form, bei der im

Zusammenhalt mit § 100 Abs 1 Satz 2 TKG bei diesbezüglichem Kundenwunsch die Zustellung eines Schriftstückes in Papier sichergestellt ist. Die beanstandete Klausel zielt geradezu gegenteilig darauf ab, dem Kunden die Zustellung eines Schriftstückes in Papier zu verwehren und rechtserhebliche Zustellungen unabhängig vom Kundenwunsch zwingend in Form einer E-Mail durchzusetzen. Sie steht demnach in Widerspruch zu § 25 Abs 3 TKG, weil sie für Änderungsmitteilungen eine ungeeignete Form vorsieht, und ist daher nicht bloß gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, sondern darüber hinausgehend infolge Gesetzeswidrigkeit nichtig gemäß Abs 1 leg cit.

3. (AGB Pkt 5.2) *Wir können mit Ihnen Änderungen der AGB und EB/LB auch einvernehmlich vereinbaren. In diesem Fall senden wir Ihnen ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens ein Monat vor Inkrafttreten der geplanten Änderungen in geeigneter Form (z.B. auch per E-Mail wie in Punkt 5.1 der AGB angeführt) zu. Gleichzeitig informieren wir Sie über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der geplanten Änderungen. Unser Angebot zu den neuen bzw. geänderten AGB, EB/LB gilt als angenommen, wenn Sie nicht bis spätestens zum Inkrafttreten der geplanten Änderungen schriftlich widersprechen. Wir weisen Sie in unserem Angebot nochmals auf diese Frist hin sowie darauf, dass Ihr Stillschweigen bis zum Inkrafttreten der Änderung als Zustimmung zur Änderung gilt. Ihr Widerspruch stellt eine kostenlose Kündigung des Vertragsverhältnisses mit Wirksamkeit zum Inkrafttreten der Änderung dar.*

3.1. Der Kläger brachte - soweit relevant - vor, die Klausel suggeriere, dass der Vertrag quasi alternativ zur Änderung nach § 25 TKG auch "einvernehmlich" geändert werden könne. Die Klausel umgehe § 25 TKG, gegen den sie verstoße. Bei einer Änderung von AGB, die die Beklagte den Kunden mitteile, woraufhin diese nur (auch durch Stillschweigen) zustimmen könnten, ansonsten der Vertrag ende, handle es sich um dem § 25 TKG

unterliegende einseitige Vertragsänderungen.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass die Klausel der geltenden Rechtslage entspreche. Der Kunde könne entweder die Änderung der AGB und EB/LB durch stillschweigende Zustimmung vereinbaren oder eben Widerspruch erheben, der - wie in der Klausel enthalten - einer Kündigung im Sinne des § 25 TKG gleichzuhalten sei.

Das Erstgericht führte aus, die Klausel sehe wiederum die Zustellung an eine von der Beklagten bestimmte E-Mail-Adresse vor. Da es sich bei einem Angebot im Sinne der Klausel ebenfalls um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handele, sei sie schon aus den zu Punkt 2. angeführten Gründen gesetzwidrig. Außerdem sehe § 25 TKG keine Form für die Erklärung des Widerspruchs vor, die Klausel hingegen neben der Einhaltung der Frist auch noch das Formerfordernis der Schriftlichkeit. Damit werde § 25 TKG in unzulässiger Weise erweitert.

3.2. Auch diese Klausel sieht als „geeignete Form“ die Möglichkeit vor, dem Kunden auch gegen seinen Willen die E-Mail-Form für den Zugang des Änderungsangebotes der Beklagten aufzuzwingen bzw. im Falle seines Stillschweigens an diese Erklärungsform eine Rechtsfolge zu knüpfen. Da die Klausel im Wesentlichen auf dieselben Konsequenzen abzielt wie die gesetzliche Bestimmung des § 25 Abs 3 TKG, ist nach denselben Kriterien zu beurteilen, ob eine dem Teilnehmer aufgezwungene E-Mail-Form entsprechende Eignung zukommt. Dies ist wie zu Pkt 2. ausgeführt zu verneinen, was schon deshalb zur Gesetzwidrigkeit auch dieser Klausel führt.

Dem Argument der Berufung, individuelle Vereinbarungen/Änderungen von Vertragsinhalten seien von § 25 Abs 3 TKG 2003 nicht umfasst, bleibt entgegenzuhalten, dass der Klauseltext keineswegs auf „Individualabreden“, sondern nur auf die von § 25 TKG umfassten standardisierten Vertragsinhalte („Änderungen der AGB und EB/LB“) verweist.

4. und 5. (AGB Pkt 5.7 und 5.8)

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

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

4.1. und 5.1. Der Kläger wendet sich gegen die darin geregelte Zugangsfiktion und verweist auf die schon zu Punkt 2. angeführten Gründe. Auch sei es überraschend, dass der Verbraucher Änderungen von Anschriften, die er der Klägerin nicht zu diesem Zweck bekanntgegeben habe oder die ihm zugeteilt worden seien, zu melden habe. Die Frist von drei Tagen ab Versanddatum sei zu kurz.

Die Beklagte hielt dem entgegen, die zu 4. vereinbarte Zugangsfiktion für den Fall, dass die Anschrift geändert, die Änderung aber nicht bekannt gegeben werde, entspreche dem § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Die Bestimmung stehe auch im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Verbrauchers, die elektronische Zugangsmöglichkeit zu pflegen und aufrecht zu erhalten. Im Verhältnis

zu einem Anbieter elektronischer Dienste sei die Klausel nicht ungewöhnlich. Sie sei im Abschnitt „Vertragsänderungen“ dort geregelt, wo der Verbraucher dies erwarte. Die Frist von drei Tagen liege über den üblichen Zugangszeiten von Postsendungen. Die Klausel zu 5. informiere den Kunden lediglich, dass rechtlich bedeutsame Erklärungen auch an bestimmte E-Mail-Adressen übermittelt werden könnten. Dass er verpflichtet sei, einen mangelnden Zugang zu beweisen, lasse sich aus der Klausel nicht ableiten. Der Verbraucher habe vorzusorgen, dass ihn betreffende Erklärungen auch tatsächlich zugehen könnten. Es könne daher von ihm auch verlangt werden, seine E-Mails abzurufen. Die Mail-Adressen könnten problemlos in die gängigen Programme integriert und standardmäßig abgefragt werden. Dies stelle keinen unzulässigen Aufwand dar. Der Kunde werde auf die nachteiligen Folgen, wenn er Nachrichten nicht abrufe oder nicht abrufen könne, hingewiesen.

Das Erstgericht erkannte beide Klauseln aus den zu Punkt 2. angeführten Gründen für gesetzwidrig. Zwar stehe der weitere Text im Einklang mit § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, eine geltungserhaltende Einschränkung der Klausel sei im Verbandsprozess aber nicht möglich.

4.2. und 5.2. „versteckte Klausel“ entgegen § 864a ABGB

Neben ihrem Inhalt ist auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstextes (ihre Einordnung in den AGB) 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. § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (4 Ob 5/08a mwN; vgl. RIS-Justiz RS0014659).

Anhand des als unstrittig zu Grunde zu legenden Urkundeninhalts (vgl oben Pkt I.4.) handelt es sich um Allgemeine

Geschäftsbedingungen mit mehr als 20 Punkten und zahllosen Unterpunkten auf sieben DIN-A4-Seiten jeweils in engzeiligem Kleindruck. Bei einem solch umfangreichen Regelwerk für eine finanziell vergleichsweise eher geringwertige Dienstleistung des Alltagslebens liegt es auf der Hand, dass der Durchschnittskunde von einem genauen Studium Abstand nehmen und sich mit einer bloß kursorischen Betrachtung begnügen wird. Umso bedeutsamer ist daher die Gliederung der einzelnen Vertragspunkte und deren Zusammenfassung im Inhaltsverzeichnis des - allein in größerer Schrift gehaltenen - Deckblattes.

Geht der Durchschnittskunde dieses Inhaltsverzeichnis punktweise durch, um sich eine Übersicht über die ihn allenfalls treffenden allgemeinen Vertragspflichten zu verschaffen, findet er keine deutlich korrespondierende Überschrift. Vermutet er solches allenfalls zu „1 Vertragsgrundlagen“ oder „2 Vertragsabschluss“, und unterzieht er sich dem durchaus mühsamen Leseaufwand für die insgesamt zehn kleingedruckten engzeiligen Unterpunkte, wird er nicht fündig. Kehrt er zum Inhaltsverzeichnis zurück und streift „5 Vertragsänderungen“, erhebt sich die Frage, warum er sich im Zuge des eben erst beabsichtigten Abschlusses des Vertrages schon jetzt mit dessen künftiger Änderung auseinandersetzen sollte. Sollte er später eine Änderung anstreben, genügte es, dann den Leseaufwand auf sich zu nehmen. Sollte die Beklagte ihrerseits eine Änderung anstreben, würde sie ihn wohl auf gesetzeskonforme Weise - also insbesondere schriftlich per Post - kontaktieren. Hingegen muss der Kunde nicht damit rechnen, dass ihm eine solche Kontaktaufnahme verborgen bliebe, weil gerade in diesem - zunächst unerheblich erscheinenden - Vertragspunkt Regelungen über Zugangsfiktionen und die zwingende Kontaktmöglichkeit per E-Mail enthalten sind und er so mangels Beachtung der allenfalls gar nicht gewünschten inkludierten E-Mail-Adresse (etwa weil er eine andere regelmäßig benutzt oder rechtserhebliche Korrespon-

denz per E-Mail grundsätzlich ablehnt) eine Nachschau im von der Beklagten bereitgehaltenen Postfach unterlässt.

Zusammenfassend ist für einen durchschnittlich sorgfältigen Leser nicht zu vermuten, dass die Beklagte weitreichende, die gesamte Vertragsbeziehung betreffende Regelungen, nämlich Zugangsfiktionen (5.7. der AGB) und den Zwang zu rechtlich relevanter Kommunikation mittels E-Mail (5.8.) in einem Vertragspunkt vorsieht, der anhand der Überschrift „5 Vertragsänderungen“ zunächst als bedeutungslos erscheinen durfte. Das Klagebegehren zu Punkt 4. und 5. ist daher schon infolge unzulässigen „Versteckens“ dieser Klauseln aufgrund Verstoßes gegen § 864a ABGB berechtigt.

4.3. Klausel Pkt 5.7 verstößt überdies gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG: Diese Bestimmung verbietet grundsätzlich die Vereinbarung einer Zugangsfiktion; sie ist nur erlaubt, „sofern es sich [...] 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 Bestimmung ist immanent, dass dem Unternehmer (bloß) eine Kontaktmöglichkeit an der Kundenanschrift zur Verfügung steht und diese Kontaktmöglichkeit durch verschwiegene Anschriftenänderung verloren geht. Diese Regelung des Gesetzgebers ist ohne weiteres einsichtig, weil jedem Verbraucher die Bedeutung der Aktualität seiner Anschrift klar sein muss, um die laufende Geschäftsbeziehung reibungslos zu gestalten.

Die strittige Klausel stellt dem gegenüber auf mehrere Kontaktmöglichkeiten ab, nämlich sowohl an der (physischen) Kundenanschrift als auch an seiner (virtuellen) E-Mail-Adresse. Dies birgt allerdings die Gefahr, dass der Verbraucher der Notwendigkeit, jegliche Änderung umgehend bekanntzugeben, nicht mehr die erforderliche Beachtung schenkt. Der Adresswechsel mag ihm nämlich unwesentlich erscheinen, wenn ohnehin regelmäßiger

E-Mail-Kontakt bestand; der E-Mail-Adresswechsel mag ihm unwesentlich erscheinen, wenn der bisherige Geschäftskontakt ohnehin brieflich an seine Anschrift erfolgte. Die strittige Klausel geht demnach über die gesetzliche Ausnahmeregel des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG hinaus, indem der Unternehmer eine vom Verbraucher unbedacht geänderte, weil bislang ohnehin nicht gepflogene Kontaktmöglichkeit für das Bewirken der Zugangsfiktion in Anspruch nehmen könnte, obwohl ihm die bislang verwendete Kontaktmöglichkeit unverändert zur Verfügung steht. Für eine ausdehnende Auslegung der Verbraucherschutzbestimmung zu Lasten des Verbrauchers dahin, dass sie auch auf die nicht bekannt gegebene Änderung bloß einer von mehreren (überdies allenfalls gar nicht verwendeten) Kontaktmöglichkeiten anzuwenden sei, besteht kein Anlass.

Anzumerken bleibt, dass § 6 Abs 1 Z 3 KSchG nur auf eine zuletzt bekannt gegebene Anschrift, nicht aber auch auf eine zuletzt bekannt gegebene E-Mail-Adresse abstellt. Ob im Falle alleiniger Kontaktmöglichkeit per E-Mail und unterbliebener Bekanntgabe deren Änderung eine Analogie zum Tragen käme oder die enge gesetzliche Ausnahmeregel die Vereinbarung einer solchen Zugangsfiktion verbietet, kann offen bleiben, weil im vorliegenden Verbandsprozess eine solche geltungserhaltende Reduktion ohnehin ausscheidet.

6. (AGB Pkt 6.1) *Sie können Ihren Vertrag oder einzelne Rechte und Pflichten aus Ihrem Vertrag nur mit unserer schriftlichen Zustimmung an Dritte übertragen.*

6.1. Der Kläger brachte hiezu vor, die Klausel widerspreche dem § 10 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte entgegnete, diese Bestimmung stehe Formvorschriften und Formvorbehalten, die dem Verbraucher nicht zum Nachteil gereichten, nicht entgegen. Die Klausel betreffe lediglich die Frage der Vertragsübertragung an einen anderen Kunden. Gemäß Punkt 6.2 der AGB gingen in diesem Fall alle

Rechte und Pflichten auf den Dritten, auf den der Vertrag übertragen werde, über. Die vorgesehene Form schaffe größere Rechtssicherheit im Interesse und zum Schutz des Verbrauchers.

Das Erstgericht führte aus, § 10 Abs 3 KSchG wende sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen des Unternehmers. Zwar bedeute im Bereich der Vertrags- und Schuldübernahme ein zusätzliches Formerfordernis der Schriftform nicht unbedingt einen Nachteil für den Verbraucher, da es jedenfalls der Zustimmung des Gläubigers bedürfe. Betroffen sei aber auch die rechtsgeschäftliche Zession der Verbraucheransprüche, welche lediglich eine Willenseinigung zwischen Zedenten und Zessionar, aber keine Einwilligung des Schuldners voraussetze. Die Übertragung einzelner Rechte an die überdies schriftliche Zustimmung des Schuldners zu knüpfen, bedeute daher einen erheblichen Nachteil für den Verbraucher, zumal mündliche Zustimmungserklärungen dieser Klausel widersprüchlich und wirkungslos wären. Daraus folge ein Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG.

6.2. Die Berufung postuliert, die Klausel betreffe ausschließlich eine Vertragsübertragung, insofern sei die Schriftform für den Verbraucher nicht nachteilig. Sie übergeht damit die erstgerichtlichen Rechtsausführungen zur ausdrücklich vorgesehenen Schriftform auch für die Zession von Einzelansprüchen - etwa des Rückzahlungsanspruches des Verbrauchers auf irrtümlich zuviel Geleistetes. Warum ein solcher Kondiktionsanspruch nicht unter die Klauselformulierung „*einzelne Rechte ... aus Ihrem Vertrag*“ fiele, ist nicht ersichtlich, die Rechtsauffassung des Erstgerichtes somit zutreffend.

7. (AGB Pkt 7.3) *Im Rahmen unserer Leistungserbringung kann es in Folge von unvermeidbaren und von uns nicht zu vertretenden Ereignissen sowie betriebsnotwendigen Wartungsarbeiten zu unvermeidbaren Unterbrechungen kommen.*

7.1. Der Kläger brachte vor, hiedurch würden entgegen

§ 9 KSchG die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers eingeschränkt. Bei kundenfeindlichster Auslegung könne sich die Beklagte immer darauf berufen, dass ein unvermeidbares Ereignis vorliege. Wann Wartungsarbeiten betriebsnotwendig seien, liege in der Ingerenz der Beklagten, sodass die Gewährleistungsansprüche ausgehöhlt würden.

Die Beklagte hielt dem entgegen, es handle sich lediglich um eine zulässige Leistungsdefinition unter Bekanntgabe der realen technischen Gegebenheiten. Die Klausel sei weder unklar noch überraschend.

Das Erstgericht führte aus, das Verbot des Gewährleistungsausschlusses werde mit Leistungsbeschreibungen nicht umgangen, soweit diese lediglich den Schuldinhalt präzisierten, insbesondere bestimmte Mängel offenlegten, mit denen der Verbraucher angesichts der Art und Weise der Leistung tatsächlich rechnen müsse. Nach der Rechtsprechung zähle etwa eine jeden Ausfall ausschließende absolute Betriebssicherheit nicht zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer EDV-Anlage (SZ 69/127). Die Klausel kläre, dass Unterbrechungen infolge von unvermeidbaren Ereignissen oder betriebsnotwendigen Wartungsarbeiten auftreten könnten. Es handle sich um eine zulässige Leistungsbeschreibung, weil diese auch den Tatsachen entspreche. Kommunikationsnetze müssten gewartet werden, um den Betrieb zu sichern. Ebenso könne der Betreiber nicht alle betriebsstörenden Ereignisse von vornherein abwenden. Die Klausel enthalte genau dies und sei daher zulässig.

Der Kläger bringt in seiner dagegen erhobenen Rechtsrüge weiters vor, Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers könnten nicht dadurch ausgehebelt werden, dass durch die Definition des Leistungsumfangs bestimmte Störungen von vornherein hinzunehmen wären. Dem Verbraucher werde hiedurch auf intransparente Weise die Verschuldensunabhängigkeit des Gewährleistungsanspruches verschleiert.

7.2. Der Beklagten steht es durchaus frei, sich nicht zu einer gänzlich lückenlosen permanenten Bereitstellung ihrer Dienste und somit zu einer Leistung zu verpflichten, deren Unmöglichkeit von Beginn an gewiss ist. Ist sie während solcher unvermeidbarer Unterbrechungen demgemäß zur Leistung gar nicht verpflichtet, ist mangels Leistungsstörung von vornherein kein Raum für einen Gewährleistungsanspruch, dessen „Aushebelung“ oder eine Fehlinformation über dessen Verschuldensunabhängigkeit. Ob konkrete Unterbrechungen letztlich unvermeidbar oder - gewährleistungsauslösend - sehr wohl vermeidbar waren, ist eine grundsätzlich jedem Gewährleistungsprozess immanente Beweisfrage über das Vorliegen einer vom Kläger behaupteten, jedoch vom Beklagten bestrittenen Leistungsstörung.

Daher ist auch insofern die Rechtsauffassung des Erstgerichtes zu teilen, die Berufung des Klägers somit erfolglos.

8. (AGB Pkt 7.4) *Ein ununterbrochener Betrieb kann nicht garantiert werden und ist nicht geschuldet. Wir sind jedoch immer bemüht, Störungen und Unterbrechungen so rasch wie technisch und wirtschaftlich möglich zu beheben. Auf Grund kurzfristiger Störungen und Unterbrechungen sind Sie nicht berechtigt, Ihre Entgeltzahlungen einzustellen oder zu mindern.*

8.1. Der Kläger releviert hiezu ebenfalls einen Verstoß gegen § 9 KSchG. Darüber hinaus sei die „Kurzfristigkeit“ nicht definiert, sondern liege im Belieben der Beklagten, sodass die Klausel auch intransparent sei.

Die Beklagte entgegnete, die Klausel enthalte im Zusammenhang mit Punkt 7.2 und 7.3 der AGB keine Einschränkung der Verbraucherrechte, es handle sich lediglich um eine sachlich gerechtfertigte Leistungsdefinition und Umschreibung der gewöhnlich geschuldeten Leistung.

Das Erstgericht führte aus, die Klausel suggeriere, dass nur ein Bemühen im wirtschaftlichen Rahmen („so rasch wie ... wirtschaftlich möglich“) geschuldet sei. Die Textierung „kurz-

fristige Störungen und Unterbrechungen“ sei unpräzise und könne auch auf wesentliche Leistungen oder schuldhaft herbeigeführte Schäden zutreffen. Die Klausel sei daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte moniert insbesondere die gebotene Gesamtschau mit den Klauseln 7.2. und 7.3., welche dem Vorwurf der Intransparenz entgegenstehe.

8.2. Die Klausel beginnt damit, dass ununterbrochener Betrieb nicht geschuldet sei, und endet damit, dass kurzfristige Unterbrechungen keinen Grund für eine Entgeltsminderung darstellten. Dies bietet Raum für eine Auslegung dahin, dass ein Gewährleistungsanspruch unabhängig vom Kriterium der Unvermeidbarkeit der Unterbrechung ausscheide, wenn die Unterbrechung nur „kurzfristig“ (allenfalls sogar verschuldet) sei. Weder der Mittelteil der Klausel, noch die von der Beklagten ins Treffen geführte „Gesamtschau“ stehen einer solchen Auslegung entgegen. Sie sieht daher über die zu Punkt 7. behandelte Leistungsbeschreibung hinaus einen Gewährleistungsausschluss auch hinsichtlich vom Leistungsumfang umfasster vermeidbarer Unterbrechungen vor und ist daher schon wegen Verstoßes gegen § 9 Abs 1 KSchG unzulässig.

9. (AGB Pkt 7.6) *Werden wir auf Grund einer von Ihnen gemeldeten Störung tätig und stellt sich heraus, dass gar keine Störung vorliegt oder eine vorliegende Störung von Ihnen zu vertreten ist, dann sind wir berechtigt, den uns entstandenen Aufwand zu verrechnen.*

9.1. Der Kläger releviert hiezu eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers, da dieser nicht über das technische Wissen verfüge, den Grund von Störungen herauszufinden und nachzuvollziehen. Die Klausel sei darüber hinaus intransparent, da die Höhe und Berechnungsbasis für den Aufwandsersatz nicht enthalten sei.

Die Beklagte entgegnete, die Klausel entspreche der Geset-

zeslage, da die Beklagte beweisen müsse, dass sie ohne Vorliegen einer Störung gerufen worden oder diese Störung vom Kunden selbst zu vertreten sei. Im Falle einer Falschmeldung sei der Verbraucher zur Entgeltleistung verpflichtet.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, insbesondere weil die Klausel in mehrfacher Hinsicht unbestimmt sei, nämlich sowohl in kaufmännischer Hinsicht, aus welchen Faktoren sich der vom Verbraucher zu ersetzende Aufwand zusammensetze, als auch in technischer Sicht, wann der Verbraucher eine Störung zu vertreten habe.

Die Berufung führt gegen zweiten Aspekt ins Treffen, die Klausel beziehe sich auf die Verpflichtung des Kunden zum Schadenersatz bei Falschmeldungen in Bezug auf Störungen oder vom Kunden selbst verschuldete Störungen im Sinne der ohnedies geltenden dispositiven Rechtslage.

9.2. Die Beklagte erkennt selbst, dass die Schadenersatzpflicht des Verbrauchers von seinem Verschulden abhängig ist. Die Klausel umfasst jedoch zum Einen jegliche Störungs-Fehlmeldung unabhängig davon, ob den Verbraucher ein Verschulden an seinem Irrtum, dass eine Störung vorliege, trifft. Zum Anderen bietet diese Formulierung Raum für eine kundenfeindliche Auslegung dahin, dass die vom Verbraucher „zu vertretende“ Störung nicht einmal sein Verschulden voraussetzt, die Klausel nämlich seine verschuldensunabhängige Verantwortlichkeit für von Dritten herbeigeführte Störungen vorsieht. Beides verstößt – wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat – gegen § 6 Abs 3 KSchG.

10. ... (rechtskräftig abgewiesen)

11.-13. und 21. (AGB Pkt 12.2, 12.4 und 13.2 sowie 19.13)

Die Beklagte strebt mit diesen Klauseln jeweils den Entfall ihrer Schadenersatzpflicht bei leichter Fahrlässigkeit an:

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

- Wir haften jedenfalls nicht für die Folgen von Störungen oder Unterbrechungen, wenn diese auf Störungen und Unterbrechungen nach Punkt 7.3 dieser AGB oder auf leicht fahrlässiges Verhalten unsererseits zurückzuführen sind.

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

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

11.-13.1. und 21.1. Der Kläger brachte insbesondere vor, diese Haftungseinschränkungen seien gröblich benachteiligend und verstießen gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte entgegnete, die Klauseln seien rechtskonform und im Hinblick auf die von der Beklagten übernommenen umfangreichen Pflichten sachlich gerechtfertigt. Der Verbraucher sei aufgrund der verschuldensunabhängigen Gewährleistung hinsichtlich der vertraglichen Hauptleistungen hinreichend abgesichert.

Das Erstgericht erachtete zu Punkt 11. die Klausel 12.2 als zweideutig und widersprüchlich. Der erste Satz schließe eine Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten gänzlich aus. Der zweite schließe erneut eine Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten - allerdings nur teilweise, nämlich nicht für Personenschäden - aus. Beides könne nicht zutreffen. Insbesondere ein juristisch unkundiger Verbraucher verstehe nicht, was es bedeute, dass, obwohl nur für grobe Fahrlässigkeit haftet werde, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit für Personenschäden „zusätzlich ausgeschlossen“ (gemeint offenbar: vom Haftungsausschluss ausgenommen) sei. Die Klausel verstoße daher gegen § 6 Abs 3 KSchG. Überdies führe die kundenfeindlichste Auslegung in Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG zum gänzlichen

Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit.

Zu Punkt 12. gelte dies für Klausel 12.4. sinngemäß. Zu Punkt 13. komme für Klausel 13.2 hinzu, dass die Risikohaftung für Missbrauchsschäden nicht ungebührlich und ohne sachliche Rechtfertigung auf den Verbraucher überwältzt werden dürfe (4 Ob 179/02f). Umso mehr müsse dies für jene Fälle gelten, in denen den Verwender der AGB ein Verschulden trifft. Der Verbraucher habe im gegenständlichen Fall keine Möglichkeit, seine einmal weiter gegebenen Daten vor fremden Zugriffen zu schützen. Allein die Beklagte könne Vorkehrungen treffen, um die ihr anvertrauten Daten zu sichern. Daher sei es unsachgemäß, das Risiko für leichte Fahrlässigkeit entgegen allgemeinen gesetzlichen Regeln auf den Verbraucher zu übertragen. Auch in Anbetracht der Bedeutung, die der Gesetzgeber personenbezogenen Daten beimessen, erfordere deren Aufbewahrung besondere Sorgfalt. Gerade wenn der Verbraucher auf besonders intensive Weise dem Machtbereich des Unternehmers ausgeliefert sei, solle sich dieser nicht ohne sachlich einleuchtende Gründe freizeichnen können. Die Klausel sei daher benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Zu Pkt 21. entspreche die Klausel 19.13 der unter Punkt 13. behandelten und gehe in ihrem Anwendungsbereich darüber sogar hinaus, weil sie alle möglichen gespeicherten Daten umfasse.

Die Berufung erachtet die Klauseln für gesetzeskonform und die Haftungseinschränkung für sachlich gerechtfertigt.

11.-13.2. und 21.2. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Diese Bestimmung will vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen sei-

tens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners, vor allem bei Verwendung von AGB, bekämpfen. Es ist eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenkontrolle vorzunehmen. Die wichtigste Fallgruppe ist die Verschlechterung der Rechtsposition des Vertragspartners des Verwenders von AGB durch Abweichungen vom dispositiven Recht. Bei der Inhaltskontrolle von AGB ist nach dem Maßstab der Anordnung des § 879 Abs 1 ABGB eine Orientierung am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs geboten. Insbesondere kann eine Abweichung vom dispositiven Recht in Vertragsformblättern dann eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sein, wenn sich dafür keine sachliche Rechtfertigung finden lässt (zu alledem 6 Ob 253/07k mit zahlreichen Nachweisen).

Die Beklagte erkennt anhand ihrer eingehenden Darstellung einschlägiger Judikatur und Lehre selbst, dass § 6 Abs 1 Z 9 KSchG die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit bei Sachschäden keineswegs generell zulässt, sondern gemäß § 879 Abs 3 ABGB - wie bei jeglicher Abweichung einer Klausel vom dispositiven Recht - eine sachliche Rechtfertigung erforderlich ist und kein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen herbeigeführt werden darf.

Das Klauselwerk sieht in den Punkten 12 und 13 umfängliche Haftungsregelungen vor, und zwar (selbst ausgehend vom Verständnis, dass Personenschäden unberührt blieben) einerseits einen weitestgehenden Ausschluss der Schadenersatzpflicht des Unternehmers bei ihn treffender leichter Fahrlässigkeit. Dem steht andererseits aber nicht etwa eine korrespondierende Haftungserleichterung des Verbrauchers gegenüber. Pkt 13.2 vorletzter Satz der AGB (deren Inhalt anhand der unstrittigen Urkundenlage ohne Weiteres zugrundegelegt werden kann - 7 Ob 159/03p, 9 Ob 43/08a; RIS-Justiz RS0121557 T3) sieht vielmehr im Zusammenhang mit der Aufbewahrung und Geheimhaltung der

Zugangsdaten und Passwörter die vollumfängliche Haftung des Kunden für jeglichen Grad von Fahrlässigkeit vor. Darüber hinaus soll der Kunde gemäß Pkt 13.1 der AGB, wenn von seinem Anschluss ein Dritter Leistungen in Anspruch nimmt, für die dadurch entstandenen Entgeltforderungen haften, soweit er sie „innerhalb seiner Einflussosphäre zu vertreten“ hat. Während sich die Beklagte somit der Konsequenzen leicht fahrlässigen Handelns gänzlich entledigen will, soll der Verbraucher hierfür uneingeschränkt einstehen und darüber hinaus allenfalls sogar verschuldensunabhängig für Umstände in seiner „Einflussosphäre“ eintreten (vgl. hierzu schon die Ausführungen zu Punkt 9. über die ähnliche Regelung in AGB-Pkt 7.6).

Zusammenfassend ziehen die Haftungsbestimmungen der AGB in ihrer Gesamtschau ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen zulasten der Verbraucher nach sich. Der Kläger macht somit zurecht geltend, dass die bekämpften Haftungsregelungen infolge gröblicher Benachteiligung der Gegenseite dem § 879 Abs 3 ABGB widersprechen.

14. und 16. (AGB Pkt 14.4 und 14.8)

- Sofern wir nichts anderes vereinbart haben, stellen wir Ihnen unsere Rechnungen auf elektronischem Wege zur Verfügung. Dies erfolgt durch Hinterlegung der Rechnung in Ihrem online Kundenservice Bereich oder durch Zusendung der Rechnung per E-Mail. Über eine Hinterlegung der Rechnung im online Kundenservice Bereich informieren wir Sie per E-Mail. Sie sind verpflichtet, die Hinterlegung zu kontrollieren und, falls die Rechnung nicht abrufbar sein sollte, mit uns Kontakt aufzunehmen, um eine neuerliche elektronische Hinterlegung zu veranlassen.

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

14.1. Der Kläger erachtet die Klausel Pkt 14.4 unter anderem als überraschend iSd § 864a ABGB, weil die Zusendung von Rechnungen üblicherweise eine Bringschuld des Unternehmers sei; die Verpflichtung, Rechnungen anzufordern, sei ungewöhnlich, werde von den Kunden nicht erwartet und sei gröblich benachteiligend. Die Klauseln enthielten auch eine gemäß § 6 Abs 1 Z 3 KSchG unzulässige Zugangsfiktion.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass jedem Kunden entweder eine bekanntgegebene eigene oder eine produktinhärente E-Mail-Adresse zur Verfügung stehe. Im elektronischen Dienstleistungsverkehr sei die standardmäßige Vereinbarung der elektronischen Zustellung nicht überraschend. Die Rechnung werde in den Empfangsbereich des Kunden übermittelt. Sie sei am Computer jederzeit und grundsätzlich von allen Orten aus abrufbar, sodass die Gefahr, dass dem Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärungen nicht zur Kenntnis kämen, nicht mehr bestehe. Auch bei postalischer Zustellung gelte das Zustellstück mit dem Einwurf in den Briefkasten und nicht erst mit der tatsächlichen Empfangnahme als zugekommen. Der Kunde werde mehrfach darauf hingewiesen, dass er mit der Übermittlung wesentlicher Informationen und Erklärungen durch E-Mail zu rechnen und dafür Sorge zu tragen habe, die Empfangsmöglichkeit aufrecht zu erhalten.

Das Erstgericht führte insbesondere aus, die in den Klauseln genannte E-Mail-Adresse stehe im Kontext mit der von der Beklagten zur Verfügung gestellten E-Mail-Adresse, welche auch ohne explizites Verlangen oder Einverständnis des Kunden verwendet werden solle. Die Gesetzeswidrigkeit der Klauseln folge daher wiederum aus den Ausführungen zu Pkt 2.

14.2. Es kann auf die Ausführungen zu 4.2. und 5.2. („versteckte Klausel“ entgegen § 864a ABGB) verwiesen werden. Die Klauseln stehen insoweit in untrennbarem Zusammenhang, als sie besondere Zustellmodalitäten beinhalten. Der Leser dieser umfänglichen kleingedruckten AGB betreffend eine finanziell

vergleichsweise eher geringwertige Dienstleistung des Alltagslebens hat keinen Anlass, das Kapitel „Zahlungsbedingungen“ und dessen dreizehn Unterpunkte auf Zustellmodalitäten zu untersuchen, wenn er ohnehin beabsichtigt, gesetzeskonform, also insbesondere per Post zugestellte Rechnungen promptly zu begleichen. Ein solcher promptly zahlungswilliger Kunde wird jedoch überrascht, wenn er allein deshalb in Verzug gerät, weil der von ihm erwartete Rechnungszugang an seiner Anschrift im Hinblick darauf unterbleibt, dass gerade dieses - zunächst unerheblich erscheinende - Kapitel eine ausschließlich elektronische Rechnungszustellung sowie daraus folgende Verhaltenspflichten und Fälligkeiten vorsieht.

15. (AGB Pkt 14.5) *Für die Zusendung der Rechnung in Papierform können wir Ihnen pro Rechnung ein Entgelt entsprechend den Entgeltbestimmungen verrechnen. Wenn Sie Ihren Vertrag vor dem 1.11.2010 mit uns abgeschlossen haben und Ihre Rechnung in Papierform zugesendet bekommen, dann sind wir berechtigt, Ihnen ab 1.1.2011 pro Rechnung ein Entgelt entsprechend der Entgeltbestimmungen zu verrechnen.*

15.1. Der Kläger brachte hiezu vor, die Klausel sei überraschend. Gemäß § 100 TKG habe der Kunde Anspruch auf einen unentgeltlichen Einzelentgeltnachweis in Papierform. Die Verpflichtung, eine Rechnung auszustellen, sei eine unselbstständige Nebenleistungspflicht. Für den Kunden habe die Übermittlung einer elektronischen Rechnung keine Kostenvorteile. Die Entgeltvereinbarung sei daher auch gröblich benachteiligend. Kunden, die über keinen Internetzugang verfügten, hätten keine Alternative, das vorgeschriebene Entgelt für eine Papierrechnung zu vermeiden.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass im elektronischen Dienstleistungsverkehr eine elektronische Rechnung vertragstypisch sei und dem Erwartungshorizont des Kunden entspreche. Die Ausstellung einer Papierrechnung stelle eine Zusatzleistung der

Beklagten dar, für die sie ein Entgelt verlangen könne. Über eine E-Mail-Anschrift verfüge jeder Kunde, da diese in den Paketen der Beklagten stets enthalten sei.

Das Erstgericht führte aus, die Ausstellung einer Rechnung sei eine vertragliche Nebenpflicht und Voraussetzung für die Fälligkeit. Gemäß Art 1 § 100 TKG sei dem Teilnehmer die Wahlmöglichkeit einzuräumen, den Einzelentgeltnachweis auf Verlangen entgeltfrei in Papierform zu erhalten. Dies müsse umso mehr für eine Rechnung ohne Einzelentgeltnachweis gelten. Die Klausel schreibe daher unzulässigerweise ein Entgelt vor und sei auch überraschend. Überdies werde der Kunde unsachlich benachteiligt, weil sich der Unternehmer durch die elektronische Übermittlung Arbeit und Kosten spare, der Kunde dagegen genötigt sei, eine zusätzliche Empfangsstelle regelmäßig auf Eingänge zu prüfen.

15.2. Die Berufung führt höchstgerichtliche Judikatur zur Zulässigkeit von Entgeltsvereinbarungen für Neben- bzw Zusatzleistungen ins Treffen. Sie lässt dabei allerdings den Ausgangspunkt der vom OGH etwa für zulässig erklärten Zahlscheingebühr ("Barzahleraufschlag") zum Ausgleich für die mit der Nichterteilung einer Einzugsermächtigung verbundenen Kosten Nachteile des Gläubigers außer Acht, wonach eine gröbliche Benachteiligung des Kunden iSd § 879 Abs 3 ABGB deshalb verneint wurde, weil das Einzugsermächtigungsverfahren grundsätzlich allen Beteiligten Vorteile biete (RIS-Justiz RS0113222).

Im vorliegenden Fall ist wohl der Vorteil der Beklagten, nicht aber ihrer Kunden erkennbar, welche nicht nur mit manipulativem Mehraufwand für den elektronischen Abruf belastet sind, sondern darüber hinaus auch die Druckkosten zu tragen haben, um den Normalfall der Zustellung auf dem üblichen Postweg (vgl RIS-Justiz RS0115220 [T2]) herzustellen. Die Beklagte weist zwar auf eine ortsungebunde Einsehbarkeit der Rechnungen und deren erleichterte elektronische Archivierbarkeit hin. Sie

unterstellt damit aber sachverhalts- und wirklichkeitsfremd, dass alle Verbraucher auf diese Umstände überhaupt Wert legen bzw. sie als Vorteil erachten. Soweit dies auf einen gewissen technikaffinen Teil ihrer Kunden zutreffen mag, steht es der Beklagten frei, deren Verzicht auf Papierrechnungen zu erwirken oder die Rechnungen zusätzlich elektronisch zur Verfügung zu stellen. Dies bietet aber keine sachliche Rechtfertigung iSd § 879 Abs 3 ABGB, den noch konservativen Teil der Kunden - diesem ausschließlich nachteilig - ein Entgelt für Papier-Rechnungen abzuverlangen (vgl auch OLG Wien, 15 R 91/11d - offenes Revisionsverfahren zu 4 Ob 141/11f).

16. siehe Pkt 14.

17. (AGB Pkt 15.1 und 15.2) *Sollten Sie mit der Zahlung Ihrer fälligen Entgelte in Verzug geraten, senden wir Ihnen eine Mahnung in Papierform. Wir sind berechtigt, Ihnen für jede Mahnung die angefallenen notwendigen und zweckdienlichen administrativen Spesen in Höhe von EUR 17,44 in Rechnung zu stellen (Pkt 15.1). Bezahlen Sie trotz Mahnung nicht, dann sind wir berechtigt, Verzugszinsen in Höhe von 12 % jährlich ab Fälligkeit der Rechnung sowie die tatsächlich angefallenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Mahn- und Inkasso-aufwendungen zu verrechnen (Pkt 15.2).*

17.1. Der Kläger brachte hiezu vor, die Kosten müssten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen, sodass die Klausel dem § 1333 Abs 2 ABGB widerspreche. Sowohl die pauschalierten Zinsen von 12 % als auch die pauschalierten Mahnspesen seien - unter Berücksichtigung allfälliger Minimalstforderungen - unverhältnismäßig.

Die Beklagte bestritt, dass die Klausel intransparent und gröblich benachteiligend bzw. die Mahnspesen unangemessen seien.

Das Erstgericht führte aus, die Pauschalierung von Mahnspesen mit EUR 17,44 ohne Rücksicht auf den konkreten Aufwand

und die Höhe des eingemahnten Betrages sei gröblich benachteiligend. Die „angefallenen administrativen Mahnspesen“ seien bei kundenfeindlicher Auslegung nicht als Pönale zu qualifizieren, sondern als Vereinbarung von Kostenersatz. Die Einheit der Klausel führe zu ihrer gänzlichen Unzulässigkeit.

Die Berufung moniert, die beiden Klauseln enthielten jeweils selbstständig zu beurteilende Regelungen. Das Erstgericht habe Pkt 15.2 nicht beanstandet, was insoweit zur Klagsabweisung habe führen müssen. Pkt 15.1 sehe eine Konventionalstrafe vor. Mahnspesen in Höhe von EUR 17,44 seien angesichts des mit der Forderungsbetreibung verbundenen administrativen Aufwandes nicht überzogen. Zwar müssten Betreuungskosten nach § 1333 Abs 2 ABGB in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen. Dies bedeute bei geringen Forderungen aber nicht, dass die Betreuungskosten mit der Höhe der betriebenen Forderung beschränkt wären.

17.2. Klausel Pkt 15.1 sieht im Verzugsfalle an „administrativen Mahnspesen“ eine Pauschale von EUR 17,44 vor. Klausel Pkt 15.2 sieht im Falle weiteren Verzugs nach Mahnung die Verrechnung der „tatsächlich angefallenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Mahn- und Inkassoaufwendungen“ vor. Bei kundenfeindlichster Auslegung ergibt sich daraus zunächst eine Doppelbelastung für die Zeit bis zur Mahnung, soll die Beklagte doch sowohl die Pauschale für „administrative Mahnspesen“, als auch allenfalls aufgelaufene weitere „Mahnaufwendungen“ unabhängig davon lukrieren, ob sie denselben Zeitraum betreffen, für den bereits die Kostenpauschalierung erfolgte. Darüber hinaus sieht die Beklagte einen Verzugszinsatz von 12% und somit - ungeachtet des derzeit gerichtsnotorisch überaus niedrigen allgemeinen Zinsniveaus - das 3-fache (!) der gesetzlichen Zinsen vor. Auch nur annähernd gleich drastische Regelungen zu ihren Lasten für den Fall, dass sie selbst mit ihren Leistungspflichten oder ihrer allfälligen

Pflicht auf Rückzahlung zu Unrecht erhaltener Beträge säumig werden sollte, sind den AGB nicht zu entnehmen. Somit bewirkt die Verzugsfolgenregelung in ihrer Gesamtheit ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen zulasten der Verbraucher, sodass sie infolge gröblicher Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB unwirksam ist (vgl hiezu schon die Ausführungen zu den Haftungsregelungen in Pkt 11.-13. und 21.).

18. (AGB Pkt 16.1 und 16.3) *Sollten Sie Einwände gegen Ihre Rechnung haben, müssen Sie diese Einwände schriftlich binnen vier Wochen nach Rechnungszugang bei uns geltend machen. Die Unterlassung von Einwendungen innerhalb dieser Frist gilt als Anerkennung der Rechnung. Wir weisen Sie auf der Rechnung nochmals auf diese Frist und die Rechtsfolgen bei Verstreichen der Frist hin. [....]*

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

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

b. innerhalb von sechs Monaten nach Erhalt unserer Stellungnahme den Rechtsweg bestreiten. Wenn Sie ein RTR Streit-schlichtungsverfahren führen, dann wird diese Frist um die Dauer des RTR Streit-schlichtungsverfahrens verlängert. Wenn Sie diese Fristen versäumen, dann verlieren Sie Ihr Recht auf Geltendmachung weiterer Einwendungen und unsere Forderung gilt als von Ihnen anerkannt. Wir weisen Sie in unserer Stellungnahme nochmals auf diese Frist und die Rechtsfolgen bei Verstreichen dieser Frist hin.

18.1. Der Kläger brachte insbesondere vor, die Klausel sei intransparent, weil für den Kunden nicht erkennbar sei, dass er aufgrund bloß deklarativen Anerkenntnisses auch nach Versäumung der Frist falsche Abrechnungen bekämpfen könne. Sie sei gröb-

lich benachteiligend, weil sie zur Geltendmachung der Einwendungen eine unangemessen kurze bloß einmonatige Frist vorsehe, während die Beklagten eine (noch dazu von ihr selbst verursachte) unrichtige Abrechnung unbeschränkt bekämpfen könne.

Die Beklagte entgegnete, gegen eine Bestimmung, nach der der Kunde durch Unterlassung rechtzeitiger Reklamation seine Zustimmung zu einer Abrechnung/Rechnung erkläre, bestünden keine Bedenken. Die Klausel bewirke, soweit es den Einspruch gegen die Rechnung betreffe, ein deklaratives, soweit es die Erledigung eines danach vorliegenden Streitfalles betreffe, ein konstitutives Anerkenntnis. Die Klausel sei weder unüblich noch gröblich benachteiligend, da dem Verbraucher hinreichend Zeit und Einspruchsmöglichkeiten eingeräumt würden, die die Geltendmachung von Ansprüchen nicht unverhältnismäßig erschweren. Die Beklagte habe ein legitimes Interesse daran, Einwendungen gegen Rechnungen innerhalb überschaubarer Frist abzuwickeln.

Das Erstgericht führte aus, ein derartiges Saldoanerkenntnis wirke im Regelfall nur deklarativ, sodass dem Verbraucher entgegen der von der Klausel suggerierten Wirkung jederzeit der Rechtsweg offenstehe. Die Klausel verschleierte demnach in Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG die wahre Rechtslage.

18.2. Wie schon mehrfach ausgeführt, hat eine vom dispositiven Recht abweichende AGB-Regelung gemäß § 879 Abs 3 ABGB nur Bestand, wenn eine sachliche Rechtfertigung besteht und kein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen herbeigeführt wird.

Die Berufung erkennt selbst, dass etwa Verfallsklauseln nichtig sind, wenn sie durch ihre unangemessene Kürze das Geltendmachen von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren. Allerdings bestehe kein Grund, warum der Kunde für die Klärung der Frage, ob er Einwendungen gegen die Rechnung erheben wolle, mehr als die Vier-Wochen-Frist benötigen sollte.

Dem ist entgegenzuhalten, dass schon jederzeit mögliche

mehrwöchige Verhinderungen des Kunden, etwa infolge Krankheit oder Urlaub, welche kurz nach Rechnungszugang beginnen, zur Fristversäumnis führen oder den Verbraucher maßgeblich daran hindern, der allfälligen Unrichtigkeit der Rechnung entsprechende Aufmerksamkeit zu widmen. Auch können Rechnungsunregelmäßigkeiten nicht immer bereits aus der isolierten Betrachtung einer einzigen Rechnung, sondern erst durch Vergleich mit einer oder mehreren Folgerechnungen und damit außerhalb der bloß vierwöchigen Frist erkennbar werden. Der Hinweis der Beklagten auf einen mit der Speicherung der Verkehrsdaten verbundenen technischen und finanziellen Aufwand blieb gänzlich allgemein. Er lässt einerseits nicht erkennen, warum eine derart kurze Frist sachgerecht wäre; andererseits nimmt die Beklagte das behauptete Interesse an frühzeitiger Datenlöschung keineswegs zum Anlass, sich ihrerseits in der Möglichkeit der Korrektur ihrer Rechnungen zu ihren Gunsten bzw der Nachverrechnung längst zurückliegender Leistungen zu beschränken.

Zusammenfassend ziehen die Präklusionsregelungen der AGB in ihrer Gesamtschau ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen nach sich, weshalb sie schon infolge gröblicher Benachteiligung der Verbraucher gemäß § 879 Abs 3 ABGB keinen Bestand haben.

19. (AGB Pkt 19.6) *Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihre Stamm-, Verkehrs- und sonstige personenbezogenen Daten zum Zweck der Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen, zur Legung von bedarfsgerechten Angeboten an Sie, zur Erstellung von Bedarfsanalysen sowie zur Verbesserung unserer Produkte verwenden. Sie können diese Zustimmung jederzeit schriftlich, mittels Telefax oder E-Mail uns gegenüber widerrufen.*

19.1. Der Kläger brachte hiezu vor, die Klausel sei intransparent und stelle keine wirksame Zustimmung zur Verwendung von Daten im Sinne des § 8 Abs 1 Z 2 DSG dar. Die personenbezogenen Daten seien lediglich demonstrativ, aber nicht

abschließend aufgezählt.

Die Beklagte entgegnete, es sei klar, dass personenbezogene Daten nur solche seien, die der Kunde der Beklagten im Rahmen eines Vertragsverhältnisses selbst zur Kenntnis bringe und die im Punkt 19.4 der AGB definiert seien.

Das Erstgericht führte aus, eine gemäß § 4 Z 14 DSGVO wirksame Zustimmung setze voraus, dass der Betroffene bestimmt weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen. Unter „sonstige personenbezogene Daten“ im Sinne der Klausel könnten alle möglichen Daten fallen, weshalb völlig unbestimmt bleibe, welche Daten für die in der Klausel enthaltenen Zwecke verwendet werden.

19.2. § 4 Z 14 DSGVO definiert „Zustimmung“ zur Weitergabe nicht sensibler Daten als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Diesen Voraussetzungen widerspricht etwa eine Klausel, die weder im Einzelnen darauf hinweist, an welche Auskunftsstellen der Kreditgeber Bonitätsauskünfte weitergeben darf, noch ausführt, um welche Daten es sich im Einzelnen handelt. Wird für den Kunden nicht deutlich, welche Daten im Einzelnen an wen und wofür weitergegeben bzw. ausgetauscht werden dürfen, ist eine solche Klausel intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG (zu alldem 4 Ob 221/06p mwN).

Die Berufung weist auf den Zusammenhang mit der Definition in Punkt 19.4 der AGB hin, wonach es sich um Daten handle, *„die entweder der Kunde oder Dritte der Beklagten entweder vor Vertragsabschluss oder während des Vertragsverhältnisses zur Verfügung bringen, etwa ...“*. Da die anschließende bloß beispielhafte Aufzählung keine taugliche Einschränkung nach sich zieht, ist keinerlei Begrenzung der Verwendung findenden Daten erkennbar. Die in Rede stehende Klausel sieht somit eine geradezu uferlose Zustimmungserklärung vor, werden der Beklagten doch in

aller Regel die bei ihr befindlichen Daten vom Kunden selbst oder irgendeinem „Dritten“ sei es vor, sei es während des Vertragsverhältnisses zur Verfügung gestellt worden sein.

Entgegen der Auffassung der Berufung ist damit gerade auch unter Berücksichtigung der Definition des Begriffes der sonstigen personenbezogenen Daten in Pkt 19.4 der AGB keineswegs klar, welche Daten konkret verwendet werden; die Beklagte strebt in Wahrheit vielmehr – mit gänzlich unabsehbarer Tragweite – an, praktisch jegliches verfügbare Datum welchen Inhalts immer verwenden zu dürfen.

Das Erstgericht hat somit in Einklang mit der aufgezeigten höchstgerichtlichen Judikatur zutreffend einen Verstoß gegen das Transparenzgebot erkannt.

20. (AGB Pkt 19.8) *Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihre Stammdaten und Ihr Geburtsdatum für Bonitätsauskünfte an gesetzlich dazu befugte Kreditschutzverbände, Kreditinstitute und Auskunftsteien übermitteln. Sie können diese Zustimmung jederzeit schriftlich, mittels Telefax oder E-Mail uns gegenüber widerrufen.*

20.1. Der Kläger brachte hiezu vor, die Zustimmung sei unwirksam, da dem Betroffenen nicht offengelegt werde, an wen konkret seine Daten übermittelt würden. Der Empfängerkreis sei zu weit gefasst, die Klausel sei daher auch intransparent.

Die Beklagte meint wiederum, dass die Empfänger klar definiert seien.

Das Erstgericht führte aus, zwar seien die Begriffe Kreditschutzverbände und Kreditinstitute gesetzlich definiert. Der Begriff „Auskunftstei“ sei allerdings so allgemein, dass diese Empfänger nicht ausreichend definiert seien und damit unklar blieben. Es gelte das zu Pkt 19. Ausgeführte.

20.2. Die Berufung setzt sich zwar mit der Datenweitergabe an gesetzlich befugte Kreditschutzverbände auseinander. Sie hält aber dem tragenden erstgerichtlichen Argument betreffend

die unzureichende Definition des Empfängerkreises „Auskunfteien“ nichts Konkretes entgegen, indem sie ohne jegliche inhaltliche Auseinandersetzung lediglich postuliert, hinsichtlich deren Aufgabenbereichs und gesetzlicher Befugnis bestünden keine Zweifel. Daher kann auf die zu Pkt 19. dargestellte höchstgerichtliche Judikatur sowie die zutreffende Rechtsansicht des Erstgerichtes (§ 500a ZPO) verwiesen werden.

21. siehe 11.ff

22. (AGB Pkt 20.3) *Sollte eine der Bestimmungen dieser AGB unwirksam sein, so tritt an Stelle dieser Bestimmung eine wirksame Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist. Im Falle von Unternehmen gilt eine der ursprünglichen Bestimmung am nächsten kommende als vereinbart. Die übrigen Bestimmungen der AGB bleiben wirksam.*

22.1. Der Kläger brachte hiezu vor, die Klausel sehe eine geltungserhaltende Reduktion der Vertragsklauseln auf den gerade noch gesetzlich zulässigen Inhalt vor. Dies unterlaufe den Zweck des § 6 Abs 3 KSchG. Salvatorische Klauseln dieser Art seien nach ständiger Judikatur als Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG zu werten, weil für Verbraucher die Vertragslage bei Wegfall bestimmter Klauseln unklar bleibe.

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

Das Erstgericht führte aus, die Klausel lasse nicht erkennen, inwieweit die jeweiligen Vertragsklauseln konkret gültig seien. Dies widerspreche § 864a ABGB und verletze das Transparenzgebot.

22.2. Die Klausel regelt den Wegfall von AGB-Bestimmungen zum einen im Verbraucher-, zum anderen im Unternehmerbereich.

Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als eigen-

ständig im Sinne des § 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks; es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RIS-Justiz RS0121187).

Die hier inkriminierte Klausel enthält zwei solche materiell eigenständige Regelungsbereiche, die isoliert in Abhängigkeit davon wahrgenommen werden, ob es sich bei ihrem Adressaten um einen Verbraucher oder einen Unternehmer handelt. Der Kläger stützt sich undifferenziert auf einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG. Diese Bestimmung ist jedoch gemäß § 1 KSchG auf Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern nicht anzuwenden, sodass dem auch gegen diesen selbstständigen Klauselteil gerichteten Begehren insoweit eine taugliche Anspruchsgrundlage fehlt.

Hinsichtlich des Verbraucher betreffenden Klauselteils entspricht die grundsätzliche Unzulässigkeit salvatorischer Klauseln der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und wird von der Berufungswerberin nicht in Zweifel gezogen. Sie verweist allerdings zutreffend darauf, dass dem Formulierungen zugrundeliegen, wonach anstelle der unzulässigen Bestimmung auf intransparente Weise eine „ihr weitestmöglich entsprechende zulässige“ oder Ähnliches treten solle (zB 3 Ob 12/09z uva).

Dem Argument der Beklagten, die vorliegende Klausel verweise demgegenüber ersatzweise lediglich auf dispositives Recht, begegnete der Kläger vor allem mit dem Hinweis auf die in der Rechtssatzkette RS0122045 enthaltenen Entscheidungen 7 Ob 78/06f, 7 Ob 233/06z und 7 Ob 82/07w. Darin ging es jedoch im Wesentlichen immer nur um den Ersatz einer unzulässigen Klausel durch eine solche, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung entspricht. Der OGH führte hiezu aus, es sei

schon kaum denkbar, dass der Zweck einer unwirksamen Bestimmung durch eine zulässige Bestimmung erreicht werden könne. Überdies sei dies im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG intransparent, weil sich der Verbraucher zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrages verpflichten solle, wobei nicht vom Horizont der „redlichen“ Vertragsparteien ausgegangen werden solle, sondern vom unzulässigen Sinn und Zweck der Bestimmung (vgl die Leitentscheidung 7 Ob 78/06f).

Im vorliegenden Fall soll demgegenüber im Verbraucherbereich keineswegs eine an der unwirksamen Klausel orientierte und daher mit eklatanter Rechtsunsicherheit behaftete Ersatzregel, sondern schlicht die Gesetzeslage treten. Für den Verbraucher ergibt sich somit kein Unterschied, ob diese Klausel überhaupt existiert oder nicht. Sie ist in Wahrheit entbehrlich bzw macht lediglich deutlich, dass die Beklagte ihre Vertragspartner je nachdem unterschiedlich behandelt, ob sie Verbraucher oder Unternehmer sind.

Zusammenfassend vermag das Berufungsgericht die Gesetzwidrigkeit dieser Klausel nicht zu erkennen, die im Verbraucherbereich doch substantiell anders textiert ist als jene, die der bisherigen Judikatur zu gesetzwidrigen salvatorischen Klauseln zugrunde lagen.

Die insoweit erfolgreiche Berufung der Beklagten führt somit in teilweiser Abänderung des Ersturteils zur Abweisung des Klagebegehrens zu Punkt 22. betreffend Klausel Pkt 20.3 der AGB.

23. Das Veröffentlichungsbegehren zwecks Aufklärung aktueller und potenzieller Vertragspartner und Konkurrenten der Beklagten stützte der Kläger auf § 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG.

Die Beklagte bestreitet ein berechtigtes Interesse des Klägers, über ihren Rechtsverstoß zu informieren. Die beantragte Urteilsveröffentlichung bezwecke insbesondere im Zusam-

menhang mit den damit einhergehenden Veröffentlichungskosten lediglich die Bestrafung der Beklagten und sei zur Aufklärung oder Wiedergutmachung nicht erforderlich. Überdies sei das Veröffentlichungsbegehren „weit überzogen“.

Das Erstgericht führte in rechtlicher Hinsicht aus, Art und Umfang der Urteilsveröffentlichung richteten sich gemäß § 30 KSchG iVm § 25 UWG nach der Wirkung des Gesetzesverstößes einerseits und den aufzuklärenden Verkehrskreisen andererseits. Die Beklagte biete ihre Leistungen - mit Ausnahme von Kärnten - im gesamten Bundesgebiet an. Die Veröffentlichung in einer bundesweiten auflagenstarken Zeitung stehe im Verhältnis zur Qualität und Quantität des Gesetzesverstößes und sei angesichts des großen betroffenen Personenkreises notwendig. Eine Veröffentlichung in acht Bundesländern wäre aufwändiger als die einmalige österreichweite Veröffentlichung.

Die Berufung der Beklagten postuliert lediglich, eine österreichweite Veröffentlichung in der Kronenzeitung sei zur Information der Konsumenten nicht erforderlich und unangemessen. Sie setzt sich damit in Widerspruch mit der höchstgerichtlichen Judikatur zum Veröffentlichungsanspruch in Verfahren über Verbandsklagen (zB 10 Ob 47/08x uva). Auf die zutreffenden Rechtsausführungen des Erstgerichtes kann verwiesen werden (§ 500a ZPO). Anzumerken bleibt, dass die Beklagte zwar in einem einzigen Bundesland nicht tätig sein mag. Es sollen aber etwa auch jene Verbraucher informiert werden, die im Nachbarbundesland ihrer Beschäftigung nachgehen und nur dort aufliegende Zeitungen beachten, oder etwa auch jene vormaligen Kunden der Beklagten, die ursprünglich im Nachbarbundesland wohnten und später nach Kärnten verzogen sind.

24. Eine Leistungsfrist enthält das erstgerichtliche Verbot nicht.

Die Beklagte führt dagegen ist Treffen, sie könne ihre AGB im Hinblick auf die Vorankündigungsfrist des § 25 Abs 2 und 3

TKG 2003 nicht ohne Weiteres sofort ändern, sodass ihr eine Übergangsfrist von zumindest 4 Monaten zu gewähren sei.

Der Berufungsgegner erachtet eine viermonatige Vorlauffrist nicht für erforderlich; die Beklagte könne ihre AGB schon jetzt überarbeiten.

Der Richter kann auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist nach § 409 Abs 2 ZPO festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt. Die Beklagte kann das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen, dass sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert. Dies rechtfertigt es, ihr für die Anpassung ihrer Geschäftsbedingungen eine Frist von drei (4 Ob 130/03a) oder sechs (10 Ob 70/07b) Monaten einzuräumen.

Die von der Beklagten beantragte viermonatige Frist erscheint schon in Hinblick auf den Umfang der Änderungen angemessen, sodass betreffend das Verbot des Verwendens von Klauseln die hiefür beantragte Leistungsfrist ins Ersturteil aufzunehmen war. Klarzustellen ist, dass dieselben Überlegungen nicht ohne weiteres auch auf das Verbot zutreffen, sich auf unzulässig vereinbarte Klauseln den Kunden gegenüber zu berufen. Zwar differenziert die obzitierte Judikatur des OGH insofern nicht, doch erfordert dieses Verbot keine Zustandsänderung. Insoweit tritt die urteilsmäßige Unterlassungsverpflichtung nach Maßgabe des § 409 Abs 3 ZPO sogleich ein. Für diese reine Unterlassungspflicht war somit – wie die Berufung zutreffend insoweit auch gar nicht begehrt hat – keine Leistungsfrist zu setzen (RIS-Justiz RS0041260).

25. Kosten: Der Kläger ist letztlich mit 19 von 22 Klauseln durchgedrungen. Das Obsiegens-/Unterliegensverhältnis beträgt demnach rund 85 : 15. Dies ist nicht mehr geringfügig im Sinne des § 43 Abs 2 ZPO, sodass die Kostenentscheidung des Verfahrens erster Instanz nach § 43 Abs 1 ZPO neu zu fassen ist. Danach stehen dem Kläger 70% seiner Kosten und 85% der

Pauschalgebühr zu.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich hinsichtlich der gänzlich erfolglosen Berufung des Klägers auf §§ 50, 41 ZPO. Die Anfechtung betraf nur eine von 22 Klauseln, die anteilige Bemessungsgrundlage beträgt daher nur EUR 1.636,36. Hinsichtlich der Berufung der Beklagten kommen §§ 50, 43 Abs 2 ZPO zur Anwendung. Die Beklagte ist im Wesentlichen mit 19 von 20 Klauseln unterlegen, ihr Berufungserfolg damit nur verhältnismäßig geringfügig. Dem Kläger stehen daher die Kosten seiner Berufungsbeantwortung zur Gänze - allerdings nur auf Basis einer entsprechend reduzierten Bemessungsgrundlage - zu.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung der klagenden Partei. Eine wesentliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO liegt vor, weil es sich teils um vom OGH bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handelt, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind (vgl. RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 21. Februar 2012

Dr. Curd Steinhauer
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG