



RECHTSANWÄLTE
DR. KOSESNIK-WEHRLE
DR. LANGER

-5. Jan. 2006

EINGELANGT

Republik Österreich

FRIST: *Kal. 1.2.06*

1030 Wien, Marxergasse 1a

Tel.: 01/51 528 - 0

Fax: 01/51 528 - 576

Bitte nachstehende Geschäftszahl

in allen Eingaben anführen:

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a

10 Cg 95/05h

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Friedrich Kulka in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG, 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, wider die beklagte Partei **Hutchison 3G Austria GmbH**, Gasometer C, Guglgasse 12/10/3 vertreten durch Mag.Dr. Bertram Burtscher, RA, 1010 Wien, Seilergasse 16, wegen Unterlassung (EUR 21.500,-) und Urteilsveröffentlichung (EUR 4.500,-; Gesamtstreitwert: EUR 26.000,-) nach öffentlicher, mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

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

1.) „Mitarbeiter und Erfüllungsgehilfen von 3 sind nicht bevollmächtigt, individuelle Vereinbarungen mit dem Kunden zu treffen oder abweichende Bedingungen des Kunden zu akzeptieren. Für Verbraucher gilt diese Einschränkung nur, wenn 3 auf den Anmeldeformularen darauf hinweist. § 10 Abs 3 KSchG bleibt davon unberührt.“

2.) „Sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, erfolgt die Freischaltung des Kunden spätestens 14 Tage nach Vertragsabschluss.“

3.) „Ein allenfalls noch vorhandenes Restguthaben verfällt mit Ende der Vertragslaufzeit, außer der Kunde begehrt Rückforderung desselben. Dies kann frühestens mit Ablauf von 12 Monaten nach dem letzten Ladevorgang für einen Zeitraum von 6 Monaten begehrt werden. Macht der Kunde hiervon keinen Gebrauch, wird dies als Verzicht des Kunden auf Auszahlung des Restguthabens gewertet und verfällt das Guthaben dann unwiderruflich. Macht der Kunde sohin innerhalb des angegebenen Zeitraums sein Rückforderungsrecht nicht geltend, verzichtet er auf die Auszahlung seines Restguthabens. 3 stellt für die Bearbeitung der Rückerstattung eine Gebühr in Rechnung, deren Höhe der Tarifübersicht (gemäß Punkt 20.1. iVm den Punkten 8.4 und 8.5 der AGB) zu entnehmen ist.“

4.) „Das Risiko des Missbrauchs, des Verlustes oder Diebstahls der Wertkarte bzw. des sonstigen, die Verfügungsmöglichkeit über das Guthaben enräumenden oder symbolisierenden Gegenstandes trägt - soweit dieses Risiko nicht in der Sphäre von 3 liegt - der Kunde nach Maßgabe der Bestimmung des Punktes 20.3 der AGB.“

5.) „Außerdem ist 3 berechtigt, bei betrieblicher oder technischer Notwendigkeit (insbesondere, wenn Änderungen durch die Regulierungsbehörde gemäß § 64 bzw. § 65 TKG erfolgen, die dem Kunden zugewiesenen Nummerierungs- und Adressierungselemente zu ändern, sofern dies dem Kunden zumutbar ist, insbesondere, weil es sich um eine geringfügige und sachlich gerechtfertigte Änderung handelt; geringfügige, sachlich gerechtfertigte und dem Kunden zumutbare technische Änderungen vorzunehmen, die keine Änderung des Services an sich darstellen (zB wählt andere

Lieferanten von Inhalten oder nimmt Anpassungen in Zusammenstellung, Auswahl und Umfang von Inhalten vor).“

6.) „Ausdrücklich weist 3 darauf hin, dass mobile Services auf der Nutzung von Funkwellen beruhen und die entsprechenden Netzabdeckungs-Karten nur durchschnittliche Vorhersagewerte über deren Ausbreitung darstellen können. Die tatsächlichen Empfangsverhältnisse hängen von einer Vielzahl von Einflüssen ab, die teilweise außerhalb der Kontrolle von 3 liegen (z.B.: bauliche Gegebenheiten von Gebäuden, Abschattung durch andere Gebäude oder geographische und atmosphärische Gegebenheiten). Deswegen kann 3 auch bei grundsätzlich vorhandener Netzabdeckung die Verfügbarkeit des Services dort, wo diese durch außerhalb von 3 liegende Einflüsse beeinträchtigt ist, insbesondere z.B. in Gebäuden, nicht garantieren.“

7.) „3 kann nicht gewährleisten, dass sämtliche Software (gemäß Punkt 14.1 dieser AGB) in Verbindung mit anderer vom Kunden verwendeter Software fehlerfrei funktioniert bzw sonst allen Anforderungen des Kunden genügt. [...] 3 leistet keine Gewähr, dass die Software gänzlich fehlerfrei ist. 3 verpflichtet sich jedoch zur Gewährleistung für die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften von Software. “

8.) „Der Kunde stellt sicher, dass sonstige Services oder Inhalte Dritter, die nur für Personen ab einem bestimmten Mindestalter geeignet sind (z.B. Teilnahme an Glückspiel oder Wetten), nicht von Personen unter diesem Mindestalter benutzt werden. Für die Inanspruchnahme der Dienste haftet der Kunde gemäß Punkt 20.3 der AGB.“

9.) „Die Entgelte sind der Preisliste von 3 zu entnehmen, die bei den Verkaufsstellen von 3 oder im Internet unter www.drei.at eingesehen werden können und auf Anfrage zugeschickt werden. 3 ist berechtigt, diese Entgelte gemäß der

Punkte 8.4. und 8.5 der AGB anzupassen, insbesondere wenn sich Parameter ändern, die nicht im Einflussbereich von 3 liegen."

10.) „Bei Zahlung mittels Zahlschein ist 3 berechtigt, dem Kunden ein angemessenes Bearbeitungsentgelt laut Preisliste (gemäß Punkt 8.4 und 8.5 iVm Punkt 20.1 dieser AGB) zu verrechnen.“

11.) „Wird der Vertrag vor Ablauf dieses Zeitraums durch außerordentliche Kündigung seitens 3 oder durch einvernehmliche Auflösung beendet, dann ist vom Kunden mit Vertragsbeendigung ein Restentgelt zu bezahlen. Berechnung des Restentgelts: fixes Entgelt, das bei aufrechtem Vertrag für die Zeit zwischen vorzeitiger Vertragsbeendigung und Ende des Kündigungsverzichtes angefallen wäre.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind;

und der klagenden Partei die mit € 5.249,48 (darin € 783,08 an USt und € 166,40 an Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

II.) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den stattgebenden Teil des über diese Klage ergehenden 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 zu veröffentlichen.

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

Außer Streit steht, dass die beklagte Partei Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG ist. Die beklagte Partei ist zu FN 198077s im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien protokolliert. Die Beklagte betreibt die Mobiltelefonie und bietet ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet an; sie tritt insbesondere unter den Marken „3“ bzw. „drei“ auf.

Außer Streit steht auch, dass Empfangsstörungen durch bauliche, geographische und atmosphärische Gegebenheiten kaum innerhalb der Kontrolle der Beklagten liegen, da diese weder einen Einfluss auf Bautätigkeit hat, noch kurzfristige atmosphärisch bedingte Schwankungen der Serviceverfügbarkeit der Sphäre der Beklagten zugerechnet werden können. Weiters, dass weder die Auswahl der für Mobilfunk gewidmeten Frequenzbereiche noch deren physikalische Ausbreitungseigenschaften in bebautem Gebiet in der Disposition der Beklagten liegen, sodass es auch im grundsätzlich versorgten Gebiet immer Abschattungen und „Funklöcher“ gibt.

Der Kläger beehrte nach Modifizierung wie im Spruch ersichtlich und richtete sich mit der Verbandsklage zudem gegen die drohende Verwendung von weiteren sinnvollen gesetzwidrigen Klauseln. Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und beantragte Klageabweisung, weil keine unmittelbare Verwendung drohe, auch Ersatzklauseln derzeit nicht verwendet und weder in gedruckter Form noch online existieren würden. In Erwiderung auf das Vorbringen der Beklagten in ihrer Klagebeantwortung brachte der Kläger mit vorbereitendem Schriftsatz vom 29.9.2005 noch vor, dass aufgrund der Anzeige bei der Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH die Verwendung der AGB in der angezeigten Fassung drohe und der Kläger daher einen Unterlassungsanspruch habe, da konkrete Besorgnis einer drohenden Rechtsverletzung

bestehe. Weiters seien die derzeit verwendeten AGB nach wie vor auf der Website der Beklagten veröffentlicht und würden Verträgen mit Verbrauchern zugrundegelegt, obgleich die Beklagte mit Schreiben vom 22.6.2005 eine Unterlassungserklärung bezüglich der ursprünglich inkriminierten Klauseln abgegeben und somit die Gesetzwidrigkeit der Klauseln zugestanden habe. Infolge dessen erweiterte der Kläger sein Klagebegehren um zwei Eventualbegehren, weil der Unterlassungsanspruch bezüglich der AGB in der Fassung der bedingten Unterlassungserklärung in Anbetracht der Wiederholungsgefahr nach § 28 KSchG und im Hinblick auf die konkret angekündigte drohende Verwendung der inkriminierten Klauseln bestehe. Die Beklagte brachte im vorbereitenden Schriftsatz vom 30.09.2005 vor, dass das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission, in dem die Beklagte der TKK ihre geänderten AGB gemäß § 25 TKG angezeigt habe, am 26.9.2005 abgeschlossen worden sei, wobei die TKK beschlossen habe, keinen Widerspruch gegen die AGB der Beklagten zu erheben. Die Beklagte gehe davon aus, dass aufgrund der fundierten Rechtsansicht der TKK als Kollegialbehörde, dass Klagebegehren des VKI im Ergebnis nicht berechtigt sei.

Im vorbereitenden Schriftsatz vom 20.10.2005 bestritt die Beklagte das Vorbringen des Klägers zur Gänze und führte aus, dass keine Wiederholungsgefahr gegeben sei und deshalb auch die Klagslegitimation entfalle. Die zuletzt sowie im August 2005 und im Juni 2005 angezeigten AGB seien nicht sinngleich mit den ursprünglich eingeklagten AGB vom März 2005. Auch übersehe die Klägerin, dass der Beklagten bezüglich der Zugrundelegung der inkriminierten AGB bei Neuabschlüssen eine Aufbrauchsfrist bis 14.10.2005 eingeräumt sei. Am 14.10.2005 habe die Beklagte die inkriminierten AGB auch von der Homepage entfernt und aus dem Verkehr gezogen.

Am 4.11.2005 erstattete der Kläger Replik, in der er das Vorbringen der Beklagten bestritt. Ob die AGB mit den ursprünglichen AGB sinngleich seien, sei nicht für die AGB als solche, sondern für die einzelnen Klauseln zu beurteilen, auch

habe der Verbandskläger Anspruch auf das Verbot sinngleicher Klauseln, außerdem sei die Unterlassungserklärung zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr ungenügend, da die definierten „Ersatzklauseln“ sehr wohl „sinngleich“ seien. Auch sei keine Vereinbarung einer Aufbrauchsfrist zustande gekommen, da die Beklagte keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Infolge modifizierte der Kläger das Begehren durch Anpassung jener Klauseln an die von der Beklagten aktuell verwendete Version gegenüber der von der Beklagten zuletzt konkret angekündigten Version.

Zur Rechtswidrigkeit der einzelnen Klauseln bzw. den behaupteten Verstößen in Richtung § 28 KSchG hat der Kläger ein umfangreiches Vorbringen erstattet, das überwiegend Rechtsausführungen enthält; diese Rechtsausführungen werden in der rechtlichen Beurteilung dieses Urteils wiedergegeben.

Weiters hat die Beklagte ausführlich zu den einzelnen Klauseln Stellung genommen, wobei diese Ausführungen überwiegend rechtlicher Natur sind und deshalb ebenfalls in der rechtlichen Beurteilung dieses Urteils wiedergegeben werden.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die Urkunden Beilage ./A (Ausdruck der AGB der Website der Beklagten vom 15.9.2005), ./1 (Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten), ./2 (Schreiben des Klägers vom 25.5.2005), ./3 (Schreiben des Beklagtenvertreters vom 20.6.2005), ./4 (Schreiben des Klägers vom 21.6.2005), ./5 (Unterlassungserklärung der Beklagten), ./6 (Netzabdeckungskarte der Beklagten), ./7 (Anzeige an die RTR), ./8 (angezeigte Fassung der AGB), ./9 (Schreiben der RTR GmbH vom 27.9.2005), ./10 (AGB in der von der TKK genehmigten Fassung), ./11 (Hansen/Neumann, Wirtschaftsinformatik 1, 260) und ./12 (Gutachten des Sachverständigen Prof. Dipl.-Ing.

Herbert Schild im Verfahren 9 C 686/04 d des BG für Handelssachen Wien) sowie durch Einvernahme der Zeugin Mag. Tina Philipp.

Sachverhalt:

Der Kläger hat mit Abmahnschreiben vom 25.5.2005 (Beilage ./2) insgesamt 20 Klauseln der AGB der Beklagten (Beilage ./A) beanstandet. Mit Schreiben der Beklagten vom 20.6.2005 (Beilage ./3) ist angekündigt worden, Punkt 3.2 der AGB ersatzlos zu streichen und die Punkte 2.2, 3.6, 7.2, 7.4, 7.5, 8.2, 14.2, 17.1, 18.1, 20.1, 20.10, 22.2, 23.1 der AGB in geänderter Fassung zu verwenden. Der Kläger sah es im folgenden Schreiben (Beilage ./4) für inakzeptabel an, dass die Abgabe einer Unterlassungserklärung mit der „Anerkennung“ neuer Klauseltexte durch den VKI verbunden wird und forderte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung. Eine solche wurde von der Beklagte mit Schreiben vom 22.6.2005 (Beilage ./5) hinsichtlich der ursprünglich inkriminierten Klauseln übermittelt, wobei die Beklagte jedoch bei jeder einzelnen Klausel keine unbedingte Unterlassungsverpflichtung abgab, sondern bei allen Klauseln Einschränkungen bzw. Modifizierungen, zu denen sie ihrer Ansicht nach Berechtigt sei, vornahm. Daraufhin zeigte die Beklagte die beabsichtigten Änderungen der AGB der Regulierungsbehörde zur Freigabe gemäß § 25 TKG an (Beilage ./7 und ./8). Das Verfahren vor der TKK zu G 70/05 wurde am 26.9.2005 durch Unterbleiben eines Widerspruches seitens der TKK hinsichtlich der letzten Fassung auch abgeschlossen (Beilage ./9). Die „Interimsversionen“ standen bei der Beklagten niemals in Verwendung, sie wurden gegenüber dem Letztverbraucher niemals verwendet und auch nicht gebraucht und nicht veröffentlicht (Zeugenaussage Tina Philipp). Gegen die aktuellen AGB (Beilage ./10) der Beklagten

liegen keine Widersprüche vor. Die Formulierung der Klauseln in dieser letzten Fassung ist mit den ursprünglich eingeklagten identisch, jedoch sinnähnlich.

Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich eindeutig und zweifelsfrei aus den Außerstreitstellungen sowie den vorgelegten unbedenklichen Urkunden und den klaren und widerspruchsfreien Aussagen der Zeugin Philipp.

Rechtliche Beurteilung:

Zu den streigegenständlichen Klauseln im Einzelnen gilt folgendes:

1.) Der Kläger vertritt die Ansicht, dass die Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG verstosse, da eine Beschränkung der Vollmacht nur wirksam sei, sofern sie dem Verbraucher bewußt sei, was tatsächliches Wissen erfordere. Zudem sei die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, da sie dem Verbraucher nicht klar zu verstehen gebe, dass die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden könne.

Auch bleibe dem Verbraucher der Zusammenhang zwischen der Klausel und § 10 Abs 3 KSchG im Hinblick auf den angeschlossenen zweiten Teil unklar, es ändere sich für den Verbraucher nichts.

Ferner gestehe die Beklagte die Gesetzeswidrigkeit offensichtlich selbst zu, da die inkriminierte Klausel in der angezeigten Fassung nicht mehr verwendet werde. In der Fassung der Unterlassungserklärung sei die Klausel ebenso gesetzeswidrig, da der Konsument überhaupt nicht über die

Einschränkung aufgeklärt worden sei. Auch sei die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der in der ursprünglichen AGB verwendeten Klausel nach wie vor aufrecht, da die Beklagte nur eine bedingte bzw. eingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Weiters drohe durch Abschluss des Verfahrens vor der RTR die Verwendung der AGB in der von der TKK genehmigten Fassung.

Die Beklagte hat entgegnet, dass die Regulierungsbehörde im Zuge des Verfahrens gemäß § 25 TKG die neuerliche Einfügung des ursprünglich verwendeten Teils der Klausel vorgeeschlagen habe, den der VKI als KSchG-widrig beurteilt hatte „Für Verbraucher gilt diese Einschränkung nur, wenn 3 auf den Anmeldeformularen darauf hinweist. § 10 Abs 3 KSchG bleibt davon unberührt.“

Angesichts dieser divergierenden Meinungen habe die Beklagte die Klausel 2.2 neuerlich kritisch in Hinblick auf deren Verzichtbarkeit in den AGB hinterfragt und sei zum Entschluss gekommen, den gesamten Punkt 2.2. der AGB zu streichen um den Bedenken beider Behörden Rechnung zu tragen. Hinsichtlich der ursprünglichen Klausel habe die Beklagte eine Unterlassungserklärung abgegeben, sodass es an der Klagslegitimation fehle, selbiges gelte für die AGB in der angezeigten Fassung.

Die Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG, da die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Klausel so genau umschrieben sein müssen, dass für den Verwender der AGB kein ungerechtfertigter Beurteilungsspielraum bleibt, was im Hinblick darauf, dass der Konsument das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale nicht oder nur schwer überprüfen kann, weil es sich um weitgehend interne Unternehmensdaten des Unternehmers handelt, der Fall ist, sodass die Klausel über das Ziel hinausschießt, da das Bestimmtheitsgebot nicht gewahrt ist.

Auch liegt ein Verstoß gegen das Richtigkeitsgebot vor, da die Rechtslage insofern verschleiert oder undeutlich dargestellt

wird, als nach § 10 Abs 3 KSchG die Verbindlichkeit von mündlichen Zusatzerklärungen von Unternehmern und deren Vertretern zum Nachteil des Verbrauchers keinesfalls ausgeschlossen werden kann.

2.) Nach Ansicht des Klägers seien gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Vertragsbestimmungen unverbindlich, nach denen sich der Unternehmer eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist ausbedinge, während deren er einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen könne oder während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden sei. Weiters sei die Klausel überraschend für den Verbraucher iSd § 864a ABGB, da er in der Regel die Freischaltung innerhalb weniger Stunden erwarte. Insbesondere gelte dies für die ursprünglich inkriminierte Klausel. Wie die Beklagte selbst zugestanden habe, solle die Freischaltung in relativ kurzer Zeit erfolgen. Ob die Rundfunk & Telekom Regulierungs GmbH die Frist der Freischaltung von 14 Tagen beanstandet habe sei für die gerichtliche Überprüfung nicht entscheidend.

Die Beklagte hat ausgeführt, dass entgegen der Ansicht des Klägers diese Frist angemessen und auch aus technischen Gründen erforderlich sei, da sich die gegenständliche Bestimmung auch auf Freischaltungen nach Sperrern oder in Zusammenhang mit einer Rufnummernportierung bezieht und die Freischaltezeiten in diesen Fällen gewöhnlich 14 Tage betrage. Da AGB alle in Betracht kommenden Fälle abdecken und allgemein gehalten sein sollen, könne die Beklagte die Frist nur so wählen, dass sämtliche Varianten einer Freischaltung umfasst seien. Die Beklagte bestreite ausdrücklich, dass die Frist von 14 Tagen nicht angemessen sei.

Entsprechend § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sind überlange oder nicht hinreichend bestimmte Lieferungsfristen unzulässig. Weiters können unangemessene bzw nicht hinreichend bestimmte Bedingungen und Vereinbarungen den Verbraucher noch

unzumutbarer an den Vertrag ketten, als dies unangemessene Fristen, wie z.B. eine Annahme- oder Ablehnungsfristen tun. Auch in Anbetracht der Argumentation der Beklagten, dass mit der Wahl der Frist „sämtliche Varianten einer Freischaltung umfasst seien“ ist von einer nicht hinreichend bestimmten Formel auszugehen.

3.) Der Kläger hat geltend gemacht, der kurze Verfall des Guthabens sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Da die Parameter, an die sich eine Preisänderung knüpfen soll, nur völlig generalklauselartig und daher nicht dem § 6 Abs 1 Z 1 KSchG genügend umschrieben seien, verstoße die Bestimmung zudem gegen das Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Zudem widerspreche die Klausel § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, da die Klausel nur auf die geltende Tarifübersicht hinweist und somit die gesetzlichen Voraussetzungen einer Entgelterhöhung nicht vorliegen. Auch habe der OGH in der Entscheidung vom 18.8.2004, 4 Ob 112/04 f die Unzulässigkeit von Verfallsklauseln bei Wertkartenhandyverträgen im wesentlichen darin erkannt, dass all jene von der Beklagten ins Treffen geführten Leistungen, die sie auch für denjenigen erbringt, der innerhalb der Gültigkeitsdauer des erworbenen Wertkartenguthabens nicht soviel als höchstzulässig vereinbart aktiv telefoniert und daher sein Guthaben nicht (zur Gänze) verbraucht, sie - abstrakt und im Durchschnitt betrachtet - in gleicher Weise für jene Kunden erbringt, die durch die Aktivtelefonate ihr Guthaben verbrauchen. Rechtsverlust durch Zeitablauf trete vielmehr durch Verjährung ein und damit erst nach drei Jahren.

Die Beklagte hat entgegnet, dass der Guthabensverfall aus Sicht des Mobilfunkbetreibers eine notwendige Konsequenz aus der Löschung einer nicht mehr genutzten Rufnummer sei, da dem Mobilfunkbetreiber, auch wenn der Kunde gar keine Leistungen mehr in Anspruch nimmt, Kosten entstehen würden, darüber hinaus ein innerbetrieblicher Verwaltungsaufwand, da die

Nummer keinem neuen Nutzer zugewiesen werden könne. Die Ausführungen des Klägers, dass die Klausel § 6 Abs 1 Z 5 KSchG widerspreche, da sie „generalklauselartig das Recht einräume, für die Bearbeitung eine Gebühr in Rechnung zu stellen“, sei nicht richtig, da durch den Verweis auf Punkt 20.1 iVm 8.4 und Punkt 8.5 der AGB sichergestellt sei, dass der Kunde über die Höhe der Gebühr Bescheid wisse und diese nur unter festgelegten Voraussetzungen geändert werden könne. Auch verlange das Transparenzgebot nicht, dass sämtliche Bedingungen in den AGB ausdrücklich wiedergegeben werden, sondern lediglich, dass dem Verbraucher das Vereinbarte klar und verständlich mitgeteilt werde. Es sei nicht der Fall, dass wesentliche Vertragsbestimmungen nicht wiedergegeben werden und sich statt dessen ein Verweis auf dem Verbraucher nicht oder nur schwer zugängliche Texte finde, da die Tarifübersicht aufliege, im Internet einsehbar sei und auf Anfrage zugeschickt werde. Die Trennung von AGB und Tarifübersicht sei gängige Praxis und ermögliche es, neue Tarifmodelle oder Entgelte für neue Services einzuführen, ohne dabei jedes Mal die gesamten AGB neu zu drucken.

Ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG ist jedenfalls anzunehmen, da von einer unangemessenen Vertragsgestaltung auszugehen ist, weil sich der Unternehmer eine kürzere Bindungsfrist ausbedingt, als er sie dem Verbraucher zugesteht, was aus dem Satz „Dies kann frühestens mit Ablauf von 12 Monaten nach dem letzten Ladevorgang für einen Zeitraum von 6 Monaten begehrt werden.“ hervorgeht. Die Klausel steht zudem im Widerspruch zu § 6 Abs 1 Z 5 KSchG als die Rückerstattungsgebühr im Sinne einer einseitigen Entgelterhöhung weder vereinbart, klar nachvollziehbar noch sachlich gerechtfertigt ist. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt demgemäß vor, da einer für sich allein allenfalls durchaus klaren und verständlichen Klausel die Sinnhaftigkeit fehlt, wenn zusammenhängende Regelungen und ihre nachteiligen Effekte deshalb nicht erkennbar werden, weil

die einzelnen Teile an versteckten oder nur schwer miteinander in Zusammenhang zu bringenden Stellen, etwa in verschiedenen Klauseln, geregelt sind. Weiters sind Verfallsregelungen dem bürgerlichen Recht grundsätzlich fremd, sodass Rechtsverlust durch Zeitablauf vielmehr durch Verjährung eintritt und damit selbst bei den von der kurzen Verjährung betroffenen Rechten erst nach drei Jahren. Die Klausel ist somit auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

4.) Der Kläger hat geltend gemacht, es liege ebenso ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vor, da dem Kunden der Zusatz: "*soweit dieses Risiko nicht in der Sphäre von 3 liegt*" nicht verständlich sei.

Nach der Judikatur zum Transparenzgebot solle dem Kunden die Möglichkeit gegeben werden, sich aufgrund der AGB über seine Rechte und Pflichten ausreichend informieren zu können. Auch werde der Vertragskunde nicht auf bestimmte Rechtsfolgen hingewiesen, sodass für ihn unklar bleibe, welches Risiko in der Sphäre der Beklagten liege. Die Klausel verstosse gegen das Gebot der Erkennbarkeit und der Verständlichkeit, woran auch der Einschub in der angezeigten Fassung nichts ändern könne. Mit dem Schreiben vom 22.6.2005 habe die Beklagte die Gesetzwidrigkeit der inkriminierten Klausel auch zugestanden.

Die Beklagte hat dem entgegengehalten, dass die Auffassung der Unverständlichkeit nicht geteilt werden könne, da die Formulierung keineswegs so sei. Eine detaillierte, taxative Darstellung der Fälle, in denen das Risiko die Beklagte trifft, würde aufgrund der zu erwartenden Lückenhaftigkeit viel eher die Rechte der Verbraucher einschränken als die von der Beklagten vorgeschlagene Regelung.

Die Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da es dem Kunden möglich sein soll, sich aus den AGB zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Die Bestimmung ist aber

nicht so klar und verständlich formuliert, dass der Verbraucher nicht Gefahr läuft, über die sich für ihn aus der Regelung ergebenden Rechtsfolgen getäuscht oder zumindest im Unklaren gelassen zu werden. Das Klarheitsgebot ist lediglich dann gewahrt, wenn Überraschungen, Mißverständnisse und Zweifel in Gestaltung und Formulierung der Klausel vermieden werden. Es ist auch deshalb von einem Verstoß auszugehen, da die einzelnen Teile an „nur schwer miteinander in Zusammenhang zu bringenden Stellen, etwa Klauseln, geregelt sind“ (6 Ob 16/01y).

5.) Der Kläger hat ausgeführt, der Hinweis: "*§ 6 Abs 2 Z 3 KSchG bleibt von dieser Bestimmung unberührt*" sei jedenfalls intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, insb., weil die Bestimmung gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verstosse und der alleinige Hinweis nicht über Rechtsfolgen aufzuklären vermag. In die Klausel der angezeigten Fassung habe die Beklagte noch den Zusatz, "*insbesondere, weil es sich um eine geringfügige und sachlich gerechtfertigte Änderung handelt*" beigefügt, wobei die Beklagte zum Teil den Gesetzeswortlaut des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG übernehme. Eine einseitige Änderung der Telefonnummer durch die Beklagte sei dem Verbraucher aber nie zumutbar, sodass die Klausel in jedem Fall § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verletze. Darüber hinaus verweise die Beklagte unter anderem auf § 65 Abs 6 Z 2 TKG, wobei auf diese Voraussetzung in den AGB gerade nicht Bezug genommen werde und insbesondere das Leistungsänderungsrecht der Beklagten nicht auf diese Fälle beschränke. Auch der Verweis in der Klausel auf §§ 64 bzw. 65 TKG und auf § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verstoße zudem gegen § 6 Abs 3 KSchG. Zudem habe die Beklagte mit Schreiben vom 22.6.2005 die Gesetzwidrigkeit der Klausel anerkannt. In der neuesten Fassung sei der Satz "*§ 6 Abs 2 Z 3 KSchG bleibt von dieser Bestimmung unberührt.*" gestrichen worden. Da die Klausel nunmehr die tatbestandsmäßigen Anforderungen des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG berücksichtige, ergebe sich die Gesetzwidrigkeit noch

daraus, dass technische Änderungen dem Verbraucher bei einer Ex-ante Beurteilung nicht zumutbar seien. Ein weiterer Verstoß gegen das Transparenzgebot ergebe sich daraus, dass die Klausel zudem nur die unbestimmten Gesetzesbegriffe übernehme.

Die Beklagte hat entgegengehalten, der Kläger übersehe, dass Nummerierungs- und Adressierungspläne gemäß § 64 iVm § 65 Abs 6 TKG von der Regulierungsbehörde jederzeit aus technischen oder betrieblichen Belangen geändert werden können. Es müsse daher auch dem Mobilfunkbetreiber, der die Rufnummer an den Endkunden vergibt, möglich sein, in bestimmten Fällen Nummerierungs- und Adressierungselemente zu ändern, um seine Verpflichtungen gegenüber der Regulierungsbehörde zu erfüllen. Da die Bestimmung somit nicht gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verstoße, könne auch der Hinweis auf diese Gesetzesbestimmung nicht intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG sein. Selbiges gelte für den Verweis auf §§ 64 bzw 65 TKG, da dieses Zitat lediglich dazu diene, den Verbraucher über das in den AGB bereits ausreichend Geregelter hinaus auf ohnehin geltende Gesetzesstellen aufmerksam zu machen, wodurch dem Verbraucher erkennbar werde, dass Änderungen aufgrund von Vorgaben durch die Regulierungsbehörde möglich seien, wobei die Gründe hierfür für das Verhältnis zwischen der Beklagten und dem Verbraucher nicht entscheidend seien. Ein Gesetzeszitat in AGB stelle lediglich dann einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar, wenn die zitierte Stelle dem Verbraucher nicht oder nur schwer zugänglich sei oder sich aufgrund des Verweises die Bedeutung der Regelung nicht klar und verständlich entnehmen lasse.

In Abstimmung mit der TKK sei die Beklagte aber der Forderung des Klägers nachgekommen und habe den Verweis auf § 6 Abs 2 Z 3 KSchG gestrichen. Änderungen von Adressierungs- und Nummerierungselementen seien jedenfalls nicht unzulässig und dem Verbraucher unzumutbar.

Der Umstand, dass eine Leistungsänderung nur geringfügig ist, reicht für sich allein ebenso wenig aus, die Leistungsänderung zumutbar zu machen, wie der Umstand der sachlichen Rechtfertigung, wobei umfassende und vage Änderungsklauseln eine Unzumutbarkeit indizieren und Vorbehalte, um rechtswirksam zu bleiben, möglichst genau umschrieben und konkretisiert sein müssen. Die Aufnahme von Vertragsbestimmungen in AGB stellt auch kein individuelles Aushandeln dar, da es auf das Aushandeln mit dem konkret betroffenen Verbraucher ankommt. In diesem Sinne ist die Klausel, die den Unternehmer ermächtigt, eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig zu ändern nichtig iSd § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil sich die Beklagte damit generell und unbeschränkt einseitige Leistungsänderungen vorbehält.

Ferner ist die Zumutbarkeit an die subjektive Interessenlage des konkret betroffenen Verbrauchers gebunden. Die Klausel aber berechtigt - wenn sie im kundenfeindlichsten Sinn ausgelegt wird (zur Maßgeblichkeit der Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn im Verfahren über eine Verbandsklage s 7 Ob 170/98w = SZ 72/12) - auch zu Änderungen des Einzelvertrags.

6.) Der Kläger hat geltend gemacht, hinsichtlich der Eigenschaften einer Leistung iSd §§ 922 ff ABGB sei davon auszugehen, dass die Leistung die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften bzw. jene der Leistungsbeschreibung aufweise, wobei diesfalls insbesondere die Netzabdeckungskarte der Beklagten zu betrachten sei. Die Klausel wolle Gewährleistungsrechte dort ausschließen, wo zwar aufgrund der Netzabdeckungskarte problemloser Empfang der Dienste von 3 als möglich dargestellt, aus tatsächlichen Gründen ein Empfang nur schlecht oder gar nicht möglich sei.

Die Klausel wolle genau diese Gewährleistung ausschließen und verstoße damit gegen § 9 KSchG. Weiters sei die Klausel für den Konsumenten überraschend iSd § 864a ABGB, da dieser auf die Richtigkeit der Netzabdeckungskarte vertrauen werde.

Zuletzt sei die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, da die Klausel dem Kunden verschleierte, wofür Gewähr geleistet werde bzw. gegen die oben genannten Normen verstoße. Auch der in der angezeigten Fassung der Klausel eingefügte Zusatz „*wo diese durch außerhalb der Kontrolle von 3 liegende Einflüsse beeinträchtigt ist*“ ändert nichts an der Gesetzeswidrigkeit der Klausel, da Gewährleistungsansprüche verschuldensunabhängig seien. Sofern die Beklagte den problemlosen Empfang der Dienste der Beklagten zum Inhalt des Vertrages - durch die Netzabdeckungskarte - mache, habe sie auch dafür Gewähr zu leisten. Auch sei die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, da im Falle der Unmöglichkeit die Preisgefahr auf den Kunden überwälzt werden solle. Die Klausel in der genehmigten Fassung entspreche derjenigen der angezeigten Fassung. Das auf Seite 3 der Beklagten fett hervorgehobene Wort „*teilweise*“ mache für die rechtliche Beurteilung keinen Unterschied.

Die Beklagte hat darauf entgegnet, die Beklagte schließe keine Gewährleistung für in der Netzabdeckungskarte als versorgt angegebene Gebiete aus, sondern weise lediglich darauf hin, dass auch innerhalb dieser Gebiete Schwankungen möglich seien. Es werden daher keine Eigenschaften ausgeschlossen, die im allgemeinen vorhanden sind, sondern es werden lediglich unvermeidbare Mängel aufgezeigt, mit denen der Kunde üblicherweise rechnen muss und nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch tatsächlich rechnet. Zudem könne die Klausel nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sein, zumal es sich nicht um die Unmöglichkeit der Leistung handle, da es dem Kunden nie grundsätzlich unmöglich wäre, Leistungen der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Aus dem selben Grund könne die Klausel auch nicht gegen § 864a ABGB oder § 6 Abs 3 KSchG verstoßen, da der Kunde nicht mit einer derartig überspitzten Gewährleistung rechne.

Insofern sei für Leistungen die nicht geschuldet werden keine Gewähr zu leisten, da die Netzabdeckungskarte eine bloße

Leistungsbeschreibung darstelle, die klarstellen würde, mit welchen Mängeln der Verbraucher zu rechnen habe. Indizien für Leistungsbeschreibungen, die § 9 KSchG umgehen, seien unter anderem folgende: die ausgeschlossene Eigenschaften seien in der Regel tatsächlich gegeben und der Leistungsgegenstand weise in der Regel tatsächlich nicht jene Mängel auf, welche die Leistungsbeschreibung in Aussicht stelle, was gerade hier aber nicht der Fall wäre. Zudem sei eine uneingeschränkte Empfangsgarantie für Innenbereiche von Gebäuden gänzlich unmöglich, da Netzabdeckungskarten lediglich grobe Darstellungen seien, die naturgemäß nur für den Bereich im Freien gelten.

Die Klausel ist überraschend nachteilig iSd § 864a ABGB, da die gewöhnliche Voraussetzung einer Eigenschaft davon abhängt, ob der Erwerber nach der Verkehrsauffassung annehmen konnte, dass sie vorhanden sei, wobei es nicht darauf ankommt, was der Erklärende wollte, sondern darauf, was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung schließen durfte. Mangelt es an einer konkreten Zusage einer bestimmten Beschaffenheit des Kaufguts, darf der Käufer gemäß § 922 ABGB darauf vertrauen, dass die Sache die gewöhnlich vorausgesetzten, also verkehrüblichen Eigenschaften hat.

Es ist daher von einer Nichtigkeit nach § 9 KSchG auszugehen, da Gewährleistungsvorschriften sich aus dem Zurückbleiben der als Erfüllung hingegebenen gegenüber der vertraglich geschuldeten Leistung erklären, wobei eine Leistung mangelhaft iS des § 922 ABGB ist, wenn sie qualitativ hinter dem Geschuldeten, dh dem Vertragsinhalt, zurückbleibt. Die Beklagte schuldet nicht nur das Bemühen, bestmögliche Erreichbarkeit sicherzustellen und die Ausfälle und Störungen schnellstmöglich zu beheben, sondern sie hat die angebotenen Dienste zu leisten und Lieferungen zu erbringen. Der Kunde darf erwarten, dass die Beklagte sämtliche zumutbaren Vorkehrungen trifft, um Ausfälle zu verhindern. (4 Ob 98/04x).

7.) Der Kläger hat diese Klausel als Verstoß gegen § 9 KSchG und gegen § 864a ABGB gerügt und als eine Einschränkung der Gewährleistung dargestellt, da davon ausgegangen werden könne, dass die von der Beklagten zur Verfügung gestellte Software mit der üblicherweise sonst verwendeten Software kompatibel sei. Die Klausel müsse auch als überraschend und nachteilig im Sinn des § 864a ABGB angesehen werden, da nicht damit gerechnet werden müsse, dass in den AGB die Kompatibilität ausgeschlossen werde. Zwar führe die Beklagte umfangreich aus, welche Eigenschaften bei der Lieferung von Software gewöhnlich vorausgesetzt werden, wofür die Beklagte im jeweiligen Einzelfall Gewähr zu leisten habe, sei aber nicht Gegenstand des Verbandsverfahrens, denn auch der Konsument rechne natürlich damit, dass er ein gänzlich fehlerfreies Produkt erhalte.

Nach Ansicht der Beklagten übersehe der Kläger, dass die Gewährleistung von Software eine Sonderstellung innerhalb der üblichen Gewährleistungsklauseln darstelle, da es lediglich theoretisch möglich sei, mängelfreie Software iSd § 918 ABGB zu erstellen. Dies bedeute, dass für die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften von Software Gewähr geleistet werden müsse, nicht aber für Eigenschaften, die weder gewöhnlich vorausgesetzt werden, noch den ordnungsgemäßen Gebrauch der Software verhindern. Da jede Software nach der allgemeinen Lebenserfahrung kleine Fehler enthalte, stelle die Klausel iSd weder einen Verstoß gegen § 864a ABGB noch gegen § 9 KSchG dar. Entgegen der Ansicht des Klägers sei es im gegenständlichen Verfahren relevant, für welche Eigenschaften von Software die Beklagte Gewähr zu leisten habe, da für Leistungen die nicht geschuldet werden, auch keine Gewähr zu leisten sei. Völlige Fehlerfreiheit sei keine gewöhnliche Eigenschaft, da es unmöglich sei, auch ein relativ einfaches Informationssystem vollständig zu testen, sodass die Fehlerfreiheit nachgewiesen werden könne. Ebenso könne das

korrekte Funktionieren der zugrundeliegenden Komponenten nicht garantiert werden, sodass die Gewährleistungsrechte der Verbraucher nicht eingeschränkt würden.

Auch wenn die Software für eine Vielzahl von Anwendungsmöglichkeiten konzipiert worden ist und nicht jeden denkbaren Anwendungsfall in allen Einzelheiten berücksichtigen kann, ist dafür Gewähr zu leisten, dass die Software mit der Leistungsbeschreibung übereinstimmt. Ein Verstoß gegen § 9 KSchG ist jedenfalls darin zu erblicken, als die Gewährleistungsansprüche von Verbrauchern seit jeher nach dem KSchG nur geringfügig beschränkt werden dürfen und ansonsten unabdingbar sind.

8.) Der Kläger hält die Bestimmung unter Berufung auf § 879 Abs 3 ABGB für sittenwidrig, weil ungeachtet dessen, dass der OGH von der „Zweivertrags-Theorie“ ausgehe, die Bestimmung offenbar eine Haftung für Verträge Minderjähriger statuieren wolle, da es dem Anschlussinhaber einerseits unmöglich sein werde, zu kontrollieren, ob Services oder Inhalte Dritter, nicht von Personen unter einem bestimmten Mindestalter benutzt werden. Des weiteren werde der Anbieter sich selbst darum zu kümmern haben, dass Services nur jenen zugänglich gemacht werden können, auf die sie ausgerichtet sind. Nach Ansicht des Klägers handle es sich um einen rechtsunerheblichen Hinweis, wobei die Beklagte aber übersehe, dass im Verbandsverfahren immer die konsumentenfeindlichste objektive Auslegung der Vertragsbedingungen heranzuziehen sei, sodass die allfällige Absicht der Beklagten für die Beurteilung der Gesetzmäßigkeit nicht relevant sei. Durch den Zusatz in der angezeigten Fassung der AGB widerspreche die Beklagte auch ihrer eigenen Argumentation, denn durch die Haftung des Kunden solle ausdrücklich eine Rechtsfolge vereinbart werden.

Die Beklagte hat entgegnet, der Beklagten sei selbstverständlich bekannt, dass eine derartige Bestimmung

aufgrund der Zweivertragstheorie keine Haftung begründen könne, und beabsichtige mit dieser Bestimmung einen bloß rechtsunerheblichen Hinweis zum Zweck des Schutzes und der Aufklärung des Kunden. Die Bestimmung habe daher lediglich Feststellungscharakter und könne nach Ansicht der Beklagten auch keine Rechtsfolgen nach sich ziehen. Die Ausführung des Klägers, dass die Ansicht, die Klausel könne keine Rechtsfolgen nach sich ziehen, in Zusammenhang mit dem Verweis auf Punkt 20.3 der AGB, der ausdrücklich eine Haftung vorsehe, nicht haltbar sei, sei unrichtig, da sich Punkt 17.8 der AGB lediglich auf sonstige Services oder Inhalte Dritter beziehe, die nur für Personen ab einem bestimmten Mindestalter geeignet seien. Punkt 20.3 sehe aber nur eine Haftung vor, wenn die Nutzung durch den Minderjährigen mit dem Einverständnis oder Wissen des Kunden ermöglicht würde, sodass eine mit der höchststrichterlichen Judikatur (1 Ob 244/02 t) im Einklang stehende Haftung, nicht aber eine generelle Haftung für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten durch Minderjährige zu erblicken sei.

„Unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles“ folgt aus § 879 Abs 3 ABGB eine Nichtigkeit der Klausel jedenfalls bezüglich eines Verstoßes gegen die guten Sitten, insbesondere im Hinblick auf eine Haftung für Verträge Minderjähriger. Da von einer mit dem Einverständnis des Kunden oder seinem Wissen erfolgenden Nutzung durch Minderjährige von „darüberhinausgehende Leistungen“ als von 3 zur Verfügung gestellte Services nicht zu rechnen sein wird, kommt eine allfällige durch die Bestimmung 20.3 der AGB konstituierte Haftung für Services oder Inhalte Dritter, die sich auf ein bestimmtes Mindestalter beziehen, von vornherein nicht in Betracht.

9.) Der Kläger hat ausgeführt, dass unabhängig von § 25 TKG Entgeltänderungen den Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu genügen haben. In der Klausel seien die Parameter, an die

sich eine Preisänderung knüpfen solle, nur völlig generalklauselartig umschrieben, da die Beklagte nur „insbesondere Terminierungsentgelte anderer Betreiber oder Roaming-Gebühren von Vertragspartnern im Ausland, oder Steuern und Gebühren“ aufzähle und daher nicht klar und deutlich die maßgeblichen Umstände für eine Preiserhöhung umschreibe. Bezüglich sonstiger Umstände lasse sie den Konsumenten im unklaren („insbesondere“). Auch sei der Umfang der Preiserhöhung nicht vorausbestimmt, wobei die ursprünglich inkriminierte Klausel nicht einmal die Regelung enthalte, dass die Umstände vom Willen der Beklagten unabhängig sind. Zudem sei die Bestimmung intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Mit der Unterwerfungserklärung habe die Beklagte die Gesetzwidrigkeit bereits zugestanden, dennoch werde die Klausel nach wie vor von der Beklagten verwendet. Im Vergleich zur angezeigten Fassung sei in der genehmigten Fassung die Wortfolge „insbesondere Terminisierungsentgelte anderer Betreiber oder Roaming-Gebühren von Vertragspartnern im Ausland, oder Steuern und Gebühren“ gestrichen und vor das Wort „insbesondere“ (wenn sich Preisparameter ändern) eingefügt, sodass die neueste Fassung in noch stärkerem Ausmaß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstosse, da die maßgeblichen Umstände für eine Preiserhöhung noch weniger umschrieben werden. Zudem werde die gesetzliche Voraussetzung der sachlichen Rechtfertigung nicht berücksichtigt.

Die Beklagte hat erwidert, dass ein allgemeiner generalklauselhafter Hinweis in der gegenständlichen Klausel nicht enthalten sei, da eine Preisanpassung lediglich dann möglich sei, wenn sich Steuern, Gebühren oder nicht von der Beklagten beeinflussbare Preisparameter ändern. Eine noch detailliertere Beschreibung sei nicht möglich und dem Unternehmer auch nicht zumutbar, da sonst die Einführung von völlig neuartigen Abgaben und Entgelten Dritter keine Möglichkeit zur Preisanpassung bieten würden. Zudem verlange auch der Zweck des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG keine genauere

Umschreibung der maßgeblichen Umstände. Auch sei der Umfang der Preiserhöhung in der beanstandeten Klausel vorausbestimmt, da § 6 Abs 1 Z 5 lediglich verlange, dass dem Verbraucher die Art und Weise der Preiserhöhung einsichtig werde, was der Fall sei, da die Beklagte berechtigt wäre, Entgelte zu ändern, wenn sich Preisparameter ändern würden, die nicht in ihrem Einflussbereich liegen. Damit sei auch der Umfang der Anpassung vorgegeben, da die von einem Dritten vorgenommene Preisänderung ausschlaggebend sei, die im selben Verhältnis an einen Verbraucher weitergegeben werde. Die Klausel sei daher auch nicht intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Eine auch für die Zukunft geltende taxative Aufzählung sei nicht möglich, da Entwicklungen für den Betreiber nicht vorhersehbar seien. Die Beklagte sei aber der Aufforderung der TKK nachgekommen und habe folgenden Teil gestrichen *„insbesondere Terminierungsentgelte anderer Betreiber oder Roaming-Gebühren von Vertragspartnern im Ausland, oder Steuern und Gebühren.“* Die Beklagte schließe sich aber der Ansicht der TKK an, dass die gegenständliche Bestimmung auch ohne ausdrücklichen Verweis auf einzelne Preisparameter keinen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Nach § 25 TKG 2003 sind Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten berechtigt, ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen zu ändern. Die Änderungen sind vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Eine Frist von „mindesten einen Monat“, wie in Punkt 8.4. festgelegt, entspricht somit nicht dem § 25 TKG.

Nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ist eine Vertragsbestimmung nicht verbindlich, nach der dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmtes Entgelt zusteht, es sei denn, dass die für die Erhöhung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben sind und

ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt. Diese Voraussetzungen sind aber durch den bloßen Verweis auf den "jeweils gültigen Tarif" nicht gegeben, weshalb die Klausel 20.1 der AGB nichtig ist, da die Bestimmung den Zweck verfolgt, den Konsumenten vor einseitigen und für ihn nicht nachvollziehbaren Preiserhöhungen seitens eines Unternehmers zu schützen (2 Ob 190/01g). Vom Unternehmenswillen unabhängige Umstände sind etwa Gesetzesänderungen, behördliche Verfügungen, neue Kollektivvertragslöhne, Änderungen behördlich bestimmter Tarife (Krejci in: Rummel³, KSchG, § 6 Rz 87). Innerbetriebliche Umstände können eine Preiserhöhung aber nicht rechtfertigen.

Eine Bestimmung in AGB, wonach „Änderungen der Konditionen vorgenommen werden (können), wenn sich die den diesbezüglichen Leistungen zugrunde liegenden Kosten“ verändern, ist für den Verbraucher auch deshalb unzulässig, weil sie keine Verpflichtung zur Entgeltsenkung vorsieht (Langer in: KSchG - Manz Kurzkommentar, § 6 Rz 30).

10.) Der Kläger hat ausgeführt, die beanstandete Klausel sei gesetzwidrig und zudem intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, da die Beklagte in der „Ersatzklausel“ nach wie vor auf die iSd § 6 Abs 1 5 KSchG gesetzwidrige Preisanpassungsklausel verweise. Auch nehme die inkriminierte Klausel auf die gesetzlichen Umstände, die eine Preisänderung ermöglichen würden nicht Bezug, woran auch der zusätzliche Verweis in der angezeigten Fassung nichts ändern würde.

Dem hat die Beklagte entgegengehalten, dass die gegenständliche Klausel keinen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG darstellen könne, da es sich um keinen allgemein gehaltenen generalklauselartigen Hinweis handle.

Bezüglich der Nichtigkeit von Punkt 20.10 der AGB sei auf die Ausführungen betreffend der vorangehenden Bestimmung verwiesen. Durch den bloßen Verweis auf den "jeweils gültigen

Tarif" sind die Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht gegeben. Insbesondere innerbetriebliche Dispositionen können eine derartige Preiserhöhung nicht rechtfertigen.

Es ist auch von einem Verstoß gegen das Transparenzgebot iSd § Abs 3 KSchG auszugehen, da die einzelnen Teile an „nur schwer miteinander in Zusammenhang zu bringenden Stellen, etwa Klauseln, geregelt sind“ (6 Ob 16/01y).

11.) Nach Ansicht des Klägers ist die Regelung gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, da eine Kündigung des Verbrauchers innerhalb eines aufrechten Kündigungsverzicht bei „*einvernehmlicher Auflösung*“ - somit bei Annahme der Kündigung des Verbrauchers, welcher sich allenfalls hinsichtlich des Kündigungsverzichts in einem Irrtum befindet, durch die Beklagte dazu führen solle, dass der Verbraucher zwar keine Leistung von der Beklagten beanspruchen könne, dennoch aber das Entgelt, das bei aufrechem Vertrag für die Zeit zwischen vorzeitiger Vertragsbeendigung und Ende des Kündigungsverzichts angefallen wäre, zu entrichten habe.

Weiters sei die Bestimmung überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB, da der Kunde nicht erwarte, bei einvernehmlicher Lösung vom Vertrag einseitig noch zu weiteren Leistungen verpflichtet zu sein. Wie die Beklagte selbst darstelle, sei sie nur dann zu einer „*einvernehmlichen Auflösung*“ des Vertrages bereit, wenn der Kunde das zu leistende Grundentgelt bis zum Ende des Kündigungsverzichts bezahle. Zudem sei den Konsumenten nicht bewußt, dass die Mindestvertragsdauer eine Gegenleistung für die gewährten Vorteile darstelle.

Die Beklagte hat geltend gemacht, dass zum Einen im Fall einer einvernehmlichen Kündigung das Einvernehmen aktiv hergestellt werden müsse, wobei selbstverständlich auch ein Hinweis auf das zu leistende Grundentgelt erfolge. Zum Anderen sei allgemein bekannt, dass die beim Abschluss von Mobilfunkverträgen marktübliche Mindestvertragsdauer die Basis und Gegenleistung für sämtliche dem Kunden gewährten Vorteile

darstelle. Der Kunde rechne sehr wohl damit, dass er bei Kündigung vor Ablauf dieser Mindestdauer zumindest die Grundgebühr bis zum frühestmöglichen Kündigungstermin leisten, oder Vorteile refundieren müsse. Die Klägerin führe aus, dass der Kunde das Entgelt zu entrichten habe, dass bei aufrechem Vertrag für die Zeit zwischen vorzeitiger Vertragsbeendigung und Ende des Kündigungsverzichts angefallen wäre, zu entrichten habe, dafür aber keine Gegenleistung beanspruchen könne. Richtigerweise gehe es dem Kunden nicht um eine Beanspruchung von Leistungen, sondern um eine einvernehmliche Beendigung, sodass der Umstand, dass der Kunde keine Gegenleistung mehr beanspruchen könne, nicht gröblich benachteiligend sei.

Im Rahmen der Geltungskontrolle einer Vertragsklausel nach § 864a ABGB kommt es neben der objektiven Ungewöhnlichkeit auf den subjektiven Überraschungseffekt der Klausel an. Die Bestimmung muss von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweichen, sodass er nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht rechnen musste (Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt).

Im Zweifel gereicht bei zweiseitig verbindlichen Geschäften eine undeutliche Äußerung demjenigen zum Nachteil, der sich der Äußerung bedient, dh: sie formuliert hat.

In diesem Sinne ist nicht davon auszugehen, dass der Kunde erwartet bei einer „einvernehmlichen Auflösung“ noch zu weiteren Leistungen verpflichtet zu sein.

Bei der Inhaltskontrolle von AGB nach § 879 Abs 3 ABGB ist in beweglicher Beurteilung einerseits auf die sachliche Rechtfertigung und den Grad der Abweichung vom dispositiven Recht als dem gesetzlich vorgeschriebenen Interessenausgleich, andererseits auf das Ausmaß der „verdünnten Willensfreiheit“ des Vertragspartners abzustellen, sodass im Hinblick auf Punkt 25.2 der AGB von einem erheblichen Mißverhältnis von Rechten und Pflichten des Verbrauchers auszugehen ist.

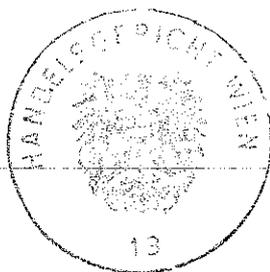
Es ist von Wiederholungsgefahr auszugehen, da die Beklagte ihre Vorgangsweise im Prozess verteidigt, weiterhin ein Recht zu diesem Verhalten behauptet und somit zu erkennen gibt, dass es ihr um die Vermeidung weiterer Eingriffe nicht ernstlich zu tun ist. Im übrigen kann hinsichtlich des Vorliegens der Wiederholungsgefahr auf das zutreffende Vorbringen des Klägers verwiesen werden.

Die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten besteht ebenfalls zu recht, da dieser Anspruch auf § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 bis 7 UWG beruht; da die Beklagte im gesamten Gebiet der Republik Österreich tätig ist, war auch eine österreichweite Veröffentlichung als im berechtigten Ausmaß zuzusprechen.

Da der Kläger mit dem Hauptbegehren obsiegt hat, war es nicht mehr erforderlich auf das Eventualbegehren näher einzugehen.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 41 Abs 1 ZPO.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 10, am 30.12.2005



Dr. Friedrich Kulka
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: