



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny 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 Hutchison Drei Austria GmbH, 1210 Wien, Brünner Straße 52, vertreten durch Dr. Mathias Görg, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500 EUR) und Veröffentlichung (Streitwert 5.500 EUR), über die außerordentlichen Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 7. Oktober 2013, GZ 4 R 119/13v-12, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 14. Februar 2013, GZ 19 Cg 122/12f-6, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision des Klägers wird nicht Folge gegeben.

Der Revision der Beklagten wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert,

- 1) dass in Punkt I.) Punkt 6. zu entfallen hat;
- 2) dass Punkt II.) wie folgt ergänzt wird:

5. Hinsichtlich der von Orange erbrachten Dienste (nicht somit hinsichtlich von Mehrwertdiensten) hat der Kunde – unbeschadet der in Punkt I.11.7 vorgesehenen Zahlungen – für die infolge Verlorengehens oder Diebstahls bis zur Meldungslegung angefallenen Entgelte aufzukommen;

entsprechendes gilt auch für Fälle sonstigen Missbrauchs durch Dritte, es sei denn, es hätte sich hierbei ein nicht vom Kunden beherrschbares Risiko verwirklicht (zB Ausnützen von allfälligen Schwachstellen in der Orange-EDV);

3) dass Punkt 3.) (Kostenentscheidung) wie folgt zu lauten hat:

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 2.336,69 EUR (darin 242,56 EUR Umsatzsteuer und 881,33 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit 1.176,80 EUR (darin 196,13 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 29 Abs 1 KSchG berechtigter Verein. Die Beklagte ist Unternehmerin und bietet Mobilfunkleistungen im gesamten Bundesgebiet an. Sie tritt im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt. Die Beklagte legte zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz (9. 1. 2013) ihren Verträgen die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Orange Austria Telecommunication GmbH“ in der Fassung vom 31. 5. 2012 zugrunde. Diese enthielten und anderem die hier strittigen Klauseln.

Der Kläger begehrt – gestützt auf § 6 KSchG, §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB und das Telekommunikationsgesetz – Unterlassung und Urteilsveröffentlichung hinsichtlich dieser Klauseln.

Die **Vorinstanzen** entschieden teils klagsstattgebend, teils klagsabweisend. Das Berufungsgericht sprach außerdem aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands insgesamt 30.000 EUR übersteigt und die ordentliche Revision zulässig ist; es handle sich weitgehend um vom Obersten Gerichtshof noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind.

Die **Revisionen** sind aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig.

1. Zu den nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs im Verbandsprozess zu beachtenden Grundsätzen kann auf die Ausführungen des erkennenden Senats in den Entscheidungen 6 Ob 120/15p und 6 Ob 17/16t verwiesen werden.

2. Zu den Klauseln im Einzelnen:

2.1. Klausel 1: [I.4.1] Soweit nichts anderes vereinbart ist, kommt bei den monatlichen fixen Entgelten in Gestalt von Grundgebühr und Mindestumsatz eine Indexbindung zur Anwendung (siehe Punkt I.12.3).

Klausel 7: [I.12.3] Mangels anderer Vereinbarung ist Orange bei Änderungen des (Kalender-)Jahresdurchschnitts des Verbraucherpreisindex (Jahres-VPI) wie von der Statistik Austria veröffentlicht (sollte diese den Jahres-VPI nicht mehr veröffentlichen, so tritt dessen amtlicher Nachfolger an dessen Stelle) im Fall einer Steigerung berechtigt und im Falle einer Senkung verpflichtet, fixe monatliche Entgelte in Gestalt von Grundgebühr und Mindestumsatz in jenem Verhältnis anzupassen, in dem sich der Jahres-VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem

Jahres-VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung geändert hat (Indexbasis: Jahres-VPI 2010 = 100). Dabei bleiben Schwankungen des Jahres-VPI gegenüber der Indexbasis nach oben oder unten bis 3% unberücksichtigt (Schwankungsraum). Sobald hingegen der Schwankungsraum durch eine oder mehrere aufeinanderfolgende Schwankungen des Jahres-VPI über- bzw unterschritten wird, ist die gesamte Änderung in voller Höhe maßgeblich. Der hieraus resultierende außerhalb des Schwankungsraums liegende Wert bildet die Grundlage für eine zulässige Entgelterhöhung bzw für die gebotene Entgeltreduktion; gleichzeitig stellt er die neue Indexbasis für zukünftige Anpassungen dar (und damit auch die neue Bezugsgröße für den Schwankungsraum). Eine daraus ableitbare Entgelterhöhung kann jeweils nur mit dem Datum ab 1. April bis 31. Dezember jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat; eine daraus abzuleitende Entgeltreduktion muss jeweils mit 1. April jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat. Erstmalig kann bzw muss gegebenenfalls eine solche Anpassung in dem auf das Zustandekommen (bzw die einvernehmliche Verlängerung) des Vertragsverhältnisses folgenden Kalenderjahr vorgenommen werden. Soweit sich aufgrund der Bestimmungen dieses Punktes eine Verpflichtung von Orange zur Entgeltreduktion ergäbe, verringert sich diese Verpflichtung in jenem betraglichen Ausmaß, in dem Orange letztmals aufgrund besagter Bestimmungen zu einer Entgelterhöhung berechtigt gewesen wäre, ohne von diesem Recht Gebrauch gemacht zu haben. Über die

Vornahme einer solchen Entgeltanpassung wird der Kunde samt den zu ihr Anlass gebenden Umständen in geeigneter Weise (zum Beispiel durch Rechnungsaufdruck) in der der Entgeltänderung vorangehenden Rechnungsperiode informiert.

Die Vorinstanzen hielten diese Klauseln für unbedenklich und wiesen das Klagebegehren ab.

Die Revision des Klägers ist insoweit nicht berechtigt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs stellt § 25 TKG grundsätzlich eine gesetzliche Ermächtigung zur in diesem Rahmen einseitigen Vertragsänderung dar (4 Ob 50/00g; 6 Ob 16/01y; 1 Ob 123/09h; 7 Ob 84/12x); das kostenlose außerordentliche Kündigungsrecht der Teilnehmer wird als Ausgleich dafür verstanden (7 Ob 84/12x). Der Kläger beanstandet deshalb das Fehlen eines derartigen (außerordentlichen) Kündigungsrechts der Teilnehmer in der Klausel 7. Die **Beklagte** geht hingegen davon aus, dass die Indexänderung bereits Inhalt des Vertrags sei und daher kein außerordentliches Kündigungsrecht des Teilnehmers bestehe. Die Indexklausel orientiere sich an von der Beklagten nicht beeinflussbaren Parametern. Diese Preisanpassungen seien für den Konsumenten auch absehbar, überprüfbar und üblich.

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat über ein Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs gemäß Art 267 AEUV (8 Ob 72/13s) in einem einen anderen österreichischen Anbieter von Mobilfunkleistungen betreffenden Verfahren mit Urteil vom 26. 11. 2015 klargestellt (C-326/14 [*Verein für Konsumenteninformation/Al Telekom Austria AG*] ÖJZ 2016/11 [EuGH]), dass Art 20 Abs 2 der

Richtlinie 2002/22/EG (Universaldienstrichtlinie) idF Richtlinie 2009/136/EG dahin auszulegen ist, dass eine Änderung der Entgelte für die Bereitstellung elektronischer Netz- oder Kommunikationsdienste gemäß einer Entgeltanpassungsklausel, die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmens, das diese Dienste anbietet, enthalten ist und vorsieht, dass eine solche Änderung anhand eines von einer staatlichen Stelle ermittelten objektiven Verbraucherpreisindex erfolgt, keine „Änderung der Vertragsbedingungen“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt, die den Teilnehmer berechtigt, seinen Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen. Werde eine Tarifänderung in einer Weise vorgenommen, dass sie auf einer klaren, präzisen und öffentlich zugänglichen Indexierungsmethode beruht, die sich aus zur staatlichen Sphäre gehörenden Entscheidungen und Mechanismen ergibt, die Endnutzer nicht in eine andere vertragliche Situation versetzen kann, als sie sich aus dem Vertrag ergibt, dessen Inhalt sich nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmt, die die fragliche Klausel enthalten, sei die Tarifänderung nicht als Änderung der Vertragsbedingungen im Sinn von Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie einzustufen.

Der Kläger geht in seiner Revision selbst – und zutreffend – davon aus, dass die dem Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs zugrunde liegende Vertragsklausel inhaltlich der hier zu beurteilenden Klausel 7 entsprach, womit die Ausführungen des EuGH auch im vorliegenden Verfahren zu beachten sind; dass die Klausel 7 den vom EuGH hervorgehobenen Kriterien nicht entsprechen würde, vertritt der Kläger – ebenfalls zutreffend – nicht. Die in der Klausel 7 enthaltene

Tarifänderung stellt somit keine Änderung der Vertragsbedingungen im Sinn von Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie dar.

Dies gilt auch für die in § 25 TKG genannten „für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende[n] Änderungen“. Der Oberste Gerichtshof hat bereits in seinem Vorabentscheidungsersuchen (8 Ob 72/13s) ausgeführt, dass es im allgemeinen Vertragsrecht gerade bei Dauerschuldverhältnissen üblich ist, bereits im Vertrag bei der Bestimmung der zukünftig zu leistenden Entgelte auf die Entwicklung des Verbraucherpreisindex abzustellen. Die aufgrund der Veränderung des Verbraucherpreisindex zu leistenden zukünftigen Entgelte würden dann nicht aufgrund einer Vertragsänderung, sondern aufgrund des ursprünglichen Vertrags geschuldet. Auch der Gesetzgeber verweise in zahllosen Gesetzen für die Anpassung von Entgelten, Gebühren und Leistungen auf die Veränderungen des Verbraucherpreisindex. Im Ergebnis solle durch den Verweis auf den Verbraucherpreisindex für die zukünftig zu leistenden Entgelte die Geldentwertung ausgeglichen und damit die von den Parteien vereinbarte Äquivalenz zwischen Sach- und Geldleistung aufrecht erhalten werden. Auch aus § 25 Abs 5 TKG, der bei den „Entgeltbestimmungen“ auf die Möglichkeit zur Information über die „aktuellen“ Tarife abstellt, sei abzuleiten, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass nicht jede Änderung der Tarife auch eine Änderung der „Entgeltbestimmungen“ darstellt. Damit kommt aber auch im Anwendungsbereich des § 25 TKG dem Teilnehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht nicht zu, wenn im Telekommunikationsbereich eine Entgeltänderung aufgrund einer vertraglich vorgesehenen Anpassungsklausel mittels eines von einer staatlichen Stelle ermittelten objektiven Index

(hier: Verbraucherpreisindex) erfolgt (so auch etwa *Hasberger*, Entgelterhöhung im TKG: ex lege oder „doppelter“ Konsumentenschutz? MR 2012, 55; *Bollenberger*, Geldwert und Vertragsänderung. Bemerkungen zu § 25 TKG aus Anlass des Vorabentscheidungsersuchens 8 Ob 72/13s, RdW 2014/760).

Weshalb die Klausel 7 intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG sein sollte, legt der Kläger in seiner Revision nicht (mehr) dar.

Infolge Wirksamkeit der Klausel 7 ist auch die Klausel 1, die auf erstere verweist, nicht zu beanstanden.

2.2. Klausel 2: [I.5.1] Orange räumt dem Kunden die Möglichkeit ein, Dienste aus dem Vertragsverhältnis jeweils bis zur Kreditgrenze in Anspruch zu nehmen. Diese beträgt, sofern nichts anderes vereinbart ist, 250 EUR an angefallenen Entgelten und Gebühren (siehe die auf den Kunden anwendbare Orange Entgeltübersicht; zum Anfall siehe Punkt I.6.1 und 2). Bei entsprechender Bonität wird die Kreditgrenze angemessen erhöht. Hingegen wird sie bei begründetem Verdacht, dass der Kunde zu leistende Zahlungen schuldig bleiben werde, angemessen herabgesetzt.

Die Vorinstanzen untersagten diese Klausel als intransparent.

Die Revision der Beklagten ist insoweit nicht berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof beurteilte bereits in der Entscheidung 6 Ob 69/05y einen Mobilfunkvertrag als Mischvertrag sui generis mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen. Sowohl der Dienstnehmer (§ 1154 ABGB; vgl *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 [2010] § 1154 Rz 6) als auch der Vermieter

(vgl § 1100 ABGB) sind nach dispositivem Recht grundsätzlich zur Vorausleistung verpflichtet (vgl auch *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ [2000] § 1052 Rz 1). Nach § 1052 ABGB steht dem zur Vorausleistung Verpflichteten nur im Falle der Gefährdung der Gegenleistung durch „schlechte Vermögensverhältnisse“ der anderen Vertragspartei ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Während die Rechtsprechung für eine Gefährdung im Sinn dieser Bestimmung eine objektive Beurteilung der gesamten Sachlage fordert (RIS-Justiz RS0021076), könnte unter „begründetem Verdacht“ zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel 2 auch der subjektive Verdacht der Beklagten verstanden werden.

Die Leistungsverweigerung aufgrund der Unsicherheitseinrede kann durch eine Sicherheitsleistung durch den Nachleistungspflichtigen abgewendet werden (vgl *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.04 [2016] § 1052 Rz 37). Nach der Klausel 2 bleibt allerdings völlig offen, ob ein „verdächtiger“ Kunde diesen Verdacht überhaupt entkräften und verhindern kann, dass die Beklagte ihre Dienste beschränkt oder gar einstellt.

2.3. Klausel 3: [I.6.1] [...] Sofern eine vom Kunden einzuhaltende Mindestvertragsdauer (inkl. eines einseitigen Kündigungsverzichts) vereinbart ist (siehe jeweils Punkt I.11.2) und das Vertragsverhältnis vorzeitig von Orange aus wichtigem, vom Kunden verschuldeten Grund aufgelöst wird oder einvernehmlich beendet wird, so können verbleibende periodische fixe Entgelte bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer sofort in Rechnung gestellt werden.

Das Berufungsgericht untersagte diese Klausel als gröblich benachteiligend.

Die Revision der Beklagten ist insoweit nicht berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits zu 4 Ob 227/06w (Klausel 25.2.) und 10 Ob 54/13h (Klausel 3.2.1.) vergleichbare Klauseln für unwirksam erklärt.

2.4. Klausel 4a: [I.9.2] An Verzugszinsen können für die Zeit des Zahlungsverzuges ab Geltendmachung des zugrunde liegenden Anspruchs beiderseits 10 % pro Jahr gefordert werden. **Orange versendet zudem eine Zahlungserinnerung, wofür Orange Bearbeitungsgebühren laut der auf den Kunden anwendbaren Orange Entgeltübersicht (s. oben Punkt I.4.) in Rechnung stellt.**

Klausel 4b: Nach erfolgloser Mahnung kann Orange Inkassoinstitute bzw Rechtsanwälte mit der Einbringlichmachung betrauen; der Kunde ist verpflichtet, die damit einhergehenden von ihm verschuldeten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu ersetzen.

Die Vorinstanzen untersagten diese Klauseln als intransparent.

Die Revision der Beklagten ist insoweit nicht berechtigt.

Die Beklagte weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Klausel 4 tatsächlich zwei getrennt voneinander beurteilbare Rechtsbereiche (vgl RIS-Justiz RS0121187) enthält. Daraus ist aber für sie nichts gewonnen, weil beide Teilklauseln unzulässig sind.

Ein Querverweis in einem Klauselwerk oder ein Verweis auf Preislisten führt an sich noch nicht zur Intransparenz im Sinn von § 6 Abs 3 KSchG. Allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen

ergeben. Weiters führt die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung. Unbeschadet der Bestimmung des § 16 Abs 1 Z 15 KSchG verlangt schon das Transparenzgebot für eine Klausel über die Verpflichtung zur Tragung von Betriebskosten, dass in ihr der zu leistende Betrag entweder selbst genannt oder sein Auffinden durch eine unmittelbar zielführende, auch dem Durchschnittsverbraucher leicht verständliche Verweisung ermöglicht wird. Dem Verbraucher darf kein unklares Bild seiner vertraglichen Verpflichtung vermittelt werden (RIS-Justiz RS0122040 [T3]).

Nach der Klausel 4a ist das Auffinden des zu leistenden Betrags nicht durch eine unmittelbar zielführende, auch dem Durchschnittsverbraucher leicht verständliche Verweisung möglich. Während in der Klausel 4a von „Bearbeitungsgebühren“ für eine „Zahlungserinnerung“ die Rede ist, finden sich die Beträge in der Entgeltübersicht als „Mahnspesen“ bzw. „Mahngebühr pro Mahnung“. Hinzu kommt, dass der „Durchschnittsverbraucher“ die Klausel auch so verstehen könnte, dass darin zwischen „Zahlungserinnerung“ und „Mahnung“ differenziert wird, was den Verweis noch weniger verständlich machen würde.

In den Entscheidungen 3 Ob 12/09z [Klausel 8] und 2 Ob 1/09z [Klausel 31] stellte der Oberste Gerichtshof zu – der Klausel 4b vergleichbaren – Klauseln, die eine Ersatzpflicht für die zweckentsprechenden Kosten der Einbringlichmachung normierten, klar, dass das Fehlen eines Hinweises darauf, dass die vom Schuldner zu ersetzenden Kosten der Betreuung oder Einbringung bzw der Mahnspesen in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssen, die Klausel intransparent macht, weil sie dem

(dort) Leasingnehmer ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt (vgl auch 1 Ob 105/14v [Klausel 19.3.4.]).

2.5. Klausel 5: [I.11.7] Inwiefern bei gerechtfertigter, vom Kunden zu vertretender Sperre eine Bearbeitungsgebühr in Rechnung gestellt werden kann, ist der auf den Kunden anwendbaren Orange Entgeltübersicht zu entnehmen. Diesfalls fallen außerdem periodische fixe Entgelte (Grundgebühr inkl. Flatrate, Mindestumsatz, jährliche Servicegebühr) weiterhin sowie – sollte eine solche Sperre über Antrag des Kunden von Orange aufgehoben werden (was jedenfalls unverzüglich zu erfolgen hat, wenn die Sperre nicht mehr berechtigt ist) – ein Reaktivierungsentgelt laut, auf den Kunden anwendbarer, Orange Entgeltübersicht an.

Die Vorinstanzen untersagten diese Klausel als intransparent.

Die Revision der Beklagten ist insoweit nicht berechtigt.

Das Transparenzgebot verlangt, dass in einer Klausel der zu leistende Betrag entweder selbst genannt oder seine Auffindung durch eine unmittelbar zielführende, auch dem Durchschnittsverbraucher leicht verständliche Verweisung ermöglicht wird (RIS-Justiz RS0122040 [T3]). Aufgrund des allgemeinen Verweises auf die „auf den Kunden anwendbare Orange Entgeltübersicht“, die sehr umfangreich ist und eine andere Terminologie verwendet als die Klausel, wurde diese von den Vorinstanzen zutreffend als intransparent beurteilt.

2.6. Klausel 6: [I.12.2] Orange kann Änderungen nicht individuell vereinbarter Vertragsbedingungen und Tarifbestimmungen (Entgelte und Gebühren) auch aufgrund vertraglicher Vereinbarung

mit dem Kunden vornehmen. Diesfalls wird dem Kunden das Änderungsangebot samt Zeitpunkt des Inkrafttretens der geplanten Änderungen zumindest sechs Wochen vor diesem Zeitpunkt in geeigneter schriftlicher Form, etwa auf einer periodisch erstellten Rechnung, übersandt. Es enthält sämtliche Änderungen und für den Fall, dass nur ein Teil eines Punktes geändert wird, den gesamten neuen Punkt. Darüber hinaus ist die Volltext-Version unter orange/AGB abrufbar und kann – insbesondere bei der Orange Serviceline – kostenlos angefordert werden. Das Angebot gilt als angenommen, wenn nicht bis zum Inkrafttreten der geplanten Änderungen ein – kostenloser– Widerspruch durch den Kunden erfolgt, wobei der Kunde im Angebot auch über die Widerspruchsfrist und die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen wird.

Die Vorinstanzen untersagten diese Klausel als intransparent.

Die Revision der Beklagten ist insoweit nicht berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof erachtete in der Entscheidung 7 Ob 84/12x (Klausel 3) eine der Klausel 6 auf den ersten Blick vergleichbare Klausel als gegen § 25 Abs TKG verstoßend, weil die dort genannten formellen Kriterien (Einschaltung der Regulierungsbehörde udgl) nicht eingehalten worden waren. Rechtsfolge der dortigen Klausel war allerdings – dies im Unterschied zur hier zu beurteilenden Klausel –, dass der Widerspruch des Kunden gegen ein „Angebot“ des Unternehmens zur „einvernehmlichen“ Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Kündigung des Vertragsverhältnisses führte, worin eine Umgehung des § 25 TKG gesehen wurde. Dem gegenüber führt nach der Klausel 6 ein Widerspruch des Teilnehmers

gegen das „Änderungsangebot“ der Beklagten (lediglich) zu dessen Ablehnung und dem Weiterbestehen der unveränderten vertraglichen Vereinbarung.

Die Klausel 6 enthält aber Regelungen betreffend eine einvernehmliche Änderung (vgl 1 Ob 210/12g) „nicht individuell vereinbarter Vertragsbedingungen und Tarifbestimmungen (Entgelte und Gebühren)“. Auch wenn die Klausel insoweit den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht (Hinweis auf die Bedeutung des Verhaltens des Teilnehmers, angemessene Frist zur Abgabe einer Erklärung), so ist doch auch in einem solchen Fall die Zulässigkeit der Klausel unter anderem nach § 6 Abs 3 KSchG zu prüfen (vgl 9 Ob 40/06g; 1 Ob 210/12g). Unter diesem Gesichtspunkt hat der Oberste Gerichtshof aber bereits in der Entscheidung 1 Ob 210/12g eine durchaus vergleichbare Klausel als intransparent untersagt, weil sie Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zuließ. Auch nach der Klausel 6 bleibt unbestimmt, welche Vertragsbedingungen und Tarifbestimmungen die Beklagte mit fingierter Zustimmung des Teilnehmers ändern kann.

Die Ausführungen zu **2.1.** ändern daran nichts. Im Unterschied zur Klausel 7 bezieht sich die Klausel 6 nicht nur auf die vereinbarte Aufrechterhaltung der Äquivalenz zwischen Sach- und Geldleistung durch Tarifänderungen, sondern ganz generell (auch) auf Änderungen nicht individuell vereinbarter Vertragsbedingungen.

2.7. Klausel 8: [I.15.3] Ein allfälliger Verlust der Verfügungsgewalt über eine SIM-Karte (insbesondere Verlorengang, Diebstahl) ist unverzüglich – sofern tunlich telefonisch – unter der im Impressum auf www.orange.at bzw auf der jeweiligen Rechnung angeführten Service-Rufnummer

an Orange zu melden. Sinngemäßes gilt, sofern Kundenkenndaten in die Hände unbefugter Dritter gelangen oder die konkrete Gefahr hierzu besteht. Orange veranlasst unverzüglich nach Meldungslegung die Sperre (siehe Punkt I.11.6 und 7) bzw die Änderung der Kundenkenndaten. Eine entsprechende schriftliche Mitteilung sowie bei Diebstahl der SIM-Karte jedenfalls eine Diebstahlsanzeige sind unverzüglich nachzureichen. **Hinsichtlich der von Orange erbrachten Dienste (nicht somit hinsichtlich von Mehrwertdiensten) hat der Kunde – unbeschadet der in Punkt I.11.7 vorgesehenen Zahlungen – für die infolge Verlorengehens oder Diebstahls bis zur Meldungslegung angefallenen Entgelte aufzukommen; entsprechendes gilt auch für Fälle sonstigen Missbrauchs durch Dritte, es sei denn, es hätte sich hierbei ein nicht vom Kunden beherrschbares Risiko verwirklicht (zB Ausnützen von allfälligen Schwachstellen in der Orange-EDV).**

Die Vorinstanzen untersagten diese Klausel als intransparent.

Die Revision der Beklagten ist insoweit berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 10 Ob 70/07b auf seine ständige Rechtsprechung verwiesen, wonach keine Sittenwidrigkeit anzunehmen sei, wenn die Kreditkartengesellschaft dem Kreditkarteninhaber das in seiner Sphäre auftretende Risiko des Missbrauchs gestohlener oder sonst abhanden gekommener Kreditkarten ohne Rücksicht auf sein Verschulden (also selbst die Haftung für die Folgen unverschuldeten Verlusts der Karte) auferlegt (RIS-Justiz RS0016460, RS0016475). Eine solche Risikoüberbürdung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen habe der Oberste Gerichtshof in den Entscheidungen

1 Ob 598/79, 3 Ob 530/91, 2 Ob 133/99v und 3 Ob 248/06a für den Fall des Abhandenkommens einer Kredit- bzw Bankomatkarte also ausdrücklich zugelassen und lediglich für das Risiko „technischen Missbrauchs“ verworfen (RIS-Justiz RS0113753).

Diese Grundsätze können auch auf Verlust, Diebstahl und sonstigen Missbrauch durch Dritte einer SIM-Karte übertragen werden, wobei die Klausel 8 im Sinn der dargestellten Rechtsprechung für Verlust und Diebstahl eine verschuldensunabhängige Haftung des Teilnehmers anordnet, dieser sich jedoch bei sonstigem Missbrauch der Karte durch Dritte entlasten kann.

Die Klausel 8 ist auch nicht intransparent, wie das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Wortfolge „ein nicht vom Kunden beherrschbares Risiko“ meint. Es ist insoweit der Revision der Beklagten zu folgen, wonach nach gewöhnlichem Sprachverständnis ein Risiko für den Kunden immer dann beherrschbar ist, wenn die Verhinderung der Risikoverwirklichung in seinem Einflussbereich liegt, was wiederum voraussetzt, dass es sich zum einen um ein Risiko in seiner Sphäre handelt und dass das Risiko zum anderen eine zielgerichtete Verhinderung durch ihn zulässt.

2.8. Klausel 10: [I.21.2] Eine Übermittlung der Stamm- und Verkehrsdaten kann – über erforderliche Auskünfte an Notruf-Organisationen oder aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen hinaus – jedenfalls insoweit erfolgen, als dies für die Erbringung jenes Dienstes, für den diese Daten ermittelt und verarbeitet worden sind, durch Orange erforderlich ist.

Das Berufungsgericht untersagte – in Abweichung vom Erstgericht – diese Klausel als intransparent.

Die Revision der Beklagten ist insoweit nicht berechtigt.

Eine wirksame Zustimmung zur Verwendung nichtsensibler Daten liegt nur vor, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Nur dann kann davon gesprochen werden, dass er der Verwendung seiner Daten „in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall“ zustimmt (RIS-Justiz RS0115216 [T4]; vgl auch 7 Ob 84/12x [Klausel 19]).

Der Verweis der Beklagten auf § 8 Abs 1 Z 4 iVm § 8 Abs 3 Z 4 DSGVO 2000 geht letztlich fehl. Will nämlich die Klausel 10 tatsächlich nur auf eine gesetzlich ohnehin zulässige Übermittlung von Daten hinweisen, so ist doch zu beachten, dass infolge des Vollständigkeitsgebots auch Klauseln unzulässig sind, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner Rechtsposition vermitteln; Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen „Durchschnittskunden“ (vgl RIS-Justiz RS0115219 [T1, T36, T43]). Aus der Formulierung der Klausel 10 geht aber nicht klar hervor, dass mit der „Erbringung jenes Dienstes, für den die Daten ermittelt und verarbeitet worden sind“ ausschließlich die Erfüllung von vertraglichen Verpflichtungen zwischen Auftraggeber und Betroffenen im Sinn des § 8 Abs 3 Z 4 DSGVO 2000 gemeint ist. Vielmehr lässt die Klausel offen, auf welcher Rechtsgrundlage der genannte „Dienst“ erbracht wird, an wen dieser „Dienst“ durch die Beklagte erbracht wird und was in diesem Zusammenhang überhaupt unter „Dienst“ zu verstehen ist. Damit ist die Klausel aber geeignet, dem Durchschnittskunden ein unklares Bild seiner Rechtsposition zu vermitteln, weil dieser annehmen könnte, er hätte einer Übermittlung seiner Daten

über den nach § 7 Abs 2 iVm § 8 Abs 1 Z 4 und § 8 Abs 3 Z 4 DSG 2000 ohnehin zulässigen Umfang hinaus zugestimmt.

Die Entscheidung 2 Ob 20/15b steht dem nicht entgegen. Abgesehen davon, dass bei Klausel 10 auch unklar ist, zu welchem Zweck die Daten übermittelt werden dürfen, ist ihre Umschreibung der potentiellen Datenempfänger gegenüber der zu 2 Ob 20/15b für zulässig erklärten Klausel 17 zu wenig präzise.

2.9. Klausel 11: [I.21.4] Der Kunde stimmt hiermit – jederzeit kostenlos widerruflich – zu, dass Stammdaten und sein Geburtsdatum im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen (TKG 2003, Datenschutzgesetz DSG) an – jeweils behördlich befugte – Kreditschutzverbände, Kreditinstitute, weiters Gewerbetreibende, die zur Ausübung des Gewerbes der Auskunftseien über Kreditverhältnisse berechtigt sind (§ 152 GewO) sowie an die Yesss!-Telekommunikation GmbH übermittelt werden, soweit sie erforderlich sind, um hinsichtlich des betreffenden Vertragsverhältnisses die Bonität des Kunden überprüfen zu können. Orange ist zudem berechtigt, soweit für Inkassozwecke erforderlich, Stammdaten und personenbezogene Daten, die Orange vom Kunden zur Verfügung gestellt wurden, jedenfalls Namen, Geburtsdatum, Anschrift, Beruf, Angaben zu Zahlungsverzug und offenem Saldo an Rechtsanwälte und Inkassobüros zu übermitteln.

Die Vorinstanzen hielten diese Klausel für unbedenklich und wiesen das Klagebegehren ab.

Die Revision des Klägers ist insoweit nicht berechtigt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs liegt eine wirksame Zustimmung zur

Verwendung nichtsensibler Daten nur vor, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden (RIS-Justiz RS0115216). Unter diesem Gesichtspunkt hat der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach Klauseln für intransparent erklärt, in denen etwa von der Datenweitergabe an „Auskunfteien“ (7 Ob 84/12x [Klausel 20]), an eine Vielzahl näher umschriebener Unternehmer, „soweit dies für die Erlangung von Auskünften notwendig“ bzw. „zur Abwicklung zweckmäßig“ ist (2 Ob 198/10x [Klausel 25]), an „Gläubigerschutzverbände“ (2 Ob 1/09z [Klausel 38]) oder an „eine zentrale Evidenzstelle und/oder Gemeinschaftseinrichtungen von Kreditunternehmungen“ (4 Ob 28/01y [Punkt 3]) die Rede war. In der Entscheidung 2 Ob 20/15b untersagte er die Klausel 17, weil die Verwendung des Wortes „auch“ im Zusammenhang mit bestimmt bezeichneten Unternehmen nur den Rückschluss zugelassen habe, dass das Recht zur Datenübermittlung an nicht bestimmt bezeichnete „Dritte“ gerade nicht die bestimmt bezeichneten Unternehmen betreffe, sondern solche, deren Identität dem Kunden verborgen bleibe.

Die Klausel 11 nimmt auf all diese Entscheidungen ganz offensichtlich Bedacht (vgl bereits 7 Ob 84/12x zur Zulässigkeit der Begriffe Kreditschutzverband und Kreditinstitut“). Sie vermeidet auch den Begriff Auskunfteien und stellt auf die konkrete Bestimmung des § 152 GewO. Dass es sich dabei seit der Gewerberechtsnovelle 1992 um ein freies Gewerbe handelt (vgl *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ § 152 Anm 1), vermag daran nichts zu ändern, kommt es doch auf die konkrete Umschreibung des Dritten und nicht auf die Notwendigkeit von gewerberechtlichen Befähigungsnachweisen an.

2.10. Klausel 12: [I.22.] [...] Änderungen von Daten, die für die Vertragsabwicklung von wesentlicher Bedeutung sind, hat der Kunde Orange unverzüglich mitzuteilen. Hierzu zählen jedenfalls Änderungen von (soweit bekanntgegeben): Name, Anschrift, E-Mail-Adresse, Telefaxnummer, Bankverbindung, Firmenbuch- oder sonstige Registernummer und Rechtsform. Bei nicht bekanntgegebener Änderung der Adresse, Telefaxnummer und/oder E-Mail-Adresse können dorthin vorgesehene Übermittlungen an die zuletzt bekannt gegebene Adresse bzw. Telefaxnummer erfolgen.

Die Vorinstanzen untersagten diese Klausel als gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG verstoßend.

Die Revision der Beklagten ist insoweit nicht berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits zu 2 Ob 20/15b (Klausel 12) eine vergleichbare Klausel für unwirksam erklärt. Zur Frage der „überschießende[n] Verurteilung“ – die Beklagte meint offensichtlich, es wäre mit einer Teilabweisung vorzugehen gewesen – verweist die Revision der Beklagten lediglich auf die Berufung; ein solcher Verweis ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für diesen unbeachtlich (RIS-Justiz RS0043579).

2.11. Klausel 13a: [II.5.1.] Nicht verbrauchte Beträge können vom Kunden rückgefordert werden, sofern ihnen bezüglich des jeweiligen Teilnehmeranschlusses tatsächlich getätigte Vorabzahlungen zugrunde liegen. Eine Rückforderung ist – vorbehaltlich einer wirksamen außerordentlichen Kündigung – erst mit Ablauf von zwölf Monaten seit dem letzten das Vertragsverhältnis verlängernden Ladevorgang möglich. Dabei hat der Kunde

seine Identität und Legitimation (SIM-Karte und PUK2-Code) nachzuweisen.

Klausel 13b: Für die Rückerstattung ist vorab, außer im Falle einer von Orange verschuldeten außerordentlichen Kündigung durch den Kunden, eine Bearbeitungsgebühr laut Orange Entgeltübersicht zu entrichten. Mit der Rückerstattung endet das Vertragsverhältnis jedenfalls.

Die Vorinstanzen untersagten diese Klausel als intransparent (Klausel 13a) und gröblich benachteiligend (Klausel 13b).

Die Revision der Beklagten ist insoweit nicht berechtigt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs begnügt sich das Transparenzgebot nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RIS-Justiz RS0122169). Der Klausel 13a mangelt es nach Auffassung des erkennenden Senats im Hinblick auf den Einschubsatz „vorbehaltlich einer wirksamen außerordentlichen Kündigung“ bereits an der Textverständlichkeit, legt dieser doch nahe, dass (nur) bei einer außerordentlichen Kündigung eine Wartefrist einzuhalten sei. Gerade dies soll aber nach den Ausführungen der Beklagten nicht der Fall sein (siehe Seite 17 deren Revision).

Ob die Klauseln 13a und 13b voneinander unabhängige und daher getrennt voneinander zu beurteilende materielle Regelungsbereiche aufweisen, wie die Beklagte meint, kann dahin gestellt bleiben. Es ist tatsächlich nicht einsichtig, weshalb der Kunde zwar keine Bearbeitungsgebühr leisten muss, wenn die Beklagte die außerordentliche

Kündigung verschuldete, wohl aber dann, wenn sie eine solche sonst zu vertreten hat. Dass sich der Kläger im Verfahren erster Instanz nicht auf gröbliche Benachteiligung berufen habe, wie die Beklagte in ihrer Revision meint, ist aktenwidrig (AS 27).

3. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO, jene des Rechtsmittelverfahrens auf § 43 Abs 1, § 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 22. Dezember 2016
Dr. K u r a s
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG