



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden, den Richter Mag. Thomas Rendl und die Richterin Mag. Martina Elhenicky 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 **yesss! Telekommunikation GmbH**, Brünner Straße 52, 1210 Wien, vertreten durch Dr. Mathias Görg, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--; Gesamtstreitwert: EUR 36.000,--) über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse: EUR 12.000,--) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 22.909,10) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 13.8.2012, 19 Cg 35/12m-11, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Den Berufungen wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird in seinen Punkten A) und B) in den Aussprüchen zu den Klauseln 1 (letzter Halbsatz), 5 und 6 und in seinem Punkt C) im Ausspruch zur Klausel 9 bestätigt.

Im Übrigen, also bezüglich der Klauseln 1, 2, 3, 4, 7,8,10 und 11 sowie der Kostenentscheidung wird das angefochtene Urteil abgeändert, sodass es insgesamt zu lauten hat (die Änderungen durch das Berufungsgericht sind mit

Fettdruck hervorgehoben) :

„A. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

„1. Die Umstellung auf die Vertragsoption erfolgt **binnen fünf Werktagen nach Einlangen**, sofern nicht ein Ablehnungsgrund gemäß Punkt 1.2. der AGB Festnetz vorliegt, wobei eine Anmeldegebühr gemäß Tarifübersicht verrechnet wird.

3. Bei der yesss! Vertragsoption erfolgt die Rechnungslegung ausschließlich in elektronischer Form. Ein Versand von gedruckten Rechnungen findet nicht statt.

4. Für den Fall, dass ein Abbuchungs- oder Verrechnungsfehler festgestellt wurde, der sich zum Nachteil des Kunden ausgewirkt haben könnte und sich das richtige Entgelt nicht ermitteln lässt, wird yesss! eine auf dem durchschnittlichen Ausmaß der Inanspruchnahme dieses Telekommunikationsdienstes durch den Kunden basierende Pauschalabgeltung festsetzen.

5. Falls bei Anschlüssen mit yesss! Vertragsoption 6 Monate lang keine Umsätze anfallen, können diese Anschlüsse von yesss! ohne gesonderten Ausspruch einer Kündigung deaktiviert werden. Sofern dieser Fall eintreten kann, wird im Anmeldeformular angemessen darauf hingewiesen.

6. Der Kunde hat die Möglichkeit, bei Verlust oder Diebstahl der yesss! SIM-Karte dies ohne Verzug unter Angabe des Kundenkennwortes an yesss! zu melden. Yesss! veranlasst daraufhin umgehend eine Sperre dieser Karte und ersetzt das noch vorhandene Restguthaben gegen eine Bearbeitungsgebühr gemäß Tarifübersicht.

7. Einwendungen gegen Abbuchungen oder Rechnungen

sind durch den Kunden längstens innerhalb von 6 Monaten gerichtlich geltend zu machen, ansonsten die Rechtmäßigkeit als anerkannt gilt, worauf im Kontomanager auf www.yesss.at oder auf der Rechnung hingewiesen wird. Die Abbuchungen können über den Kontomanager kostenfrei zumindest einen Monat lang eingesehen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt es dem Kunden unbenommen, direkt bei yesss! eine Überprüfung zu veranlassen oder in weiterer Folge die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH als Schlichtungsstelle anzurufen.

8. Yesss! haftet, außer bei Personenschäden, nicht für leichte Fahrlässigkeit. Die Bestimmungen des Produkthaftpflichtgesetzes bleiben unberührt.

10. Die Qualität der Dienste wird in ortsüblichem Maß geschuldet, bei Unterschreiten hat der Kunde Gewährleistungsansprüche entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen, für darüber hinausgehende Ansprüche aus dem Titel des Schadenersatzes siehe Punkt 9.

11. Änderungen dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Entgeltänderungen werden entweder durch Veröffentlichung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung oder auf www.yesss.at kundgemacht oder dem Kunden per SMS bzw. E-Mail mitgeteilt. Für den Kunden nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungsfrist von 2 Monaten und erfolgt hiebei zumindest einen Monat vor Inkrafttreten der Änderung eine gesonderte Benachrichtigung über den wesentlichen Inhalt der Änderungen in geeigneter Form und ein Hinweis, dass der Kunde bis zum Inkrafttreten der Änderungen kündigen kann."

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen.

Sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

Die Frist, binnen welcher die beklagte Partei schuldig ist, die Verwendung der Klauseln 1, 5 und 6 in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, wird mit drei Monaten festgesetzt.

B. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

C. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei darüber hinaus schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

„2. Die Entgelte für die zur Verfügung gestellten Dienste sind der jeweils gültigen yesss! Tarifübersicht zu entnehmen, die im Internet unter www.yesss.at abrufbar ist.

9. Diese Daten werden nach Beendigung der Rechtsbeziehung zum Teilnehmer gelöscht, sofern sie nicht noch benötigt werden, um Entgelte zu verrechnen, Beschwerden zu bearbeiten oder sonstige gesetzliche Verpflichtungen zu erfüllen.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder

sinngleiche Klauseln zu berufen und es werde ihr in diesem Umfang die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der klagenden Partei erteilt,

wird abgewiesen.

D. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.955,13 (darin enthalten EUR 478,91 USt und EUR 1.081,64 Barauslagen) bestimmten Kosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.663,20 (darin enthalten EUR 335,95 USt und EUR 906,50 Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. Sachverhalt

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 Abs 1 KSchG berechtigter Verein.

Die Beklagte betreibt das Mobiltelefoniegeschäft und bietet ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet an. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit tritt sie laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge, denen sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zugrundelegt. Sie verwendete (jedenfalls) bis zum 21.2.2012 in ihren AGB unter anderem die hier strittigen Klauseln 1 bis 11 (die Nummerierung folgt jener in der Klage und im angefochtenen Urteil).

Am 27.2.2012 beanstandete der Kläger diese Klauseln und forderte die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung für diese und/oder sinngleiche Klauseln abzugeben. Jene reagierte darauf mit Schreiben vom 19.3.2012, in dem sie auf die bereits erfolgte

Änderung der Klauseln 1, 3 und 7 hinwies, zu den Klauseln 1 (nur hinsichtlich der Dauer der Umstellung von 5 Werktagen), 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 und 11 eine Unterlassungserklärung abgab und sich verpflichtete, für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe von EUR 720,-- pro Klausel und pro Zuwiderhandlung an den Kläger zu zahlen. Zugleich erklärte sie, sie nehme für die Unterlassung der Verwendung der Klauseln eine Umsetzungsfrist (Aufbrauchfrist) von drei Monaten in Anspruch.

II. Parteilvorbringen

Der Kläger begehrt, der Beklagten die Verwendung der beanstandeten oder sinngleicher Klauseln oder die Berufung darauf zu untersagen und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer österreichweiten Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten; einige seien auch nicht ausreichend transparent. Die Unterlassungserklärung vom 19.3.2012 sei nicht geeignet gewesen, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, weil die Beklagte für die Umstellung der Verwendung der Klauseln, hinsichtlich derer sie sich zur Unterlassung verpflichtet habe, einseitig eine dreimonatige Aufbrauchsfrist in Anspruch genommen habe. Da es sich um eine reine Unterlassungsverpflichtung handle und ein Unternehmer auch ohne AGB kontrahieren könne, sei ihr eine solche Leistungsfrist weder zuzugestehen noch durch das Gericht festzusetzen. Für eine Abänderung müssten jedenfalls wenige Tage ausreichen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens, hilfsweise die Festsetzung einer viermonatigen Leistungsfrist hinsichtlich der Unterlassung der Verwendung der nicht bereits

(ausreichend) geänderten Klauseln, und wendete ein, sie habe die ihr abverlangte strafbewehrte Unterlassungserklärung mit Ausnahme der Klauseln 1, 2, und 6 abgegeben. Damit sei die Wiederholungsgefahr weggefallen.

Die Inanspruchnahme einer Aufbrauchfrist von drei Monaten habe nur die Verwendung der Klauseln, nicht aber die Berufung auf sie betroffen und schade nicht, weil nach der Rechtsprechung sogar eine Aufbrauchfrist bis zu sechs Monaten gerechtfertigt sein könne. Die Forderung des Klägers, bis zur Änderung ohne AGB und Entgeltbestimmungen zu kontrahieren, gehe an den Erfordernissen des Telekommunikationsgeschäftes vorbei und stehe im Widerspruch zu § 25 TKG, wonach Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen hätten, in welchen die angebotenen Dienste zu beschreiben sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen seien. Im Hinblick auf die obligatorische Notifizierung samt Widerspruchsmöglichkeit der TKK müsse gerade im Telekommunikationsbereich die Ausbedingung einer entsprechenden Frist gerechtfertigt sein. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass die AGB mit dem jeweiligen Produkt gemeinsam verpackt würden und schon deshalb ein längerer Zeitraum für eine Änderung erforderlich sei.

Bereits vor Zugang des Abmahnschreibens sei die Umstellungsfrist in Klausel 1 auf 3 Werktage verkürzt worden, die Klausel 3 sei zur Gänze und in Klausel 7 die Anerkenntnisfiktion entfallen. Im Anschluss an die Abmahnung seien weitere Änderungen der AGB am 20.04.2012 in Kraft getreten und den Einwänden des Klägers damit Rechnung getragen worden. Die Klausel 4 sei um einen § 71 Abs 4 TKG entsprechenden Zusatz und Klausel 5 um die vermisste Vorwarnung des Kunden erweitert worden. Der

Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in Klausel 8 sei auf Unternehmer eingeschränkt und in Klausel 9 die Wortfolge „oder sonstige gesetzliche Verpflichtungen zu erfüllen“ durch die Wortfolge „oder der siebenjährigen Aufbewahrungspflicht gemäß Bundesabgabenordnung nachzukommen“ ersetzt worden. Klausel 11 enthalte mittlerweile einen Hinweis auf das Erfordernis der Schriftlichkeit der Änderungsbenachrichtigung und auf die Kostenlosigkeit einer Sonderkündigung. Im Übrigen seien die beanstandeten Klauseln 1, 2, 5, 6, 7, 9 und 11 ausreichend klar formuliert, weder ungewöhnlich noch gröblich benachteiligend und stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten in Einklang.

Der Inhalt der Klauseln, das nähere Vorbringen der Parteien und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

III. Angefochtene Entscheidung

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage hinsichtlich eines Teils der Klausel 1 sowie der Klauseln 2, 5 und 6 statt und ermächtigte den Kläger diesbezüglich auch zur begehrten Urteilsveröffentlichung. Hinsichtlich der übrigen Klauseln wies es das Klagebegehren ab und verhielt die Beklagte zum Ersatz der mit EUR 440,67 bestimmten Verfahrenskosten.

Gegen dieses Urteil richteten sich die Berufungen beider Parteien jeweils aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, jene des Klägers mit dem Antrag, es in gänzlich klagsstattgebendem Sinn abzuändern, jene der Beklagten hilfsweise auch aus den Berufungsgründen der Aktenwidrigkeit und Mangelhaftigkeit des Verfahrens mit dem Antrag, es in gänzlich klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird jeweils ein Aufhebungsantrag gestellt.

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

IV. Berufungsentscheidung

Beide Berufungen sind teilweise berechtigt.

Vor Erörterung der einzelnen Klauseln sei vorangestellt, dass im Verbandsprozess von folgenden, vom Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen auszugehen ist:

Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist.

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann

schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Vertragsklausel-Richtlinie 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das so genannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (4 Ob 28/01y; 10 Ob 70/07b mwN). Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird (4 Ob 179/02f ua). Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219; 10 Ob 70/07b mwN). Damit soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen

hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217, RS0115219). Dass letzteres nur soweit gelten kann, als es sich um unmittelbar im Zusammenhang stehende Fragen handelt, ergibt sich schon aus dem Gebot der Verständlichkeit und Erkennbarkeit (Übersichtlichkeit). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen also so gestaltet sein, dass sie dem Verbraucher eine klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition vermitteln (RIS-Justiz RS0115217 mwN; 8 Ob 119/08w).

Was die Ungewöhnlichkeit des Inhalts einer Klausel nach § 864a ABGB betrifft, so ist eine solche nach dem Gesetzestext objektiv zu verstehen; die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren und darf insoweit für den Vertragspartner auch nicht überraschend sein (RIS-Justiz RS0014627). Es kommt auf das Gesamtgefüge des Vertragstextes (Klauselwerk) an, in welchem sie nicht „versteckt“ (also wo sie der betroffene durchschnittlich sorgfältige Vertragsteil vernünftigerweise nicht vermutet) enthalten sein darf (RIS-Justiz RS0014659; 7 Ob 267/02v). In diesem Sinne objektiv ungewöhnlich ist daher nur eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss demnach ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen. Insbesondere dann, wenn nur ein beschränkter Adressatenkreis angesprochen wird, kommt es auf die Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont des angesprochenen Kreise an (RIS-Justiz RS0014646).

Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a;

RIS-Justiz RS0016590). Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich (RIS-Justiz RS0038205). Die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, führt zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RIS-Justiz RS0122040). Der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess unerheblich (RIS-Justiz RS0121943).

Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßenden AGB nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Diese Bestimmung wurde durch die KSchG-Novelle BGBl I 1997/6 eingeführt. Nach den Gesetzesmaterialien sollte dadurch kargestellt werden, dass die nach § 29 KSchG klagslegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 31). Das - nicht obligatorische - Abmahnverfahren ermöglicht es somit grundsätzlich, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen (6 Ob 24/11i).

Der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss sich dem Anspruch des gemäß § 29 KSchG

klageberechtigten Verbands nach Abmahnung vollständig, unbedingt, uneingeschränkt und strafbewehrt unterwerfen, um die Wiederholungsgefahr gemäß § 28 Abs 2 KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111637 [insb T11]). Die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung kann nur eintreten, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit besteht. Die Unterlassungserklärung des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen muss daher neben wortgleichen auch sinngleiche Klauseln umfassen, um die Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs 2 KSchG zu beseitigen (RIS-Justiz RS0111638).

Fügt der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln mit dem Bemerken bei, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen, liegt keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor. Die Wiederholungsgefahr wird nicht beseitigt. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ sind, kommt es hiebei nicht an (RIS-Justiz RS0125395; 6 Ob 24/11i).

Die mit einer Konventionalstrafe gesicherte Unterlassungserklärung, die zum Wegfall der Wiederholungsgefahr führt, muss also eine vollständige Unterwerfung unter die Abmahnung sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn das Unternehmen Einschränkungen macht und Bedingungen stellt. Es steht dem rechtswidrig handelnden Unternehmen auch nicht zu, einseitig Sanktionen hinauszuzögern und den Verband zum Zuwarten zu zwingen. Eine Unterstützung dieser Verzögerungstaktik entspricht nicht dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck, durch das Abmahnverfahren einen effektiven und raschen Rechtsschutz für den Verbraucher zu gewährleisten (7 Ob

68/11t).

Im Fall einer sogenannten „Übermaßabmahnung“, mit der die Unterlassung auch in Ansehung gesetzlich zulässiger Klauseln oder von Teilen derselben bzw. aus nach dem Gesetz nicht zutreffenden Gründen gefordert wird, beseitigt eine bloß teilweise Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr nicht. Die Willenseinigung über zwischen den Parteien Strittiges liegt dann nicht vor. Die angestrebte Rechtssicherheit kann in diesem Fall im Abmahnverfahren nicht erreicht werden. Der Unternehmer muss sich vollständig („alles oder nichts“) im Sinn der Abmahnung unterwerfen. Dem Einwand, dieses Ergebnis sei unwirtschaftlich, weil dann im Prozess erst wieder über den Punkt gestritten werde, zu dem schon eine unbedingte Unterwerfungserklärung vorliege, ist entgegenzuhalten, dass der Unternehmer im Prozess diesen Punkt ja sofort anerkennen und auch einen Unterlassungsvergleich anbieten kann (6 Ob 24/11i).

Zwar sieht die Bestimmung des § 28 Abs 2 KSchG nicht ausdrücklich vor, dass die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wegfallen könne. Allerdings vermag das damit geregelte (fakultative) Abmahnverfahren nur dann seinen Zweck zu erfüllen, wenn andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, kann die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen (6 Ob 81/09v mwN). Auch wer im Prozess

zu erkennen gibt, dass es ihm nicht um die Vermeidung von Rechtsverletzungen zu tun ist, kann sich auf das Fehlen der Wiederholungsgefahr nicht berufen (2 Ob 215/10x mwN; RIS-Justiz RS0080007). Bei der Prüfung der Wiederholungsgefahr darf nicht engherzig vorgegangen werden. Diese liegt schon im Fortbestehen eines Zustands, der keine Sicherungen gegen weitere Rechtsverletzungen bietet. Sie ist daher auch anzunehmen, wenn der mit der Unterlassungsklage Belangte sein Unrecht nicht einsieht (vgl 2 Ob 215/10x mwN; RIS-Justiz RS0010497).

Zur Berufung des Klägers:

Der Kläger argumentiert, die Unterlassungserklärung der Beklagten vom 19.3.2012 sei entgegen der Auffassung des Erstgerichts nicht geeignet gewesen, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Die Beklagte habe einseitig eine Aufbrauchfrist von drei Monaten in Anspruch genommen. Sie habe die Unterlassung der Verwendung der beanstandeten Klauseln daher nicht im Zeitpunkt der Abgabe ihrer Erklärung, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgesehen. Eine Änderungs- oder Aufbrauchfrist sei dem AGB-Verwender jedoch nicht zu konzedieren. Die gesetzwidrigen Klauseln hätten lediglich gestrichen werden müssen.

In Anwendung der zuvor dargestellten Grundsätze ist die Eignung der von der Beklagten abgegebenen Unterlassungserklärung vom 19.3.2012 zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr wie folgt zu beurteilen:

Vorauszuschicken ist, dass - was die von der Beklagten in ihrer Berufungsbeantwortung zu Punkt 3. „vorsorglich“ gerügte Aktenwidrigkeit anlangt - es sich bei der Feststellung des vom Erstgericht auf Grundlage der Beilage ./D als außer Streit stehend angenommenen Inhalts der Unterlassungserklärung, wonach die Inanspruchnahme der Umsetzungsfrist von drei Monaten

nicht nur die Verwendung, sondern auch die Berufung auf die beanstandeten Klauseln betroffen habe, bloß um eine fehlerhafte Zitierung einer im Akt befindlichen Urkunde und damit um einen offensichtlichen Schreibfehler handelt. Ein solcher kann aber auch noch im Berufungsstadium von Amts wegen berichtigt werden, was hiermit geschieht. Es wird daher bei Behandlung der Rechtsrüge davon ausgegangen, dass die Beklagte ihrer Unterlassungserklärung vom 19.3.2012 vorausgeschickt hat, dass hinsichtlich der Unterlassung der Verwendung der betreffenden Klauseln (im Gegensatz zur Berufung auf sie) eine Umsetzungsfrist zur Anpassung von drei Monaten in Anspruch genommen werde.

Damit ist für die Beklagte aber für ihren Standpunkt nichts gewonnen, weil sie mit der einseitigen Inanspruchnahme einer Aufbrauchfrist für die Verwendung der beanstandeten Klausel eine zeitliche Einschränkung vorgenommen hat, die ihr vom Kläger nicht zugestanden worden war. Auf diese Weise hätte sie genau das bewirkt, was einem Unternehmen nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs im Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG gerade nicht zugestanden werden soll: sie hätte damit Sanktionen einseitig - hier: drei Monate lang - hinausgezögert und den Verband somit zum Zuwarten gezwungen. Da sich die zeitliche Einschränkung auf die gesamte Unterlassungserklärung bezieht, konnte diese im Zeitpunkt ihres Zugangs an den Kläger - der für die Prüfung ihrer Eignung, den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu bewirken, relevant ist (so 7 Ob 68/11t) - die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen.

Ergänzend bleibt anzumerken, dass die Beklagte ihre Unterlassungserklärung darüber hinaus noch weiter eingeschränkt hat, indem sie einige der von der Unterlassungserklärung umfassten Beanstandungen infolge

Änderung ihrer AGB als inzwischen obsolet geworden und die Klauseln in geänderter Form als rechtlich zulässig erachtet hat. Auch damit hat sie dem Erfordernis, sich der Abmahnung vollständig und bedingungslos zu unterwerfen, nicht genügt.

Hätte sie - ihrem Prozesstandpunkt folgend - bloß die ihr vom Kläger nicht zugestandene Aufbrauchfrist von drei Monaten als angemessene Leistungsfrist durchsetzen, sich im Übrigen aber gänzlich unterwerfen wollen, so hätte sie im erstinstanzlichen Verfahren das Begehren des Klägers in jenen Punkten, in denen er im Rechtsstreit obsiegen könnte, sofort anerkennen und darüber einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich mit einer angemessenen Leistungsfrist anbieten müssen (vgl. 6 Ob 24/11i; RIS-Justiz RS0079899 [T11, T12]).

Soweit die Beklagte den Wegfall der Wiederholungsgefahr schließlich mit den von ihr vorgenommenen Änderungen der Klauseln argumentiert, übersieht sie, dass damit - entgegen der Auffassung des Erstgerichts - nicht sichergestellt ist, dass es sich bei den geänderten Klauseln nicht um sinngleiche Klauseln handelt oder sie sich für bereits bestehende Verträge nicht auf die alte (beanstandete) Fassung beruft. Eine Prüfung der geänderten Klauseln auf ihre Gesetzmäßigkeit darf aber nicht Voraussetzung der Beurteilung der Wiederholungsgefahr sein.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die auf die Abmahnung folgende Erklärung der Beklagten dem Erfordernis einer unbedingten, uneingeschränkten und strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht entsprochen hat und zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr ebensowenig geeignet war wie die tatsächliche Änderung der beanstandeten Klauseln. Diese sind somit in weiterer Folge auf ihre Gesetzmäßigkeit zu prüfen:

Die Beklagte hat die Rechtswidrigkeit der Klausel 1 in Bezug auf die dort vorgesehene Umstellungsdauer von 5 Werktagen sowie der Klauseln 3, 4, 8, und 10 (jeweils in ihrer Fassung vom 21.2.2012) im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich zugestanden; es bedarf daher auch im Berufungsverfahren keiner näheren Prüfung ihrer Gesetz- bzw. Sittenwidrigkeit.

Zu Klausel 7:

„Einwendungen gegen Abbuchungen oder Rechnungen sind durch den Kunden längstens innerhalb von 6 Monaten gerichtlich geltend zu machen, ansonsten die Rechtmäßigkeit als anerkannt gilt, worauf im Kontomanager auf www.yesss.at oder auf der Rechnung hingewiesen wird. Die Abbuchungen können über den Kontomanager kostenfrei zumindest einen Monat lang eingesehen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt es dem Kunden unbenommen, direkt bei yesss! eine Überprüfung zu veranlassen oder in weiterer Folge die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH als Schlichtungsstelle anzurufen.“

Der Kläger beanstandet die Klausel als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie dem Verbraucher suggeriere, er könne eine falsche Abrechnung nicht mehr bekämpfen, wenn er nicht innerhalb von vier Wochen gegenüber dem Betreiber widerspreche bzw. innerhalb von sechs Monaten mit Klage dagegen vorgehe. Sie verschleierte damit die Rechtslage, wonach ein Rechnungsanerkennnis nur deklarative Wirkung habe, aber keinen neuen Verpflichtungsgrund bilde.

Die Klausel verstoße außerdem gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG und sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil die mit der Erklärungsfiktion verbundene Wissenserklärung ein Beweismittel im Prozess darstelle und im Ergebnis die Beweislast zum Nachteil des Verbrauchers verschiebe. Die Rechtsposition des

Unternehmers werde demgegenüber wesentlich erleichtert, weil er ohne das deklarative Anerkenntnis den Bestand seiner Forderung beweisen müsste. Die Klausel sehe auch keine Einschränkung der Bekämpfung unrichtiger Abrechnungen für den Unternehmer vor.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass ein deklaratives Anerkenntnis nicht zu einer Beweislastumkehr führe, sondern nur eine Wissenserklärung und damit ein frei zu würdigendes Beweismittel im Prozess darstelle. Eine unmittelbare Anwendbarkeit von § 6 Abs 1 Z 11 KSchG scheide schon nach dessen Wortlaut aus. Es entspreche der ständigen Rechtsprechung, dass ein deklaratives Anerkenntnis auch mit Verbrauchern wirksam vereinbart werden könne. Falls der Unternehmer die eigene Rechnung bekämpfen wolle, trage klarerweise auch er die Beweislast für deren Unrichtigkeit. Hinzu komme, dass aufgrund der in § 99 Telekommunikationsgesetz (TKG) in der Fassung der Novelle 2011 vorgesehenen Löschungspflicht für Verkehrsdaten nach Ablauf von drei Monaten eine danach bestehende Beweislast des Betreibers ausscheide.

Das Erstgericht ging von einer Beseitigung der Wiederholungsgefahr aus, weil die Klausel bereits vor dem Abmahnschreiben durch Entfall der Anerkennungsfiktion geändert worden sei.

Der Kläger wiederholt in seiner Berufung im Kern sein erstinstanzliches Vorbringen.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG sind Vertragsbestimmungen nichtig, nach denen dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft. Die gesetzliche Formulierung ist - nimmt man auf die bei Vertragsabschluss unter Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Verbraucher typischerweise bestehende „verdünnte Willensfreiheit“ Bedacht - nicht eng auszulegen. Sie erfasst nicht nur Klauseln, die eine

Beweislastumkehr herbeiführen, sondern auch Klauseln, die die Rechtsdurchsetzung durch den Verbraucher deshalb erschweren (oder gar verhindern) können, weil sie ihn mit einem Beweis belasten, den er sonst nicht erbringen müsste (4 Ob 221/06p mwN). Gemessen am Zweck der Bestimmung ist § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog anzuwenden, wenn zwar keine formelle Beweislastvereinbarung getroffen wird, der Konsument aber eine Wissenserklärung abgibt, die zumindest im Ergebnis den Wirkungen einer entsprechenden Vereinbarung nahe kommen kann und eine Erschwerung der Beweissituation für den Verbraucher denkbar ist (3 Ob 12/09z mwN).

Genau diese Voraussetzungen sind hinsichtlich der in Klausel 7 enthaltenen Anerkenntnisfiktion zu bejahen, sodass sie infolge Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässig ist. Die Frage, ob nicht ohnehin durch die in § 99 Abs 2 TKG normierte Verpflichtung zur Löschung von Verkehrsdaten nach Ablauf von drei Monaten im Fall der Bezahlung und des Unterbleibens eines schriftlichen Einspruchs eine Beweislastumkehr eintritt, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, weil die in Rede stehende Anerkenntnisfiktion unabhängig von der Zahlung und Beeinspruchung der Rechnung für alle Fälle vorgesehen ist, in denen der Konsument nicht innerhalb von sechs Monaten gerichtlich gegen eine Rechnung vorgegangen ist.

Zu Klausel 9:

„Diese Daten werden nach Beendigung der Rechtsbeziehung zum Teilnehmer gelöscht, sofern sie nicht noch benötigt werden, um Entgelte zu verrechnen, Beschwerden zu bearbeiten oder sonstige gesetzliche Verpflichtungen zu erfüllen.“

Nach Auffassung des Klägers sei die Klausel unbestimmt und zu weitgehend formuliert, weil sich dem Verbraucher nicht erschließe, unter welchen Umständen und

zu welchem Zweck seine Daten gespeichert würden. Sie sei daher infolge Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG nichtig. Sie stelle auch keine wirksame Zustimmung zur Verwendung von Daten im Sinne des § 8 Abs 1 Z 2 Datenschutzgesetz (DSG) dar. Im Unterschied zu § 97 Abs 2 TKG richte sie sich nicht an die Betreiber von Kommunikationsdiensten, von denen eine erhöhte Mindestkundigkeit bezüglich der einschlägigen Rechtslage erwartet werden könne, sondern an Durchschnittskunden eines Mobilfunkvertrages, welche von „sonstigen gesetzlichen Verpflichtungen“ typischerweise keine Kenntnis hätten und eine solche durch die weiteren Bestimmungen der gegenständlichen AGB auch nicht erhielten.

Die Beklagte erwiderte, die inkriminierte Klausel entspreche wörtlich der Bestimmung des § 97 Abs 2 TKG und sei daher nicht intransparent. Der Hinweis sei allgemein gehalten und freiwillig erfolgt. Er gebe nur eine gesetzliche Verpflichtung wieder, was die Schutzwürdigkeit der Kunden begrenze, deren Rechte dadurch nicht beschränkt würden. Ein Unternehmer sei auch nicht gehalten, seinen Kunden die Rechtslage im Rahmen seiner AGB im Einzelnen auseinander zu setzen.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als zulässig, weil sie wörtlich § 97 Abs 2 TKG entspreche. Die Wiedergabe des Gesetzestextes in AGB sei nicht intransparent, sofern damit nicht ein missverständlicher Eindruck entstehe, was nicht der Fall sei.

Die Berufung des Klägers erachtet die Klausel als nichtig gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil sie dem Verbraucher nicht ersichtlich mache, unter welchen Umständen und zu welchem Zweck seine Daten weiterhin gespeichert würden.

Hier kann im Wesentlichen auf die zutreffende rechtliche Beurteilung durch das Erstgericht verwiesen

werden (§ 500a ZPO). Die Klausel entspricht ihrem Wortlaut nach der Bestimmung des § 97 Abs 2 TKG, wonach Stammdaten spätestens nach Beendigung der vertraglichen Beziehungen mit dem Teilnehmer vom Betreiber zu löschen und Ausnahmen nur soweit zulässig sind, als diese Daten noch benötigt werden, um Entgelte zu verrechnen oder einzubringen, Beschwerden zu bearbeiten oder sonstige gesetzliche Verpflichtungen zu erfüllen.

Hinzuzufügen bleibt, dass für Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die - wie die hier in Rede stehende - lediglich das Kraft objektiven Rechts ohnehin geltende Regelungsregime wiederholen (sogenannte „deklaratorische Klauseln“), eine gesetzliche Kontrolle schon deshalb nicht geboten ist, weil durch sie der Vertragsinhalt unberührt bleibt, sie also nicht vertragsgestaltend wirken und daher auch ihr Wegfall ohne Konsequenzen bliebe. Es besteht damit weder die Gefahr der Übervorteilung des Vertragspartners, noch würde die Unwirksamkeit den Vertragsinhalt beeinflussen. Auf deklaratorische AGB-Klauseln ist daher auch das Transparenzgebot grundsätzlich nicht anwendbar (so *Leitner*, Das Transparenzgebot [2005] Seite 85f). Es versagt, wenn ein Vertragsgestalter nichts anderes tut, als den Gesetzestext eins zu eins in den Vertrag zu übernehmen. Die Unwirksamkeit des Vertragstextes würde in diesem Fall nichts nützen, weil dann - auch ohne die textierte Vereinbarung - an die Stelle des unwirksamen Vertrags der trotz Intransparenz geltende Gesetzestext träte (*Krejci*, Das Transparenzgebot im Verbraucherrecht VR 2007 H 1-2,25). Auch die Wiedergabe einer für den Durchschnittsverbraucher nur schwer zu durchschauenden Regelung des dispositiven Rechts widerspricht daher solange nicht § 6 Abs 3 KSchG, als sie nicht geeignet ist, den Verbraucher über die geltende Rechtslage in die

Irre zu führen (vgl. *Leitner* aaO).

Dass die inkriminierte Klausel die Verbraucher über ihre Rechte in die Irre führen könnte, hat auch der Kläger nicht behauptet. Der Vorwurf, die Klausel kläre den Konsumenten nicht ausreichend und vollständig über jene gesetzlichen Verpflichtungen des Unternehmers auf, die einer Löschung der Daten nach Beendigung der Vertragsbeziehung entgegenstehen könnten, trifft zwar zu, vermag aber mangels korrespondierender Aufklärungspflicht der Beklagten sowie angesichts ihrer fehlenden vertragsgestaltenden Wirkung keine Intransparenz im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG zu bewirken.

Zur Klausel 11:

„Änderungen dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Entgeltänderungen werden entweder durch Veröffentlichung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung oder auf www.yesss.at kundgemacht oder dem Kunden per SMS bzw. E-Mail mitgeteilt. Für den Kunden nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungsfrist von 2 Monaten und erfolgt hiebei zumindest einen Monat vor Inkrafttreten der Änderung eine gesonderte Benachrichtigung über den wesentlichen Inhalt der Änderungen in geeigneter Form und ein Hinweis, dass der Kunde bis zum Inkrafttreten der Änderungen kündigen kann.“

Der Kläger erachtet die Klausel als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie von § 25 TKG abweiche und dem Konsumenten daher die wahre Rechtslage verschleierte. Gemäß § 25 TKG sei dem Teilnehmer der wesentliche Inhalt von nicht ausschließlich begünstigenden AGB- oder Entgeltänderungen mindestens ein Monat vor deren In-Kraft-Treten in geeigneter Form, beispielsweise durch Rechnungsaufdruck, mitzuteilen. Gleichzeitig sei er auf sein Recht hinzuweisen, den

Vertrag bis zum Inkrafttreten der Änderungen kostenlos zu kündigen. Die Klausel suggeriere, dass die genannten Informationen auch in Form eines SMS, nur auf der Internetseite des Betreibers oder in der Wiener Zeitung mitgeteilt werden könnten. Sie erlaube es dem Betreiber, sich auszusuchen, wie er informiere. Außerdem sehe sie keine Information des Teilnehmers über die Kostenlosigkeit der Kündigungsmöglichkeit vor.

Die Beklagte entgegnete, die Klausel erlaube ihr keineswegs, Kunden nur auf ihrer Website oder in der Wiener Zeitung über nicht ausschließlich begünstigende Änderungen zu informieren. Die angeführte Benachrichtigung setze eine zusätzliche individuelle Verständigung voraus. Zudem gestatte es § 25 TKG dem Betreiber, jene Form zu wählen, in der er den Kunden im konkreten Fall über derartige Änderungen informiere, solange es sich dabei um eine geeignete Form handle. Bei dem im Gesetz genannten Rechnungsaufdruck handle es sich lediglich um ein Beispiel. Zwar sehe die TKG-Novelle 2011 nunmehr ausdrücklich ein Schriftformerfordernis vor, doch habe der ausdrückliche Hinweis darauf in AGB lediglich freiwilligen Charakter. Entscheidend sei, dass die Form tatsächlich eingehalten werde. Entsprechendes gelte für den Hinweis auf die Kostenlosigkeit der Kündigung. Das Transparenzgebot verlange nicht, dem Verbraucher die Rechtslage im Einzelnen auseinander zu setzen. Es genüge, dass die betreffende Klausel für sich genommen verständlich sei und den Verbraucher nicht über die wahre Rechtslage in die Irre führe. Die inkriminierte Klausel suggeriere weder, dass die Benachrichtigung nicht in schriftlicher Form zu erfolgen habe, noch dass eine Kündigung für den Kunden nicht kostenlos wäre.

Was die Möglichkeit einer Benachrichtigung von solchen Änderungen via SMS anlange, sei zu bedenken, dass

im Fall anonymer Wertkartenkunden mangels der Beklagten bekannter Adresse dem Schriftformerfordernis nur mittels SMS genügt werden könne. Die Alternative, den Wertkartenanbieter bei solchen Kunden überhaupt seines Änderungsrechts zu berauben, widerspräche dem Gesetzeszweck und wäre eine Diskriminierung gegenüber Anbietern von Vertragsprodukten. Außerdem würde das bedeuten, dass eine massive Tarifierhöhung für internationale Gespräche durch ausländische Anbieter von inländischen Wertkartenanbietern mit ruinösen Konsequenzen geschluckt werden müsste, da für sie keine Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung bestünde.

Das Erstgericht pflichtete der Ansicht der Beklagten bei. Für den Verbraucher sei klar, dass für nicht ausschließlich begünstigende Änderungen die im Einleitungssatz genannte Veröffentlichungsform nicht zur Anwendung gelange. Der Hinweis auf eine gesonderte Benachrichtigung mache deutlich, dass der Kunde, so wie es dem Gesetzeszweck durch die beispielhafte Anführung des Rechnungsaufdrucks entspreche, von einer solchen Änderung individuell verständigt werde. Schriftlichkeit sei im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Information, dass der Kunde kostenlos kündigen könne, entspreche § 25 TKG. Wenn auch keine Informationspflicht bestehe, mache sie die Klausel nicht intransparent.

Der Kläger vertritt in der Berufung weiterhin die Ansicht, die von § 25 TKG abweichende Klausel verschleierte die wahre Rechtslage und sei daher gemäß § 6 Abs 3 KSchG intransparent und nichtig. Dazu wiederholt er im Wesentlichen seine bereits in erster Instanz vorgetragenen Argumente.

Gemäß § 25 Abs 3 TKG in der (für die Beurteilung der am 21.2.2012 in Verwendung stehenden AGB maßgeblichen) Fassung BGBl. I Nr. 102/2011 ist dem Teilnehmer der

wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen mindestens ein Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen. Gleichzeitig ist der Teilnehmer auf den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Änderungen hinzuweisen sowie darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen.

Von dieser Gesetzeslage weicht die Klausel in zwei Punkten ab: Sie sieht weder eine schriftliche Benachrichtigung des Teilnehmers über Änderungen noch einen Hinweis darauf vor, dass die Kündigung kostenlos erfolgen könne. Dadurch wird dem Konsumenten aber genau jenes unzutreffende bzw. unklare Bild seiner vertraglichen Position vermittelt, das das Transparenzgebot verhindern soll. Der Verbraucher erhält durch die Lektüre nicht jene klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition, die geboten wäre (RIS Justiz RS0115217 [T 14]). Somit besteht durch die unvollständige Information über die Notwendigkeit einer schriftlichen Benachrichtigung von den nachteiligen Änderungen und über die Kostenlosigkeit der Kündigungsmöglichkeit die Gefahr, dass er von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Damit ist die Klausel intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG.

Der Berufung des Klägers war daher teilweise Folge zu geben und das angefochtene Urteil hinsichtlich der Klauseln 3, 4, 7, 8, 9, 10 und 11 im klagsstattgebenden Sinn abzuändern.

Zur Berufung der Beklagten:

Zu den Klauseln 1, 2 und 6:

Die Klauseln lauten:

1. „Die Umstellung auf die Vertragsoption erfolgt [...], wobei eine Anmeldegebühr gemäß Tarifübersicht

verrechnet wird."

2. „Die Entgelte für die zur Verfügung gestellten Dienste sind der jeweils gültigen yesss! Tarifübersicht zu entnehmen, die im Internet unter www.yesss.at abrufbar ist.“

6. „Der Kunde hat die Möglichkeit, bei Verlust oder Diebstahl der yesss! SIM-Karte dies ohne Verzug unter Angabe des Kundenkennwortes an yesss! zu melden. Yesss! veranlasst daraufhin umgehend eine Sperre dieser Karte und ersetzt das noch vorhandene Restguthaben gegen eine Bearbeitungsgebühr gemäß Tarifübersicht.“

Der Kläger beanstandet die Verweise auf Gebühren gemäß Tarifübersicht mangels Angabe ihrer tatsächlichen Höhe oder eines direkten Querverweises auf andere Passagen, die ein leichtes Auffinden der Tarifübersicht ermöglichen, als zu unbestimmt und damit intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. An Klauseln, aus denen sich eine Kostenpflicht für den Kunden ergebe, seien besonders strenge Anforderungen zu stellen. Die gegenständlichen Verweise ließen nicht erahnen, welche Tarifübersicht gemeint und wo diese einsichtig sei. Es sei dem Verbraucher nicht zumutbar, dass er in aufwendiger Recherche selbst herausfinden müsse, wo er die Information zur Höhe der anfallenden Anmelde- bzw. Bearbeitungsgebühr erhalten könne und wie hoch diese tatsächlich ausfallen würde. Damit vermittele die Klausel dem Verbraucher ein unklares Bild seiner vertraglichen Verpflichtungen. Außerdem erlaube es der dynamische Verweis auf die jeweils gültige Tarifübersicht dem Unternehmer, jederzeit durch Anpassung der Tarifliste willkürliche Entgeltänderungen vorzunehmen, und verstoße damit gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bzw. gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, sofern Entgeltänderungen in den ersten zwei Monaten nach Vertragsabschluss vorgenommen werden

könnten.

Die Beklagte bestreitet, dass die in ihrem Klauselwerk enthaltenen Querverweise zu dessen Intransparenz führten. Vor allem der in Klausel 2 unter der fettgedruckten Überschrift „Entgelte, Zahlungsbedingungen“ enthaltene Verweis sei ausreichend und entspreche der durch § 25 TKG vorgegebenen Trennung zwischen AGB und Entgeltbestimmungen. Unmittelbar vor Beginn des Fließtextes der jeweiligen AGB werde unübersehbar auf die Möglichkeit, die Entgeltübersicht als PDF herunterzuladen, hingewiesen. Von der behaupteten Notwendigkeit aufwendiger Recherche könne somit keine Rede sein. Im Übrigen seien weder § 6 Abs 1 Z 5 KSchG noch die zeitlichen Schranken des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG zu beachten, weil dem Anbieter eines Kommunikationsdienstes gemäß § 25 TKG ein einseitiges Änderungsrecht zustehe.

Das Erstgericht erkannte die Klauseln als unzulässig und führte aus, dass die Querverweise auf die Tarifübersicht das Transparenzgebot verletzen, weil sich aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Tarife und Preislisten die Höhe der Gebühren im konkreten Fall nicht eindeutig herauslesen ließe. Die Klauseln verstießen außerdem gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil sich das Änderungsrecht des Telekommunikationsdienstleisters gemäß § 25 Abs 2 TKG auf die Zeit vor Vertragsabschluss beziehe und keine Möglichkeit einer Entgeltsenkung vorgesehen sei. Es unterliege auch den zeitlichen Schranken des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, der Tarifierhöhungen innerhalb der ersten zwei Monate ab Vertragsabschluss verbiete.

Die Berufung rügt, dass das Erstgericht die Intransparenz der Verknüpfung zwischen AGB und Entgeltübersicht mit der Unübersichtlichkeit und damit Intransparenz der Entgeltübersicht selbst begründet habe, ohne dass der Kläger dies behauptet und dazu ein

Vorbringen erstattet habe. Die Feststellungen zum Inhalt der Entgeltübersicht seien überschießend und dürften daher keine Berücksichtigung finden. Außerdem sei die Entgeltübersicht ohnehin übersichtlich, weil sich der Hinweis auf die Anmeldegebühr genau dort befinde, wo er hingehöre, nämlich im Abschnitt „Sonstige Entgelte“ unter dem Punkt „Service Entgelte“ an erster Stelle. Gelange bei einzelnen Tarifen keine Anmeldegebühr zur Verrechnung, so werde darauf direkt beim jeweiligen Tarif ausdrücklich hingewiesen. Daraus könne keine Intransparenz abgeleitet werden. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bzw. § 6 Abs 2 Z 4 KSchG liege schon deshalb nicht vor, weil § 25 Abs 2 TKG für Telekommunikationsanbieter ein Recht zur einseitigen Änderung von AGB und Entgeltbestimmungen vorsehe und diese Bestimmung allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen vorgehe.

In diesem Zusammenhang rügt die Beklagte die Feststellung, dass die Tarifübersicht in neun Gliederungspunkte untergliedert sei und bei namentlich genannten Tarifen keine Anmeldegebühr angeführt sei, als aktenwidrig. Tatsächlich sei jene in drei Abschnitte gegliedert und führe bei einzelnen Tarifen an, dass keine Anmeldegebühr anfalle.

Dazu ist festzuhalten:

1. Änderungsrecht nach TKG

Gemäß § 25 Abs 1 TKG haben Betreiber von Kommunikationsnetzen und -diensten Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. Gemäß Abs 2 dieser Bestimmung sind Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in

geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des KSchG sowie des ABGB unberührt.

Dass diese Bestimmungen den Anbieter ex lege zu einer einseitigen - wenn auch an bestimmte gesetzliche Formerfordernisse gebundenen - Vertragsänderung berechtigen, soweit es die Änderung von AGB und Entgeltbedingungen betrifft, und der Teilnehmer als Ausgleich ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht erhält, entspricht mittlerweile ständiger Rechtsprechung (1 Ob 123/09h unter Berufung auf *Feiel/Lehofer* TKG 2003, 96, *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2003, 139 [141f]; *Lehofer* in FS Mayer 148f; zuletzt auch 7 Ob 84/12x). Insofern ist die vom Kläger angeführte Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 227/06y, in der diese Frage offen gelassen wurde, überholt. Im Anwendungsbereich des TKG sind daher solche dynamischen Verweise auf die jeweils gültigen Tarife nicht an den Erfordernissen des KSchG zu messen. Gegen ihre Zulässigkeit bestehen somit - entgegen der Auffassung des Erstgerichts - im Grundsatz keine Bedenken.

2. Querverweise auf Tarifbedingungen:

Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen der Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben. Ein Querverweis in einem Klauselwerk führt zwar an sich noch nicht zur Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG. Allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben. Das Transparenzgebot verlangt für eine Klausel etwa über die Verpflichtung zur Tragung von

Kosten, dass in ihr der zu leistende Betrag entweder selbst genannt oder seine Auffindung durch eine unmittelbar zielführende, auch dem Durchschnittsverbraucher leicht verständliche Verweisung ermöglicht wird. Dem Verbraucher darf kein unklares Bild seiner vertraglichen Verpflichtung vermittelt werden (RS0115219 [T15]).

Selbst wenn man - wie von der Berufung gerügt - in den Feststellungen zur konkreten Ausgestaltung der Tarifübersicht überschießende Feststellungen erblicken wollte, weil sich der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren nicht auf eine Unübersichtlichkeit der Tarifübersicht gestützt hat, sind die Verweise in den Klauseln 1 und 6 schon für sich genommen intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin erschließt sich für den Durchschnittsverbraucher nämlich durch den dort noch völlig unbestimmten Verweis auf Gebühren „gemäß Tarifübersicht“ keineswegs leicht verständlich, wo er den Betrag der jeweiligen Gebühren ansehen kann. Erst muss er dazu das Klauselwerk durchsuchen, wobei bei kundenfeindlichster Auslegung keine Gewähr dafür besteht, dass er damit sofort bei Klausel 2 beginnt, die den Hinweis gibt, dass die Tarifübersicht auf der bezeichneten Webseite der Beklagten abrufbar ist. Aber auch dieser allgemein gehaltene Hinweis ist noch nicht zielführend und erleichtert das Auffinden der gesuchten Gebühr in der verwiesenen Tarifübersicht nicht, weil er jenen Abschnitt oder Unterpunkt des Tarifs verschweigt, der Auskunft über die Höhe des Preises gibt. Damit muss sich der Verbraucher erst einen Überblick über die verschiedenen Abschnitte verschaffen, um schließlich den konkreten Preis aufzufinden. Da diese aufwändige Suche unabhängig davon notwendig wird, ob die konkreten

Tarifbedingungen, auf die verwiesen wird, übersichtlich gestaltet sind, kann die Frage der von der Berufung relevierten Aktenwidrigkeit dahinstehen, weil es auf deren Ausgestaltung nicht ankommt.

Insoweit erfolgte die erstgerichtliche Klagsstattgebung hinsichtlich Klauseln 1 und 6 somit jedenfalls im Ergebnis zu Recht. Anderes gilt aber für die Klausel 2, die generell hinsichtlich sämtlicher Entgelte und nicht hinsichtlich einer bestimmten Gebühr auf die gültige Tarifübersicht verweist und unmittelbar den Hinweis auf die Fundstelle auf der Homepage der Beklagten enthält. Da solche Querverweise nach der Rechtsprechung grundsätzlich für zulässig erachtet werden und der Kläger nicht aufzeigen konnte, in welchem Punkt sie Rechtssicherheit vermissen lassen, bestehen gegen diesen Querverweis keine Bedenken. Darauf, dass die Tarifübersicht unter der angegebenen Fundstelle (www.yesss.at) nur schwer auffindbar sein soll, hat sich der Kläger erstmals in seiner Urkundenvorlage vom 25.7.2012 und damit nicht vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz gestützt, sodass dieser Behauptung das Neuerungsverbot entgegensteht und sie im Berufungsverfahren unbeachtlich bleiben muss.

Zur Klausel 5:

„Falls bei Anschlüssen mit yesss! Vertragsoption 6 Monate lang keine Umsätze anfallen, können diese Anschlüsse von yesss! ohne gesonderten Ausspruch einer Kündigung deaktiviert werden. Sofern dieser Fall eintreten kann, wird im Anmeldeformular angemessen darauf hingewiesen.“

Der Kläger brachte vor, die Klausel sei nachteilig und überraschend im Sinne des § 864a ABGB. Mit einer Deaktivierung des Anschlusses ohne Kündigung und ohne Vorwarnung, wenn innerhalb von 6 Monaten keine Umsätze

erzeugt würden, müsse unabhängig vom Bestehen einer Verpflichtung zur Zahlung einer monatlichen Grundgebühr nicht gerechnet werden, zumal die Beklagte die Vertragsoption auf ihrer Webseite damit bewerbe, dass bei ihr im Gegensatz zur Wertkarte kein Aufladen mehr nötig sei. Damit werde suggeriert, dass ein regelmäßiges Telefonieren und somit die Erzielung eines Umsatzes bei Abschluss eines Vertrages gerade nicht notwendig sei.

Die Klausel sei außerdem gröblich benachteiligend, da sie die Beklagte von der Verpflichtung zum gesonderten Ausspruch einer Kündigung entbinde. Sie sei auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil ihr Wortlaut nicht erkennen lasse, ob sie schon dann zur Anwendung gelange, wenn in einem Zeitraum von 6 Monaten nicht telefoniert werde.

Die Beklagte entgegnete, dass die Deaktivierung umsatzloser Kunden schon allein mit der Bereitstellung der Rufnummer, von Speicherplatz und der Kosten für die Home Location Register-Lizenz zu rechtfertigen sei. Bei Bewerbung der Vertragsoption in der dargestellten Weise habe sie in gleicher Auffälligkeit auf die Zahlungspflicht im Folgemonat hingewiesen. Sie habe ihren Kunden daher keineswegs zugesichert, sie ad infinitum in ihrem System mitzuschleppen, ohne auch nur den geringsten Umsatz durch Gesprächsgebühren oder ein fixes periodisches Entgelt zu generieren. Andernfalls werde die Klausel aber ohnehin nicht schlagend. Der Hinweis auf die Möglichkeit der Verrechnung einer Grundgebühr sei außerdem verfehlt. Der Kläger behaupte nicht, dass ein solches fixes monatliches Entgelt tatsächlich verrechnet werde. Eine automatische Vertragsbeendigung bei Eintritt bestimmter Umstände sei nicht unüblich. Von einer gröblichen Benachteiligung sei nicht auszugehen, weil der maßgebliche Zeitraum mit nicht weniger als sechs

umsatzlosen Monaten ohnehin sehr lang bemessen sei.

Das Erstgericht führte aus, dass bei konsumentenfeindlichster Auslegung der Verbraucher unter Umsatz lediglich verbrauchsabhängige Gebühren verstehe. Damit sei selbst die neue Fassung der Klausel überraschend und gröblich benachteiligend, weil sie auch bei einem mit einer Grundgebühr verbundenen Tarif die Auflösung mangels Verbrauchskosten ermögliche. Der Unterlassungsanspruch bestehe daher zu Recht.

Die Berufungswerberin rügt, das Erstgericht habe nicht festgestellt, dass die Beklagte Grundgebühr verrechne, was der Kläger auch nicht behauptet habe. Wenn es davon ausgegangen sei, dass schon die bloße Möglichkeit der Verrechnung einer derartigen Grundgebühr die Klausel unzulässig mache, übersehe es, dass ein Unterlassungsanspruch in Ermangelung eines bereits vorhandenen Verstoßes aufgrund konkreter Umstände die Gefahr eines unmittelbar drohenden Verstoßes voraussetze. Dafür reiche die abstrakte Möglichkeit der Einführung einer derartigen Grundgebühr nicht. Das Erstgericht hätte aufgrund der Entgeltübersicht feststellen können, dass die von der Beklagten angebotenen Tarife nur solche periodischen fixen Entgelte vorsähen, die auch ein bestimmtes Freimengenkontingent (mindestens 1000 Gesprächsminuten) beinhalte. Die Klausel so auszulegen, dass sie eine Deaktivierung ermögliche, nur weil der jeweilige Kunde sein Kontingent nicht überschritten habe, sei abwegig.

Wie schon vom Erstgericht ausgeführt, verstößt hier schon allein das Abstellen auf das Fehlen von Umsätzen gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil es die Klausel verabsäumt, klarzustellen, was genau unter „Umsatz“ zu verstehen ist: So bleibt letztlich unklar, ob damit - wie vom Kläger interpretiert - gemeint ist, dass

der Kunde aktiv telefonieren oder sogar verbrauchsabhängige Gebühren auslösen muss, um einen (Gesprächs-)Umsatz zu generieren, oder ob die Zahlung eines fixen periodischen Entgelts (je nach Ausgestaltung mit oder ohne Einschluss bestimmter Kontingente an Gesprächsminuten) ausreicht, um die Möglichkeit zur Deaktivierung hintanzuhalten. Der Durchschnittskunde könnte die Klausel daher bei Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn dahin missverstehen, dass er innerhalb von sechs Monaten zumindest einmal aktiv telefonieren muss, um seinen Anschluss nicht zu verlieren. Schon darin liegt aber die Intransparenz der Klausel, sollte doch für diesen Fall nach dem Standpunkt der Beklagten eine Deaktivierung gerade nicht möglich sein.

Leistungsfrist:

Die Beklagte beantragte hilfsweise die Festsetzung einer viermonatigen Leistungsfrist hinsichtlich der Verwendung der beanstandeten Klauseln.

Der Kläger sprach sich dagegen aus.

Das Erstgericht erkannte im dargelegten Sinn, ohne eine Leistungsfrist festzusetzen.

Auch dagegen wendet sich die Berufungswerberin und beanstandet, das Erstgericht sei ihrem Eventualantrag ohne Begründung nicht nachgekommen, obwohl eine solche Frist aufgrund der erforderlichen Umsetzungsschritte angemessen gewesen wäre.

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (RIS-Justiz RS0041260 [T2]). Das trifft nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für Verbandsklagen nach dem KSchG zu, weil die jeweils Beklagten das Unterlassungsgebot nur

dadurch befolgen können, dass sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändern. Für die erforderliche Anpassung wurde dabei eine Frist von drei Monaten für gerechtfertigt erachtet (4 Ob 130/03a; 6 Ob 24/11i); im Einzelfall wurde aber auch eine Frist von bis zu sechs Monaten für nicht unangemessen lang befunden (10 Ob 70/07b). Berücksichtigung soll vor allem auch finden, dass der beklagte Betreiber eines Kommunikationsdienstes gemäß § 25 TKG alle Änderungen seiner AGB vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen hat. Schon daraus ergibt sich das Erfordernis einer Fristsetzung (7 Ob 84/12x). Darauf, bis zur Änderung überhaupt keine AGB mehr zu verwenden, kann der beklagte Unternehmer nicht verwiesen werden, weil nicht nur keine Verpflichtung zu einer solchen Unterlassung schlechthin besteht (6 Ob 24/11i), sondern § 25 Abs 1 TKG Betreibern von Kommunikationsdiensten die Erlassung von AGB sogar ausdrücklich vorschreibt.

Der Beklagten ist daher eine angemessene Leistungsfrist einzuräumen: diese ist im konkreten Fall aber mit nur drei Monaten festzusetzen, hat die Beklagte diese Frist in ihrer Unterlassungserklärung doch noch selbst für ausreichend befunden und keine Erklärung dafür geboten, warum sie im Verfahren entgegen ihrer ursprünglichen Ankündigung eine Frist von vier Monaten beansprucht.

Soweit die Beklagte die Gesetzwidrigkeit der abgemahnten Klauseln mit ihrer Unterlassungserklärung zugestanden und deren Änderung angekündigt hat, besteht für die Einräumung einer Leistungsfrist nach § 409 Abs 2 ZPO jedoch kein Grund, weil sie seit damals ohnehin ausreichend Zeit gehabt hat, die beanstandeten Klauseln zu ändern (10 Ob 92/11v). Daher war eine Leistungsfrist

im angemessenen Ausmaß von drei Monaten nur hinsichtlich der Unterlassung der Verwendung der Klauseln 1, 5 und 6 festzusetzen.

Die Berechtigung des Veröffentlichungsbegehrens bedarf keiner Überprüfung, weil es von der Beklagten weder in erster Instanz noch im Berufungsverfahren bestritten wurde.

Insgesamt ist daher auch der Berufung der Beklagten teilweise Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung spruchgemäß abzuändern. Die Abänderung der Kostenentscheidung ist eine notwendige Folge der Abänderung des Ersturteils.

Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gründet auf § 43 Abs 1 ZPO, jene über die Kosten des Berufungsverfahrens auf §§ 50 iVm 41, 43 Abs 1 ZPO. Die Beklagte ist im Verfahren erster Instanz mit neun von elf Klauseln unterlegen, sodass sie dem Kläger neun Elftel der Pauschalgebühr (das sind EUR 1.081,64) und sieben Elftel der Kosten seiner anwaltlichen Vertretung (das sind EUR 2.873,49) zu ersetzen hat. Nachdem sie gegen die in erster Instanz gelegte Kostennote der Klagevertreterin keine Einwendungen erhob, war diese der Kostenentscheidung gemäß § 54 Abs 1a ZPO zugrunde zu legen; sie wies auch keine offenbaren Unrichtigkeiten im Sinne der Entscheidung des VfGH vom 3.12.2010, G280/09-7, auf.

Der Kläger war mit seiner Berufung hinsichtlich sieben von acht Klauseln erfolgreich. Die Beklagte hat ihm daher sieben Achtel der Pauschalgebühr (das sind EUR 906,50) und drei Viertel der verzeichneten tarifmäßigen Kosten der Berufung (das sind EUR 1.384,92) zu ersetzen. Die Beklagte war mit ihrer Berufung nur hinsichtlich einer von vier streitverfangenen Klauseln erfolgreich. Sie kann daher den Ersatz eines Viertels der

Pauschalgebühr (EUR 259,--) beanspruchen, hat dem Kläger aber die Hälfte der von ihm verzeichneten Kosten der Berufungsbeantwortung (EUR 630,78) zu ersetzen.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung des Klägers. 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
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt 4, am 3. April 2013

Dr. Curd Steinhauer
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG