



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofrätinnen und Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hoch, Dr. Kalivoda, Mag. Dr. Wurdinger und Mag. Malesich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei UPC Telekabel Wien GmbH, 1120 Wien, Wolfganggasse 58-60, vertreten durch Knoflach-Kroker-Tonini & Partner Rechtsanwälte GesbR in Innsbruck, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revisionen der klagenden und der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 21. Februar 2012, GZ 4 R 498/11a-13, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 26. Mai 2011, GZ 19 Cg 7/11t-7, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Den Revisionen wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.217,57 EUR (darin enthalten 203,23 EUR an USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Beklagte bietet Verbrauchern Leistungen im Bereich Internet/Telekommunikation/Kabelfernsehen an. Die Bestellungen können im Internet mit dort abrufbaren Formularen erfolgen. Im Zuge des Bestellvorgangs hat der Kunde unter anderem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

(AGB) der Beklagten, die Gegenstand des Verfahrens sind und die strittigen Klauseln enthalten, zu akzeptieren. Die Bestellung wird vom elektronischen System der Beklagten nur dann nicht weiter bearbeitet, wenn der Kunde einen Wohnort in Kärnten angibt. Ansonsten nimmt die Beklagte das Anbot an. Die Ausführung der Leistung erfolgt nicht durch die Beklagte selbst, sondern durch lokale Konzernunternehmen.

Der **Kläger** begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, die in der Klage wörtlich angeführten oder sinngleiche Klauseln in ihren AGB und/oder Vertragsformblättern zu verwenden und sich darauf zu berufen. Weiters begehrt er die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten in einer Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“.

Die **Beklagte** beantragt die Klagsabweisung. Die Klauseln seien nicht gesetzwidrig. Das Veröffentlichungsbegehren sei nicht angemessen.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren hinsichtlich der Klauseln 1 bis 6, 8, 9, 11 bis 22 ohne Festsetzung einer Leistungsfrist statt und verpflichtete die Beklagte zur Urteilsveröffentlichung. Hinsichtlich der Klauseln 7 und 10 wies es das Begehren ab. Die Klagsabweisung hinsichtlich der Klausel 10 erwuchs in Rechtskraft.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Klägers keine Folge. Über Berufung der Beklagten änderte es das Ersturteil hinsichtlich der Klausel 22 (im klagsabweisenden Sinn) und hinsichtlich der Leistungsfrist (Festsetzen einer Viermonatsfrist für die Verwendung der AGB) ab. Es bestätigte die Klagsstattgebung hinsichtlich der

Klauseln 1 bis 6, 8, 9, 11 bis 21 und des Veröffentlichungsbegehrens sowie die Klagsabweisung hinsichtlich der Klausel 7.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei, weil teils Klauseln zu beurteilen seien, zu denen noch keine Judikatur bestehe und die für eine größere Anzahl von Kunden von erheblicher Bedeutung seien.

Gegen die Abweisung des Begehrens hinsichtlich der Klauseln 7 und 22 sowie gegen die Einräumung einer Leistungsfrist für die Verwendung der verbotenen Klauseln richtet sich die Revision des Klägers mit einem Abänderungsantrag.

Gegen den klagsstattgebenden Teil wendet sich die Revision der Beklagten mit einem Abänderungsantrag, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die **Revisionen** sind zulässig, sie sind aber nicht berechtigt.

Allgemeine Grundsätze:

Bei der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (7 Ob 78/06f, RIS-Justiz RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205).

Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Verstößt eine Vertragsbestimmung gegen die Vorschrift des § 864a ABGB, gilt der Vertrag ohne sie. Auf

ihren Inhalt kommt es nicht an. Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein „Überrumpfungseffekt“ innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Neben dem Inhalt ist auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstexts maßgebend (4 Ob 5/08a; 8 Ob 93/08x; 6 Ob 241/07w je mwN; RIS-Justiz RS0014659). Sie darf im Text nicht derart „versteckt“ sein, dass sie der Vertragspartner - ein durchschnittlich sorgfältiger Leser - dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte (6 Ob 57/08p, 4 Ob 5/08a mwN). Erfasst sind alle dem Kunden nachteilige Klauseln. Eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234).

Gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Durch diese Bestimmung wurde - wie in einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB und Vertragsformblätter abzustellen, liegt in der zwischen den

Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeengt, muss er sich doch zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 78/06f mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht ist unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umgesetzt und damit das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsformblättern zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis der für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert

werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (7 Ob 173/10g, 1 Ob 131/09k; vgl auch zu: klares Bild über die vertragliche Position verschaffen: RIS-Justiz RS0115217 [T8]; RS0115219 [T9]; zu: Gebot der Vollständigkeit: RIS-Justiz RS0115217 [T12] = RS0115219 [T12]; zu: verlässliche Auskunft über Rechtsposition: RIS-Justiz RS0115217 [T14]). Auf die für den Verbraucher ungünstigste Auslegung wird im Verbandsprozess auch deshalb abgestellt, weil befürchtet wird, dass der einzelne Verbraucher die wahre Rechtslage und die ihm zustehenden Rechte nicht erkennt und sich daher auch nicht auf diese beruft (*Koziol*, Auslegung und Beurteilung der Sittenwidrigkeit von AGB-Klauseln im Verbandsprozess in RdW 2011/70, 67; vgl auch *P. Bydlinski*, Thesen zur praktischen Handhabung des „Transparenzgebots“ [§ 6 Abs 3 KSchG] in JBl 2011, 141).

Zu den Klauseln im Einzelnen, wobei sich die erste Nummerierung am Klagebegehren, die zweite an jener in den AGB orientiert.

Klausel 1:

3.3. Bei Fernabsatzgeschäften haben Sie kein Rücktrittsrecht, wenn wir mit der Ausführung der Dienstleistung vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen ab Vertragsabschluss begonnen haben.

Der **Kläger** bringt vor, die Klausel verstoße gegen § 5d Abs 2 Z 1 KSchG, wonach der Verbraucher vor der Vereinbarung über die vorzeitige Ausführung der Dienstleistung über den damit verbundenen Entfall des Rücktrittsrechts aufzuklären sei.

Die **Beklagte** hält dem entgegen, dass die Bereitstellung zu einem vereinbarten Termin, spätestens jedoch innerhalb von vier Wochen ab Vorliegen der vom Kunden zu erbringenden Voraussetzungen erfolge. Damit sei sich der Kunde im Klaren darüber, dass er, wenn mit der Leistungserbringung vereinbarungsgemäß binnen sieben Tagen begonnen werde, kein Rücktrittsrecht habe.

Das **Erstgericht** erachtete die Klausel als unzulässig. Die Aufklärung gemäß § 5d Abs 2 Z 1 iVm § 5f Z 1 KSchG habe vor der Vertragserklärung des Verbrauchers unter Beachtung des Transparenzgebots zu erfolgen. Die Klausel suggeriere zu Unrecht, dass das Rücktrittsrecht allein durch diese Klausel ausgeschlossen sei. Sie sei daher intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG.

Das **Berufungsgericht** bestätigte die Entscheidung. Auch wenn die Klausel dem Text des § 5f Z 1 KSchG entspreche, sei sie doch unvollständig und vermittele dem Verbraucher ein unzutreffendes Bild seiner vertraglichen Position. Sie sehe nämlich den Entfall des Rücktrittsrechts bei jeglichem vereinbarten frühzeitigem Leistungsbeginn selbst in Fällen vor, in denen dies nicht zutreffe, weil vor der Vereinbarung der vorzeitigen Leistungserbringung ein Hinweis an den Verbraucher auf die damit verbundene Rechtsfolge unterblieben sei.

Der Verbraucher muss bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung unter anderem über das Bestehen eines Rücktrittsrechts, außer in den Fällen des § 5f KSchG informiert sein (§ 5c Abs 1 Z 6 KSchG). Weiters muss der Verbraucher rechtzeitig während der Erfüllung des Vertrags, spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung, eine schriftliche Bestätigung der in § 5c Abs 1 Z 1 bis 6 KSchG genannten

Informationen erhalten, soweit ihm diese nicht bereits vor Vertragsabschluss schriftlich erteilt wurden. Der schriftlichen Bestätigung (Informationserteilung) steht eine solche auf einem für den Verbraucher verfügbaren dauerhaften Datenträger gleich (§ 5d Abs 1 KSchG). Dem Verbraucher sind zudem rechtzeitig Informationen über die Bedingungen und die Einzelheiten der Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 5e KSchG einschließlich der in § 5f Z 1 KSchG genannten Fälle schriftlich oder auf einem für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger zu übermitteln (§ 5d Abs 2 Z 1 KSchG). Der Verbraucher hat kein Rücktrittsrecht bei Verträgen über Dienstleistungen, mit deren Ausführung dem Verbraucher gegenüber vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen ab Vertragsabschluss begonnen wird (§ 5f Z 1 KSchG).

Nach den Gesetzesmaterialien (ErIRV 1998, BlgNR XX. GP, 27) werde für eine erfolgreiche Berufung des Unternehmers auf den Ausschlussgrund (hinsichtlich des Rücktritts) vorauszusetzen sein, dass der Verbraucher die Vereinbarung über die vorzeitige Ausführung entsprechend informiert getroffen habe. Darauf nehme § 5d Abs 2 Z 1 KSchG Bedacht. Die Bestimmung verlange, dass der Verbraucher „rechtzeitig“ eine Belehrung über die Bedingungen und die Einzelheiten der Ausübung des Rücktrittsrechts erhalten müsse. Der Verbraucher müsse also vor der Vereinbarung einer vorzeitigen Ausführung sowohl über sein Rücktrittsrecht im Einzelnen als auch über die Konsequenzen seiner Zustimmung (Entfall des gesetzlichen Rücktrittsrechts) informiert sein. Ohne eine ausreichende Belehrung und eine wirksame Vereinbarung der Ausführung innerhalb von sieben Werktagen solle dem Verbraucher das gesetzliche Rücktrittsrecht zustehen.

Mit den §§ 5a bis 5j und 31a KSchG wurde die Richtlinie 97/7/EG vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-RL) umgesetzt. Ihr Ziel ist es, den besonderen Risiken des Fernabsatzes zu begegnen. Der angestrebte Schutz der Verbraucher soll insbesondere durch Informationspflichten erreicht werden (4 Ob 18/08p; RIS-Justiz RS0123547). § 5d KSchG soll dem Verbraucher ermöglichen, die für die Abwicklung des Vertrags und für allfällige Streitigkeiten maßgebenden Punkte dauerhaft zu dokumentieren. Die Bestimmung geht daher in Bezug auf die Form der Information über § 5c KSchG (Art 4 Fernabsatz-RL) hinaus (4 Ob 18/08p = RIS-Justiz RS0123553). Die Informationspflichten dienen dem Zweck, klare Verhältnisse zu schaffen. Sie sollen dem Verbraucher auch den Vergleich mit anderen Angeboten erleichtern und ihm eine rationale Entscheidung über den Vertragsabschluss ermöglichen (4 Ob 18/08p = RIS-Justiz RS0123551).

Wie sich aus dem Gesetzestext ergibt, ist die Information über den Rücktritt nach § 5e KSchG einschließlich der Information über den Entfall des Rücktrittsrechts nach § 5f Z 1 KSchG dem Verbraucher rechtzeitig schriftlich oder auf einem für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger zu übermitteln. Rechtzeitig kann in diesem Zusammenhang nur bedeuten, dass die Belehrung dem Kunden zukommt, bevor er sich für eine „vorzeitige“ Lieferung unter Entfall des Rücktrittsrechts oder für eine spätere unter Beibehaltung des Rücktrittsrechts entscheidet. Diese schriftliche Information (Belehrung) ist die Voraussetzung für den Entfall des Rücktrittsrechts nach § 5f Z 1 KSchG (*Hammerl* in *Kosesnik-Wehrle/Hammerl/Kolba/Langer* KSchG³ § 5d Rz 5

und § 5f Rz 2; *Schurr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* in *Klang*³ § 5f KSchG Rz 4; *Kathrein* in *KBB*³ § 5d KSchG Rz 2 und § 5d Rz 10; *Apathy* in *Schwimann*³ § 5f KSchG Rz 2).

Das Argument der Beklagten, die Klausel sei nicht irreführend, weil sie lediglich die Modalitäten des Rücktritts (im Zusammenhalt mit der nicht beanstandeten Klausel 3.1. [die nur auf die grundsätzliche Berechtigung zum Rücktritt im Fernabsatzgeschäft hinweist]) nach §§ 5e und 5f Z 1 KSchG darlege und eine Belehrung über das Erfordernis eines „zusätzlichen Hinweises gemäß § 5d Abs 2 Z 1 KSchG“ in diesem Zusammenhang nicht eigens notwendig sei, ist nicht nachvollziehbar. Wie dargelegt, genügt eben nicht die (allgemeine) Information des Verbrauchers über die Modalitäten des Rücktritts. Es bedarf zusätzlich im Sinn des § 5d Abs 2 KSchG **vor** der Vereinbarung der kurzen Lieferfrist **einer schriftlichen oder einer auf einem für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger dokumentierten** Information über die Bedingungen und Einzelheiten der Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 5e einschließlich § 5f Z 1 KSchG. Der Verbraucher soll über die Konsequenzen der Vereinbarung einer Leistungserbringung vor Ablauf der Rücktrittsfrist informiert sein. Die Beklagte weist aber in der Klausel auf das Erfordernis der gesonderten (qualifizierten) Belehrung nicht hin. Im Fall der Unterlassung dieser Belehrung bleibt das gesetzliche Rücktrittsrecht des Verbrauchers bestehen. Darüber wird der Verbraucher nicht aufgeklärt. Er wird auf Grund der Klausel meinen, dass bereits die Vereinbarung der Leistungsfrist zum Entfall des Rücktrittsrechts führt. Die Klausel ist daher nach § 6 Abs 3 KSchG intransparent.

Klausel 2:

(Unter der Überschrift „5. Vertragsänderungen“

wird in der Klausel 5.1. - vom Kläger unbeanstandet - im Wesentlichen auf § 25 Abs 3 TKG 2003 [in der Folge: TKG] Bezug genommen.)

5.1. ...

Die Information kann auch per E-Mail an die von Ihnen bekannt gegebene E-Mail Adresse oder - falls Sie uns keine E-Mail Adresse bekannt gegeben haben - an die von uns bei Vertragsabschluss über ein Internetprodukt zur Verfügung gestellte E-Mail Adresse erfolgen. Wir weisen Sie im Zuge Ihrer Bestellung nochmals darauf hin.

Der **Kläger** erblickt darin eine Zugangsfiktion und einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Auch wenn bei jedem Internetprodukt der Beklagten zumindest eine E-Mail-Adresse im Leistungsumfang enthalten sei, bedeute dies nicht, dass der Kunde an dieser interessiert sei. Er müsse nicht damit rechnen, an einer von der Beklagten einseitig installierten E-Mail-Anschrift Erklärungen zu erhalten, deren Nichtbeachtung für ihn Rechtsfolgen auslöse. Es handle sich bei der Information nach § 25 TKG um eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Unternehmers. Die Klausel sei auch im Hinblick auf Punkt 5.3. der AGB gröblich benachteiligend, weil sie die Vertragssituation zu Lasten des Verbrauchers verschlechtere. Die Beklagte könne nämlich danach sehr wohl darauf bestehen, dass der Verbraucher Erklärungen per Brief oder Fax sende.

Die **Beklagte** bestreitet, dass hier eine Zugangsfiktion vereinbart sei. Grundsätzlich ergehe die Erklärung an die vom Kunden genannte E-Mail-Adresse. Nur für den Fall, dass er keine bekannt gebe, werde die ihm zugeteilte E-Mail-Adresse verwendet. Die Abgabe von Erklärungen durch E-Mail sei bei auf elektronische Kommunikation ausgerichteten Dienstleistungen üblich und

werde vom Kunden auch erwartet. Der Kunde werde überdies anlässlich des Vertragsabschlusses auf den Umstand, dass vertragsrelevante Kommunikation auch per E-Mail erfolge, ausdrücklich hingewiesen. Gemäß Punkt 5.8. der AGB sei der Kunde verpflichtet, bekannt gegebene oder zugeteilte E-Mail-Anschlüsse stets empfangsbereit zu halten. Auch einem Verbraucher sei zumutbar, im Verkehr mit dem Anbieter elektronischer Dienste für eine elektronische Empfangsmöglichkeit Sorge zu tragen. Eine gröbliche Benachteiligung liege nicht vor.

Das **Erstgericht** verbot die Verwendung der Klausel. Die Zustellung an eine E-Mail-Adresse, die der Kunde womöglich kein einziges Mal in Betrieb genommen und unter Umständen nie gewollt habe, sei ein Verstoß gegen § 864a ABGB.

Das **Berufungsgericht** bestätigte die Klagsstattgebung. Die Änderungsmitteilungen seien nach § 25 Abs 3 TKG aF in geeigneter Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung zu machen. Damit ergebe sich, dass auf Kundenwunsch die Zustellung des Schriftstücks in Papier sichergestellt werden müsse. Die Klausel ziele gegenteilig darauf ab, dass dem Kunden die Zustellung des Schriftstücks in Papier verwehrt werde und rechtserhebliche Zustellungen unabhängig vom Kundenwunsch zwingend mit E-Mail zulässig seien. Damit sei die Klausel nicht bloß gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, sondern darüber hinaus gesetzwidrig.

Im Fall einer Gesetzesänderung bei mehraktigen Schuldverhältnissen und Dauerrechtsverhältnissen, an die eine Dauerrechtsfolge geknüpft ist, sind vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes endgültig und abschließend verwirklichte Sachverhalte nach der bisherigen Rechtslage zu beurteilen,

der in den zeitlichen Geltungsbereich reichende Teil des Dauertatbestands fällt hingegen mangels abweichender Übergangsregelung unter das neue Gesetz (vgl 4 Ob 141/11f; RIS-Justiz RS0008715). Wird also auf Grund eines nach alter Rechtslage verwirklichten Gesetzesverstoßes ein Unterlassungstitel geschaffen, und hat während des Rechtsmittelverfahrens eine Rechtsänderung stattgefunden, ist die Berechtigung eines solchen Gebots auch am neuen Recht zu messen, weil dieses Gebot seinem Wesen nach ein in der Zukunft liegendes Verhalten erfassen soll und nur dann aufrecht bleiben kann, wenn das darin umschriebene Verhalten schon im Zeitpunkt des Verstoßes geboten war und nach neuer Rechtslage weiterhin nicht verboten ist (4 Ob 141/11f).

Am 21. 2. 2012 trat die Novelle zum TKG, BGBl I Nr 102/2011, in Kraft.

Der wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen von AGB ist dem Teilnehmer nunmehr mindestens ein Monat vor In-Kraft-Treten **in schriftlicher Form**, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen (§ 25 Abs 3 TKG nF). Bei Vertragsabschluss muss der Teilnehmer zwischen einer Rechnung in elektronischer Form oder Papierform wählen können. Die Möglichkeit des Teilnehmers, eine **unentgeltliche Rechnung in Papierform** zu erhalten, darf vertraglich nicht ausgeschlossen werden (§ 100 Abs 1 TKG nF). Vor der Novelle war geregelt, dass die Änderungen **in geeigneter Form**, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, zu erfolgen hat (§ 25 Abs 3 TKG aF). Dem Teilnehmer war die Wahlmöglichkeit einzuräumen, den **Einzelentgeltnachweis** auf Verlangen **entgeltfrei in Papierform** zu erhalten (§ 100 Abs 1 TKG aF).

Ohne Zweifel handelt es sich bei der Mitteilung nach § 25 TKG um eine rechtlich bedeutsame Willenserklärung. Durch den Hinweis im Gesetz, dass die auf Änderung der AGB gerichtete Willenserklärung der Beklagten etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung erfolgen kann, ist festgelegt, dass für die Erklärung nach § 25 TKG nichts anderes als für Rechnungen gilt.

Durch die Klausel wird ausschließlich der Beklagten die Wahl eingeräumt („Die Information kann **auch** per E-Mail ...“), auf welchem Weg sie die auf Änderung ihrer AGB gerichtete Willenserklärung dem Verbraucher zukommen lässt, nämlich entweder per Post oder per E-Mail.

Wie zu den Klauseln 14 - 16 noch dargelegt wird, besteht sowohl nach alter als auch nach neuer Rechtslage für den Kunden das Recht, unentgeltlich eine Rechnung in Papierform zu verlangen. Die Rechnungslegung mit E-Mail oder durch Abrufen von einem Online-Kundenbereich nach Verständigung durch E-Mail ist dieser gesetzlichen Vorgabe nicht adäquat. Der Kunde kann daher wie bei Rechnungen auch (kostenlos) eine schriftliche Mitteilung nach § 25 TKG in Papierform verlangen. Dies ist nur konsequent, weil der Mitteilung über die Änderung der AGB (die allenfalls sogar zum Rücktritt des Kunden führen kann) keine geringere Bedeutung zukommt als einer Rechnung. Die Klausel will dieses Recht des Kunden ohne sachlichen Grund ausschließen. Sie ist gröblich benachteiligend.

Der Einwand der Beklagten, mit der Klausel werde keine Zugangsfiktion gemäß § 6 Abs 1 Z 3 KSchG bezweckt, ist im Zusammenhalt mit den Klauseln 4 und 5 nicht verständlich. Die Beklagte will dem Verbraucher eine E-Mail-Adresse (um ihre Diktion zu verwenden: ein gesondertes „Postfach“) aufdrängen und damit - auch gegen

oder ohne seinen Willen - seinen „Machtbereich“ erweitern. Dies ist nicht zulässig. In Klausel 5 wird die von der Beklagten zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse an erster Stelle genannt. Es ist nicht erkennbar, dass sie nur dann Verwendung finden soll, wenn der Kunde keine andere E-Mail-Adresse bekannt gibt. Die Wahl soll vielmehr der Beklagten vorbehalten werden.

Klausel 3:

5.2. Wir können mit Ihnen Änderungen der AGB und EB/LB auch einvernehmlich vereinbaren. In diesem Fall senden wir Ihnen ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen in geeigneter Form (zB auch per E-Mail wie in Punkt 5.1. der AGB angeführt) zu. Gleichzeitig informieren wir Sie über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen.

Unser Angebot zu den neuen bzw geänderten AGB, EB/LB gilt als angenommen, wenn Sie nicht bis spätestens zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widersprechen. Wir weisen Sie in unserem Angebot nochmals auf diese Frist hin sowie darauf, dass Ihr Stillschweigen bis zum Inkrafttreten der Änderung als Zustimmung zur Änderung gilt. Ihr Widerspruch stellt eine kostenlose Kündigung des Vertragsverhältnisses mit Wirksamkeit zum In-Kraft-Treten der Änderung dar.

Der **Kläger** meint, die Klausel suggeriere, der Vertrag könne alternativ zur Änderung nach § 25 TKG auch „einvernehmlich“ geändert werden. Die Klausel umgehe § 25 TKG.

Die **Beklagte** erwidert, die Klausel entspreche der Rechtslage. Der Kunde könne die Änderung entweder stillschweigend vereinbaren oder Widerspruch erheben, was

einer Kündigung nach § 25 TKG entspreche.

Das **Erstgericht** erkannte die Klausel als unzulässig. Die Klausel verweise auf die Klausel 2 und sei aus dem dort genannten Grund gesetzwidrig. § 25 TKG sehe überdies keine Form für die Erklärung des Widerspruchs vor, die Klausel hingegen enthalte eine Frist und das Formerfordernis der Schriftlichkeit.

Das **Berufungsgericht** bestätigte dies. Die Gesetzwidrigkeit der Klausel ergebe sich aus der Verweisung auf Klausel 2. Die Klausel beziehe sich keineswegs nur auf „Individualabreden“, sondern nur auf die von § 25 TKG umfassten standardisierten Vertragsinhalte.

Die Klausel ist schon deshalb unzulässig, weil sie ihrerseits auf eine unzulässige Klausel, nämlich auf Klausel 2, verweist (RIS-Justiz RS0122040).

Abgesehen davon dient die Klausel auch der Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Änderung der AGB nach § 25 TKG aF und nF. Danach sind Änderungen der AGB und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Auch wenn § 25 TKG den Anbieter, was die AGB und Entgeltbestimmungen anlangt, ex lege zu einer einseitigen Vertragsänderung berechtigt (zu TKG aF: 1 Ob 123/09h mwN [kritisch *Schilchegger*, Statuiert § 25 TKG 2003 ein gesetzliches Änderungsrecht? MuR 2010, 287]), so ist diese an bestimmte gesetzliche Formerfordernisse gebunden. Die Klausel will entgegen § 25 Abs 2 TKG aF und nF, dass (nicht näher spezifizierte) Änderungen der AGB auch ohne Einhaltung der Formvorschriften „vereinbart“ werden können.

Dies entspricht nicht der Gesetzeslage. Die Bestimmung kann nur dann ihre Schutzfunktion entfalten, wenn eine abweichende Vereinbarung nichtig ist. Dass sich die Klausel nur auf von § 25 Abs 2 TKG nicht umfasste Individualabreden beziehen soll, lässt sich dem Klauseltext in keiner Weise entnehmen und widerspricht dem verwendeten Begriff „AGB“ und der Einleitung, dass deren Änderungen „auch“ (im Gegensatz zu § 25 Abs 2 TKG) vereinbart werden könne. Die Klausel ist nichtig.

Klausel 4:

5.7. Wenn Sie uns über die Änderung Ihrer Anschrift oder E-Mail Adresse nicht informieren, dann gelten Mitteilungen von uns an Ihre zuletzt bekannt gegebene Anschrift innerhalb von drei Werktagen ab Versanddatum als zugestellt. Eine Mitteilung per E-Mail gilt mit dem Zeitpunkt als zugegangen, an dem diese unter gewöhnlichen Umständen unter der zuletzt bekannt gegebenen E-Mail Adresse abrufbar ist.

Klausel 5:

5.8. Wichtig: Wir können Ihnen rechtlich bedeutsame Mitteilungen auch per E-Mail an die von uns bei Vertragsabschluss zur Verfügung gestellte oder an die von Ihnen bekannt gegebene E-Mail Adresse senden. Wir weisen Sie im Zuge Ihrer Bestellung nochmals darauf hin. Sie sind daher verpflichtet, die von uns bei Vertragsabschluss zur Verfügung gestellte oder die von Ihnen bekannt gegebene E-Mail Adresse in einem solchen Zustand zu halten, dass Sie E-Mails auch abrufen können. Nachteilige Folgen, die daraus resultieren, dass Sie Ihre E-Mails nicht abrufen können, ausgenommen auf Grund technischer Probleme, die wir zu vertreten haben, sind ausschließlich von Ihnen zu tragen.

Der **Kläger** erkennt in den Klauseln eine

verbotene Zugangsfiktion und verweist auf sein Vorbringen zu Klausel 2. Die Bestimmungen seien überraschend, weil sie an dieser Stelle (Vertragsänderung) nicht zu erwarten seien. Es sei auch überraschend, dass der Kunde Änderungen von Anschriften, die er der Beklagten nicht zum Zweck der Zustellung bekannt gegeben habe oder die ihm zugeteilt worden seien, melden müsse. Die Frist von drei Tagen ab Versanddatum sei zu kurz.

Die **Beklagte** erwidert, dass die Zugangsfiktion für den Fall, dass die Anschrift geändert und die Änderung nicht bekannt gegeben worden sei, § 6 Abs 1 Z 3 KSchG entspreche. Die Klausel stehe im Zusammenhalt mit der Verpflichtung des Verbrauchers, die elektronische Zugangsmöglichkeit zu pflegen und aufrechtzuerhalten. Im Verhältnis zu einem Anbieter elektronischer Dienste seien die Klauseln nicht ungewöhnlich. Es müsse möglich sein, dem Kunden rechtlich bedeutsame Erklärungen auch an bestimmte E-Mail-Adressen zu übermitteln. Er habe vorzusorgen, dass ihn betreffende Erklärungen tatsächlich zugehen könnten. Es könne von ihm verlangt werden, seine E-Mails abzurufen. Der Kunde werde auf die nachteiligen Folgen, wenn er Nachrichten nicht abrufe oder nicht abrufen könne, hingewiesen. Er müsse die Klauseln im Abschnitt „Vertragsänderungen“ erwarten. Die Frist von drei Tagen entspreche üblichen Zugangszeiten von Postsendungen.

Das **Erstgericht** erkannte die Klausel aus den zu Klausel 2 dargelegten Gründen für unwirksam. Der weitere Text stehe zwar im Einklang mit § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, eine geltungserhaltende Einschränkung der Klausel sei aber im Verbandsprozess nicht möglich.

Das **Berufungsgericht** legte dar, dass die Klausel in den AGB der Beklagten mit mehr als 20 Punkten und

zahllosen Unterpunkten auf sieben DIN A4-Seiten jeweils in engzeiligem Kleindruck „versteckt“ sei, zumal sie im Punkt 5. (Vertragsänderungen) enthalten sei. Gehe ein Durchschnittskunde das Inhaltsverzeichnis punktweise durch, um sich eine Übersicht über die umfangreichen AGB zu verschaffen, so vermute er allenfalls zu Punkt 1. (Vertragsgrundlagen) oder Punkt 2. (Vertragsabschluss) die allgemeinen Bestimmungen über die Zustellung. Dem Punkt 5. (Vertragsänderung) werde er, weil er gerade erst einen Vertragsabschluss anbahne, kein besonderes Interesse entgegen bringen. Er könne nicht vermuten, dass darin Regelungen über Zugangsfiktionen und zwingende Kontaktmöglichkeiten per E-Mail enthalten seien. Es könne leicht passieren, dass er die allenfalls gar nicht gewünschte (aber inkludierte) E-Mail-Adresse der Beklagten nicht beachte und damit eine Nachschau im von der Beklagten bereitgehaltenem Postfach unterlasse. Die Klausel verstoße überdies gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Der Bestimmung sei immanent, dass dem Unternehmer (bloß) eine Kontaktmöglichkeit an der Kundenanschrift zur Verfügung stehe und diese Kontaktmöglichkeit durch verschwiegene Anschriftänderung verloren gehe. Die Klausel stelle dem gegenüber auf mehrere Kontaktmöglichkeiten ab, nämlich sowohl auf die Kundenanschrift als auch auf die E-Mail-Adresse. Dies berge die Gefahr, dass der Verbraucher der Notwendigkeit, jegliche Änderungen umgehend bekanntzugeben, nicht mehr die erforderliche Beachtung schenke. Der Anschriftwechsel möge ihm nämlich unwesentlich erscheinen, wenn ohnehin regelmäßiger E-Mail-Kontakt bestanden habe, die Änderung der E-Mail-Adresse unwesentlich, wenn der bisherige Geschäftskontakt brieflich an seine Anschrift erfolgt sei. Die

Klausel gehe über die gesetzliche Ausnahmeregel des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG hinaus, weil der Unternehmer die Zugangsfiktion in Anspruch nehmen könne, obwohl ihm die bislang verwendete Kontaktmöglichkeit unverändert zur Verfügung stehe.

Die Klausel 4 ist im Zusammenhalt mit der Klausel 5 zu sehen. Das Berufungsgericht hat ausführlich und überzeugend dargelegt, warum die Klauseln nach § 864a ABGB nichtig sind. Es geht in diesem Zusammenhang nicht um den Inhalt der Klausel, sondern darum, dass der durchschnittliche Kunde in Punkt 5. (Vertragsänderung) nicht Bestimmungen suchen wird, die für den Vertrag allgemein von eminenter Bedeutung sind.

Die AGB bestehen aus einem Vorblatt und sieben Seiten, die zweispaltig, einzeilig und mit kleiner Schrift bedruckt sind. Auf dem Vorblatt findet sich das Inhaltsverzeichnis mit 26 Punkten, wobei Punkt 1. mit „Vertragsgrundlagen“ bezeichnet ist. Hier erwartet der durchschnittliche Verbraucher allgemeine, für die gesamte Vertragsbeziehung bedeutsame Bestimmungen, sofern sie nicht einem anderen Punkt (wie zB Zahlungsbedingungen oder Haftung) thematisch erkennbar zugeordnet sind. Kein Punkt des Inhaltsverzeichnisses lässt vermuten, dass darin die bedeutsamen Themen Zustellung/Zugangsfiktion sowie Verpflichtung des Kunden, E-Mails immer empfangen zu können und Änderungen von Anschrift und E-Mail-Adresse bekanntzugeben, geregelt ist. Der Kunde darf also annehmen, dass es zu diesen Themen keine besonderen Bestimmungen gibt. Dass sie aber dennoch ausgerechnet unter Punkt 5. „Vertragsänderung“ abgehandelt werden, ist überraschend. Wegen des Umfangs der AGB und des detaillierten, zu diesem Thema aber keinen Aufschluss gebenden

Inhaltsverzeichnis ist es auch auszuschließen, dass ein durchschnittlicher Kunde beim „Überfliegen“ der AGB dennoch (zwangsläufig) darauf aufmerksam werden könnte. Die Klauseln sind im Sinn des § 864a ABGB versteckt und bereits aus diesem Grund nichtig.

Im Übrigen ist der Text der Klausel 4 unklar. Aufgrund des ersten Satzes könnte man meinen, dass im Fall der Nichtbekanntgabe einer Änderung der E-Mail-Adresse (nur) an die zuletzt bekanntgegebene (Post-)Anschrift mit Zugangsfiktion zugestellt werden soll. Aus dem Zusammenhalt mit dem nächsten Satz und der Klausel 5 ist aber abzuleiten, dass die Klausel den Kunden dazu verpflichten will, Änderungen sowohl der Anschrift als auch der E-Mail-Adresse bekannt zu geben und dass die Beklagte berechtigt sein soll, ausschließlich nach ihrer Wahl sowohl an der zuletzt bekannt gegebenen Anschrift als auch an der zuletzt bekannt gegebenen E-Mail-Adresse rechtsgeschäftliche Erklärungen mit Zugangsfiktion zu senden. Die Unklarheit führt zur Intransparenz der Klausel 4.

Abgesehen davon ist zu den Klauseln 4 und 5 (und damit im Zusammenhalt zur Klausel 2), auf § 6 Abs 1 Z 3 KSchG zu verweisen. Danach sind Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB für den Verbraucher jedenfalls nicht verbindlich, nach denen eine für ihn rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen ist, als ihm zugegangen gilt, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift des Verbrauchers gesendeten Erklärung für den Fall handelt, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift nicht bekannt gegeben hat.

§ 6 Abs 1 Z 3 KSchG geht ganz offensichtlich (nur) von der Postanschrift aus. Auch wenn man die Ansicht

vertreten wollte (was hier nicht abschließend geklärt werden muss), dass § 6 Abs 1 Z 3 KSchG nicht nur auf eine Postanschrift, sondern analog auch auf eine E-Mail-Adresse anzuwenden ist, wenn der Kunde diese Art von Zustellung wünscht, wäre die Klausel dennoch unzulässig. Es werden nämlich der Beklagten sowohl die (Post-)Anschrift als auch die E-Mail-Adresse bekannt gegeben und sie möchte die Zugangsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG auch dann erreichen, wenn sie nach ihrer Wahl nur an eine der beiden zustellt. Dies widerspricht dem Gesetz. Der Beklagten wurden nämlich **beide** Adressen(-arten) „zuletzt“ bekannt gegeben. Bei der Anschrift und der E-Mail-Adresse handelt es sich um zwei grundverschiedene Zustellmöglichkeiten. Will der Unternehmer die Zugangsfiktion in Anspruch nehmen, muss er daher an **beide** vereinbarungsgemäß zuletzt bekannt gegebenen (Arten von) Adressen, wenn sie der rechtsgeschäftlichen Abwicklung gedient haben oder vereinbarungsgemäß dienen sollen, die Zustellung veranlassen. Es steht nicht im Belieben der Beklagten zu wählen, auf welchem Weg sie die Zustellfiktion erreichen will, wenn sie doch offenbar beiden Adressen Bedeutung für ihr Geschäft beimisst.

Zu Klausel 5 (dies betrifft auch Klausel 2) räumt sich die Beklagte darüber hinaus die Wahl ein, einerseits für den Kunden rechtlich bedeutsame Mitteilungen (nur) per E-Mail zu senden und andererseits dabei entweder die von ihr selbst bei Vertragsabschluss dem Kunden zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse oder die vom Kunden bekannt gegebene zu verwenden. Mit der Klausel soll der Kunde verpflichtet werden, die von der Beklagten bei Vertragsabschluss zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse zumindest ihr gegenüber zu verwenden und abzufragen, egal

ob er das will oder nicht. Nachteilige Folgen, die daraus resultieren, dass die E-Mails nicht abgerufen werden können, soll (ausgenommen von der Beklagten selbst zu vertretende technische Probleme) ausschließlich der Kunde tragen.

Wie bereits zu Klausel 3 dargelegt (siehe auch zu Klausel 14), ist es unzulässig, die Zusendung der Änderungserklärungen nach § 25 TKG und der Rechnungen in Papierform auszuschließen.

Es ist außerdem sachlich nicht gerechtfertigt, dass die Beklagte auf die Zustellung mittels E-Mail an den Kunden beharren kann, aber von ihm die Abgabe von Willenserklärungen, zB den Rücktritt (Punkt 3.2.) oder Wünsche zur Vertragsänderung (Punkt 5.3.) betreffend, schriftlich im Postweg (nur im zweiten Fall auch Telefax) verlangt. Es liegt wie zu den Klauseln 11 - 13 eine sachlich nicht gerechtfertigte Asymmetrie vor (vgl 9 Ob 15/05d).

In Klausel 5 wird im Gegensatz zur Klausel 2 der von der Beklagten zur Verfügung gestellten E-Mail-Adresse der Vorzug eingeräumt. Daraus ist klar abzuleiten, dass die Wahl der E-Mail-Adresse im Belieben der Beklagten stehen und der Verbraucher gezwungen werden soll, die E-Mail-Adresse der Beklagten zu verwenden, obwohl er diese gar nicht braucht und auch nicht rechtsgeschäftlich über diese kommunizieren will. Die Zustellung an E-Mail-Adressen, die dem Kunden - wie hier - „aufgedrängt“ werden, ihm also ohne seinen Willen und sein Zutun zugeordnet werden, verstößt jedenfalls gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG (*Langer* in *Kosesnik-Wehrle/Hammerl/Kolba/Langer* KSchG³ § 6 Rz 22; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 6 KSchG Rz 11; *Tichy*, Zugang elektronischer Willenserklärungen, Verbraucherschutz und E-Commerce-Gesetz, RdW 2001/548, 518), sodass auch in

diesem Zusammenhang nicht abschließend die analoge Anwendung von § 6 Abs 1 Z 3 KSchG auf E-Mail-Adressen zu klären ist. Die von der Beklagten routinemäßig zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse gibt der Verbraucher dem Unternehmer nicht als seine Zustelladresse bekannt. Es steht nicht im Belieben des Unternehmers, dem Kunden E-Mail-Adressen aufzudrängen und ihn zu zwingen, über diese mit ihm die Geschäftsbeziehung abzuwickeln. Diese Form einer Zustelladresse ist nicht anders zu beurteilen als die Zuteilung einer Abholstelle, die er ständig aufsuchen und kontrollieren muss (vgl RIS-Justiz RS0115220). Auch das wiederholte Abfragen einer sonst nicht verwendeten und nicht gewollten E-Mail-Box erfordern einen Aufwand an Zeit und Mühe.

Abschließend sei noch erwähnt, dass es für die Frage der Zustellung einer Sendung - wie dies Klausel 4 suggeriert - nicht bloß auf das Absenden ankommt (vgl §§ 13 Abs 1 und 37 Abs 1 ZustG). Relevant ist, dass die Sendung auch einlangt.

Klausel 6:

6.1. Sie können Ihren Vertrag oder einzelne Rechte und Pflichten aus Ihrem Vertrag nur mit unserer schriftlichen Zustimmung an Dritte übertragen.

Der **Kläger** stützt sich darauf, dass die Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG verstoße.

Die **Beklagte** entgegnet, die Bestimmung stehe Formvorschriften und Formvorbehalten, die dem Verbraucher nicht zum Nachteil gereichten, nicht entgegen. Die Klausel betreffe lediglich Fragen der Vertragsübertragung. Die vorgesehene Form schaffe größere Rechtssicherheit im Interesse und zum Schutz des Verbrauchers.

Das **Erstgericht** verbot die Verwendung der

Klausel. § 10 Abs 3 KSchG wende sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer Form für Erklärungen des Unternehmers. Zwar bedeute im Bereich der Vertrags- und Schuldübernahme ein zusätzliches Formerfordernis nicht unbedingt einen Nachteil für den Verbraucher, weil er jedenfalls der Zustimmung des Gläubigers bedürfe. Betroffen seien aber auch rechtsgeschäftliche Zessionen der Verbraucheransprüche, die lediglich eine Willenseinigung zwischen Zedenten und Zessionar, aber keine Einwilligung des Schuldners voraussetze. Die Übertragung einzelner Rechte an eine schriftliche Zustimmung des Schuldners zu knüpfen, bedeute einen erheblichen Nachteil für den Verbraucher.

Das **Berufungsgericht** bestätigte die Klagsstattgebung. Von der Klausel seien nicht nur Vertragsübertragungen umfasst, sondern auch die Zession von Einzelansprüchen wie etwa eines Rückzahlungsanspruchs des Verbrauchers auf irrtümlich zu viel Geleistetes.

Die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter kann zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden (§ 10 Abs 3 KSchG). Die Bestimmung soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in den AGB in Abrede stellt (RIS-Justiz RS0121954). § 10 Abs 3 KSchG wendet sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen des Unternehmers. Der Inhalt und die Rechtsfolgen der vom Formerfordernis betroffenen Erklärung sind in diesem Zusammenhang nur in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Nachteiligkeit erheblich. Eine vereinbarte Schriftform könnte etwa für Erklärungen des

Unternehmers zulässig sein, die ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen (wie etwa die Erklärung oder Androhung einer Vertragsauflösung [4 Ob 59/09v mwN]). In diesem Fall ist es für den Verbraucher günstig, wenn nachteilige Rechtsfolgen erst ausgelöst werden, wenn die Willenserklärung des Unternehmers ein Formerfordernis hat.

Die Vertragsübertragung und die Übertragung einzelner Rechte und Pflichten liegen im Interesse des Verbrauchers und werden behindert, wenn der Unternehmer einen Formvorbehalt setzt. Die Klausel ist daher für den Verbraucher nachteilig im Sinn von § 10 Abs 3 KSchG.

Klausel 7:

7.3. Im Rahmen unserer Leistungserbringung kann es in Folge von unvermeidbaren und von uns nicht zu vertretenden Ereignissen sowie betriebsnotwendigen Wartungsarbeiten zu unvermeidbaren Unterbrechungen kommen.

Der **Kläger** erkennt darin einen Verstoß gegen § 9 KSchG. Bei kundenfeindlichster Auslegung könne sich die Beklagte immer darauf berufen, dass ein unvermeidbares Ereignis vorliege. Wann Wartungsarbeiten betriebsnotwendig seien, liege im Einflussbereich der Beklagten, sodass die Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers ausgehöhlt würden.

Die **Beklagte** erwidert, es handle sich lediglich um eine zulässige Leistungsdefinition unter Bekanntgabe der realen technischen Gegebenheiten.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Das Verbot des Gewährleistungsausschlusses werde nicht umgangen, wenn lediglich der Schuldinhalt präzisiert werde, insbesondere wenn bestimmte Mängel offengelegt würden, mit

denen der Verbraucher angesichts der Art und Weise der Leistung rechnen müsse. Kommunikationsnetze müssten gewartet werden, um den Betrieb zu sichern. Der Betreiber könne nicht alle betriebsstörenden Ereignisse von vornherein abwenden.

Das **Berufungsgericht** bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts. Es stehe der Beklagten frei, sich nicht von vornherein zu einer permanenten Bereitstellung ihrer Dienste zu verpflichten, wenn die Unmöglichkeit von Beginn an gewiss sei. Mangels Leistungsstörung sei von vornherein kein Raum für einen Gewährleistungsanspruch, dessen Aushöhlung bewirkt werde. Ob konkrete Unterbrechungen letztlich unvermeidbar oder - gewährleistungsauslösend - vermeidbar seien, sei eine jedem Gewährleistungsprozess immanente Beweisfrage über das Vorliegen einer vom Kläger behaupteten, jedoch von der Beklagten bestrittenen Leistungsstörung.

Nach § 9 Abs 1 KSchG können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Das Verbot des Gewährleistungsausschlusses darf nicht durch einschränkende Leistungsbeschreibungen umgangen werden. Allerdings ist nicht jede Leistungsbeschreibung als Umgehung anzusehen. Ob eine grundsätzlich zulässige Leistungsbeschreibung oder eine Umgehung von § 9 KSchG vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Umgehung könnte insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspricht oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht wird, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen (RIS-Justiz RS0122042). Eine Leistungsbeschreibung kann

durchaus gerechtfertigt sein, wenn etwa der Unternehmer den Mangel so offenlegt, dass der Verbraucher die Tragweite seines Entschlusses erkennen und den Mangel ins Kalkül ziehen kann (*Kathrein* in KBB³ § 9 KSchG Rz 2 mwN). Soweit also die Leistungsbeschreibung den Schuldinhalt präzisiert, insbesondere Zweifel über bestimmte Eigenschaften, Verwendungsmöglichkeiten und Funktionen des Leistungsgegenstands beseitigt und bestimmte Mängel offengelegt werden, mit denen der Verbraucher angesichts des Materials, der Art der Herstellung der Konstruktion und dergleichen rechnen muss, wird das Verbot des Gewährleistungsausschlusses in der Regel nicht umgangen (*Krejci* in *Rummel*³ § 9 KSchG Rz 6, vgl auch *Apathy* in *Schwimann*³ § 9 KSchG Rz 3; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 9 KSchG Rz 9; *Kathrein* in KBB³ § 9 KSchG Rz 2).

Mit Klausel 7 wird nur offengelegt, dass es zu nicht zu verhindernden Betriebsunterbrechungen kommen kann. Rechtsfolgen dazu werden in dieser Klausel nicht abgeleitet. Durch die Klausel allein werden Gewährleistungsansprüche nicht eingeschränkt, sondern es wird die aus technischer Sicht auf der Hand liegende Tatsache beschrieben, dass die Leistung der Beklagten nicht immer störungsfrei rund um die Uhr zur Verfügung steht. Die Beurteilung der Vorinstanzen, dass es sich hier nur um eine Leistungsbeschreibung, nicht jedoch um eine Gewährleistungseinschränkung handelt, ist zutreffend. Die Klausel hat keinen Einfluss auf einen Streitfall, in dem zu prüfen ist, ob ein Gewährleistungsfall vorliegt oder nicht. Es muss im Einzelfall geklärt werden, ob eine konkrete Leistungsunterbrechung von der Beklagten zu vertreten ist oder ob eine konkrete Wartung betriebsnotwendig war oder

nicht.

Klausel 8:

7.4. Ein ununterbrochener Betrieb kann nicht garantiert werden und ist nicht geschuldet. Wir sind jedoch immer bemüht, Störungen und Unterbrechungen so rasch wie technisch und wirtschaftlich möglich zu beheben. Auf Grund kurzfristiger Störungen und Unterbrechungen sind Sie nicht berechtigt, Ihre Entgeltzahlungen einzustellen oder zu mindern.

Der **Kläger** macht einen Verstoß nach § 9 KSchG geltend. Überdies sei „Kurzfristigkeit“ nicht definiert, sodass die Klausel auch intransparent sei.

Die **Beklagte** meint, die Klausel enthalte im Zusammenhalt mit den Punkten 7.2. und 7.3. der AGB keine Einschränkung der Verbraucherrechte, es handle sich lediglich um eine sachlich gerechtfertigte Leistungsdefinition und Umschreibung der geschuldeten Leistung.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren statt. Die Klausel suggeriere, dass nur ein Bemühen im wirtschaftlichen Rahmen geschuldet sei. Die Begriffe „kurzfristige Störungen und Unterbrechungen“ seien unpräzise, weshalb die Klausel intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG sei.

Das **Berufungsgericht** bestätigte die Entscheidung. Die Klausel biete Raum für die Auslegung, dass ein Gewährleistungsanspruch unabhängig vom Kriterium der Unvermeidbarkeit der Unterbrechung ausscheide, wenn die Unterbrechung nur „kurzfristig“ (allenfalls sogar verschuldet) sei. Weder der Mittelteil der Klausel noch die von der Beklagten geforderte Gesamtschau mit den Punkten 7.2. und 7.3. stünden einer solchen Auslegung entgegen. Es werde auch für vermeidbare Unterbrechungen

die Gewährleistung ausgeschlossen.

Einleitend ist auf die Ausführungen zu Klausel 7 zu verweisen. Klausel 8 verstößt aber im Gegensatz dazu gegen § 9 KSchG, weil die Beklagte hier Gewährleistungsansprüche für jede „kurzfristige Störung und Unterbrechung“ ausschließt. Damit wird nicht ihre Leistung beschrieben. Sie will sogar bei von ihr selbst zu vertretenden kurzfristigen Störungen und Unterbrechungen ihre Gewährleistungspflichten ausschließen. Weiters wird ihre Verbesserungspflicht eingeschränkt. Die Beklagte soll (behebare) Störungen und Unterbrechungen nur beheben müssen, wenn sie dies für technisch und vor allem wirtschaftlich „möglich“ (will heißen: tunlich) hält. Der Umfang der Gewährleistungspflicht soll damit in gesetzwidriger Weise in ihrem Belieben stehen. Daran ändern die Punkte 7.2. (die Beklagte erbringt ihre Dienste mit höchstmöglicher Sorgfalt, Zuverlässigkeit und Verfügbarkeit nach dem jeweiligen Stand der Technik; die Dienste orientieren sich an der branchenüblichen Verfügbarkeit) und 7.3. (= Klausel 7) der AGB nichts. Auch unter Berücksichtigung dieser Klauseln soll es im Ermessen der Beklagten stehen zu beurteilen, was im Fall von Störungen und Unterbrechungen machbar ist und was nicht. Damit verstößt die Klausel gegen § 9 KSchG.

Überdies ist der Begriff „kurzfristig“ nicht definiert und unbestimmt. Damit ist die Klausel auch intransparent.

Klausel 9:

7.6. Werden wir auf Grund einer von Ihnen gemeldeten Störung tätig und stellt sich heraus, dass gar keine Störung vorliegt oder eine vorliegende Störung von Ihnen zu vertreten ist, dann sind wir berechtigt, den uns

entstandenen Aufwand zu verrechnen.

Der **Kläger** sieht darin eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers, weil dieser nicht über das technische Wissen verfüge, den Grund für Störungen herauszufinden und nachzuvollziehen. Die Klausel sei überdies intransparent, weil die Höhe und die Berechnungsbasis für den Aufwandsersatz nicht genannt sei.

Die **Beklagte** entgegnet, die Klausel entspreche der Gesetzeslage. Die Beklagte müsse beweisen, dass sie ohne Vorliegen einer Störung gerufen worden oder die Störung vom Kunden zu vertreten sei. Im Falle einer Falschmeldung sei der Verbraucher zur Entgeltleistung verpflichtet.

Das **Erstgericht** beurteilte die Klausel als intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG. Es sei nicht klar, aus welchen Faktoren sich der zu ersetzende Aufwand errechnen werde. Weiters sei aus technischer Sicht unklar, wann der Verbraucher eine Störung zu vertreten habe.

Das **Berufungsgericht** bestätigte die Entscheidung. Die Beklagte erkenne selbst, dass die Schadenersatzpflicht des Verbrauchers unzulässigerweise auch vorgesehen sei, wenn ihn kein Verschulden treffe, nämlich in dem Fall, in dem ein Dritter eine Störung herbeiführe.

Die Bestimmung ist gemäß § 6 Abs 3 KSchG intransparent, weil sich der Verbraucher kein klares Bild von seiner Vertragsposition machen kann, wird er doch zum Ersatz des „entstandenen“ Aufwands verpflichtet, ohne dass eine Einschränkung auf die notwendigen und zweckentsprechenden Kosten gemacht wird (vgl 7 Ob 173/10g [Klausel 27]; RIS-Justiz RS0118221). Weiters wird hier eine Verpflichtung des Verbrauchers zum Schadenersatzanspruch vorgesehen, ohne dass darauf hingewiesen wird, dass diese nur bei Verschulden des Verbrauchers bestehen kann.

Eine Klausel, nach der der Unternehmer auch den Ersatz unnötig aufgewendeter Kosten verlangen kann, ist zudem gemäß § 879 Abs 3 ABGB unzulässig (RIS-Justiz RS0118221).

Klausel 11:

12.2. Wir haften nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit, ausgenommen Personenschäden, ist ausgeschlossen.

Klausel 12:

12.4. Wir haften jedenfalls nicht für die Folgen von Störungen oder Unterbrechungen, wenn diese auf Störungen und Unterbrechungen nach Punkt 7.3. dieser AGB oder auf leicht fahrlässiges Verhalten unsererseits zurückzuführen sind.

Klausel 13:

13.2. Wir haften jedenfalls nicht für Schäden, die im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Zugangsdaten oder Passwörtern entstehen, sofern sie nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit von uns beruhen.

Der **Kläger** führt aus, dass unter die Klauseln auch Fälle der Verletzung vertraglicher Leistungspflichten zu subsumieren seien. Die Tragweite des Ausschlusses könne dem Verbraucher nicht bewusst sein. Soweit die Hauptleistung der Beklagten und das Hauptinteresse des Kunden betroffen seien, sei eine Einschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Zu Klausel 13 ergänzt der Kläger, es sei nicht ersichtlich, welche Schäden der Unternehmer habe ausschließen wollen.

Die **Beklagte** entgegnet, die Klauseln seien im Hinblick auf die von der Beklagten übernommenen umfangreichen Pflichten sachlich gerechtfertigt. Der

Verbraucher sei auf Grund der verschuldensunabhängigen Gewährleistung hinsichtlich der vertraglichen Hauptleistungen hinreichend abgesichert.

Das **Erstgericht** erachtete die Klausel 11 als zweideutig und widersprüchlich, weil der erste Satz bereits die Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten zur Gänze ausschließe. Der Sinn des zweiten Satzes sei damit unklar. Die Klauseln seien gröblich benachteiligend, weil das Risiko für leichte Fahrlässigkeit entgegen der allgemeinen gesetzlichen Regeln auf den Verbraucher übertragen werde. Die Risikohaftung für Missbrauchsschäden nach Klausel 13 dürfe nicht ungebührlich und ohne sachliche Rechtfertigung auf den Verbraucher überwältzt werden. Der Verbraucher habe keine Möglichkeit, seine einmal bekannt gegebenen Daten vor fremden Zugriffen zu schützen. Im Hinblick auf die Bedeutung, die der Gesetzgeber personenbezogenen Daten beimesse, erfordere deren Aufbewahrung besondere Sorgfalt. Gerade weil der Verbraucher auf besonders intensive Weise dem Machtbereich des Unternehmers ausgeliefert sei, solle sich dieser nicht ohne sachlich berechtigten Grund freizeichnen können.

Das **Berufungsgericht** erachtete ebenfalls die Klauseln als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Dem weitestgehenden Ausschluss der Schadenersatzpflicht des Unternehmers bei leichter Fahrlässigkeit stehe keine korrespondierende Haftungserleichterung des Verbrauchers gegenüber. Im Gegenteil sehe Punkt 13.2. vorletzter Satz der AGB im Zusammenhang mit der Aufbewahrung und Geheimhaltung der Zugangsdaten und Passwörter die volle Haftung des Kunden für jeden Grad von Fahrlässigkeit vor. Darüber hinaus solle der Kunde gemäß Punkt 13.1. der AGB, wenn von seinem

Anschluss ein Dritter Leistungen in Anspruch nehme, für die dadurch entstandenen Entgeltforderungen haften, soweit er dies „innerhalb seiner Einflussosphäre zu vertreten“ habe. Während sich die Beklagte somit der Konsequenzen leicht fahrlässigen Verhaltens gänzlich entledigen wolle, solle der Verbraucher dafür uneingeschränkt einstehen und darüber hinaus allenfalls sogar eine verschuldensunabhängige Haftung für Umstände in seiner „Einflussosphäre“ übernehmen. Aus den AGB ergebe sich daher in ihrer Gesamtschau ein auffallendes Missverhältnis der beidseitigen Rechtspositionen zu Lasten des Verbrauchers.

Wenn die Revision zu diesen Klauseln geltend macht, dass auf Grund des erheblichen Wettbewerbs unter den Anbietern auf dem Telekommunikationsmarkt eine wesentlich „verdünnte“ Willensfreiheit des Verbrauchers nicht gegeben sei, sind diese Ausführungen nicht nachvollziehbar:

Gerade auf Grund der Entwicklungen der letzten Jahre ist die Bedeutung der Telekommunikation für den Einzelnen stark gestiegen. Ihrem sich auf ein nunmehriges Massengeschäft beziehenden Vertragswerk legt die Beklagte AGB zu Grunde, die - wie bereits ausgeführt - sieben zweiseitig, einzeilig und mit kleiner Schrift bedruckte Seiten umfassen, wobei sie gleich am Anfang im Punkt 1.3. darauf hinweist, dass sie ausschließlich auf Grund dieser AGB kontrahiere. Der durchschnittliche Verbraucher steht also vor Geschäftsabschluss einem für ihn kaum überblickbaren Klauselwerk gegenüber. Will er die Leistungen des Telekommunikationsanbieters, die inzwischen zum Alltag gehören, in Anspruch nehmen, muss er die AGB der Beklagten akzeptieren. Es liegt der klassische Fall der „verdünnten“ (eingeschränkten) Willensfreiheit des Verbrauchers bei Geschäftsabschluss vor.

Die Klauseln 11, 12 und 13 verstoßen - worauf bereits die Vorinstanzen hingewiesen haben - gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil sie die Haftung der Beklagten für leichte Fahrlässigkeit (allenfalls ausgenommen Personenschäden?) grundsätzlich und generell ausschließen.

§ 879 Abs 3 ABGB will - wie bereits dargelegt - vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner, vor allem bei Verwendung von AGB, bekämpfen (4 Ob 141/11f = RIS-Justiz RS0014676 [T35]). Freizeichnungserklärungen als Vorausverzicht auf Schadenersatzansprüche werden, wenn sie generell erfolgen, als anstößig empfunden. Eine weitergehende Abweichung vom dispositiven Gesetz kann unter den besonderen Verhältnissen von AGB rechtlich nicht toleriert werden und ist im Zweifel auch nicht als vereinbart anzusehen (RIS-Justiz RS0016567). Die Klauseln 11 bis 13 laufen darauf hinaus, generell und ohne jeden Unterschied die Haftung der Beklagten für leichte Fahrlässigkeit auszuschließen. Dieser generelle Ausschluss weicht vom dispositiven Recht ohne sachlich gerechtfertigten Grund ab und ist daher gröblich benachteiligend. Auch in diesen Klauseln kommt die bereits vom Berufungsgericht aufgezeigte Asymmetrie der Haftung (vgl auch 9 Ob 15/05d), für die es keine sachliche Rechtfertigung gibt, zum Ausdruck.

Dies gilt im Besonderen für die generelle Haftungsfreizeichnung für fahrlässiges Verhalten, das zu einem Missbrauch von Zugangsdaten oder Passwörtern führt, ist doch die Beklagte die einzige, die Vorsorge für die Sicherung dieser Daten treffen kann. Die Ankündigung von „besonders sorgfältigem Verhalten“ kann den Kunden nicht schützen, zumal es die Beklagte gleichzeitig für nötig hält,

sich von der Haftung für leichte Fahrlässigkeit zu befreien.

Die Beklagte will eine sachliche Rechtfertigung darin sehen, dass sie in Bezug auf die Verfügbarkeit des Netzes und der von ihr angebotenen Dienstleistungen umfangreiche Pflichten übernehme. Sie übersieht, dass diese Verfügbarkeit die von ihr angebotene und mit ihr vereinbarte Hauptleistungspflicht ist.

Klausel 14:

14.4. Sofern wir nichts anderes vereinbart haben, stellen wir Ihnen unsere Rechnungen auf elektronischem Wege zur Verfügung. Dies erfolgt durch Hinterlegung der Rechnung in Ihrem Online-Kundenservice Bereich oder durch Zusendung der Rechnung per E-Mail. Über eine Hinterlegung der Rechnung im Online-Kundenservice Bereich informieren wir Sie per E-Mail. Sie sind verpflichtet, die Hinterlegung zu kontrollieren und, falls die Rechnung nicht abrufbar sein sollte, mit uns Kontakt aufzunehmen, um eine neuerliche elektronische Hinterlegung zu veranlassen.

Klausel 15:

14.5. Für die Zusendung der Rechnung in Papierform können wir Ihnen pro Rechnung ein Entgelt entsprechend den Entgeltbestimmungen verrechnen.

Wenn Sie Ihren Vertrag vor dem 1. 11. 2010 mit uns abgeschlossen haben und Ihre Rechnung in Papierform zugesendet bekommen, dann sind wir berechtigt, Ihnen ab 1. 1. 2011 pro Rechnung ein Entgelt entsprechend den Entgeltbestimmungen zu verrechnen.

Klausel 16:

14.8. Elektronische Rechnung: Die Entgelte werden mit dem Tag zur Zahlung fällig, an dem die Rechnung in Ihrem Online-Kundenservice Bereich hinterlegt bzw Ihnen per E-Mail zugesendet wurde und unter gewöhnlichen

Umständen abrufbar ist.

Der **Kläger** erachtet die Klausel 14 für überraschend nach § 864a ABGB, weil die Zusendung von Rechnungen üblicherweise eine Bringschuld des Unternehmers sei. Insgesamt brachte er zu den Klauseln vor, die Verpflichtung, Rechnungen anzufordern sei ungewöhnlich und werde vom Kunden nicht erwartet. Sie sei auch gröblich benachteiligend. Die Klauseln enthielten gemäß § 6 Abs 1 Z 3 KSchG eine unzulässige Zugangsfiktion. Die Verpflichtung, eine Rechnung auszustellen, sei eine unselbständige Nebenleistungspflicht. Für den Kunden habe die Übermittlung einer elektronischen Rechnung keine Kostenvorteile.

Die **Beklagte** verweist darauf, dass jedem Kunden entweder eine bekannt gegebene eigene oder eine „produktinhärente“ E-Mail-Adresse zur Verfügung stehe. Im elektronischen Dienstleistungsverkehr sei eine standardmäßige Vereinbarung der elektronischen Zustellung nicht überraschend. Die Rechnung werde in den Machtbereich des Kunden übermittelt und sei jederzeit und grundsätzlich von allen Orten aus abrufbar. Der Kunde werde mehrfach darauf hingewiesen, dass er mit der Übermittlung wesentlicher Informationen und Erklärungen durch E-Mail zu rechnen und dafür Sorge zu tragen habe, die Empfangsmöglichkeit aufrecht zu erhalten. Das Ausstellen einer Papierrechnung stelle eine Zusatzleistung der Beklagten dar, für die sie Entgelt verlangen könne.

Das **Erstgericht** verwies darauf, dass diese Klauseln im Kontext mit der von der Beklagten zur Verfügung gestellten E-Mail-Adresse stünden und sich daher die Gesetzeswidrigkeit bereits aus der verbotenen Klausel 2 ergebe. Die Ausstellung einer Rechnung sei eine vertragliche Nebenpflicht und Voraussetzung für die Fälligkeit. Gemäß

§ 100 TKG sei dem Teilnehmer die Wahlmöglichkeit einzuräumen, den Einzelentgeltnachweis auf Verlangen entgeltfrei in Papierform zu erhalten. Dies müsse um so mehr für eine Rechnung ohne Einzelentgeltnachweis gelten. Die Klauseln seien auch unzulässig, weil sie überraschend seien. Der Kunde werde zusätzlich unsachlich benachteiligt, weil sich der Unternehmer durch die elektronische Übermittlung Arbeit und Kosten erspare, der Kunde dagegen genötigt sei, eine zusätzliche Empfangsstelle regelmäßig auf Eingänge zu prüfen.

Das **Berufungsgericht** bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts. Auch diese Klauseln seien im Sinn des § 864a ABGB in den AGB unter dem Kapitel Zahlungsbedingungen mit 13 Unterpunkten versteckt. Der Kunde, der beabsichtige, sich gesetzeskonform zu verhalten, suche hier nicht Aufschluss über Zustellmodalitäten. Er könne in Verzug geraten, weil er auf den Eingang einer Rechnung an seiner Anschrift warte. Die elektronische Rechnung biete nur für die Beklagte Vorteile, den Kunden belaste sie mit manipulativem Mehraufwand für das elektronische Abrufen und auch mit Druckkosten, um eine Rechnung in Papierform herzustellen. Dafür gebe es keine sachliche Rechtfertigung.

Der mittlerweile ergangenen Entscheidung 4 Ob 141/11f (= RIS-Justiz RS0016914 [T52], RS0014676 [T37]) lagen insoweit vergleichbare AGB (im Telefoniedienstleistungsgeschäft) zu Grunde. Danach ist das (bloße) Ankündigen der Rechnung mittels einer SMS und die Verpflichtung des Kunden, diese via Internet abzurufen, sowohl nach § 100 TKG aF als auch nF gröblich benachteiligend. Die Abrufmöglichkeit ist kein gleichwertiges Äquivalent zu einer Papierrechnung. Die Rechnung wird häufig uneingesehen bleiben, was eine allfällige

Rechtsverfolgung erschwert. Eine gröbliche Benachteiligung der Kunden liegt auch darin, dass ihnen für die Erfüllung einer vertraglichen Nebenleistungspflicht des Unternehmers, nämlich der Ausstellung einer Rechnung in Papierform, ein gesondertes Entgelt abverlangt wird. § 100 TKG nF normiert nunmehr ausdrücklich, dass die Möglichkeit des Teilnehmers, eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, vertraglich nicht ausgeschlossen werden darf.

Dieser Auffassung folgte auch die Entscheidung 3 Ob 168/12w: Eine E-Mail-Rechnung bedeutet für den Kunden gegenüber einer Postzustellung einer Papierrechnung eine Erschwernis, weil er erst die entsprechende E-Mail-Adresse aufsuchen und die Mail suchen und öffnen muss. Dieser Vorgang verursacht nicht nur Kosten (Strom) und Mühen, sondern macht den Kunden auch vom Funktionieren verschiedener elektronischer Geräte abhängig. Die Bestimmung, dass die Rechnung als zugestellt gilt, sobald sie für den Kunden abrufbar ist, widerspricht § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, weil die Rechnung (vergleichbar mit der Bereitstellung zur Abholung) nicht in den Machtbereich des Kunden gelangt.

Die von der Beklagten vorgesehene Art der Rechnungslegung ist nach diesen auch hier geltenden Erwägungen einer Rechnung auf Papier nicht gleichwertig und benachteiligt den Kunden, der selbst aktiv werden muss, um zu einer Rechnung der Beklagten zu gelangen, gröblich. Es ist weder nach § 100 TKG aF noch nF zulässig, das kostenlose Zustellen der Rechnung davon abhängig zu machen, dass dies auf elektronischem Weg geschieht. Der Kunde hat ein (mittlerweile in § 100 TKG nF ausdrücklich normiertes) Recht auf entgeltlose Zusendung einer Rechnung in Papierform. Die Klauseln sind nichtig. Zur Frage der

Zustellung an die von der Beklagten zugewiesene E-Mail-Adresse ist auf die Ausführungen zu den Klauseln 4 und 5 zu verweisen.

Zudem will die Beklagte mit Klausel 14 die Rechnung über den Online-Kundenservice-Bereich dem Verbraucher sogar die Verpflichtung überbürden, selbständig zu kontrollieren, ob sie auch eingegangen ist, und gegebenenfalls technische Störungen zu melden. Diese Verpflichtung zur Unterstützung der Beklagten bei der Erbringung ihrer Nebenleistungspflicht ist ebenfalls sachlich nicht gerechtfertigt.

Klausel 17:

15.1. Sollten Sie mit der Zahlung Ihrer fälligen Entgelte in Verzug geraten, senden wir Ihnen eine Mahnung in Papierform. Wir sind berechtigt, Ihnen für jede Mahnung die angefallenen notwendigen und zweckdienlichen administrativen Mahnspesen in der Höhe von 17,44 EUR in Rechnung zu stellen.

15.2. Bezahlen Sie trotz Mahnung nicht, dann sind wir berechtigt, Verzugszinsen in Höhe von 12 % jährlich ab Fälligkeit der Rechnung sowie die tatsächlich angefallenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Mahn- und Inkassoaufwendungen zu verrechnen.

Der **Kläger** beanstandet, dass die Mahnspesen in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssten. Die Klausel widerspreche § 1333 Abs 2 ABGB. Sowohl pauschalierte Zinsen von 12 % als auch pauschalierte Mahnspesen seien - unter Berücksichtigung allfälliger Minimalforderungen - unverhältnismäßig.

Die **Beklagte** erwidert, dass die Mahnspesen und die begehrten Zinsen angemessen seien. Die Beklagte habe im Zusammenhang mit der Forderungsbetreibung einen nicht zu

übersehenden administrativen Aufwand zu gewärtigen, der naturgemäß auch einen Kostenfaktor darstelle. Richtig möge sein, dass Betreuungskosten nach § 1333 Abs 2 ABGB in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssten. Dies bedeute aber nicht, dass die Betreuungskosten mit der Höhe der betriebenen Forderung zu beschränken seien. Jedenfalls seien die beiden Punkte getrennt von einander zu beurteilen und das Begehren jedenfalls hinsichtlich der Klausel 15.2. abzuweisen.

Das **Erstgericht** beurteilte die Klausel als Einheit. Die Pauschalierung von Mahnspesen ohne Rücksicht auf den konkreten Aufwand und die Höhe des eingemahnten Betrags seien gröblich benachteiligend. Die Einheit der Klausel führe zu ihrer gänzlichen Unzulässigkeit.

Das **Berufungsgericht** bestätigte dies. Es ergebe sich eine Doppelbelastung für den Kunden für die Zeit bis zur Mahnung, solle doch die Beklagte sowohl die Pauschale für „administrative Mahnspesen“ als auch allenfalls aufgelaufene weitere „Mahnaufwendungen“ unabhängig davon lukrieren, ob sie denselben Zeitraum betreffen, für den bereits die Kostenpauschalierung erfolgt sei. Darüber hinaus sehe die Beklagte - ungeachtet des derzeit gerichtsnotorisch überaus niedrigen allgemeinen Zinsniveaus - das Dreifache der gesetzlichen Zinsen vor. Auch nur annähernd gleich drastische Regelungen zu ihren Lasten, falls sie in Verzug gerate, seien den AGB nicht zu entnehmen. Die Klausel sei insgesamt gröblich benachteiligend.

Nach Klausel 17 ist der Verbraucher auch zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet, wenn ihn am Verzug kein Verschulden trifft. Dies führt zu einer gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB (vgl auch 7 Ob 173/10g [Klausel 26]; 3 Ob 12/09z [Klausel 16]).

Weiters widerspricht die Klausel § 1333 Abs 2 ABGB, weil pauschal ein Betrag von immerhin 17,44 EUR für notwendige administrative Spesen in Rechnung gestellt werden soll, ohne dass auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung Bedacht genommen wird. Da einerseits in 15.1. ein Pauschalbetrag genannt und andererseits in 15.2. auf „tatsächlich angefallene“ Aufwendungen verwiesen wird, kann auch eine Doppelverrechnung von Mahnspesen nicht ausgeschlossen werden.

Klausel 18:

16.1. Sollten Sie Einwände gegen Ihre Rechnung haben, müssen Sie diese Einwände schriftlich binnen vier Wochen nach Rechnungszugang bei uns geltend machen. Die Unterlassung von Einwendungen innerhalb dieser Frist gilt als Anerkennung der Rechnung. Wir weisen Sie auf der Rechnung nochmals auf diese Frist und die Rechtsfolgen bei Verstreichen der Frist hin.

16.3. Wenn wir in unserer Stellungnahme Ihren rechtzeitig eingebrachten Rechnungseinwand endgültig als unbegründet ablehnen, dann können Sie

a) innerhalb von 1 Monat nach Erhalt unserer Stellungnahme die Rundfunk- und Telekom-Regulierungs-GmbH (RTR) zur Streitschlichtung gemäß § 122 TKG 2003 anrufen oder

b) innerhalb von sechs Monaten nach Erhalt unserer Stellungnahme den Rechtsweg beschreiten. Wenn Sie ein RTR Streitschlichtungsverfahren führen, dann wird diese Frist um die Dauer des RTR Streitschlichtungsverfahrens verlängert.

16.4. Wenn Sie diese Frist versäumen, dann verlieren Sie Ihr Recht auf Geltendmachung weiterer Einwendungen und unsere Forderung gilt als von Ihnen

anerkannt. Wir weisen Sie in unserer Stellungnahme nochmals auf diese Frist und die Rechtsfolgen bei Verstreichen dieser Frist hin.

Der **Kläger** hält die Klauseln für intransparent, weil für den Kunden nicht erkennbar sei, dass er auf Grund eines bloß deklarativen Anerkenntnisses auch nach Versäumung der Frist falsche Abrechnungen bekämpfen könne. Sie sei überdies gröblich benachteiligend, weil sie zur Geltendmachung der Einwendungen eine unangemessen kurze, bloß einmonatige Frist vorsehe, während die Beklagte unbeschränkt geltend machen könne, ihre Abrechnung sei - noch dazu wegen ihres eigenen Fehlers - unrichtig.

Die **Beklagte** entgegnet, die Klausel regle ein deklaratives und nur insoweit ein konstitutives Anerkenntnis, als sie die Erledigung eines danach vorliegenden Streitfalls betreffe. Die Klausel sei weder unüblich noch gröblich benachteiligend, weil dem Verbraucher hinreichend Zeit für Einsprüche eingeräumt werde. Die Beklagte habe ein legitimes Interesse daran, Einwendungen gegen Rechnungen innerhalb überschaubarer Frist abzuwickeln.

Das **Erstgericht** hielt die Klausel für intransparent, weil sie die wahre Rechtslage verschleierte. Entgegen der von der Klausel suggerierten Wirkung stehe bei einem deklarativen Anerkenntnis jederzeit der Rechtsweg offen.

Das **Berufungsgericht** erkannte die Klausel gröblich benachteiligend, weil ohne sachliche Rechtfertigung ein auffallendes Missverhältnis der beidseitigen Rechtspositionen herbeigeführt werde. Jederzeit mögliche mehrwöchige Verhinderungen des Kunden, etwa infolge Krankheit oder Urlaubs, könnten zur Fristversäumnis führen oder den Verbraucher maßgeblich daran hindern, allfälligen

Unrichtigkeiten in der Rechnung entsprechend zu begegnen. Rechnungsunregelmäßigkeiten könnten auch oft erst durch Vergleich mit einer oder mehreren Folgerechnungen und damit erst außerhalb der vierwöchigen Frist erkennbar sein. Die Beklagte nehme das von ihr behauptete Interesse an frühzeitiger Datenlöschung keineswegs zum Anlass, ihrerseits die Möglichkeit der Korrektur ihrer Rechnung zu ihren Gunsten oder die Nachverrechnung längst zurückliegender Leistungen zeitlich zu beschränken.

Im Zusammenhalt mit Klausel 17 wird suggeriert, dass der Verbraucher mit dem Versäumen der Frist von einem Monat sein Recht auf Erhebung von Einwendungen verliert. Damit wird die Rechtsposition des Verbrauchers irreführend wiedergegeben, liegt doch im Unterlassen von Einwendungen nur ein deklaratorisches Anerkenntnis, eine durch Gegenbeweis widerlegbare Wissenserklärung (RIS-Justiz RS0032666), wie auch die Beklagte erkennt. Dies geht aus dem Klauseltext aber nicht hervor. Der Klauselteil 16.1. ist daher intransparent.

Die Klausel ist überdies für den Kunden gröblich benachteiligend, weil die vierwöchige Frist jedenfalls zu kurz ist. Es ist vom Kunden nicht zu verlangen, dass er die Rechnungsprüfung bevorzugt behandeln muss, nur um seine Möglichkeit zu wahren, Einwendungen zu erheben. Verfallsklauseln sind grundsätzlich dann sittenwidrig, wenn sie die Geltendmachung von Ansprüchen ohne sachlichen Grund übermäßig erschweren (RIS-Justiz RS0016688). Es gehört zum Dienstleistungsbereich der Beklagten, auch Daten zu speichern. Dass ihr dies nicht länger als einen Monat möglich sein soll, ist nicht einsichtig.

Der Klauselteil 16.3. erweckt - in kundenfeindlichster Auslegung - den Eindruck, dass der

Verbraucher bei Versäumen der sechsmonatigen Frist für die Beschreitung des Rechtswegs sein Klagerecht überhaupt verliert. Insofern ist sie intransparent.

Auch wenn man die Klausel so verstehen will, dass sie (nur) regelt, wie ein konstitutives Anerkenntnis zustande kommt, nämlich dadurch, dass der Kunde die sechsmonatige Frist zur Klagserhebung ungenützt verstreichen lässt, nachdem die Beklagte seine Einwendungen als nicht berechtigt zurückgewiesen hat, wird sie damit nicht zulässig. Das konstitutive Anerkenntnis gehört zu den Feststellungsverträgen (RIS-Justiz RS0032779). Jede ablehnende Erklärung einer Seite genügt, damit kein Feststellungsvertrag zustande kommt. Hier soll aber vereinbart werden, dass sogar der ausdrücklich erklärte Wille des Kunden, er wolle die Ablehnung seiner Einwände durch die Beklagte nicht akzeptieren, bedeutungslos sein soll. Dies ist eine für den Kunden erheblich nachteilige Bestimmung und ungewöhnlich nach § 864a ABGB. Sie ist auch gröblich benachteiligend. Für diese Bestimmung gibt es keine sachliche Rechtfertigung.

Klausel 19:

19.6. Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihre Stamm-, Verkehrs- und sonstigen personenbezogenen Daten zum Zweck der Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen, zur Legung von bedarfsgerechten Angeboten an Sie, zur Erstellung von Bedarfsanalysen sowie zur Verbesserung unserer Produkte verwenden. Sie können diese Zustimmung jederzeit schriftlich, mittels Telefax oder E-Mail uns gegenüber widerrufen.

Der **Kläger** hält die Klausel für intransparent. Sie stelle keine wirksame Zustimmung zur Verwendung von Daten im Sinn des § 8 Abs 1 Z 2 DSG dar. Die personenbezogenen

Daten seien lediglich demonstrativ, aber nicht abschließend aufgezählt.

Die **Beklagte** hält dem entgegen, es sei klar, dass personenbezogene Daten nur solche seien, die der Kunde der Beklagten im Rahmen eines Vertragsverhältnisses selbst zur Kenntnis bringe und die in Punkt 19.4. der AGB definiert seien.

Das **Erstgericht** ging davon aus, dass eine gemäß § 4 Z 14 DSG wirksame Zustimmung voraussetze, dass der Betroffene bestimmt wisse, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet würden. Unter „sonstige personenbezogene Daten“ im Sinn der Klausel könnten alle möglichen Daten fallen, weshalb die Klausel unbestimmt sei.

Das **Berufungsgericht** bestätigte dies. Durch „etwa“ in Punkt 19.4. handle es sich um eine bloß beispielhafte Aufzählung, sodass keine taugliche Einschränkung vorliege. Die Klausel sehe eine geradezu uferlose Zustimmungserklärung vor. Es sei unklar, welche Daten konkret verwendet würden. Die Beklagte strebe - mit gänzlich unabsehbarer Tragweite - an, praktisch jegliche verfügbare Daten welchen Inhalts auch immer zu verwenden.

Nach § 4 Z 14 DSG ist die Zustimmung zur Weitergabe nicht-sensibler Daten 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, definiert. Nach § 8 Abs 1 Z 2 DSG sind schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung nicht-sensibler Daten dann nicht verletzt, wenn der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine

wirksame Zustimmung zur Verwendung nicht-sensibler Daten nur vor, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden (RIS-Justiz RS0115216).

Die Klausel lässt offen, welche konkreten Daten zu welchem konkreten Zweck verwendet werden sollen und ob sie dabei auch an (welche?) Dritte weitergegeben werden können. Der Zweck ist dermaßen weit gefasst, dass der Kunde sich keine Vorstellung davon machen kann, was mit seinen Daten geschehen soll. Durch die Formulierung „sonstige personenbezogene Daten“ in Punkt 19.4. wird auch keine Einschränkung der Daten erreicht, weil hier nur eine „zB“ Aufzählung vorgenommen wird. Obwohl dies durch die Klausel suggeriert wird, liegt keine wirksame Zustimmungserklärung vor. Die Klausel ist intransparent.

Klausel 20:

19.8. Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihre Stammdaten und Ihr Geburtsdatum für Bonitätsauskünfte an gesetzlich dazu befugte Kreditschutzverbände, Kreditinstitute und Auskunftsteien übermitteln. Sie können diese Zustimmung jederzeit schriftlich, mittels Telefax oder E-Mail uns gegenüber widerrufen.

Der **Kläger** stützt sich darauf, dass die Klausel intransparent sei. Der Empfängerkreis sei zu weit gefasst.

Die **Beklagte** widerspricht dem. Die Empfänger seien klar definiert.

Das **Erstgericht** verwies auf die Ausführungen zu Klausel 19. Die Begriffe „Kreditschutzverbände“ und „Kreditinstitute“ seien gesetzlich definiert. Der Begriff „Auskunftstei“ sei allerdings zu weit gefasst.

Das **Berufungsgericht** bestätigte dies und folgte der Rechtsansicht des Erstgerichts.

Auch in der Revision lässt die Beklagte jegliches

Argument vermissen, inwiefern der Begriff „Auskunftei“ präzise sein soll. Es kann auf die Begründung der Vorinstanzen und jener zur Klausel 19 verwiesen werden.

Klausel 21:

19.13. Sofern wir nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig die uns obliegende Sorgfalt außer Acht lassen, ist die Geltendmachung von Schäden, die aus widerrechtlichem Zugriff auf Ihre gespeicherten Daten resultieren, ausgeschlossen.

Die Klausel entspricht inhaltlich der Klausel 13.
Es ist auf die Ausführungen dazu zu verweisen.

Klausel 22:

20.3. Sollte eine der Bestimmungen dieser AGB unwirksam sein, so tritt anstelle dieser Bestimmung eine wirksame Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist, im Falle von Unternehmern gilt eine der ursprünglichen Bestimmung am nächsten kommende als vereinbart. Die übrigen Bestimmungen der AGB bleiben wirksam.

Der **Kläger** verweist darauf, dass die Klausel eine geltungserhaltende Reduktion von Vertragsklauseln auf den gerade noch gesetzlich zulässigen Inhalt vorsehe. Salvatorische Klauseln dieser Art seien als Verstoß nach § 6 Abs 3 KSchG zu werten, weil für Verbraucher die Vertragslage bei Wegfall bestimmter Klauseln unklar bleibe.

Die **Beklagte** erwidert, salvatorische Klauseln seien zulässig, wenn sie auf die Geltung gesetzlich vorgesehener Regelungen verwiesen, weil das dispositive Recht ohnehin gelte. Sie seien insofern nicht intransparent, weil das Gesetz bekannt oder zumindest feststellbar sei.

Das **Erstgericht** gab der Klage auch in diesem Punkt statt. Die Klausel lasse nicht erkennen, inwieweit die

jeweiligen Vertragsklauseln konkret gültig seien. Dies widerspreche § 864a ABGB und verletze das Transparenzgebot.

Das **Berufungsgericht** änderte die Entscheidung dahingehend ab, dass es das Begehren hinsichtlich der Klausel 22 abwies. Die Klausel habe zwei Regelungsteile, nämlich einen für Verbraucher und einen für Unternehmer. Der Kläger stütze sich undifferenziert auf einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG, der aber auf Unternehmergeeschäfte gar nicht anzuwenden sei, sodass für diesen selbständigen Klauselteil eine taugliche Anspruchsgrundlage fehle. Nach der Klausel solle, soweit ein Verbraucher betroffen sei, an die Stelle der unwirksamen Klausel nicht eine mit eklatanter Rechtsunsicherheit behaftete Ersatzregel treten, sondern schlicht die Gesetzeslage. Für den Verbraucher mache es daher keinen Unterschied, ob es diese Klausel gebe oder nicht.

Die Revision zieht nicht in Zweifel, dass die Klausel zwei selbständige Klauselteile hat und für den Teil, der sich auf Unternehmer bezieht, keine Anspruchsgrundlage geltend gemacht wird. Im Übrigen bezieht sich auch das Klagebegehren nur auf Verbraucher.

Eine salvatorische Klausel ist im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG intransparent, wenn diese etwa darauf hinweist, dass den AGB nur soweit Geltung zukomme, sofern ihnen nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen (wie Verbraucherschutzbestimmungen) entgegenstünden, oder wenn sich der Verbraucher zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung eines Vertrags verpflichten soll, weil damit die Rechtsposition des Verbrauchers unklar wird und ihm das Risiko aufgebürdet wird, seine Rechte selbst zu erkennen (etwa 7 Ob 173/10g

[Klausel 5] mwN).

Der Kläger übersieht, dass es hier nicht darum geht, dass der Inhalt einer Klausel durch den Hinweis auf allfällig entgegenstehende Bestimmungen unklar wird oder der Verbraucher sich zu einer nicht absehbaren Vereinbarung verpflichten soll. Nach ständiger Rechtsprechung hat die Nichtigkeit einer Klausel noch nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge (RIS-Justiz RS0016420). Scheidet eine nichtige Bestimmung aus dem Vertragstext aus, so hat eine Vertragsanpassung zu erfolgen. Diese orientiert sich anhand des dispositiven Rechts, des hypothetischen Parteiwillens und mangels dessen Feststellbarkeit nach redlicher Verkehrsübung (*Bollenberger* in KBB³, § 879 Rz 30 mwN, *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³, § 879 Rz 38 je mwN). Klausel 22 verweist zutreffend darauf, dass im Fall der Nichtigkeit einer Klausel der AGB an ihre Stelle die für Verbraucher vorgesehene gesetzliche Regelung tritt. Damit wird keine Intransparenz erzeugt. Dies hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt.

Zum Veröffentlichungsbegehren:

Der **Kläger** begehrt die Veröffentlichung des stattgebenden Urteilsspruchs in einer Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“.

Die **Beklagte** bestreitet ein berechtigtes Interesse des Klägers, über ihren Rechtsverstoß zu informieren. Die Urteilsveröffentlichung sei zur Aufklärung oder Wiedergutmachung nicht erforderlich.

Das **Erstgericht** verpflichtete die Beklagte zur Veröffentlichung. Sie biete ihre Leistungen - mit Ausnahme von Kärnten - im gesamten Bundesgebiet an. Die Veröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden auflagenstarken Zeitung stehe im Verhältnis zur Qualität und

Quantität des Gesetzesverstoßes.

Das **Berufungsgericht** schloss sich den Ausführungen des Erstgerichts an. Es sollten auch die Verbraucher informiert werden, die im Nachbarbundesland ihrer Beschäftigung nachgingen und nur dort aufliegende Zeitungen beachten würden.

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- und/oder sittenwidrig sind. Gemessen an diesem Zweck ist über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar betroffenen Geschäftspartnern - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen (RIS-Justiz RS0121963). Die begehrte Veröffentlichung ist daher angemessen.

Zur Leistungsfrist:

Der Kläger begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, die genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen.

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

Das **Berufungsgericht** änderte über Berufung der Beklagten die Entscheidung dahin ab, dass es ihr die Verwendung der genannten oder sinngleicher Klauseln binnen vier Monaten verbot. Die Beklagte könne das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen, dass sie ihre AGB ändere. Dies rechtfertige eine Frist von vier Monaten schon

im Hinblick auf den Umfang der notwendigen Änderungen.

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (4 Ob 130/03a und 10 Ob 70/07b = RIS-Justiz RS0041260 [T2]). Zu berücksichtigen ist, dass die Beklagte gemäß § 25 Abs 1 TKG aF und nF - wie bereits zu Klausel 3 ausgeführt - alle Änderungen ihrer AGB vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen hat. Schon daraus ergibt sich das Erfordernis einer Fristsetzung. Die vom Berufungsgericht festgesetzte Leistungsfrist von vier Monaten für das Verwenden der AGB ist sachgerecht.

Es ist damit beiden Revisionen der Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO. Die Kostenersatzpflicht bezieht sich jeweils auf die Revisionsbeantwortungen. Die Ansprüche wurden saldiert.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 14. November 2012
Dr. H u b e r
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG