



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien

eingel am 10. JULI 2006

.....fach, mit.....Bilg.Akten
.....Halbschriften

1 R 214/05f

W1 / Unbillig

12

RECHTSANWÄLTE DR. KOESNIK-WEHRLE DR. LANGER 17. Juli 2006 EINGELANGT FRIST: 26.9.06 Ob. u. v. Rev.
--

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr.Pimmer als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Strolz und Mag.Schaller in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KEG in Wien, wider die beklagte Partei **mobilkom austria AG & Co KG**, 1020 Wien, Obere Donaustraße 29, vertreten durch Dr.Peter Lösch, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 26.000,--) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 7.6.2005, 18 Cg 165/04h-8, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **n i c h t** Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.827,30 (darin EUR 304,55 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist **nicht** zulässig.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte ist österreichweit marktführender Anbieter für Dienstleistungen der Mobiltelefonie ("A 1"). Sie bietet unter der Bezeichnung "B-Free" auch Mobiltelefonie über Wertkartenhandys an. Dabei verwendet sie im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern allgemeine "Entgeltbestimmungen - B-Free", deren Punkt 1.1.A.4. in der vom 28.10.2004 bis 3.12.2004 verwendeten Fassung folgenden Wortlaut hatte:

"Die B-Free Wertkarte wird ungültig, falls das Guthaben bis zu dem auf der Packung angegebenen Verfallsdatum nicht erstmals aufgeladen oder der B-Free Anschluss in ein anderes Mobilfunknetz portiert wird. Ebenfalls wird sie 13 Monate nach der letzten (Wieder-)Aufladung im Ausmaß von mindestens EUR 20,-- (inkl USt) ungültig. In diesem Fall kann der Kunde innerhalb von 6 Monaten gegen Zahlung eines einmaligen Manipulationsentgelts ein etwaiges verbliebenes Restguthaben zurückfordern, wobei er seine Berechtigung durch Bekanntgabe seiner B-Free Rufnummer und entweder durch Übermittlung des PUK-Codes (dieser wird dem Kunden bei Kauf der Wertkarte ausgehändigt) oder durch Vorlage einer Rechnung, die ihn eindeutig als Käufer der gegenständlichen B-Free Wertkarte ausweist, nachzuweisen hat. Von der Rückzahlung ausgeschlossen sind Guthaben, die von mobilkom austria ohne Anspruch des Kunden aufgebucht und von diesem nicht verbraucht wurden. Das Manipulationsentgelt wird mit dem

auszuzahlenden Guthaben gegengerechnet. Mit Ablauf der Rückforderungsfrist verzichtet der Kunde auf sein Restguthaben. Auszahlungsbeträge unter EUR 15,-- werden nicht in bar ausbezahlt, sondern nur auf ein vom Kunden der mobilkom austria bekanntzugebendes Konto überwiesen. Wünscht der Kunde bei einem Rückzahlungsbeitrag ab EUR 15,-- eine Postanweisung, so sind die dafür anfallenden Spesen vom Kunden zu tragen. Guthaben von gültigen B-Free Wertkarten können vom Kunden nicht zurückgefordert werden."

Seit 3.12.2004 verwendet die Beklagte diese Bestimmung nach Anzeige bei der Regulierungsbehörde und Veröffentlichung in der Wiener Zeitung in einer geänderten Fassung. Diese enthält den Passus, wonach die B-Free Wertkarte auch dann ungültig wird, wenn der B-Free-Anschluss in ein anderes Mobilfunknetz portiert wird, nicht mehr. Umgekehrt findet sich in der Bestimmung nunmehr auch der Satz "Vor Beginn der Rückforderungsfrist weist mobilkom austria in geeigneter Form den Kunden auf diese Frist und die bei deren Nichteinhaltung eintretenden Folgen hin". Weiters ist - im Gegensatz zu der zwischen 28.10.2004 und 3.12.2004 verwendeten Fassung - in den Entgeltbestimmungen das in der Klausel erwähnte Manipulationsentgelt für die Rückerstattung des Restguthabens nunmehr betragsmäßig festgelegt, nämlich mit EUR 20,--.

Mit ihrer am 29.10.2004 eingelangten Klage begehrte die Klägerin, die Beklagte zur Unterlassung

der Verwendung der oben zitierten Klausel (idF vom 28.10.2004) oder sinngleicher Klauseln zu verpflichten und der Klägerin die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs zu veröffentlichen. Dazu brachte sie vor, nach der oberstgerichtlichen Entscheidung vom 18.8.2004, 4 Ob 112/04f, sei eine Klausel, welche den Verfall von Guthaben bei Wertkartenhandys vorsehe, unzulässig. Unter Zugrundelegung der in diesem Urteil zum Ausdruck kommenden Wertungen sei auch die vorliegende Klausel ungültig:

1. Dass die Wertkarte ungültig werde, falls das Guthaben nicht bis zu dem auf der Packung angegebenen Verfallsdatum erstmals aufgeladen werde, sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil keine sachliche Rechtfertigung dafür bestehe, dass der Konsument auf diese Weise seine bezahlte Vertragsleistung verliere. Die Beklagte gewähre keine angemessene Gültigkeitsdauer der Wertkarte; vielmehr hänge diese nur vom Aufdruck auf der Verpackung ab, was aus Umständen in der Sphäre der Beklagten, etwa längere Aufbewahrung im Lager einer Filiale, zu einer unangemessen und unzulässig kurzen Frist führen könne. Auch wenn dem Konsumenten mangels Erstaufladung kein Guthaben verfallende, erhalte er trotz Entgeltlichkeit des Vertrages keine Gegenleistung. Die Wertkarten würden nämlich nur in Verbindung mit Wertkartenmobiltelefonen abgegeben, die erheblich teurer seien als Vertragsmobiltelefone. Die Beklagte sei nach dem Vertrag verpflichtet, Dienste

wie Telefon, SMS, Internet etc zur Verfügung zu stellen. Bei Verfall der Wertkarte könne der Kunde diese Dienstleistungen nicht in Anspruch nehmen, sodass dem Kaufpreis der Wertkarte samt Telefon keine Gegenleistung gegenüberstehe. Außerdem rechne der Konsument nicht damit, dass er die Wertkarte bei sonstigem Verfall bis zu einem bestimmten Zeitpunkt aktivieren müsse, sodass die Klausel auch überraschend iSd § 864a ABGB sei, zumal es sich dabei gerade nicht um die Befristung einer "Gutschrift" handle. Vielmehr liege darin ein sachlich nicht gerechtfertigter Vertragsrücktritt der Beklagten, sodass diese mit der Verwendung der Klausel auch gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG verstoße.

2. Der Verfall des Guthabens bei Portierung in ein anderes Mobilfunknetz sei ebenfalls gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und widerspreche der oberstgerichtlichen Entscheidung 4 Ob 112/04f. Für die Portierung in ein anderes Mobilfunknetz werde von der Beklagten ohnehin ein eigenes Portierungsentgelt eingehoben. Der Verfall des Guthabens stelle also eine unangemessene Vertragsstrafe für den Wechsel des Mobilfunkbetreibers dar.

3. Auch der Verfall des Guthabens, wenn die Wertkarte während eines Zeitraumes von 13 Monaten nicht aufgeladen werde, widerspreche der genannten oberstgerichtlichen Entscheidung. Verfallsregeln seien dem Bürgerlichen Recht grundsätzlich fremd. Selbst bei den der kurzen Verjährung unterliegenden Rechten trete ein

Rechtsverlust durch Zeitablauf erst nach 3 Jahren ein. Auch in Verbindung mit der Möglichkeit der Rückforderung des Guthabens innerhalb von weiteren 6 Monaten werde die - eigentlich gar nicht anwendbare - kurze Verjährungsfrist nahezu halbiert. Im Übrigen sei die Verfallsklausel auch intransparent, weil sie den wahren wirtschaftlichen Kern verschleierte, nämlich dass das Guthaben mangels Führung von Aktivgesprächen den Charakter einer Grundgebühr annehme.

4. Der in der Klausel vorgesehene stillschweigende Verzicht auf die Rückzahlung des Guthabens durch Still-schweigen über 6 Monate sei eine Erklärungsfiktion. Eine solche bedürfe gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG einer angemessenen Frist zur Erklärung und eines besonderen Hinweises, zu dem sich die Beklagte in der Klausel verpflichten müsse. Dass die Beklagte seit 3.12.2004 in ihren Entgeltsbestimmungen einen entsprechenden Passus vorsehe, beseitige nicht die Wiederholungsgefahr, zumal sie die Ansicht vertrete, diese Änderung sei rechtlich gar nicht erforderlich gewesen. Dass es die Beklagte mit dieser Änderung nicht ernst meine, beweise schon der Umstand, dass die aktuellen Bestimmungen der AGB bis zum 13.1.2005 auf ihrer Website nicht aufrufbar gewesen seien. Eine mit Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung, wie von der Judikatur gefordert, habe die Beklagte nicht abgegeben. Im Übrigen sei nach wie vor nicht geregelt, auf welche Weise die Verständigung der zumeist anonymen Kunden

erfolge. Ein SMS sei nicht ausreichend, zumal Wertkartentelefone von vielen Personen nur zu Notfällen oder als Zweithandys verwendet würden.

5. Außerdem verstoße die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil für den Konsumenten unklar bleibe, ob es darauf ankomme, dass das Guthaben auf der Wertkarte im Ausmaß von mindestens EUR 20,-- aufgeladen werden müsse oder ob der Verfall einen Teilbetrag des Guthabens im Ausmaß von EUR 20,-- betreffe. Weiters stelle es einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar, dass in der hier gegenständlichen Fassung der Entgeltbestimmungen eine bestimmte Höhe der Manipulationsgebühr nicht festgesetzt worden sei. Da die Klausel der Beklagten somit eine einseitige Festsetzung bzw Entgeltserhöhung ermögliche, liege darin auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und Art 3 Abs 3 der Richtlinie 93/13/EWG.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, durch die Änderung der gegenständlichen Entgeltsbestimmungen in maßgeblichen Punkten sei die Wiederholungsgefahr weggefallen. Diese Änderungen seien der Regulierungsbehörde angezeigt worden, welche ihnen trotz der nach § 25 TKG auch unter dem Gesichtspunkt des Konsumentenschutzes vorzunehmenden Prüfung nicht widersprochen habe. Eine Rückkehr zu den früheren Entgeltbestimmungen würde wieder der Zustimmung der Regulierungsbehörde bedürfen, welche sicher nicht erteilt würde. Außerdem hätten gemäß § 25 Abs 3 TKG die

Kunden im Falle nicht ausschließlich begünstigender Änderungen ein außerordentliches Kündigungsrecht, was die Beklagte jedenfalls vermeiden werde. Im Übrigen seien die gegenständlichen Entgeltsbestimmungen weder gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB noch würden sie gegen § 864a ABGB oder § 6 Abs 3 KSchG verstoßen:

1. Nach der von der Klägerin zitierten oberstgerichtlichen Entscheidung sei nur der ersatzlose Verfall bereits aufgebuchter Guthaben unzulässig. Wenn die Wertkarte (= SIM-Karte) nie mit dem auf dem gekauften Gutschein vorhandenen Guthaben aufgeladen werde, befinde sich darauf kein Guthaben, welches verfallen könne. Im Übrigen sei die Befristung einer Gutschrift durch einen Unternehmer nach der Judikatur zulässig. So werde etwa auch bei Geschenkgutscheinen regelmäßig ein Ende der Gültigkeitsdauer aufgedruckt. Von einer überraschenden Bestimmung iSd § 864a ABGB könne also nicht die Rede sein. Im Übrigen mache die Beklagte von diesem Passus gar keinen Gebrauch, da die Wertkarten tatsächlich nicht ungültig würden, was für die Kunden daran erkennbar sei, dass auf den Packungen kein Verfallsdatum angegeben werde.

2. In der genannten Entscheidung habe der OGH jene Fälle behandelt, in denen die Wertkarte ungültig werde, weil ein Kunde über einen längeren Zeitraum nicht aktiv telefoniert habe. Die Frage der Portierung sei dort kein Thema gewesen. Es sei zulässig, dass der Kunde bei

Portierung kein Restguthaben ausbezahlt bekomme, weil er den Portierungszeitpunkt ohnehin selbst bestimme. Die Telekom-Control-Kommission habe zu Z 24/03-156 mit Entscheidung vom 30.7.2004 ausgesprochen, dass ein Prepaid-Teilnehmer ein gewünschtes Portierdatum bis zu 60 Tage im Voraus vereinbaren könne. Außerdem decke das Entgelt, welches die Beklagte nach den Bestimmungen des TKG für die Portierung einheben dürfe, den tatsächlichen Portierungsaufwand nicht ab. Die Klausel sei daher sachlich gerechtfertigt und nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 ABGB.

3. Die Ungültigkeit der Wertkarte wegen Nichtaufladens über 13 Monate bewirke nach den vorliegenden Bestimmungen nicht den Verfall des Restguthabens; vielmehr würden die Bestimmungen - der oberstgerichtlichen Judikatur entsprechend - vorsehen, dass der Kunde dieses innerhalb von 6 Monaten gegen Zahlung eines Manipulationsentgeltes zurückfordern könne. Insgesamt könne der Kunde also bis 19 Monate nach der letzten Aufladung über sein Guthaben disponieren, was angesichts der Kurzlebigkeit von Handys eine ausreichend lange Frist sei.

4. Die 6-monatige Frist sei jedenfalls ausreichend, zumal sie an die zunächst genannte Frist von 13 Monaten anschließe. Es sei nicht richtig, dass der im Falle einer Erklärungsfiktion erforderliche Hinweis bereits in der Klausel enthalten sein müsse. Die Beklagte weise die B-Free Teilnehmer mittels SMS

ausdrücklich auf die Frist hin, sodass die Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG erfüllt seien. Die Verständigung per SMS sei der zielführendste Weg und werde auch vom Gesetzgeber als der richtige Verständigungsmodus angesehen, wie sich aus den Erläuternden Bemerkungen zu § 25 KSchG ergebe. Obwohl rechtlich nicht erforderlich, habe die Beklagte nunmehr den Satz über den Hinweis an den Kunden in ihre Entgeltbestimmungen aufgenommen.

5. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liege nicht vor. Sowohl nach dem Wortlaut als auch im Gesamtzusammenhang sei klar, dass eine Wiederaufladung von mindestens EUR 20,-- notwendig sei, widrigenfalls die Wertkarte ungültig werde. Von einer Teilungültigkeit im Ausmaß von mindestens EUR 20,-- sei nicht die Rede, wobei eine derartige Bestimmung auch unsinnig, unbestimmt und für die Beklagte nicht administrierbar wäre. Zweck der Bestimmung sei, Anschlüsse nicht über Jahre "mitschleppen" zu müssen, was angesichts der diesfalls drohenden Rufnummerknappheit bei der Kennziffer 0664 wesentlich sei. Im Übrigen sei auch dieser Satz nunmehr sprachlich optimiert worden, sodass keine Wiederholungsgefahr gegeben sei. In den neuen Entgeltbestimmungen habe die Beklagte das Manipulationsentgelt nunmehr eindeutig festgesetzt.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt. Dazu wurden die auf Seite 6 der Urteilsausfertigungen ersichtlichen - unstrittigen

- Feststellungen getroffen, auf die verwiesen wird. In rechtlicher Hinsicht schloss sich die Erstrichterin in allen Punkten der Argumentation der Klägerin an, sodass auf die obige zusammengefasste Wiedergabe des klägerischen Vorbringens verwiesen werden kann.

Gegen dieses Urteil richtet sich die rechtzeitige Berufung der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer Klagsabweisung; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Als primären Verfahrensmangel macht die Berufungswerberin die unterlassene Vernehmung der von ihr beantragten Zeugin Mag.Hattinger geltend.

Soweit die Berufungswerberin meint, sie hätte durch die Aussage der genannten Zeugin unter Beweis stellen können, dass der Portierungsaufwand mit dem Entgelt, welches sie nach den Bestimmungen des TKG einheben könne, nicht abgedeckt sei, ist dem zu entgegen, dass diesem Beweisthema im vorliegenden Verfahren keine Bedeutung zukommt. Die durch § 23 Abs 2 TKG gegebene Begrenzung des zulässigen Portierungsentgeltes dient schon nach dem Wortlaut der Bestimmung dem Zweck, dass Kunden nicht davor abgeschreckt werden, unter Behalt der Telefonnummer den Mobilfunkbetreiber zu wechseln. Wie die Beklagte mit ihrem Berufungsvorbringen zugesteht, läuft der durch die vorliegende Klausel

vorgesehene Verfall des Guthabens im Falle der Portierung der Rufnummer ohne Möglichkeit der Rückerstattung im Ergebnis auf eine Erhöhung des Portierungsentgelts hinaus, welche noch dazu der Höhe nach je nach Restguthaben des betroffenen Kunden variiert. Damit ist die beanstandete Klausel nicht nur gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und (wegen der Unbestimmtheit der Höhe des zusätzlichen Portierungsentgelts) intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, sondern verstößt sogar gegen die zwingende gesetzliche Vorschrift des § 23 Abs 2 TKG. Daran könnte sich auch dann nichts ändern, wenn die Beklagte durch die Aussage der beantragten Zeugin hätte beweisen können, dass der tatsächliche Portierungsaufwand bei der Beklagten höher ist als das höchstzulässige Portierungsentgelt.

Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung der Telekom-Control-Kommission verweist, nach welcher ein Prepaid-Teilnehmer ein gewünschtes Portierungsdatum bis zu 60 Tage im Voraus vereinbaren könne, um das bestehende Guthaben zwischenzeitig verbrauchen zu können, ist ihr ebenfalls die fehlende Relevanz dieses Beweisthemes entgegenzuhalten. Im vorliegenden Verfahren sind die von der Beklagten verwendeten Vertragsklauseln zu prüfen, wobei Maßstab dieser Prüfung die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung der beanstandeten Klausel ist (RIS-Justiz RS0016590). Individuelle Bescheide der Kontrollbehörde, welche in der Klausel keinen Niederschlag finden,

können in diese Auslegung nicht einbezogen werden, zumal sie dem durchschnittlichen Kunden nicht bekannt sind und in der Regel wohl auch gar nicht bekannt sein können.

Auch dem Beweisthema, die Beklagte biete für jeden Kunden eine abrufbare Service-Hotline an, wo sämtliche Informationen gratis zu erhalten seien, fehlt es an einer rechtlichen Bedeutung für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens. Ob eine Klausel dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG entspricht, ist aus dem Inhalt der inkriminierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter zu beurteilen und hängt nicht davon ab, ob der Kunde die Möglichkeit hat, über eine Hotline des Unternehmers nähere Erläuterungen darüber zu erhalten. Im Übrigen begründet die Beklagte in der Berufung die Relevanz des Beweisthemas nur in Bezug auf die Frage, ob es nach der Klausel darauf ankommen soll, ob das Guthaben auf der Wertkarte im Ausmaß von mindestens EUR 20,-- wieder aufgeladen werden muss oder ob der Verfall einen Teilbetrag des Guthabens im Ausmaß von mindestens EUR 20,-- betrifft. Diesbezüglich folgt das Berufungsgericht ohnehin der Auffassung der Beklagten, wonach der Passus "Ebenfalls wird sie 13 Monate nach der letzten (Wieder-)Aufladung im Ausmaß von mindestens EUR 20,-- (inkl Ust) ungültig" bei verständiger Auslegung im gegebenen Gesamtzusammenhang nur so interpretiert werden kann, dass die Wertkarte 13 Monate nach der letzten Aufladung mit einem Guthaben von mindestens

EUR 20,-- ungültig wird. Dies kann allerdings an der aus anderen Gründen gegebenen Ungültigkeit der Klausel nichts ändern, wie in der rechtlichen Beurteilung noch näher ausgeführt wird.

Weiters meint die Beklagte, Mag.Hattinger hätte bezeugen können, dass der Kunde mehrmals auf die (6-monatige) Frist (zur Rückerstattung eines Restguthabens) und die Folgen der Nichteinhaltung per SMS hingewiesen werde. Auch dieses Beweisthema ist nicht relevant. Einigkeit besteht zwischen den Parteien darüber, dass es sich beim entsprechenden Passus, wonach der Kunde mit Ablauf der 6-monatigen Frist auf die Rückforderung verzichtet, um eine Erklärungsfiktion iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG handelt. Nach der genannten Bestimmung ist eine solche für den Verbraucher nur dann verbindlich, wenn er zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist hat und wenn er bei Beginn der vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird. Wie die Klägerin schon in erster Instanz zutreffend ausführte, erfordert die Wirksamkeit einer solchen Klausel, dass sich der Unternehmer schon in der Klausel verpflichtet, den Verbraucher rechtzeitig vor Ablauf der dafür zur Verfügung stehenden Frist auf die Bedeutung der Unterlassung der Erklärung hinzuweisen (KRES 1d/35). Dies ergibt sich - gerade im vorliegenden Verbandsprozess - schon daraus, dass es für die Zulässigkeit der Klausel nicht darauf ankommt, wie sie vom Unternehmen in der Praxis

gehandhabt wird (KRES 1h/13). Mit ihrer gegenteiligen Ansicht übersieht die Beklagte nicht nur, dass eine bloße Praxis, die im Vertragswerk nicht bindend vorgesehen ist, jederzeit geändert werden kann; vor allem ist sie darauf hinzuweisen, dass Gegenstand der Verbandsklage die Frage der objektiven Ungültigkeit verwendeter Vertragsklauseln ist, nicht aber die Frage eines konkreten Fehlverhaltens des belangten Unternehmers in Einzelfällen (siehe KRES 1h/7; SZ 67/154).

Der von der Beklagten geltend gemachte Verfahrensmangel liegt somit nicht vor.

In rechtlicher Hinsicht ist zunächst auf die Frage der Wiederholungsgefahr einzugehen. Die Berufungswerberin meint, es sei hier zu berücksichtigen, dass die Beklagte von sich aus eine Änderung der Klausel veranlasst habe, welche der Regulierungsbehörde angezeigt worden sei, und dass nach § 25 Abs 3 TKG dem Kunden ein außerordentliches Kündigungsrecht im Falle nicht ausschließlich begünstigender Änderungen der AGB zustehe. Außerdem würde die Regulierungsbehörde einer Rückänderung in die "alten" AGB nicht zustimmen. Die Wiederholungsgefahr sei damit noch viel stärker als durch eine bloße Unterlassungserklärung samt angemessener Konventionalstrafe abgewendet, nämlich durch ein behördliches Verfahren gemäß § 25 TKG und das Kündigungsrecht des Kunden nach § 25 Abs 3 TKG.

Dem ist zu Folgendes zu entgegnen:

Aus § 28 Abs 2 KSchG folgt, dass die

Wiederholungsgefahr regelmäßig zu bejahen ist, wenn der Unternehmer trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgibt. Die Wiederholungsgefahr könnte nur verneint werden, wenn es geradezu ausgeschlossen wäre, dass der Unternehmer die beanstandeten gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen oder sinngleiche Bedingungen in seine Geschäftsbedingungen aufnimmt. Im Gegensatz zur Ansicht der Berufungswerberin hat der OGH bereits ausdrücklich ausgesprochen, dass auch das Verfahren bzw die Bestimmungen nach §§ 25, 26 Abs 6 TKG keine ausreichende Gewähr dafür bieten, dass der Mobilfunkbetreiber nicht doch wieder inhalts- oder sinngleiche Bestimmungen in seine Allgemeine Geschäftsbedingungen aufnimmt und - angesichts eines immer gegebenen Beurteilungsspielraumes und der Ungewissheit, wie genau die Regulierungsbehörde die Bedingungen prüfen wird - damit auch durchkommt. Ist der Unternehmer tatsächlich entschlossen, in Zukunft auf derartige Bedingungen zu verzichten, so kann und muss er seinen Sinneswandel durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung oder gegebenenfalls durch einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich Ausdruck verleihen (4 Ob 98/04x). Trotz der mittlerweile erfolgten Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einem Verfahren nach § 25 TKG ist also auch hier von einer aufrechten Wiederholungsgefahr auszugehen.

Als sekundären Feststellungsmangel rügt die Berufungswerberin die Unterlassung von Feststellungen

darüber dass die Beklagte die B-Free Teilnehmer mittels einer SMS ausdrücklich auf die Frist zur Geltendmachung der Rückforderungsansprüche hinweise.

Diesbezüglich kann auf obige Ausführungen zur Verfahrensrüge verwiesen werden, wonach solche Feststellungen hier nicht relevant sind, weil Prozessgegenstand im Verbandsprozess nur die beanstandete Vertragsklausel ist, nicht aber die vom Unternehmer geübte Praxis. Aus dem gleichen Grund musste das Erstgericht auch keine Feststellungen darüber treffen, ob die Kunden der Beklagten über eine gratis abrufbare Service-Hotline noch ergänzende Informationen erhalten können. Ebenso hätten Feststellungen, wonach die Beklagte gar kein Verfallsdatum auf der Packung angebe und die B-Free Wertkarte (SIM-Karte) auch dann nicht verfallt, wenn das Guthaben laut Gutschein niemals aufgeladen werde, keine Auswirkungen auf das Prozessergebnis. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang meint, es bestehe in diesem Punkt schon deshalb keine Wiederholungsgefahr, weil gar kein Verstoß in der Vergangenheit vorliege, übersieht sie zum wiederholten Mal, dass ihr im Verbandsprozess zu prüfender "Verstoß" in der Verwendung einer unzulässigen Vertragsklausel besteht und nicht (erst) in deren Anwendung.

Wie oben bereits ausgeführt, widerspricht die Klausel mit ihrem Passus, wonach der Kunde mit Ablauf der 6-monatigen Rückforderungsfrist auf sein Restguthaben verzichtet, auch der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2

KSchG, weil sich die Beklagte in der Klausel nicht verpflichtet, den Verbraucher rechtzeitig vor Ablauf der zur Verfügung stehenden Frist auf die Bedeutung der Unterlassung der Rückforderung hinzuweisen. Da die in der Klausel enthaltene Erklärungsfiktion somit schon mangels Erfüllung dieser Voraussetzung ungültig ist, muss die von der Beklagten in der Berufung relevierten Frage, ob die vorgesehene Erklärungsfrist ausreichend lang wäre, nicht mehr abschließend beantwortet werden. Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Beklagte nicht einmal den Versuch unternimmt, eine sachliche Rechtfertigung für die mit der Erklärungsfiktion verbundene, vom dispositiven Recht abweichende Verkürzung der zur Kondiktion des Restguthabens offen stehenden Frist aufzuzeigen.

Soweit die Beklagte weiters ins Treffen führt, sie sei nach der oberstgerichtlichen Entscheidung 4 Ob 112/04f berechtigt, bei der Rückerstattung des Guthabens eine Manipulationsgebühr abzuziehen, ist dies durchaus richtig. Zu Recht macht die Klägerin in diesem Zusammenhang aber geltend, dass die Klausel dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG widerspricht, weil in der hier zu beurteilenden Fassung der Entgeltbestimmungen das Manipulationsentgelt weder bestimmt noch bestimmbar ist. Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Verbraucher diesbezüglich nicht zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung informiert wird (siehe RdW 2001/557).

Zur Unzulässigkeit des ersatzlosen Verfalls des auf der Wertkarte enthaltenen Guthabens im Fall der Portierung, weil dies im Ergebnis zu einer § 23 Abs 2 TKG widersprechenden Überschreitung des zulässigen Portierungsentgelts führen würde, wurde bereits bei der Behandlung der Verfahrensrüge Stellung genommen, sodass auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann. Ebenso wurde bereits darauf hingewiesen, dass die inkriminierte Klausel objektiv aus sich selbst auszulegen ist und nicht im Zusammenhang mit individuellen Bescheiden der Regulierungsbehörde.

Ebenso wurde schon ausgeführt, dass auch das Berufungsgericht die von der Klägerin gerügte Unklarheit, ob es nach der vorliegenden Klausel darauf ankommen soll, ob das Guthaben auf der Wertkarte im Ausmaß von mindestens EUR 20,-- wieder aufgeladen werden muss oder ob der Verfall einen Teilbetrag des Guthabens im Ausmaß von mindestens EUR 20,-- betrifft, als nicht gegeben erachtet, zumal das Gebot, Klauseln im Verbandsprozess im kundenfeindlichsten Sinn auszulegen, nicht zur Berücksichtigung grammatikalisch zwar denkbarer, inhaltlich aber unsinniger und geradezu absurder Auslegungsvarianten führen kann. Dies hat allerdings im Hinblick auf die aus anderen Gründen (siehe oben) gegebene Unzulässigkeit der Klausel keine Auswirkungen auf das Verfahrensergebnis.

Da somit die beanstandete Klausel in mehreren Passagen den Bestimmungen des § 879 Abs 3 ABGB und des

§ 6 KSchG widerspricht und im Verbandsprozess für eine geltungserhaltende Reduktion kein Raum ist (Krejci in Rummel ABGB³ II/IV §§ 28 - 30 KSchG Rz 15 mwN), war der Berufung zur Gänze ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 41, 50 ZPO.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da das Berufungsgericht der oberstgerichtlichen Judikatur gefolgt ist, sodass eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO nicht zu lösen war.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt.1, am 27.Juni 2006



Dr. Renate Pimmer
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

Kraff