



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Simon Himberger, LL.M. BSc, 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 **T-Mobile Austria GmbH**, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (30.500 Euro) und Urteilsveröffentlichung (5.500 Euro) s.A. nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln

1. *Ich stimme der Verwendung meiner Stamm- und Verkehrsdaten sowie sonstiger personenbezogener Daten gem. 14 der AGB zu Werbezwecken über die Kontaktkanäle Post, E-Mail, SMS für eigene Produkte, sowie bedarfsgerechte Angebote, Serviceleistungen, Kooperationen, Umfragen und Dienste mit Zusatznutzen sowie zur anonymisierten Datenanalyse ausdrücklich zu.*

- 2(b). (...) *Weiteres bin ich damit einverstanden, dass T-Mobile Austria diese Daten, Informationen über Art und Inhalt des Vertragsverhältnisses sowie Bonitätsdaten nach zweimalig erfolgloser Mahnung (=qualifizierter Zahlungsverzug) zum Zwecke des Gläubigerschutzes an oben genannte Kreditschutzverbände sowie zur Verwendung durch einen gemeinsamen Nutzerkreis (Telekommunikationsunternehmen in Österreich) übermittelt.*

3. *Je Sim-Karte wird bei Vertragsabschluss, Tarifwechsel oder Abgabe eines Kündigungsverzichtes eine jährliche Servicepauschale in Rechnung gestellt.*

4. *Im Einklang mit der EU Verordnung 2015/2120 informieren wir Sie darüber, dass die geschätzte maximale Bandbreite ihres Tarifes an der Vertragsadresse bei LTE Versorgung 2 Mbit/s im Download und 0,5 Mbit/s im Upload, bei 3G Versorgung 1 Mbit/s im Download und 0,25 Mbit/s im Upload und bei 2G Versorgung 180 Kbit/s im Download und 90 Kbit/s im Upload beträgt.*
5. *Ich bin mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) einverstanden und habe diese vor Angebotslegung eingesehen.*
6. *Ich habe die Tarifinformationen und Entgeltbestimmungen für meinen Tarif bzw. für mein Zusatzpaket und gegebenenfalls zugehörige Leistungsbeschreibungen, Nutzungsbedingungen und Datenschutzbestimmungen, abrufbar unter www.t-mobile.at, gelesen und verstanden.*
7. *Ich wurde gesondert darauf hingewiesen, dass die monatliche Grundgebühr meines gewählten Tarifes wertgesichert ist.*
8. *Ich habe die Tarifinformationen für meinen Tarif bzw. Optionsentgeltbestimmungen für gebuchte Optionen gelesen und verstanden und wurde gesondert darauf hingewiesen, dass die monatliche Grundgebühr meines Tarifes wertgesichert ist.*

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.

Es werden folgende Leistungsfristen für die aufgetragenen Unterlassungen festgesetzt: drei Monate für das Verwenden der Klauseln 1, 2(b), 3, 5, 6, 7 und 8 sowie für die Berufung auf die Klauseln 1, 2(b) und 3; sechs Monate für das Verwenden und die Berufung auf die Klausel 4.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs 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.

3. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei darüber hinaus schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel

2(a). Ich nehme zur Kenntnis, dass T-Mobile Austria bei Vertragsschluss sowie während der Dauer des Vertrages meine Stammdaten sowie mein Geburtsdatum zum Zwecke der Bonitätsprüfung an ein rechtlich befugtes Kreditschutzzinstitut (AKV Europa – Alpenländischer Kreditorenverband, KSV 1870 Information GmbH, CRIF GmbH) übermittelt. (...)

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; sowie das darauf bezogene Veröffentlichungsbegehren werden abgewiesen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 7.828,36 Euro (darin 1.459 Euro Gerichtsgebühren und 1.061,56 Euro USt.) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG zur Geltendmachung von Ansprüchen nach § 28 KSchG befugter Verband. Die Beklagte bietet bundesweit Telekommunikationsdienstleistungen, insbesondere Mobiltelefonie und mobile Datendienste an, und schließt diesbezüglich laufend Verträge mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG.

Der **Kläger** beantragte in der Klage, der Beklagten die Verwendung der sowie die Berufung auf die im Spruch ersichtlichen Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern zu untersagen, und begehrte die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Dabei fasste sie die im Spruch getrennten Klauseln 2(a) und 2(b) zu einer gemeinsamen Klausel „2.“ zusammen. Die betroffenen Klauseln würden im Vertragsformblatt für „My HomeNet“ verwendet werden und gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten verstoßen. Es handle sich um vorformulierte Vertragsbedingungen im Hinblick auf eine beabsichtigte mehrmalige Verwendung. Die Beklagte sei der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung im Sinne des § 28 Abs. 2 KSchG nicht

nachgekommen, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten. Es handle sich bei der Beklagten notorisch um einen der größten Mobilfunkanbieter in Österreich mit nach eigenen Angaben 4,6 Millionen Kunden Ende 2016.

Die **Beklage** bestritt und beantragte die Abweisung der Klage. Die inkriminierten Klauseln seien einzelvertraglichen Vereinbarungen mit Kunden entnommen und entstammten nicht den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, sodass es dem Kläger an der Legitimation zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen mangle. Die Vertragsbedingungen würden ausschließlich im Einzelnen ausgehandelt werden. Eine Klagsstattgebung hinsichtlich der Klausel 4 würde aufwändige Umstellungsarbeiten erfordern, sodass diesfalls eine sechsmonatige Leistungsfrist beantragt werde. An der Urteilsveröffentlichung bestehe mangels Bestehen eines Unterlassungsanspruchs kein schutzwürdiges Interesse des Klägers. Die inkriminierten Vertragsformblätter würden weder auf der Homepage der Beklagten veröffentlicht noch sonst einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht, sodass das Veröffentlichungsbegehren in einem Missverhältnis zur Publizität der potenziell rechtswidrigen AGB-Klauseln stehe. Eine Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung würde die Beklagte finanziell unbillig hart treffen.

Das auf die einzelnen Klauseln bezogene Vorbringen wird aus Übersichtsgründen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung dargestellt.

Folgender **Sachverhalt** steht fest:

Wenn ein Kunde in einem Geschäftslokal der Beklagten oder eines Vertriebspartners der Beklagten einen Mobilfunkvertrag mit der Beklagten abschließen möchte, so erfolgt dort zunächst eine Beratung hinsichtlich der möglichen Tarife und Zusatzoptionen sowie des allenfalls gewünschte Endgerätes, oder der Kunde hat bereits eine konkrete Vorstellung über diese Punkte. Sodann werden die Daten des Kunden (Name, Ausweis, Adresse, Bankverbindung, etc.) sowie der Tarif und allenfalls gewünschte Zusatzoptionen in ein von der Beklagten betriebenes Anmeldesystem eingegeben.

Darin wird elektronisch ein Dokument erstellt, das die Daten des Kunden samt (gegebenenfalls) einem Unterschriftenfeld zur Erteilung einer Lastschriftermächtigung sowie die Daten zum Vertrag (Tarif, Mindestvertragsdauer, monatliches Entgelt, Servicepauschale, Rabattbedingungen, Rufnummer, Kartenummer etc.) enthält.

Am Ende eines solchen Dokuments ist unabhängig vom konkret gewählten Tarif etc. stets

folgender – unveränderter und unveränderbarer – Textblock abgedruckt (die beanstandeten Klauseln sind unterstrichen):

„Ich stimme der Verwendung meiner Stamm- und Verkehrsdaten sowie sonstiger personenbezogener Daten gem. 14 der AGB zu Werbezwecken über die Kontaktkanäle Post, E-Mail, SMS für eigene Produkte, sowie bedarfsgerechte Angebote, Serviceleistungen, Kooperationen, Umfragen und Dienste mit Zusatznutzen sowie zur anonymisierten Datenanalyse ausdrücklich zu. Diese Zustimmung kann ich jederzeit widerrufen oder auf einzelne Kanäle einschränken.

Ich nehme zur Kenntnis, dass T-Mobile Austria bei Vertragsschluss sowie während der Dauer des Vertrags meine Stammdaten sowie mein Geburtsdatum zum Zwecke der Bonitätsprüfung an ein rechtlich befugtes Kreditschutzinstitut (AKV-Europa – Alpenländischer Kreditorenverband, KSV1870 Information GmbH, CRIF GmbH) übermittelt. Weiteres bin ich damit einverstanden, dass T-Mobile Austria diese Daten, Informationen über Art und Inhalt des Vertragsverhältnisses sowie Bonitätsdaten nach zweimalig erfolgloser Mahnung (=qualifizierter Zahlungsverzug) zum Zwecke des Gläubigerschutzes an oben genannte Kreditschutzverbände sowie zur Verwendung durch einen gemeinsamen Nutzerkreis (Telekommunikationsunternehmen in Österreich) übermittelt. Ich verzichte auf mein ordentliches Kündigungsrecht für die vereinbarte Mindestvertragsdauer. Wenn das Vertragsverhältnis aus von mir zu vertretenden Gründen vor Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer gelöst wird, dann ist T-Mobile berechtigt, mir alle noch ausstehenden Grundgebühren bis zum Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer zu verrechnen.

Je Sim-Karte wird bei Vertragsabschluss, Tarifwechsel oder Abgabe eines Kündungsverzichtes eine jährliche Servicepauschale in Rechnung gestellt. Details dazu finde ich in den allgemeinen Entgeltbestimmungen bzw. in meinem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigem Tarifblatt.

Im Einklang mit der EU Verordnung 2015

2120 informieren wir Sie darüber, dass die geschätzte maximale Bandbreite ihres Tarifes an der Vertragsadresse bei LTE Versorgung 2 Mbit/s im Download und 0,5 Mbit/s im Upload, bei 3G Versorgung 1 Mbit/s im Download und 0,25 Mbit/s im Upload und bei 2G Versorgung 180 Kbit/s im Download und 90 Kbit/s im Upload beträgt. Weitere Informationen finden Sie unter www.t-mobile.at/netz

Beim Kauf eines mobilen Endgerätes mit internem Speicher verrechnet Ihnen T-Mobile einmalig eine Urheberrechtsabgabe (URA) gemäß §42b UrhG weiter. Die Verrechnung erfolgt über die nächste monatliche Rechnung. Weitere Information: www.t-mobile.at/ura

Ich bestätige die Richtigkeit und Vollständigkeit meiner Angaben mit meiner Unterschrift. Ich bin mit den geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) einverstanden und habe diese vor Angebotslegung eingesehen. Ich habe die Tarifinformationen und

Entgeltbestimmungen für meinen Tarif bzw. für mein Zusatzpaket und gegebenenfalls zugehörige Leistungsbeschreibungen, Nutzungsbedingungen und Datenschutzbestimmungen, abrufbar unter www.t-mobile.at, gelesen und verstanden. Ich wurde gesondert darauf hingewiesen, dass die monatliche Grundgebühr meines gewählten Tarifes wertgesichert ist.

Ich bestätige die Richtigkeit und Vollständigkeit meiner Angaben mit meiner Unterschrift. Ich bin mit den geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) einverstanden und habe diese vor Angebotslegung eingesehen. Ich habe die Tarifinformationen für meinen Tarif bzw. Optionsentgeltbestimmungen für gebuchte Optionen gelesen und verstanden und wurde gesondert darauf hingewiesen, dass die monatliche Grundgebühr meines Tarifes wertgesichert ist.“

Unmittelbar darunter befinden sich das Feld für Unterschrift und Firmenstempel des Vertriebspartners (bzw. Mitarbeiters des Beklagten) sowie die Unterschrift des „Anbotstellers“ (Kunden).

Dieses Dokument wird entweder sogleich ausgedruckt und dem Kunden zur Unterschrift vorgelegt oder am Bildschirm mit dem Kunden (insbesondere zur Kontrolle der Daten und des Tarifs) durchgegangen und dann ausgedruckt und ihm zur Unterschrift vorgelegt.

Es besteht keine Möglichkeit, den oben wiedergegebenen Text (etwa durch Herausnahme einzelner Passagen) zu verändern. Einzelne inhaltliche Änderungen (etwa ein Entfall der Servicepauschale) können noch im Kulanzweg anders vereinbart werden. Weiters kann der Kunde die Zustimmung zur Kontaktaufnahme von Werbezusendungen generell oder für bestimmte Kommunikationskanäle zurücknehmen. Dazu muss dieser Wunsch im CRM-System der Beklagten erfasst werden, was etwa in einem Geschäftslokal der Beklagten jederzeit erfolgen kann. Jedoch kann das Aufscheinen der diesbezüglichen Klausel 1 bereits im Dokument aus dem Anmeldesystem nicht unterbunden werden.

Mit 25.5.2018 (Inkrafttreten der DSGVO) hat die Beklagte das Anmeldesystem insoweit umgestaltet, als der Kunde nunmehr noch vor Ausdruck und Unterzeichnen des Dokuments auswählen kann, ob er (entsprechend der Klausel 1) der Verwendung seiner Daten zu Werbezwecken etc. zustimmen möchte oder nicht.

Auf der Website der Beklagten können ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Allgemeinen Entgeltbestimmungen, Nutzungsbedingungen und dergleichen abgerufen werden (Beilage ./1). Diese Dokumente sind nicht in den Geschäftslokalen der Beklagten oder ihrer Vertriebspartner ausgehängt. Sie werden auch nicht jedem Kunden gezeigt oder mit jedem im Einzelnen erörtert. Wenn ein Kunde dies wünscht, werden sie ihm in Papier ausgehändigt oder elektronisch gezeigt. Soweit im Geschäftslokal Tablets mit Internetverbindung ausgestellt

sind, ist es einem Kunden auch möglich, diese Dokumente auf der Website der Beklagten aufzufinden und einzusehen.

Die Beklagte bietet Datentarife für die stationäre Nutzung für Privatanutzer („My HomeNet“) in verschiedenen Stufen mit (nach den ersten drei Monaten) unterschiedlichem monatlichen Entgelt an. Dabei werden verschiedene Werte für „Max. Down/Upload Speed“, nämlich bei „My HomeNet Light“ 30/6 MBit/s, bei „My HomeNet Turbo“ 70/14 MBit/s, bei „My HomeNet Extreme“ 150/20 MBit/s und bei „My HomeNet Ultra“ 300/50 MBit/s angegeben. Abgesehen von diesen Download- und Upload-Werten sowie den monatlichen Entgelten (samt KombiBonus) unterscheiden sich diese Tarife nicht voneinander (Beilage ./B).

Auch die Handytarife „My Mobile“ werden in den vier Stufen Light/Turbo/Extreme/Ultra mit den jeweils entsprechenden Download- und Upload-Werten angeboten. Sie unterscheiden sich voneinander überdies im Umfang der inkludierten Gesprächsminuten und SMS im und ins Ausland sowie dem Datenvolumen (Beilage ./2).

Zur **Beweiswürdigung**:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich im Wesentlichen aus der Aussage des Zeugen [REDACTED] [REDACTED] (ZV ON 10 S 2ff), der als Manager eines Shops der Beklagten zum allgemeinen Vorgehen in der Shop-Situation Auskunft geben konnte. Seine Angaben waren auch glaubwürdig, zumal er auch nicht ausnahmslos dem Prozessvorbringen der Beklagten (etwa zum Aushandeln der einzelnen Klausel oder dem Aushang der AGB) folgte, sondern vielmehr den Eindruck machte, ohne besondere Vorbereitung und glaubhaft über die üblichen Vorgänge zu berichten.

Seine Angaben standen auch nicht in Widerspruch zu jenen der Zeugin [REDACTED] [REDACTED] (ZV ON 8 S 2ff), welche [REDACTED], die einen Vertrag mit der Beklagten (in einem Geschäftslokal eines Vertriebspartners) abgeschlossen hatte, naturgemäß nur Wahrnehmungen zu ihrem eigenen Vertragsabschluss, nicht aber zum generellen Vorgehen der Beklagten machen konnte. Die einzige Diskrepanz bestand in der Frage, ob das Dokument für den Ausdruck noch am Bildschirm besprochen wurde; dies dürfte auf ein unterschiedliches Vorgehen in Shops der Beklagten und solchen von Vertriebspartnern zurückzuführen sein, ist im Ergebnis aber auch nicht entscheidend.

Der Klauseltext wurde anhand der Beilage ./A festgestellt, die zum Vertragsabschluss der Zeugen [REDACTED] [REDACTED] erstellt wurde, wobei der Zeuge [REDACTED] jedoch bestätigte, dass es sich dabei (abgesehen von der festgestellten Umstellung zum 25.5.2018) um einen in jedem

Fall unverändert aufgedruckten Text handelt.

Die Feststellungen zu den angebotenen Tarifen beruhen auf den unbedenklichen Beilagen ./B und ./2.

In **rechtlicher Hinsicht** war zu erwägen:

Zum Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. Vertragsformblättern

Nach § 28 Abs. 1 KSchG kann in Anspruch genommen werden, wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht. Auch in materieller Hinsicht setzen § 879 Abs. 3 ABGB, § 864a ABGB und § 6 Abs. 3 KSchG das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern voraus.

Was unter diesen Begriffen zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht definiert. Im Hinblick auf eine teleologische Verwandtschaft zwischen dem Anliegen des deutschen ABGB einerseits und dem KSchG andererseits wird nach herrschender Meinung eine Orientierung an § 305 BGB (ehemals § 1 ABGB) für angezeigt erachtet. Diese Definition deckt auch den Begriff der „Vertragsformblätter“ ab; eine Differenzierung zwischen diesen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist auch entbehrlich, da die rechtlichen Konsequenzen der Verwendung gesetzwidriger Klauseln völlig gleich sind. Nach der Rechtsprechung sind unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nur dann nicht vor, wenn Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (RIS-Justiz RS0123499 [mit T2]). Für ein „im Einzelnen Aushandeln“ reicht es nicht aus, dass die Klausel zwischen den Vertragsteilen bloß erörtert und dem Verbraucher bewusst gemacht worden ist. Der Unternehmer muss vielmehr zu einer Änderung des von ihm verwendeten Textes erkennbar bereit gewesen sein (RIS-Justiz RS0121396 [T1, T2]).

Die hier betroffenen Textpassagen befinden sich zwar nicht in jenen in sich abgeschlossenen Regelungswerken der Beklagten, die von ihr als „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ bezeichnet werden und etwa nach § 25 Abs. 1 TKG 2003 erstellt werden müssen. Allerdings handelt es sich bei dem vom Anmeldesystem generierten Dokument um einen geradezu klassischen Fall eines Vertragsformblattes, in das die konkreten Vertragsdaten eingefüllt werden und dessen Unterzeichnung die bindende Vertragserklärung des Verbrauchers

darstellen soll. Die darin enthaltenen, von der Beklagten vorgegeben Textpassagen stellen Willenserklärungen des Kunden, vorformulierte Tatsachenerklärungen oder Vertragsbestimmungen (die – zusätzlich zu den eigentlichen AGB – das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien gestalten) dar. Sie werden zwar allenfalls mit dem Kunden erörtert, können aber (abgesehen von der kulanzmäßigen Vereinbarung punktueller Abweichungen) nicht abgeändert werden.

Die inkriminierten Klauseln unterliegen daher einer Prüfung auf Gesetz- und Sittenwidrigkeit im Rahmen eines Verfahrens nach § 28 Abs. 1 KSchG und sind an § 879 Abs. 3 ABGB, § 864a ABGB und § 6 Abs. 3 KSchG zu messen.

Zu Klausel 1

„Ich stimme der Verwendung meiner Stamm- und Verkehrsdaten sowie sonstiger personenbezogener Daten gem. 14 der AGB zu Werbezwecken über die Kontaktkanäle Post, E-Mail, SMS für eigene Produkte, sowie bedarfsgerechte Angebote, Serviceleistungen, Kooperationen, Umfragen und Dienste mit Zusatznutzen sowie zur anonymisierten Datenanalyse ausdrücklich zu.“

Der Kläger brachte dazu vor, die Klausel sei im Hinblick auf den Begriff der „sonstigen personenbezogenen Daten“ intransparent, sie verstoße gegen das Freiwilligkeitsprinzip für die Zustimmung zur Datenverwendung nach § 4 Z 14, § 8 Abs. 1 Z 2, § 9 Abs. 1 Z 6 DSG 2000, sie sei daher intransparent und durch die Koppelung des Vertragsabschlusses an die Zustimmung gröblich benachteiligend. Auch Punkt 14 der AGB gebe über den Umfang der Daten keinen Aufschluss. Die bloße Möglichkeit des nachträglichen Widerspruchs reiche nicht aus. Die Klausel verstoße auch nach neuer Rechtslage gegen das Koppelungsverbot nach Artikel 7 Abs. 1 und 4, Artikel 4 Z 11 DSGVO. Die bloße behauptete Umstellung der Klausel beseitige nicht die Wiederholungsgefahr, sie liege auch allen früher geschlossenen Verträgen unverändert zu Grunde.

Die Beklagte brachte dazu vor, der Umfang der Daten sei durch den Verweis auf Punkt 14 der AGB ganz klar abgesteckt und sei einem Durchschnittskunden verständlich und klar. Verweise seien zulässig. Der Kunde werde im Zuge des einzelvertraglichen Abschlusses über das Widerrufsrecht belehrt und könne der Datenverwendung jederzeit widersprechen. Die Klausel werde nur im Fall der ausdrücklichen Zustimmung des Kunden in den Vertrag aufgenommen. Die Klausel sei seit Inkrafttreten der DSGVO nicht mehr in Verwendung, anstelle dessen gebe es optionale Werbeeinwilligungen, die vom Kunden auf Wunsch einzeln ausgewählt werden könnten.

Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung zu 6 Ob 140/18h (Klausel 2, Punkt 4. der Entscheidungsgründe, RIS-Justiz RS0132251) eine vergleichbare Klausel auf Vereinbarkeit sowohl mit der seit 25.5.2018 anzuwendenden Datenschutz-Grundverordnung (Verordnung [EU] 2016/679, DSGVO) als auch mit dem zuvor in Geltung gestandenen Datenschutzgesetz 2000 geprüft und ist zu folgendem Ergebnis gelangt:

Sowohl nach früherem als auch nach geltendem Recht besteht eine Möglichkeit zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung darin, dass der Betroffene dieser (ohne Zwang) zustimmt bzw. in diese (freiwillig) einwilligt (§ 7 iVm § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000; Artikel 6 Abs. 1 lit. a DSGVO). Bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsabschluss ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolgt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach der der Vertragspartner der Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu Zwecken zustimmt, die für die Vertragsabwicklung nicht erforderlich sind, ist daher unzulässig bzw. intransparent. Dies galt auch schon nach dem DSG 2000.

Die Klausel ist somit sowohl nach geltendem als auch nach früherem Recht unzulässig. Auch wenn die Beklagte im Zuge der Umstellungen für die DSGVO die Verwendung der Klausel eingestellt hat, ist die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen: Die Beklagte hat die Zulässigkeit der Klausel nach altem Recht weiter verteidigt, geht also davon aus, dass diese früher wirksam vereinbart werden konnte, sodass nicht ausgeschlossen ist, dass sie sich auch in Zukunft auf die Klausel berufen würde.

Zu Klausel 2

„Ich nehme zur Kenntnis, dass T-Mobile Austria bei Vertragsschluss sowie während der Dauer des Vertrages meine Stammdaten sowie mein Geburtsdatum zum Zwecke der Bonitätsprüfung an ein rechtlich befugtes Kreditschutzinstitut (AKV Europa – Alpenländischer Kreditorenverband, KSV 1870 Information GmbH, CRIF GmbH) übermittelt. Weiteres bin ich damit einverstanden, dass T-Mobile Austria diese Daten, Informationen über Art und Inhalt des Vertragsverhältnisses sowie Bonitätsdaten nach zweimalig erfolgloser Mahnung (=qualifizierter Zahlungsverzug) zum Zwecke des Gläubigerschutzes an oben genannte Kreditschutzverbände sowie zur Verwendung durch einen gemeinsamen Nutzerkreis (Telekommunikationsunternehmen in Österreich) übermittelt.“

Der Kläger brachte dazu vor, die Klausel sei intransparent, da sie nicht auf das Widerrufsrecht

nach § 8 Abs. 1 Z 2 DSG 2000 hinweise und nicht als Zustimmung, sondern „Kenntnisnahme“ formuliert sei. Offenbar gehe (im Hinblick auf die Formulierung des zweiten Satzes) auch die Beklagte von der Erforderlichkeit einer Zustimmung aus, ein angebliches überwiegendes Interesse der Beklagten sei daher unerheblich. Nach neuer Rechtslage müsse gemäß Artikel 5 Abs. 1 lit. a und b, Artikel 13 Abs. 1 lit. c DSGVO der Zweck angegeben werden und eine Rechtsgrundlage vorliegen. Kenntnisnahme sei keine geeignete Rechtsgrundlage

Die Beklagte brachte dazu vor, dass die Einholung einer Zustimmung nicht erforderlich sei, da die Beklagte ein überwiegendes Interesse daran habe, die Bonität ihrer Kunden zu überprüfen, und die Verwendung der Daten zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen den Vertragsparteien erforderlich sei. Es handle sich nicht um eine Einwilligungserklärung, ein Verzicht darauf sei für die Beklagte wirtschaftlich untragbar. Der Kunde könne der Datenübermittlung widersprechen und einen manuellen Eingriff in die Prüfung anfordern.

Die Klausel enthält in Wahrheit zwei voneinander getrennt zu beurteilende Regelungen. Im ersten Satz bestätigt der Verbraucher, dass er eine von der Beklagten beabsichtigte Datenverwendung zur Kenntnis nimmt. Der zweite Satz hingegen beinhaltet eine Zustimmungserklärung zu darüber hinaus gehenden (arg. „weitere...“) weiteren Übermittlungen im Falle eines qualifizierten Zahlungsverzuges.

Nach Artikel 6 Abs. 1 DSGVO kann die Verarbeitung von Daten alternativ unter anderem durch die Einwilligung der betroffenen Person (lit. a), die Erforderlichkeit zur Erfüllung eines Vertrages oder Durchführung vorvertraglicher Verpflichtungen (lit. c) oder mit der Wahrung der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen, sofern nicht jene des Betroffenen überwiegen, (lit. f) gerechtfertigt werden.

In der Formulierung des ersten Satzes der Klausel liegt keine Einwilligung. Sie ist hinreichend deutlich nicht als Zustimmung des Betroffenen, sondern als Information darüber, dass die Datenverarbeitung stattfinden wird, gestaltet. Auch eine Rechtfertigung nach lit. c scheidet aus, da die Übermittlung von Daten an ein Kreditschutzinstitut für die Erbringung der Dienstleistung der Beklagten nicht zwingend erforderlich ist, sie wäre auch ohne eine solche Übermittlung möglich.

Hingegen ist der Beklagten zuzustimmen, dass sie an der Überprüfung der Bonität ihrer potenziellen Kunden, mit denen sie typischerweise ein Dauerschuldverhältnis eingehen wird, zur Sicherung der Wirtschaftlichkeit ihrer Tätigkeit ein berechtigtes Interesse hat. Dass demgegenüber ein (etwa: Geheimhaltungs-) Interesse oder anderes Grundrecht des potenziellen Kunden überwiegen würde, ist nicht ersichtlich. Es sind sowohl der Umfang der

Daten (zu den „Stammdaten“ vgl. § 92 Abs. 3 Z 3 TKG 2003), der Zweck und das legitime Interesse („Bonitätsprüfung“) als auch die Datenempfänger jeweils abschließend angeführt. Damit sind auch die Informationspflichten nach Artikel 13 Abs. 1 lit. c bis e DSGVO erfüllt. Der erste Satz der Klausel (im Urteilsspruch mit 2(a) bezeichnet) erweist sich damit insgesamt als zulässig, sodass das Klagebegehren insoweit abzuweisen ist.

Zum zweiten Satz (im Urteilsspruch mit 2(b) bezeichnet), der wiederum eine Zustimmung zu einer Datenverwendung erhält, die zur Vertragserfüllung nicht erforderlich ist, kann auf die Ausführungen zu Klausel 1 verwiesen werden, aus der sich deren Unzulässigkeit (mangels Freiwilligkeit) ergibt. Soweit man auch für diese Übermittlungen ein überwiegendes Interesse der Beklagten annehmen würde, die die Verwendung rechtfertigte, wäre der zweite Satz der Klausel als in irreführender Weise intransparent im Sinne des § 6 Abs. 3 KSchG zu beurteilen, da er dem Verbraucher suggeriert, dass die Übermittlung von seiner Zustimmung abhängt. Der zweite Satz der Klausel ist damit im Ergebnis jedenfalls rechtswidrig.

Zu Klausel 3

„Je Sim-Karte wird bei Vertragsabschluss, Tarifwechsel oder Abgabe eines Kündigungsverzichtes eine jährliche Servicepauschale in Rechnung gestellt.“

Der Kläger brachte dazu vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend, da sie bei kundenfeindlichster Auslegung die Einhebung einer Servicepauschale mehrmals pro Jahr ermögliche, wofür keine sachliche Rechtfertigung erkennbar sei. Ebenso wenig liege eine solche bei bloßer Abgabe eines Kündigungsverzichtes vor.

Die Beklagte brachte dazu vor, dass die Klausel selbst bei kundenfeindlichster Auslegung nur eine einmal (und nicht mehrmalig) jährliche Service-Pauschale pro Sim-Karte vorsehe, was nach ständiger Rechtsprechung auch zulässig sei. Diese Verrechnung werde in drei Szenarien ausgelöst. Der erhöhte organisatorische Aufwand bei einem Vertragswechsel würde auch eine mehrmals jährliche Verrechnung rechtfertigen, auch wenn die Beklagte dies nicht so handhabe.

Es bleibt nach dieser Klausel völlig unklar, wann oder wie oft eine Servicepauschale zu bezahlen ist, da sie einen jährlichen Abrechnungsrhythmus mit konkreten auslösenden Ereignissen (in denen allenfalls das pauschal abzugeltende „Service“ erblickt werden könnte) verknüpft. Die Auslegung der Beklagten, wonach die Pauschale jedenfalls nur einmal jährlich verrechnet werden soll, wobei die Verrechnung aber erst nach einem Vertragsabschluss, Tarifwechsel oder Kündigungsverzicht als auslösendem Ereignis erfolgt, wirkt dabei weit

hergeholt, zumal ein Vertragsabschluss ja jedenfalls erfolgen wird, sodass die Einschränkung auf diese Ereignisse sinnlos erscheint. Ob nun also etwa nach jedem Vertragsabschluss/Tarifwechsel/Kündigungsverzicht der jährliche Rhythmus von neuem beginnt, oder ob für jedes dieser Ereignisse eine weitere jährliche Servicepauschale zu bezahlen sein soll (also etwa wenn zunächst ein Vertragsabschluss und in der Folge während der Vertragslaufzeit drei Tarifwechsel und zwei Kündigungsverzichte erfolgen, die Zahlung von zuletzt sechs jährlichen Servicepauschalen als vereinbart gilt), bleibt völlig offen.

Die Klausel ist daher als intransparent im Sinne des § 6 Abs. 3 KSchG zu beurteilen, ohne dass auf die Frage der gröblichen Benachteiligung bzw. sachlichen Rechtfertigung bei Verrechnung einer oder mehrerer jährlicher Servicepauschalen eingegangen werden muss.

Zu Klausel 4

„Im Einklang mit der EU Verordnung 2015/2120 informieren wir Sie darüber, dass die geschätzte maximale Bandbreite ihres Tarifes an der Vertragsadresse bei LTE Versorgung 2 Mbit/s im Download und 0,5 Mbit/s im Upload, bei 3G Versorgung 1 Mbit/s im Download und 0,25 Mbit/s im Upload und bei 2G Versorgung 180 Kbit/s im Download und 90 Kbit/s im Upload beträgt.“

Der Kläger brachte dazu vor, die Klausel sei ungewöhnlich und nachteilig. Die beworbenen Geschwindigkeiten lägen weit über den angegebenen maximalen Geschwindigkeitswerten. Mit derart niedrigen Geschwindigkeiten rechne ein Verbraucher im Hinblick auf die Werbung aber auch im Allgemeinen nicht. Es handle sich um eine unzulässige Gewährleistungseinschränkung, die Klausel sei deshalb auch intransparent. Die Klausel sei auch in intransparenter Weise unvollständig, da sie nicht alle nach Artikel 4 Abs. 1 lit. d der Verordnung 2015/2120 zu erteilenden Informationen enthalte. Nach den einschlägigen BEREC-Leitlinien solle die beworbene Geschwindigkeit die geschätzte maximale Geschwindigkeit nicht überschreiten. Die Beklagte dürfe keine „Utopiegeschwindigkeiten“, die nicht erreicht werden können, als beworbene Geschwindigkeit angeben. Mit den angegebenen geschätzten maximalen Geschwindigkeiten würden faktisch keine Dienste mehr funktionieren. Eine Abweichung von der geschätzten maximalen Geschwindigkeit wäre als nicht vertragskonforme Leistung zu qualifizieren, woraus sich ergebe, dass diese Angabe eine Produkteigenschaft definiere und damit (im Hinblick auf die exorbitant niedrigen Werte) insoweit die Gewährleistung faktisch ausschließe. Dies komme einem Vorbehalt der Nichterfüllung der eigenen Leistung gleich und sei daher auch nach § 6 Abs. 2 Z 3 KSchG unzulässig.

Die Beklagte brachte dazu vor, dass sie lediglich dem zwingenden Informationserfordernis

nach Artikel 4 Abs. 1 lit. d der Verordnung 2015/2120 nachkomme. Sie sei zu dieser Formulierung gesetzlich verpflichtet. Ein geschätzter Wert stelle keine Produkteigenschaft dar und sei nicht mit einem garantierten Wert gleichzusetzen, er könne daher die Gewährleistung nicht einschränken. BEREC-Leitlinien seien lediglich Empfehlungen für die Regulierungsbehörden und nicht rechtsverbindlich. Es handle sich um einen österreichweiten Schätzwert, die tatsächlich erreichten Geschwindigkeiten seien höher. Aufgrund der Rechtsunsicherheit in der Umsetzung der Verordnung sei der Wert extra niedrig angesetzt worden. Eine Umstellung der Klausel sei mit enormen technischen Aufwand verbunden, individuelle Geschwindigkeitsmessungen machten die Beschäftigung externer Dienstleister erforderlich.

Nach Artikel 4 Abs. 1 lit. d der Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet haben Anbieter von Internetzugangsdiensten (wie die Beklagte) sicherzustellen, dass ein Vertrag, der Internetzugangsdienste umfasst, unter anderem folgende Angaben enthält: „eine klare und verständliche Erläuterung, wie hoch (...) die geschätzte maximale und die beworbene Download- und Upload-Geschwindigkeit von Internetzugangsdiensten bei Mobilfunknetzen ist (...).“ Nach Artikel 4 Abs. 4 gilt jede erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit oder bei anderen Dienstqualitätsparametern zwischen der tatsächlichen Leistung der Internetzugangsdienste und der vom Anbieter der Internetzugangsdienste gemäß Absatz 1 Buchstabe a bis d angegebenen Leistung — sofern die rechtserheblichen Tatsachen durch einen von der nationalen Regulierungsbehörde zertifizierten Überwachungsmechanismus festgestellt wurden — für die Auslösung Bestimmung der Rechtsbehelfe, die dem Verbraucher nach nationalem Recht zustehen, als nicht vertragskonforme Leistung. All dies soll (nach der Überschrift zu Artikel 4) eine Transparenzmaßnahme zur Sicherstellung des Zugangs zu einem offenen Internet darstellen.

Schon aus dem Zusammenhang der Absätze 1 und 4 (auch in Verbindung mit § 25 Abs. 4 Z 4 TKG 2003) ergibt sich, dass eine qualifizierte Nichteinhaltung der angegebenen Geschwindigkeit als Vertragswidrigkeit anzusehen ist, also im Umkehrschluss die angegebenen Werte die vertraglich geschuldete Leistung definiert bzw. eingrenzt.

Nach § 9 Abs. 1 KSchG können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Das Verbot des Gewährleistungsausschlusses darf nicht durch einschränkende Leistungsbeschreibungen umgangen werden. Allerdings ist nicht jede Leistungsbeschreibung als Umgehung anzusehen. Ob eine grundsätzlich zulässige Leistungsbeschreibung oder eine Umgehung von

§ 9 KSchG vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Umgehung wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspricht oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht wird, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen. Darüber hinaus kann eine Leistungsbeschreibung überraschend iSv § 864a ABGB sein, wenn sie von den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Leistung abweicht; sie kann im Einzelfall auch unklar iSv § 6 Abs. 3 KSchG sein. In besonders gelagerten Fällen kann auch Sittenwidrigkeit iSv § 879 Abs. 1 ABGB vorliegen (RIS-Justiz RS0122042).

Mit Blick auf jene Download- und Upload- „Geschwindigkeiten“ (genauer: Bandbreiten), die die Beklagte differenziert nach ihren Tarifmodellen tatsächlich anbietet (jeweils MBit Down/Up: 30/6, 70/14, 150/20, 300/50) entspricht eine Leistungsbeschreibung, die – über alle Tarife einheitlich – nur Bandbreiten (je nach Technologie) von 2/0,5 MBit, 1/0,25 MBit und 180/90 kbit vorsieht, ganz offensichtlich nicht den tatsächlichen Gegebenheiten und schließt die Verpflichtung zur Erbringung einer mangelfreien Leistung (in Bezug auf die Bandbreite) praktisch so gut wie aus (zur Haftung für Mobilnetzqualität vgl. auch zuletzt eingehend OGH 6 Ob 90/17d). Selbst im günstigsten Fall beträgt die beworbene Geschwindigkeit das Fünfzehnfache der geschätzten (angeblich) maximalen Geschwindigkeit.

Damit liegt eine Umgehung des Verbots der Gewährleistungseinschränkung des § 9 Abs. 1 KSchG vor, woraus die Unzulässigkeit der Klausel folgt.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf den Standpunkt zurückziehen, sie sei nach der Verordnung zur Bekanntgabe irgendwelcher Werte verpflichtet und habe diese daher aus Gründen der Rechtsunsicherheit besonders niedrig ansetzen müssen. Eine Angabe unrealistisch niedriger Werte für letztlich dazu, dass auch die Mechanismen und Ziele der Verordnung (wie etwa eine transparente Information für die Endnutzer) nicht greifen können, sodass die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt wäre. Letztlich wirkt es auch widersinnig, wenn die angeblich höchstens erreichbare Bandbreite nur bei einem Bruchteil der den Tarif definierenden „beworbenen“ Bandbreite liegt.

Berücksichtigt man, dass die Nichtgarantierbarkeit einer durchgehend gleichen Qualität der Mobilfunkversorgung allgemein bekannt ist (vgl. OGH 4 Ob 227/06w [Klausel 9.3.] zur Gerichtsnotorietät der Unvermeidbarkeit von Funklöchern „nicht nur im dritten Untergeschoß einer Tiefgarage“) wird es dabei weniger um die Ermittlung exakter Werte an konkreten Standorten gehen. Ziel sollte wohl vielmehr sein, dass dem Endnutzer mit realistischen Angaben vor Augen geführt wird, in welchem Bereich die mögliche Maximalgeschwindigkeit etwa abhängig von verfügbarer Technologie und anderen tatsächlichen Umständen (aber auch dem Tarif) zu liegen kommen kann und wie sich das auf die Verfügbarkeit verschiedener

Dienste auswirkt (vgl. dazu Erwägungsgründe 7 und 18 der Verordnung, aus denen hervorgeht, dass die Informationspflichten vor allem darauf abzielen, dass Endnutzer informierte Entscheidungen über die Wahl des Anbieters und des Tarifs treffen können).

Zu Klausel 5

„Ich bin mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) einverstanden und habe diese vor Angebotslegung eingesehen.“

Der Kläger brachte dazu vor, diese Tatsachenbestätigung bürde dem Verbraucher im Streitfall eine Beweislast dafür auf, die AGB nicht eingesehen zu haben und verstoße daher gegen § 6 Abs. 1 Z 11 KSchG. Da damit bei kundenfeindlichster Auslegung auch gesetzwidrige Bestimmungen der AGB Geltung erlangen sollen, sei sie überdies gröblich benachteiligend und intransparent.

Die Beklagte brachte dazu vor, dass die AGB vor Vertragsabschluss in einem Geschäftslokal für den Kunden einsehbar seien. Die Rechtsansicht des Klägers würde es den Verwender von AGB so gut wie unmöglich machen, solche im Massengeschäft mit Verbrauchern gültig zu vereinbaren. Allfällige rechtswidrige Klauseln in diesen AGB könnten auch durch die inkriminierte Passage nicht wirksam vereinbart werden.

Entgegen dem Standpunkt der Beklagten bewirkt diese Klausel nicht nur eine Einbeziehung der AGB in den Vertrag („bin einverstanden“), sie enthält auch die Bestätigung des Kunden, diese AGB tatsächlich eingesehen zu haben.

Darin liegt eine Tatsachenbestätigung, nämlich eine widerlegbare Erklärung des Verbrauchers über das Bestehen dieser Tatsache. Erschwert eine solche Tatsachenbestätigung, wenn sie in einem Vertragsformular zum Abschluss eines Schuldverhältnisses enthalten ist, die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers, indem sie ihn mit einem Beweis belastet, den er sonst nicht erbringen müsste, ist die Klausel nach § 6 Abs. 1 Z 11 KSchG nichtig (RIS-Justiz RS0121955).

Ein solcher Fall liegt hier vor, da damit der Verbraucher beweisen müsste, dass er die AGB etwa gar nicht einsehen konnte (was ihrer Einbeziehung in den Vertrag entgegen stehen könnte). Die Klausel ist daher wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 Z 11 KSchG unzulässig (vgl. in diesem Sinne auch OGH 4 Ob 59/09v [Klausel 6] zu „Dem Leasingnehmer sind die Verkaufs-, Geschäfts- und Lieferbedingungen des Lieferanten bekannt, und hat er diese angenommen“).

Zu Klausel 6

„Ich habe die Tarifinformationen und Entgeltbestimmungen für meinen Tarif bzw. für mein Zusatzpaket und gegebenenfalls zugehörige Leistungsbeschreibungen, Nutzungsbedingungen und Datenschutzbestimmungen, abrufbar unter www.t-mobile.at, gelesen und verstanden.“

Der Kläger brachte dazu vor, dass die Klausel intransparent und gröblich benachteiligend sei, da sie auf andere – möglicherweise widersprüchliche – Klauselwerke verweise, die zusätzlich gelten sollen. Als Tatsachenbestätigung sei sie wegen der Verschiebung der Beweislast nach § 6 Abs. 1 Z 11 KSchG unzulässig, insbesondere werde durch die Bestätigung des Verständnisses die Geltendmachung eines Irrtums erschwert. Da damit bei kundenfeindlichster Auslegung auch gesetzwidrige Bestimmungen der AGB Geltung erlangen sollen, sei sie auch deshalb gröblich benachteiligend und intransparent.

Die Beklagte brachte dazu vor, dass sie durch den konkreten Hinweis auf die Abrufbarkeit der Vertragsformblätter sowie den Aushang der Tarifinformation und der Entgeltbestimmungen im Geschäftslokal das Erfordernis der Zugänglichmachung von AGB erfülle. Allfällige rechtswidrige Klauseln in diesen AGB könnten auch durch die inkriminierte Passage nicht wirksam vereinbart werden. Der Kunde wähle im Zuge des Verkaufsgesprächs anhand der Beschreibungen der Tarife das für ihn passende Angebot. Es handle sich daher nicht um pauschale Verweise auf andere Klauselwerke, sondern Verweise auf die konkreten Dokumente, anhand derer die Vertragsentscheidung zustande komme.

In dieser Klausel liegt nicht (nur) ein Hinweis darauf, wo die Klauselwerke der Beklagten aufzufinden sind, sondern auch die Tatsachenbestätigung des Kunden, diese nicht nur gelesen, sondern auch verstanden (!) zu haben. Die Unzulässigkeit der Klausel ergibt sich aus den selben Erwägungen wie zu Klausel 5.

Zu Klausel 7

„Ich wurde gesondert darauf hingewiesen, dass die monatliche Grundgebühr meines gewählten Tarifes wertgesichert ist.“

Der Kläger brachte dazu vor, diese Tatsachenbestätigung bürde dem Verbraucher im Streitfall eine Beweislast dafür auf, auf den Inhalt der Klausel nicht gesondert hingewiesen worden zu sein und verstoße daher gegen § 6 Abs. 1 Z 11 KSchG. Da unklar sei, in welchem Umfang

eine Information über der Wertsicherung erteilt worden sei, was unter einer Wertsicherung zu verstehen sei und wie diese ausgestaltet sei, sie die Klausel auch intransparent. Es sei nicht klar, dass die Wertsicherung in Punkt 19.6. der AGB definiert sei.

Die Beklagte brachte dazu vor, dass im Bestellvorgang eine Geltung der AGB gültig vereinbart werde und diese unter Punkt 19.6 eine Definition der Wertsicherung enthalte. Selbst bei konsumentenfeindlichster Auslegung verstehe ein Kunde, was unter „Wertsicherung“ zu verstehen sei.

In dieser Klausel liegt eine Tatsachenbestätigung, die einem Verbraucher die Beweislast dafür aufbürdet, dass er auf die „Wertsicherung“ der monatlichen Grundgebühr nicht gesondert hingewiesen worden sei. Sie ist daher schon (wie bereits zu Klausel 5 ausgeführt) nach § 6 Abs. 2 Z 11 KSchG unzulässig.

Darüber hinaus ist die Klausel auch intransparent im Sinne des § 6 Abs. 3 KSchG, da aus ihr gerade nicht hervorgeht, was mit dem (euphemistischen) Begriff der „Wertsicherung“ gemeint ist und wie diese ausgestaltet ist. Sollte damit beispielsweise eine periodische Entgelterhöhung und/oder -senkung zum Ausgleich für die Geldentwertung gemeint sein, so fehlen Angaben zum konkreten Index, Schwellenwerten, Anpassungszeitpunkten etc. Damit ist völlig unklar, worüber der Kunde konkret aufgeklärt wurde und was er mit Akzeptanz dieser Klausel eigentlich bestätigt.

Zu Klausel 8

„Ich habe die Tarifinformationen für meinen Tarif bzw. Optionsentgeltbestimmungen für gebuchte Optionen gelesen und verstanden und wurde gesondert darauf hingewiesen, dass die monatliche Grundgebühr meines Tarifes wertgesichert ist.“

Die Parteien brachten dazu vor wie zu den Klauseln 6 und 7.

Die Klausel kombiniert bzw. wiederholt den Inhalt der Klauseln 6 und 7 und ist daher nach den dort angeführten Erwägungen ebenfalls unzulässig.

Zur Leistungsfrist

Der Richter kann auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt, wie etwa die Änderung von sittenwidrigen AGB. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung

des beklagten Verwenders, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs. 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Leistungsfrist für die Unterlassung des Sich-Berufens auf unzulässige Klauseln ist nicht generell nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip zu beantworten. Es kann Klauselwerke geben, die ein sofortiges Abstandnehmen von einem Sich-darauf-Berufen erlauben und zur Umsetzung dieses Unterlassungsgebots keine weiteren aktiven Vorkehrungen erfordern. Angesichts des weiten Verständnisses des Sich-Berufens auf eine Klausel – so wenn sie etwa Inhalt oder Kalkulationsgrundlage einer Mitteilung an den Verbraucher ist – kann es aber ebenso Klauselwerke geben, die sehr wohl bestimmter betrieblicher und/oder organisatorischer Maßnahmen bedürfen, um zu verhindern, dass sie weiter der Gestion von Altverträgen zugrunde gelegt werden. Bedarf es einer Leistungsfrist für die Unterlassung des Sich-Berufens auf unzulässige Klauseln, wird darauf Bedacht zu nehmen sein, dass der Unternehmer seine Rechtsposition aus den rechtswidrigen Klauseln keinesfalls ohne Notwendigkeit aufrechterhalten können soll, was im Zweifel für eine knappere Bemessung der Frist sprechen wird (RIS-Justiz RS0041265 [T2, T3, T12, T13], zuletzt eingehend OGH 9 Ob 82/17z).

Im Bereich der Telekommunikation kann im Allgemeinen von einer angemessenen Leistungsfrist von drei Monaten ausgegangen werden (vgl. RIS-Justiz RS0041260 [T4]). Hinsichtlich der Klauseln 1, 2(b) und 3 ist auch nachvollziehbar, dass nicht nur die Änderung der Vertragsbedingungen für neue Verträge, sondern auch die konkrete Handhabung in laufenden Verträgen (also das „Sich-Berufen“, konkret der Umfang von Datenübermittlungen und die Verrechnung von Servicepauschalen) einer bestimmten Vorlaufzeit für organisatorische Änderungen bedarf. Dies trifft hingegen für die Klauseln 5 bis 8 nicht zu, die lediglich Tatsachenbestätigungen umfassen, welche sich nicht im täglichen Massengeschäft, sondern erst im Streit- bzw. Prozessfall auswirken können, sodass die Unterlassung des Sich-Berufens darauf keiner Vorlaufzeit bedarf.

Zur Klausel 4 war der Beklagten wie beantragt eine längere Vorlaufzeit zu gewähren, um ihr die Möglichkeit zu geben, entsprechende Berechnungen und technische Vorbereitungen umsetzen zu können.

Zur Veröffentlichungsermächtigung

Die Beklagte wendet sich gegen die vom Kläger beantragte Urteilsveröffentlichung, insbesondere das konkrete Medium (Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung) und die damit verbundenen Kosten.

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den

beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. Das berechnigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw. die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw. sittenwidrig sind (RIS-Justiz RS0121963 [mit T7]).

Abgesehen davon, dass es also nicht nur darum geht, dass mit den hier betroffenen Klauseln nur jemand in Kontakt kommen sein kann, der auch tatsächlich einen Vertrag mit der Beklagten in einem Geschäftslokal abgeschlossen hat, ist auch nicht ersichtlich, inwieweit selbst diese Kunden der Beklagten (welche unstrittig und notorisch zu den größten Mobilfunkanbietern Österreichs gehört und über mehrere Millionen Kunden im gesamten Bundesgebiet verfügt) anders als mit einer Veröffentlichung in der reichweitenstärksten Zeitung des Landes erreicht werden könnten.

Der Kläger war daher nach § 30 KSchG iVm § 25 Abs. 3 und 4 UWG zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten im beantragten Umfang zu ermächtigen.

Der **Kostenentscheidung** war mangels Einwendungen das Kostenverzeichnis des Klägers zu Grunde zu legen. Der Kläger unterlag nur hinsichtlich eines Satzes in einer von acht Klauseln. Dieses Unterliegen ist als geringfügig im Sinne des § 43 Abs. 2 ZPO anzusehen, sodass ihm voller Kostenersatz zuzusprechen war.

Handelsgericht Wien, Abteilung 44
Wien, 21. Dezember 2018
Dr. Simon Himberger, LL.M. BSc, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG