



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch seine Richterin Mag. Christiane Kaiser 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 **Sky Österreich GmbH**, Schönbrunner Straße 297/2/ 1120 Wien, vertreten durch Mag. Heinz Heher, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500,--) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die Verwendung folgender Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf diese Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart wurden:

- a) 1.1.7: Bei Zubuchung des Multiroom Services beginnt die Mindestvertragslaufzeit des bestehenden Abos neu zu laufen.
- b) 1.2.5: Für den Leih-Digital-Receiver leistet Sky in der Weise Gewähr, dass Störungen beim Empfang der Skyprogramme oder Zusatzdienste und Schäden des Digital-Receiver, die nicht auf ein Verschulden des Abonnenten zurückzuführen sind, während der Dauer des Vertrages kostenlos beseitigt werden. Der Abonnent hat in diesem Fall das Leihgerät auf eigenen Kosten an Sky zur Reparatur oder zum Austausch zu versenden.
- c) 2.1.2: In jedem Fall bleibt Sky die Geltendmachung eines über die Vertragsstrafe hinaus gehenden Schadenersatzes vorbehalten.
- d) 3.1: Sky ist berechtigt, die vertragsrelevante und vertragswirksame

Kommunikation, wie zB Vertragsbestätigung und weitere Kundeninformation (im Folgenden: „Dokumente“ genannt) rechtsverbindlich in elektronischer Form über das Online-Kundencenter auf www.sky.at in der Rubrik „Mein Postfach“ (im Folgenden: „Postfach“ genannt) dem Abonnenten zur Verfügung zu stellen.

- e) 3.1: Nach Deaktivierung werden die Dokumente postalisch zugesendet. Sky behält sich vor, in diesem Fall für den Versand der Dokumente eine angemessene Vergütung zu erheben.
- f) 3.1: Der Abonnent verpflichtet sich, die neu für ihn im Postfach auf diese Weise hinterlegten Dokumente regelmäßig, spätestens alle 14 Tage, zu prüfen. Sky stellt die Unveränderbarkeit der Daten im Postfach sicher, sofern die Dokumente innerhalb des Postfachs gespeichert oder aufbewahrt werden. Sky ist berechtigt, die im Postfach abgelegten Nachrichten und sonstige Inhalte nach einem Zeitraum von einem Jahr ohne Rückfrage zu löschen.
- g) 4.4: Sky kann die vom Abonnenten zu zahlenden Abobeträge entsprechend erhöhen, wenn sich die extern verursachten Technik-, Service- und Lizenzkosten für die Bereitstellung des Programms bzw den Inhalt erhöhen. Eine Erhöhung muss dem Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat im Voraus mitgeteilt werden. Der Abonnent ist berechtigt, den Vertrag auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erhöhung zu kündigen, wenn die Erhöhung bzw Erhöhungen zehn Prozent oder mehr des ursprünglichen Abopreises ausmachen. Die Kündigung muss Sky spätestens bis zum Wirksamwerden der Preiserhöhung zugehen. Sky wird den Abonnenten auf das Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. Macht der Abonnent von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch, gilt die Änderung als genehmigt.
- h) 4.5: Sky behält sich vor, bei einer zulässigen Änderung gemäß Punkt 1.1.4 die Abobeträge abweichend von Punkt 4.4 entsprechend, das heißt im Verhältnis der Kostenänderung zu den Gesamtkosten anzupassen. In diesem Falle wird Sky den Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat vor Wirksamwerden der Preisänderung über diese informieren. Der Abonnent ist berechtigt, das Abo zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Preisänderung schriftlich zu kündigen. Sky wird den Abonnenten auf sein Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen.

- i) 5.1: Der Abonnent ist berechtigt, bei einem vollständigen oder teilweisen Programmausfall die Abobeiträge entsprechend der Schwere der Störung anteilig zu mindern, soweit der Abonnent und seine Erfüllungsgehilfen (insb. Kabelnetzbetreiber) den Ausfall nicht zu vertreten haben. Eine solche Minderung ist ausgeschlossen, wenn der Programmausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung nur geringfügig ist. Als geringfügig in diesem Sinne gelten Unterbrechungen, die in Summe pro Kalenderjahr nicht mehr als 60 Stunden je einzelnen Kanal ausmachen. Bei einem vollständigen Programmausfall ist jedoch jede durchgehende Unterbrechung von mehr als 24 Stunden ab Beginn der 25. Stunde nicht mehr geringfügig, ungeachtet der Summe der Unterbrechungen im jeweiligen Kalenderjahr. Kein Programmausfall liegt vor, wenn der Abonnent seinen Obliegenheiten gemäß Punkt 2.1.1 nicht nachkommt.
- j) 5.2: Punkt 5.1 gilt entsprechend, wenn durch Softwareaktualisierungen auf dem Digital-Receiver oder der Smartcard ein Programmempfang vorübergehend nicht möglich ist.
- k) 5.7: Eine außerordentliche Kündigung seitens des Abonnenten wegen eines vollständigen Programmausfalls ist in jedem Fall ausgeschlossen, wenn die Unterbrechung nicht mehr als 14 Tage ununterbrochen andauert.
- l) 5.8: Ist Sky aufgrund von programmkonzeptionellen bzw technischen Gründen nicht mehr in der Lage, dem Abonnenten einzelne Kanäle, Programmpakete oder Programmkombinationen zur Verfügung zu stellen, ist Sky mit einer Kündigungsfrist von 14 Tagen berechtigt, den Abovertrag für die betroffenen einzelnen Kanäle, Programmpakete oder Programmkombinationen außerordentlich zu kündigen.
- m) 6.1: Die vom Abonnenten angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Art und Häufigkeit ihrer Nutzung der von Sky erbrachten Leistungen werden von Sky, sowie ggf. entsprechend den jeweils geschlossenen Vertragsverhältnissen von der Axel Springer AG, Axel-Springer-Platz 1, D-20350 Hamburg gespeichert und genutzt, soweit dies für die Durchführung der Verträge, insbesondere für den Betrieb des Kundenservices sowie der Vergütungsabrechnung erforderlich ist und für Zwecke der Auftragsdatenverarbeitung an beauftragte Unternehmen übermittelt.

- n) 7.1: Die Mindestvertragslaufzeit beträgt 12 Monate und beginnt mit Freischaltung der Smartcard. Die Freischaltung erfolgt in der Regel durch telefonische Aktivierung durch den Abonnenten, bzw bei Buchung einer Installationsdienstleistung durch den Installateur im Auftrag des Abonnenten. Die Freischaltung erfolgt jedoch automatisch spätestens 7 Tage nach Vertragsabschluss, wenn das Abo im Fachhandel abgeschlossen wird und spätestens 14 Tage nach Vertragsabschluss bei Abschluss über alle sonstigen Vertriebswege (Online, Telefon, Haustür). Der Aktivierungsvorgang der Smartcard kann bei einzelnen Kabelnetzbetreibern variieren. Eine automatische Freischaltung erfolgt jedoch nicht, bevor Sky dem Abonnenten die für den Programmempfang erforderlichen Geräte (zB Smartcard und ggf. Digital-Receiver) zur Verfügung gestellt hat. Das Abo kann jeweils alle 12 Monate unter Einhaltung einer 2-monatigen Frist zum Monatsende schriftlich gekündigt werden. Die Mindestvertragslaufzeit aller Abos umfasst den Monat der Freischaltung (anteilig) zuzüglich 12 Kalendermonate. Sofern es nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit zu einer Erhöhung der Preise kommt, wird Sky den Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat, bevor die Preiserhöhung eintritt über die Preiserhöhung informieren. Der Abonnent ist berechtigt, den Vertrag auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erhöhung hin zu kündigen. Sky wird den Abonnenten auf sein Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. Die Kündigung muss Sky spätestens bis zum Wirksamwerden der Preisänderung zugehen. Macht der Abonnent von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch, gilt die Änderung als genehmigt.
- o) 7.2: Der Abonnent kann im Rahmen der zulässigen Kombinationsmöglichkeiten jeweils zum nächsten Monatsersten – die Mindestvertragslaufzeit beginnt neu zu laufen – auf eine mindestens gleichwertige Paketkombination wechseln
- p) 7.2: Ein Downgrade (Verkleinerung) des Aboumfangs ist nur nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit zulässig. Sofern der Abonnent von der Möglichkeit der Reduktion des Aboumfangs Gebrauch macht, beginnt mit Wirksamkeit der Reduktion die Mindestvertragslaufzeit neu zu laufen.
- q) 7.4: Kündigt Sky das Abo nach entsprechender Abmahnung im Fall sonstiger Leistungspflichtverletzungen des Abonnenten oder Fristsetzung zur Nacherfüllung im Fall des Zahlungsverzugs, ist der Abonnent zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes statt der Leistung in Höhe der Abobeiträge bis zum

nächstmöglichen Kündigungstermin abzüglich einer fünfprozentigen Abzinsung verpflichtet. Dem Parteien bleibt es unbenommen nachzuweisen, dass ein höherer, niedriger oder überhaupt kein Schaden entstanden ist. Die Haftung der Vertragsparteien richtet sich im Übrigen nach den sonstigen vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen.

- r) 8.1: Sky ist berechtigt, die Zahlungsansprüche gegen den Abonnenten sowie sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Abovertrag (inkl. dem Rahmennutzungsvertrag für den Bezug der Blue Movie Programme) ohne Zustimmung des Abonnenten an Dritte zu übertragen.
 - s) 9.1: Sind oder werden einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam, so bleibt die Gültigkeit des Vertrages im Übrigen unberührt.
 - t) 9.2: Sky kann diese AGB mit einer angemessenen Ankündigungsfrist ändern. Widerspricht der Abonnent der Änderung nicht innerhalb der von Sky gesetzten Frist, gilt die Änderung als genehmigt. Sky weist den Abonnenten in der Änderungsankündigung auf diesen Umstand hin.
 - u) 9.1: Hinsichtlich des Datenschutzes findet das Datenschutzgesetz 2000 (DSG) Anwendung. Die vom Kunden angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Häufigkeit seiner Nutzung der von Sky erbrachten Leistungen werden entsprechend den jeweils geschlossenen Vertragsverhältnissen von Sky, erhoben, gespeichert, genutzt, soweit dies für die Durchführung der Verträge, insbesondere für den Betrieb der von Sky betriebenen Blue Movie Hotline und des Sky Service sowie für die Abrechnungen erforderlich ist, und für eine Auftragsdatenverarbeitung konzernintern oder an beauftragte Unternehmen übermittelt.
- 2. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.459,43 bestimmten Kosten des Verfahrens (hierin enthalten EUR 447,80 USt und EUR 775,08 Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.**
- 3. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den Urteilsspruch im Umfang von 1. a) bis u) binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“ in der**

bundesweit erscheinenden 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.

4. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mir Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die Verwendung folgender Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; und es ferner zu unterlassen, sich auf diese Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart wurden, wird abgewiesen:

- a) 1.1.2: Bei der inhaltlichen Gestaltung sowie Abänderung und Anpassung der einzelnen Kanäle, Programmpakete und Paketkombinationen ist Sky frei, solange der Gesamtcharakter eines Kanals, eines Programmpaketes bzw einer Paketkombination erhalten bleibt.
- b) 1.1.3: Er erkennt darüber hinaus an, dass der Programminhalt von Sportkanälen und -paketen saisonal bedingt bzw abhängig von der Verfügbarkeit der jeweiligen Programmrechte für Sky variieren kann.
- c) 1.1.3: Über Pkt 1.1.2 hinaus behält sich Sky vor, den Inhalt einzelner Kanäle, Programmpakete und Paketkombinationen abzuändern bzw anzupassen, wenn und soweit dies aus programmkonzeptionellen bzw technischen Gründen erforderliche ist. In einem solchen Fall wird Sky den Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat vor Wirksamwerden der Änderung bzw Anpassung informieren. Der Abonnent ist berechtigt, den Vertrag auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung bzw der Anpassung zu kündigen. Sky wird den Abonnenten auf sein Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. Die Kündigung muss Sky bis zum Wirksamwerden der Änderung bzw Anpassung zugehen.
- d) 1.2.6: Der Abonnent ist verpflichtet, spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Beendigung des Abovertrages (unabhängig ob ordentlich oder außerordentlich gekündigt oder auf sonstige Weise beendet), einen Leih-Digital-Receiver auf eigene Kosten und Gefahr an Sky zurückzusenden.

- e) 7.5: Sofern der Abonnent bei Vertragsabschluss eine E-Mail-Adresse angegeben hat, ist Sky berechtigt, dem Abonnenten vertragsrelevante Informationen an seine E-Mail-Adresse zu senden.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die klagende Partei beantragte, dass die beklagte Partei die Verwendung der im Spruch genannten oder sinngleichen Klauseln zu unterlassen habe und es außerdem zu unterlassen habe, sich auf diese Klauseln zu berufen, soweit diese bereits vereinbart worden seien. Sie begehrte darüber hinaus die Veröffentlichung des Urteilspruches in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“. Die klagende Partei brachte dazu vor, dass die Klauseln von der beklagten Partei im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Rahmen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung 05.01.2011 (in der Folge: „AGB“) verwende. Die beklagte Partei sei der Aufforderung, eine strafbewertete Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, nicht nachgekommen, weil sie angeblich an einer Überarbeitung der AGB's arbeite. Soweit die beklagte Partei mittlerweile zu den auf ihrer Website abrufbaren AGB's mit Stand 05.04.2011 oder 18.10.2011 kontrahiere, so seien die inkriminierten Klauseln entweder wortgleich oder sinngleich abgefasst. Zusammenfassend seien die verwendeten Klauseln teils gröblich benachteiligend und/oder intransparent und daher unzulässig. Weil die beklagte Partei die Klauseln in ihren AGB's laufend verwende, bestehe Wiederholungsgefahr. Dass die beklagte Partei der schriftlichen Aufforderung der klagenden Partei vom 30.03.2011, eine Unterlassungserklärung abzugeben, nicht nachgekommen sei, indiziere ebenfalls das Bestehen einer Wiederholungsgefahr. Immerhin berufe sich die beklagte Partei trotz Kenntnis vom Abmahnverfahren und der gegenständlichen Klage weiterhin auf wort- oder sinngleiche Klauseln in ihren AGB's. Es bestehe ein berechtigtes öffentliches Interesse an der Urteilsveröffentlichung, um die angesprochenen Verbraucherkreise über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern.

Die beklagte Partei bestritt, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und brachte vor, dass sie die von der klagenden Partei angeführten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung 05.01.2011 den neuen Verträgen mit Verbrauchern nicht mehr zugrunde lege. Sie habe der klagenden Partei im Zuge des Abmahnverfahrens mit Schreiben vom 13.05.2011 bekannt gegeben, dass sie derzeit an einer Überarbeitung der AGB's arbeite. Wenn die

klagende Partei vermeine, dass die Klauseln intransparent, gröblich benachteiligend, die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers einschränkend oder eine unzulässige Erklärungsfiktion beinhalten seien, so sei dies nicht zutreffend. Tatsächlich gründen sich die bekämpften Klauseln vor allem auf technische und lizenzrechtliche Vorgaben, die die beklagte Partei zu erfüllen habe. Soweit die Klauseln den Digital-Receiver betreffen, handle es sich um ein Leihgerät, das dem Kunden unentgeltlich überlassen werde. Mangels Entgeltlichkeit seien die Gewährleistungsregeln nicht anzuwenden. Die Einrichtung eines Postfaches auf der Website diene der administrativen Vereinfachung. Die Funktionsweise werde dem Verbraucher umfassend und nachvollziehbar dargestellt.

Beweis wurde erhoben durch:

Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden, nämlich AGB der beklagten Partei Stand 05.01.2011 (./A), AGB der beklagten Partei Stand 05.04.2011 (./B), AGB der beklagten Partei Stand 18.10.2011 (./C), Antwort des Beklagtenvertreters vom 13.05.2011 (./D), Screenshot aus www.sky.at (./E).

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die beklagte Partei ist das größte Pay-TV-Unternehmen in Österreich und bietet Kunden Abonnements zum Bezug von Pay-TV an. Sie tritt mit ihren Kunden sowohl im Wege des Fernabsatzes über die Website www.sky.at als auch im Vertriebsweg über den Fachhandel in Kontakt.

Die beklagte Partei legt den Verträgen mit Konsumenten im geschäftlichem Verkehr nachstehende Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Fassung 05.01.2011 zugrunde:

1. 1.1.2: Bei der inhaltlichen Gestaltung sowie Abänderung und Anpassung der einzelnen Kanäle, Programmpakete und Paketkombinationen ist Sky frei, solange der Gesamtcharakter eines Kanals, eines Programmpaketes bzw einer Paketkombination erhalten bleibt

2. 1.1.3: Er erkennt darüber hinaus an, dass der Programminhalt von Sportkanälen und -paketen saisonal bedingt bzw abhängig von der Verfügbarkeit der jeweiligen

Programmrechte für Sky variieren kann.

3. 1.1.3: Über Pkt 1.1.2 hinaus behält sich Sky vor, den Inhalt einzelner Kanäle, Programmpakete und Paketkombinationen abzuändern bzw anzupassen, wenn und soweit dies aus programmkonzeptionellen bzw technischen Gründen erforderliche ist. In einem solchen Fall wird Sky den Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat vor Wirksamwerden der Änderung bzw Anpassung informieren. Der Abonnent ist berechtigt, den Vertrag auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung bzw der Anpassung zu kündigen. Sky wird den Abonnenten auf sein Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. Die Kündigung muss Sky bis zum Wirksamwerden der Änderung bzw Anpassung zugehen.
4. 1.1.7: Bei Zubuchung des Multiroom Services beginnt die Mindestvertragslaufzeit des bestehenden Abos neu zu laufen.
5. 1.2.5: Für den Leih-Digital-Receiver leistet Sky in der Weise Gewähr, dass Störungen beim Empfang der Skyprogramme oder Zusatzdienste und Schäden des Digital-Receiver, die nicht auf ein Verschulden des Abonnenten zurückzuführen sind, während der Dauer des Vertrages kostenlos beseitigt werden. Der Abonnent hat in diesem Fall das Leihgerät auf eigenen Kosten an Sky zur Reparatur oder zum Austausch zu versenden.
6. 1.2.6: Der Abonnent ist verpflichtet, spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Beendigung des Abovertrages (unabhängig ob ordentlich oder außerordentlich gekündigt oder auf sonstige Weise beendet), einen Leih-Digital-Receiver auf eigene Kosten und Gefahr an Sky zurückzusenden.
7. 2.1.2: In jedem Fall bleibt Sky die Geltendmachung eines über die Vertragsstrafe hinaus gehenden Schadenersatzes vorbehalten.
8. 3.1: Sky ist berechtigt, die vertragsrelevante und vertragswirksame Kommunikation, wie zB Vertragsbestätigung und weitere Kundeninformation (im Folgenden: „Dokumente“

genannt) rechtsverbindlich in elektronischer Form über das Online-Kundencenter auf www.sky.at in der Rubrik „Mein Postfach“ (im Folgenden: „Postfach“ genannt) dem Abonnenten zur Verfügung zu stellen.

9. 3.1: Nach Deaktivierung werden die Dokumente postalisch zugesendet. Sky behält sich vor, in diesem Fall für den Versand der Dokumente eine angemessene Vergütung zu erheben.
10. 3.1: Der Abonnent verpflichtet sich, die neu für ihn im Postfach auf diese Weise hinterlegten Dokumente regelmäßig, spätestens alle 14 Tage, zu prüfen. Sky stellt die Unveränderbarkeit der Daten im Postfach sicher, sofern die Dokumente innerhalb des Postfachs gespeichert oder aufbewahrt werden. Sky ist berechtigt, die im Postfach abgelegten Nachrichten und sonstige Inhalte nach einem Zeitraum von einem Jahr ohne Rückfrage zu löschen.
11. 4.4: Sky kann die vom Abonnenten zu zahlenden Abobeträge entsprechend erhöhen, wenn sich die extern verursachten Technik-, Service- und Lizenzkosten für die Bereitstellung des Programms bzw den Inhalt erhöhen. Eine Erhöhung muss dem Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat im Voraus mitgeteilt werden. Der Abonnent ist berechtigt, den Vertrag auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erhöhung zu kündigen, wenn die Erhöhung bzw Erhöhungen zehn Prozent oder mehr des ursprünglichen Abopreises ausmachen. Die Kündigung muss Sky spätestens bis zum Wirksamwerden der Preiserhöhung zugehen. Sky wird den Abonnenten auf das Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. Macht der Abonnent von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch, gilt die Änderung als genehmigt.
12. 4.5: Sky behält sich vor, bei einer zulässigen Änderung gemäß Punkt 1.1.4 die Abobeträge abweichend von Punkt 4.4 entsprechend, das heißt im Verhältnis der Kostenänderung zu den Gesamtkosten anzupassen. In diesem Falle wird Sky den Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat vor Wirksamwerden der Preisänderung über diese informieren. Der Abonnent ist berechtigt, das Abo zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Preisänderung schriftlich zu kündigen. Sky wird den Abonnenten auf sein Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen.

13. 5.1: Der Abonnent ist berechtigt, bei einem vollständigen oder teilweisen Programmausfall die Abobeiträge entsprechend der Schwere der Störung anteilig zu mindern, soweit der Abonnent und seine Erfüllungsgehilfen (insb. Kabelnetzbetreiber) den Ausfall nicht zu vertreten haben. Eine solche Minderung ist ausgeschlossen, wenn der Programmausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung nur geringfügig ist. Als geringfügig in diesem Sinne gelten Unterbrechungen, die in Summe pro Kalenderjahr nicht mehr als 60 Stunden je einzelnen Kanal ausmachen. Bei einem vollständigen Programmausfall ist jedoch jede durchgehende Unterbrechung von mehr als 24 Stunden ab Beginn der 25. Stunde nicht mehr geringfügig, ungeachtet der Summe der Unterbrechungen im jeweiligen Kalenderjahr. Kein Programmausfall liegt vor, wenn der Abonnent seinen Obliegenheiten gemäß Punkt 2.1.1 nicht nachkommt.

14. 5.2: Punkt 5.1 gilt entsprechend, wenn durch Softwareaktualisierungen auf dem Digital-Receiver oder der Smartcard ein Programmempfang vorübergehend nicht möglich ist.

15. 5.7: Eine außerordentliche Kündigung seitens des Abonnenten wegen eines vollständigen Programmausfalls ist in jedem Fall ausgeschlossen, wenn die Unterbrechung nicht mehr als 14 Tage ununterbrochen andauert.

16. 5.8: Ist Sky aufgrund von programmkonzeptionellen bzw technischen Gründen nicht mehr in der Lage, dem Abonnenten einzelne Kanäle, Programmpakete oder Programmkombinationen zur Verfügung zu stellen, ist Sky mit einer Kündigungsfrist von 14 Tagen berechtigt, den Abovertrag für die betroffenen einzelnen Kanäle, Programmpakete oder Programmkombinationen außerordentlich zu kündigen.

17. 6.1: Sky verarbeitet die Vertragsdaten des Abonnenten für Zwecke der Vertragsabwicklung, für Zwecke der Bonitätsprüfung und (mit Ausnahme der Ausweis- und Bankdaten) für eigene Marktforschungs- und Marketingzwecke, soweit dies schon von Gesetzes wegen zulässig ist oder soweit der Abonnent der Verarbeitung zugestimmt hat. Die vom Abonnenten angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Art und Häufigkeit ihrer Nutzung der von Sky erbrachten Leistungen werden von Sky, sowie ggf. entsprechend den jeweils geschlossenen Vertragsverhältnissen von

der Axel Springer AG, Axel-Springer-Platz 1, D-20350 Hamburg gespeichert und genutzt, soweit dies für die Durchführung der Verträge, insbesondere für den Betrieb des Kundenservices sowie der Vergütungsabrechnung erforderlich ist und für Zwecke der Auftragsdatenverarbeitung an beauftragte Unternehmen übermittelt.

18. 7.1: Die Mindestvertragslaufzeit beträgt 12 Monate und beginnt mit Freischaltung der Smartcard. Die Freischaltung erfolgt in der Regel durch telefonische Aktivierung durch den Abonnenten, bzw bei Buchung einer Installationsdienstleistung durch den Installateur im Auftrag des Abonnenten. Die Freischaltung erfolgt jedoch automatisch spätestens 7 Tage nach Vertragsabschluss, wenn das Abo im Fachhandel abgeschlossen wird und spätestens 14 Tage nach Vertragsabschluss bei Abschluss über alle sonstigen Vertriebswege (Online, Telefon, Haustür). Der Aktivierungsvorgang der Smartcard kann bei einzelnen Kabelnetzbetreibern variieren. Eine automatische Freischaltung erfolgt jedoch nicht, bevor Sky dem Abonnenten die für den Programmempfang erforderlichen Geräte (zB Smartcard und ggf. Digital-Receiver) zur Verfügung gestellt hat. Das Abo kann jeweils alle 12 Monate unter Einhaltung einer 2-monatigen Frist zum Monatsende schriftlich gekündigt werden. Die Mindestvertragslaufzeit aller Abos umfasst den Monat der Freischaltung (anteilig) zuzüglich 12 Kalendermonate. Sofern es nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit zu einer Erhöhung der Preise kommt, wird Sky den Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat, bevor die Preiserhöhung eintritt über die Preiserhöhung informieren. Der Abonnent ist berechtigt, den Vertrag auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erhöhung hin zu kündigen. Sky wird den Abonnenten auf sein Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. Die Kündigung muss Sky spätestens bis zum Wirksamwerden der Preisänderung zugehen. Macht der Abonnent von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch, gilt die Änderung als genehmigt.
19. 7.2: Der Abonnent kann im Rahmen der zulässigen Kombinationsmöglichkeiten jeweils zum nächsten Monatsersten – die Mindestvertragslaufzeit beginnt neu zu laufen – auf eine mindestens gleichwertige Paketkombination wechseln
20. 7.2: Ein Downgrade (Verkleinerung) des Aboumfangs ist nur nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit zulässig. Sofern der Abonnent von der Möglichkeit der Reduktion des Aboumfangs Gebrauch macht, beginnt mit Wirksamkeit der Reduktion die Mindestvertragslaufzeit neu zu laufen.

21. 7.4: Ist der Abonnent mit der Zahlung der Abobeiträge oder mit sonstigen Zahlungsverpflichtungen nicht nur geringfügig in Zahlungsverzug, so kann Sky trotz der Fortdauer der Zahlungsverpflichtung die Sehberechtigung bis zur vollständigen Nacherfüllung des Zahlungsverzuges entziehen und/oder die Inanspruchnahme weiterer Leistungen (Sky Select bzw Sky Select+ sowie Blue Movie Abrufe) verweigern. Das Recht zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzug oder aus einem anderen wichtigen Grund bleibt neben dem Recht zum Entzug der Sehberechtigung unberührt. Als ein wichtiger Grund gilt auch die unberechtigte öffentliche Vorführung gemäß Pkt. 2.1.2. Kündigt Sky das Abo nach entsprechender Abmahnung im Fall sonstiger Leistungspflichtverletzungen des Abonnenten oder Fristsetzung zur Nacherfüllung im Fall des Zahlungsverzuges, ist der Abonnent zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes statt der Leistung in Höhe der Abobeiträge bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin abzüglich einer fünfprozentigen Abzinsung verpflichtet. Dem Parteien bleibt es unbenommen nachzuweisen, dass ein höherer, niedriger oder überhaupt kein Schaden entstanden ist. Die Haftung der Vertragsparteien richtet sich im Übrigen nach den sonstigen vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen. Macht Sky von seinem oben genannten Kündigungsrecht Gebrauch, ist Sky bei einem Receiver- oder Hardwareeinkauf im Sinne der Punkt 1.2.3. berechtigt, vom Kaufvertrag über das Gerät zurückzutreten und das Eigentumsrecht geltend zu machen. Kommt der Abonnent seiner Pflicht zur Rückgabe des Digital-Receiver nicht nach, so gelten die Bestimmungen des Pkt. 1.2.6. entsprechend. Ein bereits bezahlter Kaufpreis wird auf das Nutzungsentgelt bzw. den Schadenersatz angerechnet; übersteigt der Kaufpreis das Nutzungsentgelt, wird er nach Rückgabe des Digital-Receiver auf offene Programmbeiträge sowie andere offene Beträge angerechnet.
22. 7.5: Sofern der Abonnent bei Vertragsabschluss eine E-Mail-Adresse angegeben hat, ist Sky berechtigt, dem Abonnenten vertragsrelevante Informationen an seine E-Mail-Adresse zu senden.
23. 8.1: Sky ist berechtigt, die Zahlungsansprüche gegen den Abonnenten sowie sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Abovertrag (inkl. dem Rahmennutzungsvertrag für den Bezug der Blue Movie Programme) ohne Zustimmung des Abonnenten an Dritte zu übertragen.

24. 9.1: Sind oder werden einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam, so bleibt die Gültigkeit des Vertrages im Übrigen unberührt.
25. 9.2: Sky kann diese AGB mit einer angemessenen Ankündigungsfrist ändern. Widerspricht der Abonnent der Änderung nicht innerhalb der von Sky gesetzten Frist, gilt die Änderung als genehmigt. Sky weist den Abonnenten in der Änderungsankündigung auf diesen Umstand hin.
26. 9.1: Hinsichtlich des Datenschutzes findet das Datenschutzgesetz 2000 (DSG) Anwendung. Die vom Kunden angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Häufigkeit seiner Nutzung der von Sky erbrachten Leistungen werden entsprechend den jeweils geschlossenen Vertragsverhältnissen von Sky, erhoben, gespeichert, genutzt, soweit dies für die Durchführung der Verträge, insbesondere für den Betrieb der von Sky betriebenen Blue Movie Hotline und des Sky Service sowie für die Abrechnungen erforderlich ist, und für eine Auftragsdatenverarbeitung konzernintern oder an beauftragte Unternehmen übermittelt.

Mit Schreiben vom 30.03.2011 forderte die klagende Partei die beklagte Partei auf, eine Unterlassungserklärung betreffend dieser Klauseln abzugeben. Die beklagte Partei lehnte dies mit Schreiben vom 13.05.2011 ab.

Diese Allgemeine Geschäftsbedingungen wurden in der Folge von der beklagten Partei geändert, sodass es eine Fassung per 05.04.2011 (. /B) und anschließend eine weitere per 18.11.2011 (. /C) gibt, die jeweils für Neukunden gilt. Die oben angeführten und von der klagenden Partei angefochtenen Klauseln sind in allen drei Versionen der AGB's unverändert gleich. Sie unterscheiden sich ausschließlich in einem Punkt. Die oben unter Punkt 4. angeführte Klausel *„Bei Zubuchung des Multiroom Services beginnt die Mindestvertragslaufzeit des bestehenden Abos neu zu laufen.“* findet sich nur in der Fassung vom 05.01.2011.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der unbedenklichen Urkunden . /A bis . /F. So ergeben sich insbesondere aus den Beilagen . /A bis . /C die von der beklagten Partei verwendeten und oben zitierten Klauseln. Im direkten Vergleich aller drei Versionen ergibt sich

die Unterscheidung, dass Punkt 4. (1.1.7) nur in der ersten Fassung aufscheint. Die Feststellungen zum Abmahnverfahren ergeben sich aus ./D. Darüber hinausgehendes für die Feststellungen wesentliches strittiges Parteivorbringen oder widersprechende Beweisergebnisse liegen nicht vor.

Rechtlich folgt:

Die beklagte Partei ist **Unternehmerin** im Sinne des § 1 KSchG. Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB, 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, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Die klagende Partei ist nach § 29 Abs 1 KSchG berechtigt, diesen Anspruch mit **Verbandsklage** geltend zu machen. Die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen besteht nach § 28 Abs 2 KSchG nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Eine derartige Erklärung wurde von der beklagten Partei nicht abgegeben. Nach § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG hat das Gericht der obsiegenden Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, auf Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen.

Nach **§ 879 Abs 3 ABGB** ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die "verdünnte Willensfreiheit". Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RS0014676). Gröbliche Benachteiligung ist aber auch anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in auffallendem, sachlich nicht zu rechtfertigendem Missverhältnis zur vergleichbaren Position des anderen steht (RS0016914 [T4]).

Nach **§ 6 Abs 3 KSchG** ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB sichergestellt

werden, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, ohne dass er sich zur Wehr setzt, oder dass er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RS0115217 [T8], RS0115219 [T9]). Mit dem Verbandsprozess soll nicht nur das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (RS0115219 [T14]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen "Durchschnittskunden". 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 (RS0115217 [T12] = RS0115219 [T12]).

Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im "kundenfeindlichsten" Sinn zu erfolgen (OGH 13. 5. 2009, 7 Ob 230/08m).

Zu den einzelnen Klauseln ist – der Nummerierung der klagenden Partei folgend und entsprechend den Feststellungen - auszuführen:

Die Klauseln 1-3 betreffen die Änderung des Programminhaltes sei es durch inhaltliche Änderungen oder Anpassungen durch die beklagte Partei, bei den Sportkanälen wegen saisonaler Gründe oder aus programmkonzeptionellen und technischen Gründen. Im Falle solcher Programmänderungen wird dem Konsument ein Kündigungsrecht eingeräumt, aus welches er von der beklagten Partei hingewiesen wird.

§ 6 Abs 2 Z 3 KSchG will verhindern, dass sich der Unternehmer das Recht auf weitgehende, den Interessen des Verbrauchers widersprechende, einseitige Leistungsänderungen vorbehält. Umfassende und vage Änderungsklauseln indizieren daher eine Unzumutbarkeit. Die Vorbehalte müssten, damit sie rechtswirksam bleiben, daher möglichst genau umschrieben und konkretisiert sein (RS0111807). Soweit daher eine Änderung nur soweit vorgenommen werden darf, als der Gesamtcharakter des Kanales oder Paketes erhalten bleibt, lässt diese Klausel für den Kunden erkennen, dass es sich dabei lediglich um geringfügige Änderungen handeln kann. Diese sind dem Kunden zumutbar, weil der Gesamtcharakter erhalten bleibt. Da die Programmzusammenstellung laufenden Veränderungen unterworfen ist, um sich zB nach aktuellen Trends richten zu können und neue Programminhalte/Filme/Serien etc aufzunehmen, ist sie überdies sachlich gerechtfertigt.

Dass sich daraus, wie von der klagenden Partei ausgeführt, ein einseitiges Recht der Preisänderung ergibt oder ergeben könnte, lässt sich aus Klausel 3 nicht entnehmen.

Klauseln 5 und 6 (1.2.5 und 1.2.6):

Gemäß § 8 Abs 2 KSchG kann der Unternehmer verlangen, dass ihm der Verbraucher die Ware zur Verbesserung zusendet. Dieses Gestaltungsrecht darf der Unternehmer jedoch lediglich in der Form ausüben, soweit dies dem Konsumenten zumutbar. Die Klausel widerspricht § 8 Abs 2 KSchG. Eine Übersendung auf Gefahr und Kosten des Konsumenten ist keinesfalls zumutbar.

Soweit hier außerdem geregelt wird, dass eine kostenlose Reparatur des Leihgerätes nur dann erfolgt, wenn die Störung nicht auf ein Verschulden des Abonnenten zurückzuführen ist, lässt sie offen, wer das fehlende Verschulden zu beweisen hat. In der kundenfeindlichsten Auslegung bedeutet dies, dass der Kunde immer nur dann die kostenlose Reparatur in Anspruch nehmen kann, wenn er zuvor beweist, dass der Schaden am Receiver nicht auf sein Verschulden zurückzuführen ist. Gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG sind Vertragsbestimmungen nichtig, die dem Verbraucher eine Beweislast auferlegen, welche ihn von Gesetzes wegen nicht trifft. Verbrauchergeschäfte dürfen somit die gesetzliche Beweislastverteilung nicht zum Nachteil des Verbrauchers ändern. Gemäß § 924 Satz 2 ABGB wird das Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe vermutet, wenn er innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Soweit daher die Klausel 5 auf das Verschulden des Abonnenten im Zusammenhang mit Schäden am Receiver abstellt, ist sie unzulässig.

Soweit die beklagte Partei im Übrigen moniert, die Gewährleistungsbestimmungen kämen nicht zur Anwendung, weil es sich nicht um ein entgeltliches Geschäft handle, kann dem entgegen gehalten werden, dass der OGH in OGH 21.11.2006, 4 Ob 162/06m bereits ausgesprochen hat, dass Programmabonnement und Receiver eine Funktionseinheit bilden. Insofern kann nicht von einem unentgeltlichen Vertrag ausgegangen werden.

Die Verpflichtung zur Rückgabe des Digital-Receiver auf eigene Kosten und Gefahr nach Beendigung des Abovertrages (1.2.6) ist nicht gröblich benachteiligend oder intransparent.

Klausel 7 (2.1.2):

Hier wird vereinbart, dass neben der Vertragsstrafe von EUR 2.500,-- die Geltendmachung eines darüber hinausgehender Schadens vorbehalten werde. Nach dem ABGB gebührt die Konventionalstrafe anstatt des nach Schadenersatzrecht zu vergütenden Nachteils (EvBI

1962/513). Dies bedeutet, dass für jene Leistungsstörung, für die der Vergütungsbetrag versprochen worden ist, nach § 1336 ABGB kein höherer Betrag als Ersatz zusteht als das versprochene Pauschale. Die Klausel ist daher unzulässig.

Klauseln 8-10 (3.1):

Sämtliche Kommunikation über „vertragsrelevante und -wirksame Kommunikation“ soll ausschließlich über das elektronische Postfach auf der Homepage der beklagten Partei erfolgen. Die beklagte Partei unterscheidet dabei nicht, ob die Kunden überhaupt über einen Internetanschluss verfügen bzw diesen nutzen. Außerdem verschiebt die Klausel unzulässigerweise die Beweislast auf die Kunden. Während im Normalfall der Absender den Zugang beweisen muss, verpflichtet die Klausel die Abonnenten dazu, die hinterlegten Dokumente spätestens alle 14 Tage zu prüfen. Hier müssen daher die Kunden für die Zustellung ihrer Rechnung oder sonstigen „vertragsrelevanten“ Dokumente sorgen, indem sie erst die richtige Webadresse ausfindig machen, um dort die Rechnung abrufen zu können und sich dort darüber hinaus erst einloggen müssen. Insofern unklar ist auch, welche Folgen es hat, wenn der Konsument sein elektronisches Postfach nicht alle 14 Tage auf Eingänge überprüft. In der für den Konsumenten nachteiligsten Auslegung bedeutet dies, dass der Konsument beweisen muss, dass der Zugang nicht stattfand. Es liegt daher ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG vor (vgl OGH 4 Ob 28/01y). Der Unternehmer soll also das Risiko des Zugangs seiner Erklärung tragen. Die Klausel ist auch gemäß § 6 Abs 1 Z3 KSchG unzulässig. Z 3 verbietet Vereinbarungen, wonach eine Erklärung des Unternehmers an den Verbraucher zugegangen sein soll, obwohl die Erklärung dem Verbraucher nicht bekannt wurde und er auch nicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte, zB weil er keinen Internetzugang besitzt.

Eine gröbliche Benachteiligung (§ 879 Abs 3 ABGB) der Kunden der Beklagten durch die klagsgegenständlichen Klauseln liegt auch darin, dass ihnen für die Erfüllung einer vertraglichen Nebenleistungspflicht, nämlich der Ausstellung einer Rechnung in Papierform, ein gesondertes Entgelt abverlangt wird (OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 141/11f).

Klauseln 11 und 12 (4.4 und 4.5):

Gemäß § 6 Abs 1 Z5 KSchG sind für den Verbraucher nicht kalkulierbare willkürliche Entgeltsänderungen durch den Unternehmer zu unterbinden. Bei längerfristigen Verträgen soll jedoch dem Interesse des Unternehmers Rechnung getragen werden, Entgelte entsprechend seiner Kalkulation anzupassen. Die für die Erhöhung maßgeblichen Umstände müssen im

Vertrag vollständig und konkret umschrieben und für den Verbraucher überprüfbar sein. Ein allgemeiner Verweis auf geänderte Umstände würde der Bestimmbarkeit nicht genügen. Hier wird auf die extern verursachten Technik-, Service- und Lizenzkosten abgestellt. Zumal hier bereits nach der Diktion der Klausel auf „extern verursachte“ Kosten abgestellt wird, wird klargestellt, dass nur jene vom Willen des Unternehmers unabhängige, für die Kalkulation maßgebliche Umstände, die dem Unternehmer „von außen“ auferlegt werden u deren Gestaltung vom Unternehmer nicht bestimmt werden, gemeint sind. Insofern ist die Klausel im Rahmen der Prüfung gemäß § 6 Abs 1 Z4 KSchG grundsätzlich zulässig. Sie widerspricht jedoch § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, weil sie eine Preiserhöhung für die ersten beiden Vertragsmonate nicht ausschließt. Eine Preisänderungsklausel, die alle Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG erfüllt, wirkt dem Verbraucher gegenüber erst nach dem Ablauf von zwei Monaten ab Vertragsschließung (*Fenyves/Rubin*, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347).

Für die Klausel 12 (4.5) das oben ausgeführte gleichermaßen. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG stellt für die Zulässigkeit einer Preisänderungsklausel in Verbrauchergeschäften auf vier Voraussetzungen ab, nämlich, die sachliche Rechtfertigung, die Willensunabhängigkeit, die Zweiseitigkeit und die Umschreibung der maßgebenden Umstände im Vertrag. Hier ist für den Konsumenten nicht erkennbar, auf welche Umstände sich die Preisänderung stützen wird. Erst in Zusammenschau mit Punkt 1.1.4 erkennt der Verbraucher den Verweis auf den folgenden Umstand: konzeptionelle Änderungen und Anpassungen der Programme oder Pakete. Diese unterliegen darüber hinaus dem Willens des Unternehmers, der die Programmzusammenstellung gestaltet. Es fehlt daher für eine wirksame Vereinbarung dieser Klausel bereits am Erfordernis der Willensunabhängigkeit und der Umschreibung der maßgebenden Umstände. Die Klausel ist gemäß § 6 Abs 1 Z5 KSchG unzulässig.

Klausel 13 und 14 (5.1, 5.2):

Diese Klausel beinhaltet das Rechts des Verbrauchers auf Preisminderung im Ausmaß des Programmausfalls. Dieses Recht wird einerseits dadurch eingeschränkt, als es nur dann zusteht, wenn der Abonnent den Ausfall nicht zu vertreten hat und andererseits sie nicht nur geringfügig ist. Wie schon zur Klausel 5 ausgeführt, ergibt sich in der kundenfeindlichsten Auslegung, dass der Abonnent erst zu beweisen hat, dass ihn kein Verschulden am Programmausfall trifft. Gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG sind jedoch Vertragsbestimmungen nichtig, die dem Verbraucher eine Beweislast auferlegen, welche ihn von Gesetzes wegen (insb. § 924 ABGB) nicht trifft. Die Klausel ist daher nichtig.

Wenn ein Programmempfang wegen einer Softwareaktualisierung nicht möglich ist, soll 5.1

gelten. Damit stellt diese Klausel im Zusammenschau mit Klausel 13 ebenfalls darauf ab, dass der Abonnent nur dann den Preis mindern kann, wenn er den Ausfall nicht zu vertreten hat. Die Klausel ist daher ebenfalls gemäß § 6 Abs 1 Z11 KSchG nichtig. Darüber hinaus ist sie unklar formuliert. Der typische Durchschnittskunde kann den Inhalt und die Tragweite der Klausel nicht durchschauen.

Klausel 15 und 16 (5.7 und 5.8):

Klausel 15 schließt die Kündigung des Abonnenten für den Fall eines 14 Tage nicht überschreitenden Programmausfalls aus. In der kundenfeindlichsten Auslegung hat daher der Kunde nicht das Recht, den Vertrag zu wandeln. Gemäß § 9 KSchG ist jede Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor dessen Kenntnis des Mangels unzulässig.

Hingegen soll die beklagte Partei laut Klausel 16 berechtigt sein, den Abovertrag teilweise zu kündigen, wenn einzelne Kanäle oder Programmpakete nicht mehr zur Verfügung stehen. Eine einseitige Leistungsänderung ist nur dann zulässig, wenn sie zumutbar ist, das heißt, wenn sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist. Dass eine Leistungsänderung zumutbar ist, hat der Unternehmer zu beweisen. Dies hat die beklagte Partei jedoch nicht einmal behauptet. Was der Kunde unter „programmkonzeptionelle“ Gründe zu verstehen hat und in welchem Ausmaß diese zu erfolgen haben, um ihn zur Kündigung zu berechtigen, ist intransparent geregelt.

Klausel 17 (6.1) und 26:

§ 8 Abs 1 Z 2 DSGVO bestimmt, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung nicht sensibler Daten dann nicht verletzt sind, wenn der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt. § 4 Z 14 DSGVO definiert die Zustimmung als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Eine wirksame Zustimmung kann demnach nur vorliegen, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen. Nur dann kann davon gesprochen werden, dass er der Verwendung seiner Daten in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall zustimmt (4 Ob 28/01y = SZ 74/52). Soweit daher personenbezogene Daten und Daten über Art und Häufigkeit der Nutzung der von der beklagten erbrachten Leistungen an „beauftragte Unternehmen“ weitergegeben werden, widerspricht dies dem Datenschutzgesetz. Für den Konsumenten ist nicht erkennbar, an wen und wofür die Daten weitergegeben werden. Die

Klausel 17 ist daher in ihrem Satz 2 unzulässig. Für die sinngleiche Klausel 26 gilt Entsprechendes. Im Übrigen enthalten die beiden Klauseln keinen Hinweis auf das in § 8 Abs 1 Z 2 DSG verankerte Widerrufsrecht.

Klausel 18 (7.1), 19 und 20 (7.2)

Klausel 4 (1.1.7):

Die Zulässigkeit einer Mindestvertragsdauer ist in der Entscheidung des OGH zu 6 Ob 69/05y unter dem Gesichtspunkt des § 15 KSchG behandelt worden. Die Schutzbestimmung des § 15 KSchG, die den Verbraucher vor schwer auflösbaren, überlangen Vertragsbindungen schützen soll, erfasst Verträge über wiederkehrende Leistungen von beweglichen körperlichen Sachen, Energie oder wiederholte Werkleistungen eines Unternehmers (Wartungsverträge, Serviceverträge, Entsorgungsverträge), wenn der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichtet ist (RIS-Justiz RS0114187). Bei einer Mindestvertragslaufzeit von 12 Monaten ist diese Vertragsbindung noch nicht unangemessen lang. Hingegen ist für den Verbraucher nicht eindeutig erkennbar, wann diese Mindestvertragsdauer tatsächlich endet. Die Formulierung, wonach die Mindestvertragsdauer anteilig den Monat der Freischaltung zuzüglich 12 Kalendermonate umfasse (Klausel 18), ist für den Verbraucher nicht verständlich. Es ist für den Konsumenten nach mehreren Monaten Vertragslaufzeit unter Umständen auch nicht mehr verifizierbar, an welchem Tag die Freischaltung erfolgt ist. Die Klausel widerspricht § 6 Abs 3 KSchG.

Die Klauseln 19, 20 (7.2) und 4 enthalten für den Fall eines Wechsels oder einer Verkleinerung des Abonnements einen neuerlichen Beginn der 12-monatigen Bindungsfrist. Diese Klauseln sind für den Konsumenten nachteilig. Es ist nicht erkennbar, weshalb in diesem Fall dem Kunden eine derartige Bindungsfrist – erneut – aufgebürdet werden soll. Mit den Klauseln muss der Konsument nicht rechnen. Sie sind für ihn überraschend und nachteilig gemäß § 864a ABGB.

Klausel 21 (7.4):

„Kündigt Sky das Abo nach entsprechender Abmahnung im Fall sonstiger Leistungspflichtverletzungen des Abonnenten oder Fristsetzung zur Nacherfüllung im Fall des Zahlungsverzugs, ist der Abonnent zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes statt der Leistung in Höhe der Abobeiträge bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin abzüglich

einer fünfprozentigen Abzinsung verpflichtet.“

Es erschließt sich für den Konsumenten weder, in welchem Fall er zu einem Schadenersatz verpflichtet werden kann noch ist für ihn nachvollziehbar, in welcher Höhe er mit diesem Schadenersatz zu rechnen hat. Es kann dem Verbraucher nicht zugemutet werden, finanzmathematische Abzinsungsrechnungen anzustellen. Die Klausel ist überdies in ihrer Gesamtheit für den Kunden unverständlich und daher unzulässig.

Klausel 22 (7.5):

Es wird auf die Ausführungen zu den Klauseln 8-10 oben verwiesen. Die Zusendung vertragsrelevanter Informationen „an seine E-Mail-Adresse“, kann in Zusammenschau mit dem ersten Teilsatz nur jene E-Mail-Adresse gemeint sein, die der Konsument bei Vertragsabschluss selbst angegeben hat. Insofern muss der Verbraucher damit rechnen, dass der Unternehmer mit ihm per E-Mail in Kontakt treten kann. Im Unterschied zu den Klauseln 8-10 trifft die Klausel 22 nur jene Kunden, die bereits über einen E-Mail-Zugang verfügen und diesen von sich aus angegeben haben. Hier wird keine Adresse automatisch generiert, die der Konsument nur über die Homepage der Beklagten erreichen kann. Von seiner bereits vor Vertragsabschluss bestehenden E-Mail-Adresse hat er jedenfalls Kenntnis, weshalb die Klausel nicht überraschend und nachteilig für den Konsumenten ist.

Klausel 23 (8.1):

Gemäß § 6 Abs 2 Z2 KSchG ist für Vertragsübernahmen die Zustimmung der im Vertrag verbleibenden Partei zum Wechsel der anderen erforderlich. Ein Übergang sämtlicher Rechte und Pflichten aus dem Abovertrag ist ohne Zustimmung des Konsumenten nicht zulässig. Soweit die Beklagte vorbrachte, das im Einzelfall Hinweise der Beklagten erfolge, ist noch nicht davon auszugehen, dass die Klausel tatsächlich im Einzelnen mit dem Konsumenten ausgehandelt wurde. Die Klausel widerspricht § 6 Abs 2 Z2 KSchG und ist demnach unzulässig.

Klausel 24 (9.1):

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass salvatorische Klauseln gegenüber Verbrauchern grundsätzlich unzulässig sind (RIS-Justiz RS0122045).

Klausel 25 (9.2):

Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind Vertragsbestimmungen nichtig, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Unternehmer weist den Verbraucher fristgerecht auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hin und hat dem Verbraucher zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist eingeräumt.

Nur solche Erklärungsfiktionsvereinbarungen sind gültig, bei denen sich der Unternehmer zugleich verpflichtet, den Verbraucher rechtzeitig auf die Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen und ihm eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung einzuräumen. Dabei muss konkret gesagt werden, wann auf die Bedeutung des Verhaltens hinzuweisen ist und welche Frist für die ausdrückliche Erklärung eingeräumt wird (*Krejci* in Rummel³, KSchG § 6 Rz 44).

An einer solchen Frist zur Abgabe einer Erklärung durch den Konsumenten mangelt es der Klausel 25, die lediglich von der „von Sky gesetzten Frist“ spricht. Die Klausel widerspricht daher § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

Zum Veröffentlichungsbegehren:

Die Beklagte bietet ihre Leistungen österreichweit an Konsumenten an. Gemäß § 30 KschG iVm § 25 UWG so hat das Gericht der obsiegenden Partei auf Antrag zuzusprechen, dass das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen ist. Voraussetzung ist, dass die obsiegende Partei daran ein berechtigtes Interesse hat. Art und Umfang der Urteilsveröffentlichung richtet sich gemäß § 25 UWG einerseits nach der Wirkung des Gesetzesverstoßes und andererseits nach den aufzuklärenden Verkehrskreisen. Die beantragte Veröffentlichung in der „Kronen Zeitung“ als auflagenstarkes bundesweites Printmedium ist angesichts des großen betroffenen Personenkreises notwendig.

Kostenentscheidung:

Die klagende Partei ist mit 21 von 26 Klauseln durchgedrungen. Das Obsiegensquote beträgt demnach rund 80 %. Die beklagte Partei hat der klagenden Partei 60 % ihrer Vertretungskosten und 80 ihrer Barauslagen zu ersetzen. Die klagende Partei hat der beklagten Partei 20 % ihrer Barauslagen zu ersetzen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO.

Handelsgericht Wien, Abteilung 22
Wien, 11. Juni 2012
Mag. Christiane Kaiser, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG: