



## 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, gegen die beklagte Partei **T-Mobile Austria GmbH**, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner Rechtsanwälte GbR in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--; Gesamtstreitwert: EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 27.12.2012, 39 Cg 9/12k-7, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.724,06 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 454,01 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

### **Entscheidungsgründe:**

#### **I. Sachverhalt**

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28

Abs 1 KSchG berechtigter Verein.

Die Beklagte betreibt das Mobiltelefoniegeschäft und bietet ihre Leistungen unter den Marken „tele.ring“ und „T-Mobile“ im gesamten Bundesgebiet an. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit tritt sie laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge, denen sie unter anderem die „Allgemeinen Entgeltbestimmungen für die Marke tele.ring“ zugrundelegt, die folgende Klausel enthalten:

**„3. Vereinbarte Mindestvertragsdauer bzw. Zusatzpaketbindung**

[...]

**3.2. Restentgelte**

3.2.1. Wenn das Vertragsverhältnis entgegen der vertraglichen Bestimmungen vor Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer (bzw. Kündigungsverzicht) gelöst wird, verrechnen wir Ihnen alle noch ausstehenden Grundgebühren/Paketpreise/Mindestgesprächsumsätze bis zum Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer bzw. Paketbindungsdauer, maßgeblich für die Höhe der ausstehenden Grundgebühren ist der Zeitpunkt der Vertragsbeendigung. Grundlage für die Berechnung der Restentgelte ist das feste monatliche Entgelt in voller Höhe - entsprechend Ihrem Tarif bzw. Ihrem Zusatzpaket. Allfällige bei Vertragsabschluss individuell vereinbarte Rabatte verlieren bei der Berechnung der Restzahlung ihre Wirksamkeit. Wir behalten uns darüber hinaus die Rückverrechnung bereits gewährter Rabatte vor.

Weiters verrechnen wir Ihnen eine Abschlagszahlung von 80 Euro je aktivierter SIM-Karte - für Vorteile (z.B. Endgerätestützung, Gesprächsgutschrift), die wir Ihnen bei Vertragsabschluss oder bei Abgabe eines weiteren Kündigungsverzichtes gewährt haben.“

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte

bei Verwendung ihrer Marke „tele.ring“ Verbraucher im Hauptanmeldeformular nochmals auf diese Klausel ausdrücklich hinweist.

Der Marktführer „A1“ hat eine ähnliche Bestimmung in seine Verträge aufgenommen, die zu einer Abschlagszahlung in Höhe von EUR 79,-- bei vorzeitiger Vertragsauflösung verpflichtet.

Am 19.12.2011 beanstandete der Kläger den zweiten Absatz dieser Klausel und forderte die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung für diese und/oder sinngleiche Klauseln abzugeben. Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 19.1.2012 ab.

## **II. Parteivorbringen**

Der Kläger beehrte, der Beklagten die Verwendung der beanstandeten oder sinngleicher Klauseln sowie die Berufung auf sie zu untersagen und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung zu erteilen. Die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB und verstoße gegen § 864a ABGB. Ein Verbraucher, der seinen Vertrag vor Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer kündigt, müsse gleich jenem, der am Vertrag festhalte, noch alle bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer ausstehenden vertraglichen Entgelte bezahlen, während der Unternehmer von seiner Leistungspflicht befreit sei und sich dadurch die Leistungsbereitschaft erspare. Zusätzlich normiere nun aber die beanstandete Klausel eine weitere Abschlagszahlung für den Fall der vorzeitigen Kündigung, was im Ergebnis dazu führe, dass ein Verbraucher, der bis zum Ende der Mindestvertragsdauer am Vertrag festhalte, besser gestellt werde als jener, der vorzeitig kündigt. Der Abschlagszahlung komme daher Strafcharakter zu, was einer sachlichen Grundlage entbehre.

Die Klausel sei aber auch nachteilig und überra-

schend im Sinn des § 864a ABGB, weil die Verbraucher im Fall der vorzeitigen Kündigung nicht mit einem weiteren Entgelt zusätzlich zu den noch anfallenden Grundgebühren rechnen müssten.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung und wendete ein, dass sie bei einem Vertragsabschluss unter der Marke "T-Mobile" auf dem jeweiligen Hauptanmeldungsformular ausdrücklich auf die beanstandete Klausel hinweise. Auch bei Verträgen der Marke „tele.ring“ sei von einer ausreichenden Aufklärung der Kunden auszugehen. Die Klausel sei aber ohnehin - selbst ohne besonderen Hinweis - weder gesetz-, noch sittenwidrig, weil sie dem am 21.2.2012 in Kraft getretenen § 25 Abs 4 Z 3 lit b Telekommunikationsgesetz (TKG) in der Fassung der Novelle BGBl 102/2011 entspreche, wonach Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Nutzern zumindest die Bedingungen für die bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte einschließlich einer Kostenanlastung für Endeinrichtungen enthalten müssten. Der Gesetzgeber schreibe den Betreibern von Kommunikationsdiensten derartige Regelungen vor. Vertragssentgelte bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages seien daher üblich und zulässig.

Die beanstandete Abschlagszahlung sei sachlich gerechtfertigt und nicht gröblich benachteiligend. Die Beklagte gehe bei ihrer Preiskalkulation für die den Verbrauchern zur Verfügung gestellten Endgeräte davon aus, dass jene ihre Verträge im Regelfall nicht sofort mit Ablauf der Mindestvertragsdauer von 24 Monaten, sondern erst nach durchschnittlich 28 bis 30 Monaten kündigten. Diese um durchschnittlich vier bis sechs Monate längere Nutzungsdauer ermögliche es ihr letztlich, hochwertige Endgeräte zu günstigen Preisen abzugeben. Die Verbraucher profitierten daher unmittelbar von dieser Vorgangsweise.

Umgekehrt sei bei einer vorzeitigen Vertragsauflösung klar, dass es zu keiner weiteren Nutzung der Leistungen der Beklagten nach Ablauf der Mindestvertragsdauer kommen werde, weshalb sie eine entsprechende Abschlagszahlung in ihre Tarife einkalkulieren müsse. Letztlich sei der Verbraucher dadurch nicht benachteiligt, weil er einen realistischen Preis für sein Endgerät bezahle.

Allein der Umstand, dass der Kunde, der seinen Vertrag mit Ablauf der Mindestvertragsdauer kündigt, gegenüber jenem, der seinen Vertrag vorzeitig auflöse, begünstigt werde, mache die beanstandete Klausel nicht gröblich benachteiligend. Schließlich habe es jede Kunde selbst in der Hand, ob die Klausel für ihn wirksam werde oder nicht.

Die beanstandete Klausel sei auch nicht ungewöhnlich und überraschend im Sinn des § 864a ABGB, weil die Vereinbarung einer Abschlagszahlung für gewährte Vorteile bei vorzeitiger Vertragsbeendigung mittlerweile verkehrs- und branchenübliche Praxis sei. Der Verbraucher rechne daher mit weiteren Nachteilen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung.

Der Kläger erwiderte, dass ein Hinweis auf die beanstandete Klausel in einem weiteren Vertragsformblatt im Hinblick auf die gleichen rechtlichen Konsequenzen der Verwendung gesetzwidriger Klauseln in AGB und in Vertragsformblättern nicht ausreiche. Außerdem gelte die Anmeldung für die Marke „T-Mobile“ nicht für die beanstandete Klausel, die in den Entgeltbestimmungen für die Marke „tele.ring“ enthalten sei.

§ 25 Abs 4 TKG lege nur den Mindestinhalt von AGB zwischen Kommunikationsdiensten und Nutzern fest. Eine Aussage über die inhaltlichen Grenzen solcher Vereinbarungen treffe die Norm nicht. Die Beklagte könne die Abschlagszahlung auch nicht mit ihrer internen Kalkula-

tion rechtfertigen, weil sie mit den Verbrauchern eine Mindestvertragsdauer von 24 und eben nicht von 28 oder 30 Monaten vereinbare.

Auf die Verwendung einer ähnlichen Klausel durch die Telekom Austria könne sie sich ebensowenig mit Erfolg berufen, weil es bei Beurteilung der Klausel unter dem Gesichtspunkt des § 864a ABGB nicht allein auf deren Verbreitung, sondern darauf ankomme, dass sie bei objektiver Beurteilung sachlich angemessen und fair sei. Abgesehen davon würden Handykunden ihre Verträge in aller Regel nicht bei allen Anbietern, sondern nur bei einem konkreten Anbieter abschließen. Sie rechneten daher nicht damit, bei vorzeitiger Auflösung des Vertrages mehr zahlen zu müssen als bei Einhaltung der Mindestvertragsdauer.

### **III. Angefochtene Entscheidung**

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt und ermächtigte den Kläger zur begehrten Urteilsveröffentlichung. Es stellte den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt fest und führte in rechtlicher Hinsicht aus, dass im Rahmen der Geltungskontrolle gemäß § 864a ABGB vorweg zu prüfen sei, ob die beanstandete Klausel eine nachteilige Bestimmung ungewöhnlichen Inhalts darstelle, mit der der Vertragspartner des AGB-Verwenders vernünftigerweise nicht zu rechnen brauche, sodass sie überraschend sei. Die Nachteiligkeit der Klausel für den Vertragspartner der Beklagten sei aufgrund Abweichens vom dispositiven Recht evident; er wäre ohne die Klausel besser gestellt. Alleine der Umstand der weiten Verbreitung der Klausel in einer bestimmten Branche sei nicht geeignet, sie aus der Sicht des Vertragspartners als im redlichen Verkehr üblich anzusehen. Die Bestimmung des § 864a ABGB habe die Aufgabe, den Vertragspartner des AGB-Verwenders vor nachtei-

ligen und objektiv ungewöhnlichen Klauseln zu schützen, mit denen er also auf Grund der Umstände bei Vertragsabschluss vernünftigerweise nicht habe rechnen müssen. Entscheidend sei, ob eine Klausel den redlichen Verkehrsgewohnheiten entspreche. Sie dürfe keinen Überraschungseffekt haben.

Mit einer höheren Kostenbelastung als bei Einhaltung der Mindestvertragsdauer müsse der Verbraucher bei vorzeitiger Vertragsauflösung nicht rechnen. Er werde im Gegenteil davon ausgehen, dass höchstens jene „Restentgelte“ zu zahlen seien, die bei Aufrechterhaltung des Vertrages bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer angefallen wären. Ihn ohne weitere Gegenleistung noch mit einer Abschlagszahlung in nicht unbeträchtlicher Höhe zu belasten, sei daher überraschend.

Die Bestimmung des § 25 Abs 4 Z 3 lit b TKG in der Fassung der Novelle 2011, wonach AGB zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Endnutzern unter anderem zumindest die bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte einschließlich einer Kostenanlastung für Endeinrichtungen enthalten müssten, könne nicht dahingehend ausgelegt werden, dass solche Entgelte uneingeschränkt zulässig seien und nicht mehr der Kontrolle durch die §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB unterlägen. Über die inhaltliche Berechtigung der beanstandeten Abschlagszahlung sage § 25 Abs 4 Z 3 lit b TKG nichts aus.

Ein ausdrücklicher gesonderter Hinweis auf die nachteilige Klausel sei nicht erfolgt. Selbst wenn sie (auch) in den Hauptanmeldeformularen der Marke „tele.ring“ angesprochen worden sein sollte, reiche dies nicht aus, um der Hinweispflicht nach § 864a ABGB Genüge zu tun. Ob eine gesetzwidrige Klausel in Vertragsformblättern und/oder in AGB verwendet werde, mache keinen Unterschied. Daher liege ein Verstoß gegen § 864a ABGB vor.

Darüber hinaus sei die beanstandete Klausel aber auch gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weil der Kunde ohne sie bei vorzeitiger Aufkündigung nur die ausstehenden Entgelte bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer zahlen müsste. Es bestehe somit ein auffallendes Missverhältnis zwischen den vergleichbaren Vertragspositionen des vorzeitig und des mit Ende der vertraglichen Bindung kündigenden Verbrauchers. Interne Kalkulationen stellten keine sachliche Rechtfertigung dar. Die Behauptung, der Verbraucher sei nicht benachteiligt, weil er im Endeffekt einen realistischen Preis für sein Gerät zahle, gehe ins Leere, da der Maßstab an dem bei Einhaltung der Mindestvertragsdauer zu entrichtenden Entgelt anzulegen sei. Dass Kunden vor Ablauf der Mindestvertragsdauer kündigen und dementsprechend keine längere Bindung wollten, könne in die (Gesamt-)Kalkulation der Beklagten durchaus Eingang finden.

Dem Klagebegehren sei ohne Einschränkung des Unterlassungsbegehrens auf die Marke „tele.ring“ stattzugeben; gegen das Veröffentlichungsbegehren sei kein begründeter Einwand erhoben worden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

#### **IV. Berufungsentscheidung**

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1.1 Unter dem Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens rügt die Beklagte die unterbliebene Vernehmung des Zeugen Dr. Klaus [REDACTED] zum Beweis



dafür, dass aktuelle Smartphones bei Erwerb ohne Vertrag durchschnittlich weit über EUR 500,--, Spitzenmodelle sogar um oder über EUR 800,-- kosteten; dass sie bei der Kalkulation der monatlichen Entgelte von einer Kündigung der Verträge durch ihre Kunden nicht sofort mit Ablauf der Mindestvertragsdauer von 24 Monaten, sondern erst nach durchschnittlich 28 bis 30 Monaten ausgehe; dass die Abschlagszahlung wirtschaftlich gerechtfertigt sei und lediglich bewirke, dass die Kunden insgesamt einen realistischen Preis für das Endgerät bezahlten; dass der aufgeklärte Durchschnittsverbraucher bei größeren Anschaffungen wie der eines Smartphones die Anbieter und deren Angebote genau vergleiche und in Bezug auf Leistungen und Netzqualität sowie die anfallenden Entgelte gegeneinander abwäge, sich vor Abschluss des Vertrags genau über unterschiedliche Tarifoptionen informiere und dabei auch Kosten wie die in Rede stehende Abschlagszahlung berücksichtige; und dass die Beklagte die Konsumenten in den Anmeldeformularen darauf aufmerksam mache. Der Verfahrensmangel wiege umso schwerer, als das Erstgericht in vorgreifender Beweiswürdigung nicht habe feststellen können, dass die Beklagte bei Verwendung der Marke „tele.ring“ Verbraucher in den Hauptanmeldeformularen auf die beanstandete Klausel ausdrücklich hinweise.

1.2. Ein primärer Verfahrensmangel, der mit Mängelrüge nach § 496 Abs 1 Z 2 ZPO geltend zu machen ist, liegt im Falle der Zurückweisung von Beweisanträgen nur dann vor, wenn andere als die vom Beweisführer behaupteten Tatsachen festgestellt wurden (*Pimmer in Fasching/Konecny*<sup>2</sup>, § 496 Rz 57). Hat das Erstgericht aber - wie hier zu den Anschaffungskosten aktueller Smartphones, zur Kalkulation der monatlichen Entgelte durch die Beklagte sowie zum Vorgehen eines

Durchschnittsverbrauchers bei Abschluss eines Mobilfunkvertrages - keine Feststellungen getroffen, weil es die monierten Umstände als rechtlich unerheblich erachtet hat, wäre im Falle deren Bedeutsamkeit kein primärer, sondern ein der Rechtsrüge zugehöriger sekundärer Feststellungsmangel verwirklicht. Derartige Feststellungsmängel sind vom Berufungsgericht wahrzunehmen, falls eine gesetzmäßig ausgeführte, das heißt vom festgestellten Sachverhalt ausgehende Rechtsrüge vorliegt (*Pimmer* aaO § 496 Rz 58 unter Verweis auf *Pochmarski/Lichtenberg*, Berufung 123; 3 Ob 136/00x). Darauf wird daher im Rahmen der Rechtsrüge einzugehen sein.

1.3. Was die unterbliebene Einvernahme des Zeugen Dr. [REDACTED] zur Frage der Aufnahme eines Hinweises auf die Abschlagszahlung bei vorzeitiger Vertragskündigung in die Hauptanmeldeformulare für die Marke „tele.ring“ betrifft, übersieht die Beklagte, dass sie den Zeugen Dr. Steinmayer nur zum Beweis ihres in den Anmeldeformularen enthaltenen ausdrücklichen Hinweises auf die Abschlagszahlung bei Vertragsabschlüssen unter der Marke „T-Mobile“ geführt hat. Dass ein solcher Hinweis auch in den Anmeldeformularen für die Marke „tele.ring“ enthalten wäre, hat sie hingegen nicht einmal behauptet; wie der besondere Hinweis auf die beanstandete Klausel bei Vertragsabschlüssen unter dieser Marke erfolgen soll, hat sie nicht konkretisiert (vgl. Klagebeantwortung ON 3, Seite 2, Punkt A.2).

In dem vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Zivilprozess haben aber primär die Parteien den Prozessstoff samt Behauptungen und Beweismitteln beizuschaffen. Ihnen obliegt es also, alle Beweise anzubieten, die Grundlage der angestrebten Entscheidung sein sollen. Eine Partei, die Beweise anzubieten

unterlässt, muss in Kauf nehmen, dass ihre Tatsachenbehauptungen als unbewiesen der Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden. Das Erstgericht hat, wenn es den Zeugen Dr. [REDACTED] zur Frage des Hinweises auf die beanstandete Klausel in den Anmeldeformularen für die Marke „tele.ring“ nicht gehört und dazu nur eine Negativfeststellung getroffen hat, keinen Beweisantrag der Beklagten unerledigt gelassen. Der behauptete Verfahrensmangel liegt daher nicht vor.

1.4. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass zwar auch nachteilige Klauseln, mit denen man grundsätzlich nicht rechnen müsste, gemäß § 864a ABGB dann Vertragsbestandteil werden, wenn der AGB-Verwender auf sie besonders hingewiesen hat; ein besonderer Hinweis nach § 864a ABGB erfordert aber stets eine mündliche oder schriftliche Zusatzerklärung und ist nicht bei bloß entsprechender Formulargestaltung anzunehmen (*Rummel in Rummel<sup>3</sup>, § 864a ABGB Rz 8*). Ein Hinweis auf die Klausel im Kleingedruckten eines Anmeldeformulars reicht dafür jedenfalls nicht aus.

## 2. Zur Rechtsrüge:

### 2.1. Zu den Grundsätzen des Verbandsprozesses:

2.1.1. Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (7 Ob 173/10g, RIS-Justiz RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205).

2.1.2. Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit des Inhalts einer Klausel nach § 864a ABGB ist ein objektiver

Maßstab anzulegen. Es geht dabei darum, ob die Klausel von den Erwartungen des Vertragspartners so deutlich abweicht, dass er nach den Umständen vernünftigerweise nicht damit rechnen musste; der Klausel muss also ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Dabei fällt zwar die Üblichkeit der Klausel bei einem Geschäftstyp ins Gewicht, doch kommt es auf die redlichen Verkehrsgepflogenheiten an, sodass selbst eine weite Verbreitung der Klausel in einer bestimmten Branche die Anwendung des § 864a ABGB nicht hindert (4 Ob 164/12i mwN). § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234). Eine Wertung der Benachteiligung findet daher - anders als bei der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB - nicht statt (RIS-Justiz RS0014659).

2.1.3. 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).

## 2.2. Argumente der Berufung

Die Berufung wendet sich gegen die Beurteilung des Erstgerichtes, die beanstandete Klausel sei ungewöhnlich und nachteilig im Sinn von § 864a ABGB sowie gröblich benachteiligend im Sinn von § 879 Abs 3 ABGB. Sie argumentiert, der Kunde, der den Vertrag vor der vereinbarten Mindestlaufzeit auflöse und damit einer vertraglichen Verpflichtung zuwider handle, müsse mit Mehrkosten rechnen. Daher habe der Oberste Gerichtshof auch Konventionalstrafen oder Stornogebühren als nicht objektiv ungewöhnlich eingestuft. Auch Klauseln in Arbeitsverträgen, die eine Rückzahlungspflicht von Ausbildungskosten seitens des Arbeitnehmers für den Fall einer vorzeitigen Arbeitnehmerkündigung vorsehen, habe er für zulässig erkannt.

Da die Branchenüblichkeit einer Klausel deren Verkehrsüblichkeit indiziere, sei es wesentlich, dass auch der Marktführer eine vergleichbare Abschlagszahlung bei vorzeitiger Vertragsauflösung verlange. Konsumenten seien mit solchen Klauseln vertraut. Ein Indiz dafür sei auch § 25 Abs 4 Z 3 TKG, wonach die AGB von Mobilfunkbetreibern auch die bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte einschließlich einer Kostenanlastung für Endeinrichtungen enthalten müssten. Damit habe der Gesetzgeber klargestellt, dass Entgelte bei vorzeitiger Beendigung des Vertragsverhältnisses bei Mobilfunkverträgen nicht unüblich seien.

Außerdem sei zu berücksichtigen, dass die

beanstandete Klausel nicht schlagend werde, wenn sich ein Konsument redlich verhalte und das Vertragsverhältnis nicht wider Treu und Glauben innerhalb der vereinbarten Mindestlaufzeit auflöse. Sie sei auch weder nachteilig noch gröblich benachteiligend, weil sie der Regelung des § 25 Abs 4 Z 3 lit b TKG entspreche und damit nicht vom dispositiven Recht abweiche, sondern lediglich eine zwingende gesetzliche Vorgabe konkretisiere.

### 2.3. Verstoß gegen § 864a ABGB

2.3.1. Was den vom Erstgericht bejahten Verstoß der beanstandeten Klausel gegen § 864a ABGB anlangt, zeigt die Berufung keinen nachvollziehbaren Grund auf, weshalb es für den Verbraucher, der den Vertrag vorzeitig auflöst, nicht nachteilig sein soll, dass er zusätzlich zu den in voller Höhe bis zum Ablauf der vertraglich vereinbarten Mindestvertragsdauer zu entrichtenden monatlichen Entgelten - ohne eine weitere Gegenleistung zu erhalten - eine Abschlagszahlung von EUR 80,-- zu leisten hat. Die Klausel ist nach dem Vorbringen der Beklagten Ausfluss ihrer Preiskalkulation, soll aber - anders als in den von der Berufung angeführten Beispielfällen - weder einen durch die vertragswidrige Kündigung verursachten Schaden oder Vertragsbeendigungsaufwand noch eine beim Kunden eingetretene Bereicherung ausgleichen. Ein solches Entgelt findet daher keine Grundlage im dispositiven Recht; es ist als Vertragsstrafe (Pönale) zu beurteilen, die gemäß § 1336 Abs 1 ABGB einer gesonderten Vereinbarung bedarf.

2.3.2. Auch der Verweis der Berufungswerberin auf die Bestimmung des mit 21.2.2012 in Kraft getretenen § 25 Abs 4 Z 3 lit b TKG in der Fassung BGBl I Nr. 102/2011 geht - worauf schon das Erstgericht zutreffend hingewiesen hat - ins Leere. Die in Umsetzung des Art 20

Abs 1 lit e UniversaldienstRL geschaffene Bestimmung schreibt zwar - aus Gründen der Transparenz - den Mindestinhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten wie der Beklagten und Endnutzern vor und verlangt Angaben über die bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte einschließlich einer Kostenanlastung für Endeinrichtungen. Damit soll aber nur sichergestellt werden, dass Verbraucher bei Vertragsabschluss über die sie erwartende Kostenbelastung umfassend informiert und daher derartige Entgelte - will sie der Mobilfunkbetreiber einheben - in klarer, umfassender und leicht zugänglicher Form (vgl. Art 20 Abs 1 UniversaldienstRL) ausgewiesen werden. Die Bestimmung des § 25 Abs 4 Z 3 lit b TKG verhält die Netzbetreiber aber weder dazu, Entgelte in bestimmter Höhe für den Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung in den Tarifen vorzusehen, noch setzt sie derartigen Entgelten oder Kostenanlastungen Grenzen inhaltlicher oder betraglicher Natur, sodass deren Zulässigkeit weiter nach den §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB zu prüfen ist. Aus dieser Bestimmung ist daher für den Standpunkt der Beklagten nichts zu gewinnen.

2.3.4. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung 4 Ob 164/12i eine Klausel, die einen Aufpreis für die Inanspruchnahme nur eines Teils einer Leistung vorsieht, als ungewöhnlich im Sinn des § 864a ABGB beurteilt. Er hat dies damit begründet, dass der Kunde davon überrascht sein werde, dass er bei Verzicht auf einen Teil der Leistung mehr zahlen müsse als bei Inanspruchnahme der gesamten Leistung.

Diese Überlegung muss aber auch für die hier in Rede stehende Abschlagszahlung gelten, da der durchschnittliche Verbraucher - selbst unter der Annahme

der weiten Verbreitung solcher Entgelte infolge Verwendung einer vergleichbaren Klausel durch den Marktführer - angesichts redlicher Verkehrsgepflogenheiten beim Abschluss eines Mobilfunkvertrages nicht damit rechnen wird, dass er bei vorzeitiger Kündigung trotz Verzichts auf die Inanspruchnahme weiterer Mobildienstleistungen nicht nur die gesamten bis zum Ende der Mindestvertragsdauer anfallenden monatlichen Entgelte, sondern - ohne dass für ihn ein darüber hinausgehender Schaden erkennbar wird - noch eine Pönale zu entrichten hat. Dass er im Ergebnis mit höheren Kosten belastet und schlechter gestellt wird als ein Kunde, der die Telefonieleistungen bis zum Ende der Mindestvertragsdauer in Anspruch nimmt und den Vertrag genau mit Ablauf der Bindung beendet, wird für ihn überraschend sein. Gerade die Vereinbarung einer zweijährigen Bindung im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Endgerätes gratis und/oder zu einem gegenüber dem tatsächlichen Wert geringen Entgelt wird ihn annehmen lassen, dass der Netzbetreiber den Tarif so kalkuliert hat, dass die Anschaffungskosten durch die während der Vertragsbindung zu zahlenden monatlichen Entgelte finanziert werden, sodass er auch unter diesem Gesichtspunkt keine Notwendigkeit für eine weitergehende Pönale bei vorzeitiger Kündigung erkennen wird.

2.3.5. Darauf, ob sich aufgeklärte Verbraucher vor Vertragsabschluss über die Angebote verschiedener Netzanbieter genau informieren, kommt es dabei nicht an, sodass auch die von der Berufung vermissten Feststellungen dazu nicht entscheidungswesentlich und entbehrlich sind.

Die Klausel ist somit als ungewöhnlich und nachteilig im Sinn des § 864a ABGB zu beurteilen.

2.4. Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB



2.4.1. Dass die beanstandete Abschlagszahlung infolge Abweichung vom dispositiven Recht für den Verbraucher benachteiligend ist, wurde bereits zu Punkt 2.3.1. ausgeführt. Es bleibt daher zu prüfen, ob sie auch gröblich benachteiligend ist, was voraussetzt, dass sie sich sachlich nicht rechtfertigen lässt.

2.4.2. Die Beklagte versucht sie mit ihrer auf einer Mindestvertragsdauer von 28 bis 30 Monaten beruhenden Preiskalkulation zu rechtfertigen und vertritt dabei im Ergebnis den Standpunkt, den vorzeitig kündigenden und damit nicht vertragstreuen Kunden „bestrafen“ zu dürfen. Einen sachlichen Grund für die Besserstellung jener Kunden, die den Vertrag genau mit Ablauf der Mindestbindung beenden, gegenüber jenen, die vorzeitig kündigen und ebenso das volle Entgelt schulden, nennt sie damit aber nicht. Die dargelegte Preiskalkulation liegt primär im wirtschaftlichen Interesse der Beklagten selbst, die auf diese Weise einen eigentlich auf eine Mindestvertragsdauer von 28 bis 30 Monaten kalkulierten kostengünstigen Tarif auch für einen Vertrag mit einer Mindestbindung von nur 24 Monaten anbietet und sich somit am Mobilfunkmarkt einen Wettbewerbsvorteil verschafft. Da die Beklagte keinen Schaden oder zusätzlichen Aufwand durch die vorzeitige Vertragsbeendigung behauptet, dient die beanstandete Abschlagszahlung einzig dem Zweck, jene Verluste, die sich andernfalls infolge ihrer Kalkulation ergeben würden, dadurch wieder auszugleichen, dass sie auf einen Teil der Kunden überwälzt werden. Eine Notwendigkeit für eine derartige Vorgangsweise besteht - entgegen der Argumentation der Berufung - schon deshalb nicht, weil es der Beklagten freistünde, ihre Tarife auf Grundlage der Möglichkeit zur ordentlichen Vertragsbeendigung nach 24 Monaten (und nicht erst nach 28 bis 30 Monaten) zu kalkulieren. Wenn sie dies aus

Konkurrenzgründen nicht tun will, muss sie die daraus allenfalls entstehenden Verluste selbst tragen.

Demgegenüber soll eine Vertragsstrafe einerseits den Schuldner zur korrekten Erfüllung veranlassen und andererseits die dem Gläubiger aus einer trotzdem erfolgten Vertragsverletzung erwachsenden Nachteile durch Pauschalierung seines Schadenersatzanspruches ausgleichen. Sie gebührt nach herrschender Meinung zwar auch dann, wenn kein Schaden eingetreten ist; der Umstand, dass gar kein oder nur ein geringfügiger Schaden eingetreten ist; stellt allerdings ein besonders gewichtiges Mäßigungskriterium dar (*Danzl in KBB<sup>3</sup> § 1336 Rz 2*).

Da der in Rede stehenden Abschlagszahlung aber schon von vornherein nicht die Funktion eines Schadensausgleiches zukommen soll, führt sie zu einer gröblichen Benachteiligung jener Kunden, die zwar vertragswidrig vorzeitig kündigen, aber ohnedies schon den Nachteil erleiden, der Beklagten die weiteren monatlichen Entgelte ohne Gegenleistung bis zum Ablauf der Vertragsbindung ersetzen zu müssen.

Somit sind auch die von der Berufung vermissten Feststellungen zum Wert eines Smartphones und zur Preiskalkulation der Beklagten entbehrlich.

2.5. Die Berufung bemängelt schließlich noch die ihrer Ansicht nach zu weitreichende Begründung des angefochtenen Urteils und vertritt den Standpunkt, in der Urteilsbegründung müsse detailliert eingeschränkt werden, welche sinngleichen Klauseln unzulässig wären. Außerdem wäre klarzustellen gewesen, dass sich die Unterlassungsverpflichtung nicht auf solche Klauseln erstreckt, in denen lediglich gemäß § 25 Abs 4 Z 3 TKG Kostenanlastungen für Endeinrichtungen für den Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung vorgeschrieben würden.

Der Beklagten ist in diesem Zusammenhang zwar zuzugeben, dass im Verbandsverfahren nach § 28 KSchG der Urteilsspruch in der Regel keinen klaren Aufschluss darüber gibt, welche Klauseln mit den vom Unterlassungsgebot konkret umfassten „sinngleich“ sind, und es daher auf die Entscheidungsgründe ankommt. Der Kreis sinngleicher Klauseln bestimmt sich also nach den Gründen, aus denen die Verwendung der konkret inkriminierten Klauseln verboten worden ist (2 Ob 215/10x mwN). Es war aber deshalb nicht Aufgabe des Erstgerichtes, mögliche Ersatzklauseln vorzuschlagen oder auf ihre Sinngleichheit zu überprüfen. Auch von einer zu weitreichenden Begründung durch das Erstgericht kann schon deshalb keine Rede sein, weil es nicht generell Kostenanlastungen für Endgeräte bei vorzeitiger Vertragsbeendigung oder Abschlagszahlungen, die über die restlichen Entgelte hinausgehen, als gröblich benachteiligend beurteilt hat. Vielmehr hat es sich darauf beschränkt, die beanstandete Abschlagszahlung auf ihre gesetzliche Zulässigkeit zu prüfen, und ist dabei zum richtigen Ergebnis gekommen, dass es ihr an einer sachlichen Rechtfertigung fehlt.

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

Der unberechtigten Berufung war somit ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO. 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 der Oberste Gerichtshof eine vergleichbare Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

eines Mobilfunkbetreibers noch nicht beurteilt hat, sie aber für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbraucher bestimmt und von Bedeutung ist (vgl RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt 4, am 5. August 2013

**Dr. Curd Steinhauer**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG