



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Lovrek, Dr. Höllwerth, Dr. Grohmann und Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer 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 A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft, FN 280571f, 1020 Wien, Lassallestraße 9, vertreten durch Dr. Matthias Görg, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: 5.500 EUR; Gesamtstreitwert 36.000 EUR) über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 3. April 2013, GZ 4 R 332/12s-17, mit dem infolge Berufungen beider Parteien das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 13. August 2012, GZ 19 Cg 35/12m-11, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Die Bezeichnung der beklagten Partei wird von YESSS! Telekommunikation GmbH auf A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft berichtigt.

II. Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass sie insgesamt einschließlich der unbekämpft gebliebenen Abweisung der Klausel 9 samt Veröffentlichungsbegehren und der bestätigenden Teile zu lauten hat:

A. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

„1. Die Umstellung auf die Vertragsoption erfolgt binnen fünf Werktagen nach Einlangen, sofern nicht ein Ablehnungsgrund gemäß Punkt 1.2. der AGB Festnetz vorliegt, wobei eine Anmeldegebühr gemäß Tarifübersicht verrechnet wird.

2. Die Entgelte für die zur Verfügung gestellten Dienste sind der jeweils gültigen yesss! Tarifübersicht zu entnehmen, die im Internet unter www.yesss.at abrufbar ist.

3. Bei der yesss! Vertragsoption erfolgt die Rechnungslegung ausschließlich in elektronischer Form. Ein Versand von gedruckten Rechnungen findet nicht statt.

4. Für den Fall, dass ein Abbuchungs- oder Verrechnungsfehler festgestellt wurde, der sich zum Nachteil des Kunden ausgewirkt haben könnte und sich das richtige Entgelt nicht ermitteln lässt, wird yesss! eine auf dem durchschnittlichen Ausmaß der Inanspruchnahme dieses Telekommunikationsdienstes durch den Kunden basierende Pauschalabgeltung festsetzen.

5. Falls bei Anschlüssen mit yesss! Vertragsoption 6 Monate lang keine Umsätze anfallen, können diese Anschlüsse von yesss! ohne gesonderten Ausspruch einer Kündigung deaktiviert werden. Sofern dieser Fall eintreten kann, wird im Anmeldeformular angemessen darauf hingewiesen.

6. Der Kunde hat die Möglichkeit, bei Verlust oder Diebstahl der yesss! SIM-Karte dies ohne Verzug unter Angabe des Kundenkennwortes an yesss! zu melden. Yesss! veranlasst daraufhin umgehend eine Sperre dieser Karte und

ersetzt das noch vorhandene Restguthaben gegen eine Bearbeitungsgebühr gemäß Tarifübersicht.

7. Einwendungen gegen Abbuchungen oder Rechnungen sind durch den Kunden längstens innerhalb von 6 Monaten gerichtlich geltend zu machen, ansonsten die Rechtmäßigkeit als anerkannt gilt, worauf im Kontomanager auf www.yesss.at oder auf der Rechnung hingewiesen wird. Die Abbuchungen können über den Kontomanager kostenfrei zumindest einen Monat lang eingesehen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt es dem Kunden unbenommen, direkt bei yesss! eine Überprüfung zu veranlassen oder in weiterer Folge die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH als Schlichtungsstelle anzurufen.

8. Yesss! haftet, außer bei Personenschäden, nicht für leichte Fahrlässigkeit. Die Bestimmungen des Produkthaftpflichtgesetzes bleiben unberührt.

10. Die Qualität der Dienste wird in ortsüblichem Maß geschuldet, bei Unterschreiten hat der Kunde Gewährleistungsansprüche entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen, für darüber hinausgehende Ansprüche aus dem Titel des Schadenersatzes siehe Punkt 9.

11. Änderungen dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Entgeltänderungen werden entweder durch Veröffentlichung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung oder auf www.yesss.at kundgemacht oder dem Kunden per SMS bzw. E-Mail mitgeteilt. Für den Kunden nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungsfrist von 2 Monaten und erfolgt hiebei zumindest einen Monat vor Inkrafttreten der Änderung eine gesonderte Benachrichtigung über den wesentlichen Inhalt der Änderungen in geeigneter Form und ein Hinweis, dass der Kunde bis zum Inkrafttreten der Änderungen kündigen kann.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu

unterlassen und sich auf diese Klauseln oder sinngleiche Klauseln nicht zu berufen.

Die Frist, binnen welcher die beklagte Partei schuldig ist, die Verwendung der Klauseln 1, 2, 5 und 6 in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, wird mit drei Monaten festgesetzt.

B. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens binnen 6 Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

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

„9. Diese Daten werden nach Beendigung der Rechtsbeziehung zum Teilnehmer gelöscht, sofern sie nicht noch benötigt werden, um Entgelte zu verrechnen, Beschwerden zu bearbeiten oder sonstige gesetzliche Verpflichtungen zu erfüllen.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen und es werde ihr in diesem Umfang die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der klagenden Partei

erteilt, wird **abgewiesen**.

D. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.288,60 EUR (darin enthalten 263,60 EUR USt und 707 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und die mit 3.453,32 EUR (darin enthalten 424,47 EUR USt und 906,50 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit 2.378,22 EUR (darin enthalten 342,42 EUR USt und 324 EUR Barauslagen) 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 :

Zu I.

Aus dem Firmenbuch ergibt sich, dass die beklagte Gesellschaft als übertragende Gesellschaft mit der A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft als übernehmender Gesellschaft verschmolzen wurde. Dies ist ein Fall der Gesamtrechtsnachfolge, der die amtswegige Berichtigung der Parteienbezeichnung nach § 235 Abs 5 ZPO ermöglicht (RIS-Justiz RS0039530 [T5]).

Zu II.

Der Kläger ist eine zur Unterlassungsklage nach § 29 Abs 1 KSchG berechnigte Institution.

Die Beklagte betreibt das Mobiltelefoniegeschäft und ist bundesweit tätig. Sie ist Unternehmerin iSd § 1 KSchG, tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge. Sie verwendete jedenfalls bis 21. 2. 2012 in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) die aus dem Spruch ersichtlichen Klauseln 1 bis 11,

wobei die Nummerierung jener der Klage folgt.

Zwischen dem 21. 2. 2012 und dem Abmahnungsschreiben des Klägers ließ die Beklagte die Klausel 3 zur Gänze entfallen und änderte die Klauseln 1 und 7 ab. Auf das unter Anschluss eines Formblattes zur strafbewehrten Unterlassungserklärung an die Beklagte gerichtete Abmahnungsschreiben reagierte sie fristgerecht und verwies auf die bereits stattgefunden habende Änderung der Klauseln 1, 3 und 7 hin. Sie gab eine strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung ab, zu der sie eingangs vorausschickte, dass hinsichtlich der Unterlassung der Verwendung („iGgs zur Berufung auf sie“) eine Umsetzungsfrist zur Anpassung von drei Monaten in Anspruch genommen werde. Diese Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung umfasste die Klauseln 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 und 11. Hinsichtlich des auf die „Anmeldegebühr nach Tarifübersicht“ bezüglichen Teils der Klausel 1 wurde die Abgabe einer Unterlassungserklärung abgelehnt, weil der Verweis auf die Tarifübersicht gesetzeskonform sei. Eine Unterlassungserklärung könne nicht im Sinne des Verlangens des Klägers, sondern nur hinsichtlich der Verkürzung der Umstellungsdauer abgegeben werden. Der Verweis auf die Tarifübersicht sei auch in Klausel 2 nicht rechtswidrig, sodass auch diesbezüglich keine Unterlassungserklärung abgegeben werde. Die Neuformulierung der Klausel 4 entspreche der aktuellen Fassung des § 71 TKG idF der Novelle 2011. Hinsichtlich der Klausel 5 sei eine Änderung der Klausel in dem Sinne vorgenommen worden, dass der Kunde mindestens einen Monat, bevor er deaktiviert werden solle, schriftlich darauf hingewiesen werde, dass er zwecks Vermeidung für Umsatz zu sorgen habe. Grundsätzlich sei die Deaktivierung „umsatzloser Kunden“ rechtmäßig. Hinsichtlich der Klausel 6 wurde aus den zu Klausel 1 und 2 (Querverweis) geführten

Argumenten eine Unterlassungserklärung abgelehnt und zu Klausel 9 darauf verwiesen, dass die Beklagte eine modifizierte Klausel verwenden werde, obschon sie den Hinweis auf „sonstige gesetzliche Verpflichtungen“ gemäß § 97 Abs 2 TKG als rechtmäßig ansehe. Zu Klausel 10 führte sie aus, es bleibe der Verweis auf die Qualität der Dienste im ortsüblichen Maße und die Gewährleistungsansprüche im gesetzlichen Rahmen bei Unterschreiten dieser Voraussetzung aufrecht; zu Klausel 11, dass vorsichtshalber die Schriftlichkeit des Hinweises iSd § 25 TKG aufgenommen worden sei, wobei allerdings bei anonymen Wertkartenkunden die Verständigung nur mit SMS erfolgen könne.

Die Klauseln 4, 5 und 8 bis 11 änderte die Beklagte vor Schluss der Verhandlung, aber erst nach Klageeinbringung wie in ihrem Schreiben angekündigt.

Der **Kläger** begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der zuvor genannten 11 Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich darauf zu berufen, sowie ihr die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens (in näher beschriebener Form) bundesweit auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen.

Die Beklagte sei der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung nicht ausreichend nachgekommen. Insbesondere habe sie ohne Vereinbarung mit dem Kläger für die Umstellung der Verwendung der Klauseln, hinsichtlich der er sie sich zur Unterlassung verpflichtete, eine dreimonatige „Aufbrauchfrist“ in Anspruch genommen und damit den Zeitpunkt, ab dem sie sich zur Unterlassung verpflichtete,

einseitig in die Zukunft verschoben. Die Beklagte verwende trotz Abmahnung die Klauseln, zumindest aber sinngleiche Klauseln, weiterhin in ihren AGB, wodurch die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen sein könne bzw neuerlich begründet werde. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote, seien sittenwidrig und teilweise intransparent.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, sie habe die Wiederholungsgefahr durch die Abgabe der von ihr abverlangten strafbewehrten Unterlassungserklärung mit Ausnahme der Klauseln 1, 2 und 6 beseitigt. Die Inanspruchnahme einer Aufbrauchfrist von drei Monaten habe sich nur auf die Verwendung der Klauseln, nicht aber auf ihre Berufung bezogen. Nach der Rechtsprechung könne sogar eine Aufbrauchfrist bis zu sechs Monaten gerechtfertigt sein. Im Bereich des Telekommunikationsgeschäfts sei es unerlässlich, dass der Betreiber seine AGB der Regulierungsbehörde der Telekom-Controll-Kommission (TKK) anzeige. Im Hinblick darauf, dass diese widersprechen könne, bedürfe es eines gewissen Zeitfensters.

Nach ihrem Standpunkt seien die beanstandeten Klauseln 1 (teilweise), 2, 5, 6, 7, 9 und 11 ausreichend klar formuliert, nicht gröblich benachteiligend und weder ungewöhnlich noch den guten Sitten widersprechend.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren zu den Klauseln 2, 5 und 6 samt Veröffentlichungsbegehren zur Gänze und zur Klausel 1 teilweise (letzter Halbsatz) statt. Zu den Klauseln 1 (erster und zweiter Halbsatz), 3, 4 und 7 bis 11 wies es das Klagebegehren samt Veröffentlichungsbegehren ab. Es hielt die Klausel 9 und 11 für zulässig, bei den Klauseln 1 (erster und zweiter Halbsatz), 3, 4, 7, 8 und 10 ging es vom Wegfall der

Wiederholungsgefahr aus.

Das **Berufungsgericht** gab den Berufungen beider Parteien teilweise Folge. Es bestätigte die Aussprüche zu den Klauseln 1 (letzter Halbsatz), 5, 6 und 9. Im Übrigen änderte es das Urteil dahin ab, dass es auch die Verwendung der Klauseln 1 (nun zur Gänze), 3, 4 und 7, 8, 10 und 11 untersagte und die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteilsspruchs erteilte, während es das Begehren auf Unterlassung der Verwendung der Klausel 2 samt Veröffentlichungsbegehren abwies.

Wegen der zeitlichen Einschränkung des Beginns der Sanktion durch die einseitige Inanspruchnahme einer dreimonatigen Umsetzungsfrist, die ihr der Kläger nicht zugestanden hatte, habe die Beklagte die Wiederholungsgefahr mit der Abgabe der Unterlassungserklärung nicht beseitigt; überdies habe sie dem Erfordernis, sich der Abmahnung bedingungslos zu unterwerfen, auch durch deren weitere Einschränkung nicht entsprochen, indem sie einige von der Erklärung umfasste Beanstandungen durch die Änderung ihrer AGB als inzwischen obsolet geworden und die Klauseln in geänderter Form als rechtlich zulässig erachtet habe. Die Klauseln 1 (letzter Halbsatz) und 6 hielt es schon wegen des Fehlens eines Hinweises, wo die Tarifübersicht eingesehen werden könne, für unbestimmt. Die Klausel 5 sei gröblich benachteiligend, weil sie die Beklagte von ihrer Verpflichtung zum gesonderten Ausspruch der Kündigung entbinde und intransparent, weil unklar sei, was zur Erzielung von „Umsatz“ im Sinne der Klausel notwendig sei.

Die Klauseln 2 und 9 hielt das Berufungsgericht hingegen für zulässig. Gegen einen Querverweis auf ein anderes Klauselwerk (hier auf die Tarifübersicht im Internet unter www.yesss.at) bestünden nach der Rechtsprechung

keine grundsätzlichen Bedenken. Nachdem der Kläger nicht aufgezeigt habe, in welchem Punkt er Rechtssicherheit vermisse, sei die Klausel 2 zulässig. Der Wortlaut in Klausel 9 entspreche dem Gesetzeswortlaut nach § 97 Abs 2 TKG. Auf sogenannte deklaratorische (- lediglich das kraft objektiven Rechts ohnehin geltende wiederholende -) Klauseln sei das Transparenzgebot nicht anwendbar.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteigt und die ordentliche Revision zulässig sei.

Lediglich gegen die Abweisung des Begehrens hinsichtlich der Klausel 2 samt Veröffentlichungsbegehren richtet sich die **Revision des Klägers** mit einem Abänderungsantrag.

Die **Beklagte** strebt mit ihrer **Revision** die Abweisung des gesamten Klagebegehrens an.

Damit sind mit Ausnahme der Klausel 9, in deren Umfang der Kläger die Abweisung unbekämpft gelassen hat, alle Klauseln Gegenstand des Revisionsverfahrens.

Die Parteien beantragen in ihren Revisionsbeantwortungen, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen; in eventu diesem nicht Folge zu geben.

Die Revisionen sind zulässig, weil die vorliegenden Klauseln einen größeren Personenkreis betreffen und nicht nur eine einzige Deutungsmöglichkeit eröffnen (vgl RIS-Justiz RS0121516 [T17]), sodass sie einer Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs bedürfen.

Die Revision des Klägers ist berechtigt; nicht aber jene der Beklagten.

1. Allgemeine Grundsätze:

1.1. Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen

ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann gemäß § 28 KSchG von einem nach § 29 KSchG berechtigten Verband auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Unterlassungsgebot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften (9 Ob 66/08h RdW 2009/656, 641 mwN).

1.2. Bei der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Es ist von der Auslegungsvariante auszugehen, die für die Kunden der Beklagten die nachteiligste ist. Eine geltungserhaltende Reduktion findet nicht statt (RIS-Justiz RS0038205; nun auch jedenfalls nicht beim Verbrauchergeschäft: RIS-Justiz RS0128735).

2. Zu den Klauseln 1 (erster und zweiter Halbsatz), 3, 4, 7, 8 und 10:

2.1. Bei den Klauseln 1 (erster und zweiter Halbsatz), 3, 4, 7, 8 und 10 releviert die Beklagte im Revisionsverfahren allein den Wegfall der Wiederholungsgefahr, weshalb auf diese Klauseln gemeinsam und vorab eingegangen wird.

2.2. Die Beklagte legt dar, sie habe zu diesen Klauseln eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben und damit die Wiederholungsgefahr beseitigt. Sie sei gesetzlich verpflichtet, AGB zu erlassen und auf ihrer Basis zu kontrahieren (§ 25 Abs 1 TKG). AGB und Entgeltbestimmungen seien der Regulierungsbehörde vor

Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Bei nachteiligen Änderungen müsse die Beklagte eine Kundmachungs- und Anzeigefrist einhalten; zudem sei sie verpflichtet, diese gegenüber der TKK anzuzeigen, welche binnen acht Wochen der Verwendung widersprechen könne. Sie habe mit der Aufbrauchfrist für sich bloß eine ihr nach der Rechtsprechung zustehende und sich aus dem Widerspruchsverfahren nach § 25 Abs 2 iVm 6 TKG ergebende Umsetzungsfrist für die Änderung ihrer AGB in Anspruch genommen. Ein gerichtlicher Unterlassungsvergleich biete nicht mehr Sicherheit als eine strafbewehrte Unterlassungserklärung.

2.3. Der Kläger brachte vor, die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, weil die Unterlassungserklärung der Beklagten unzureichend sei. Es könne nur eine vollständige und unbedingte Unterwerfung unter den Klagsanspruch einer Unterlassungserklärung die Eignung geben, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Die Wiederholungsgefahr liege schon deshalb vor, da die Beklagte den Großteil der beanstandeten Klauseln oder zumindest sinngleiche Klauseln weiterhin verwende. Sie sei ihrer Verpflichtung, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben, nicht ausreichend nachgekommen.

Schon aus dem Gesamtzusammenhang seines Vorbringens, aber auch mit der Formulierung „insbesondere“ hat der Kläger zum Ausdruck gebracht, dass er die einseitige Inanspruchnahme einer dreimonatigen Aufbrauchfrist durch die Beklagte nur als einen Umstand für die unvollständige Unterwerfung wertete. Die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe die Wiederholungsgefahr ausschließlich auf die Inanspruchnahme einer Umsetzungsfrist gestützt, ist demnach nicht zutreffend.

2.4. Die vom Erstgericht getroffenen

Feststellungen zur abgegebenen Erklärung halten sich damit im Rahmen des geltend gemachten Klagsgrundes und dürfen berücksichtigt werden (4 Ob 2338/96v, 4 Ob 113/10m; RIS-Justiz RS0040318).

2.5. Das Erstgericht erachtete das „Anbot“ der Beklagten als ausreichend, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen; die dreimonatige Leistungsfrist sei angesichts der Unterlassung, die mit einem positiven Tun durch Änderung der AGB verknüpft sei, nicht unangemessen lang.

Das Berufungsgericht bejahte das Vorliegen der Wiederholungsgefahr, weil die Beklagte den Beginn der Sanktionen einseitig hinausgeschoben und durch ihre Einschränkungen dem Erfordernis, sich bedingungslos zu unterwerfen, nicht entsprochen habe.

2.6. Wiederholungsgefahr liegt vor, wenn die ernstliche Besorgnis besteht, der Verletzer werde es bei den bisherigen Eingriffen nicht bewenden lassen, sondern weitere Störungshandlungen begehen (4 Ob 89/94 uva). Sie ist zu vermuten und schon bei einem einmaligen Verstoß anzunehmen (6 Ob 16/95); ihr Wegfall ist vom Beklagten zu behaupten und zu beweisen (4 Ob 6/88 uva).

Zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr im Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG hat der Oberste Gerichtshof mit der Entscheidung des verstärkten Senats zu 6 Ob 24/11i SZ 2012/87 (*Bollenberger*, RdW 2012, 385; *Iro*, RdW 2012, 703; *Langer*, VbR 2013, 47) klargestellt, dass es dafür notwendig ist, dass zwischen dem Abmahnenden und jenem, der die Unterlassungserklärung abgibt, Willenseinigung über deren Inhalt besteht, damit eine mit konstitutiver Wirkung ausgestattete Vereinbarung zustande kommt. Im Fall einer Übermaßabmahnung fehlt bei bloß teilweiser Unterwerfungserklärung eine solche Willenseinigung, weshalb die Wiederholungsgefahr nicht

beseitigt wird; der Unternehmer muss sich vollständig („alles oder nichts“) und ohne auslegungsbedürftige Zusätze im Sinn der Abmahnung unterwerfen (3 Ob 109/13w).

Im Verbandsprozess ist jede beanstandete Klausel (zur Qualifikation als eigenständig: RIS-Justiz RS0121187) für sich zu prüfen; das betrifft auch die Frage der Wiederholungsgefahr (3 Ob 109/13w). Allein der Umstand, dass ein Unternehmen im Fall der Beanstandung von mehreren Klauseln eine bedingungslose Unterlassungserklärung nur für einige Klauseln abgibt, rechtfertigt es daher nicht, nur deshalb das Fehlen einer vollständigen Unterwerfung und das Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr anzunehmen. Ob und für welche Klauseln die Vermutung der Wiederholungsgefahr in solch einer Konstellation wegfällt, hängt vielmehr von einer Gesamtwürdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls ab (vgl RIS-Justiz RS0107902).

2.7. Es muss aber die Unterlassungserklärung nach ständiger Rechtsprechung eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch enthalten (RIS-Justiz RS0111640; RS0111637). Fügt der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln bei, liegt auch dann keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht „sinngleich“ sind (RIS-Justiz RS0128187 = 6 Ob 24/11i [verst Senat]).

Der Wegfall der Wiederholungsgefahr kann sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben (etwa aus dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs: RIS-Justiz RS0079899; RS0107902;

RS0079966); auch ist es möglich, dass auch tatsächliche Umstände diesen Schluss erlauben, jedoch muss die Verwendung der Klauseln für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein, und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen (RIS-Justiz RS0119007). Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen reicht aber keinesfalls aus (5 Ob 205/13b).

2.8. Insgesamt darf bei der Prüfung der Wiederholungsgefahr nicht engherzig vorgegangen werden. Diese liegt schon im Fortbestehen eines Zustands, der keine Sicherungen gegen weitere Rechtsverletzungen bietet. Wiederholungsgefahr ist daher auch anzunehmen, wenn der mit der Unterlassungsklage Belangte sein Unrecht nicht einsieht (RIS-Justiz RS0010497). Muss von einem Beharren des Unternehmers auf dem eigenen Standpunkt ausgegangen werden, so ist die Wiederholungsgefahr schon aus diesem Grund nicht weggefallen (RIS-Justiz RS0111637 [T19]). Zusammenfassend bleibt die Wiederholungsgefahr aufrecht, wenn das Verhalten des Beklagten keine ausreichende Sicherheit gegen Wiederholungen seiner Gesetzesverstöße bietet (vgl RIS-Justiz RS0079894).

2.9. Würdigt man das Gesamtverhalten der Beklagten, konnte sie den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht nachweisen:

Sie gab zuerst die geforderte Unterlassungserklärung zu den Klauseln 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 und 11 ab. Zu Klausel 1 schränkte sie ihre Unterwerfungserklärung auf eine Umstellungsfrist binnen fünf Werktagen ein, weil sie ihren Verweis auf die Tarifübersicht für gesetzeskonform hielt. Sie verfasste schon in jenem Schreiben, in dem sie ihre Unterlassungserklärung abgab, Zusätze zu den Klauseln 4, 5, 9, 10 und 11, zu deren

Ausgestaltung zur Vermeidung von Wiederholungen auf den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt verwiesen wird. Diese Zusätze sind teilweise auslegungsbedürftig, worauf schon das Berufungsgericht zutreffend verwiesen hat.

Schon in der Klagebeantwortung und in ihrem vorbereitenden Schriftsatz erweiterte sie den Kreis jener Klauseln, zu denen sie trotz zuerst abgegebener Unterwerfungserklärung die Auffassung vertrat, diese seien zulässig (vgl dazu RIS-Justiz RS0010497 [T3, T4]). So führte sie in der Klagebeantwortung zu Klausel 5 aus, die Bedenken des Klägers gingen von vornherein ins Leere, da „ohne Telefonieren eben keine Umsätze“ anfielen. Die grundsätzliche Rechtfertigung einer Deaktivierung „umsatzloser Kunden“ ergebe sich schon allein aus der Belegung der Rufnummern und vom Speicherplatz sowie der Kosten für die Home Location Register-Lizenz. Auch zur Klausel 7 trug sie vor, ein deklaratives Anerkenntnis führe nicht zu einer Beweislastumkehr. Sie trat der Behauptung, die Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB entgegen. Die Verwendung des Gesetzeswortlautes in Klausel 9 spreche gegen deren Intransparenz, ein derartiger Hinweis hätte gar nicht erfolgen müssen, sodass die Schutzwürdigkeit des Kunden begrenzt sei. Zur Klausel 11 setzte sie fort, es sei der erforderliche Hinweis auf die Kostenlosigkeit der Kündigung in die überarbeitete Version der AGB aufgenommen worden, trat aber gleichzeitig der Beurteilung, die Klausel erlaube es ihr, den Kunden (nur) auf der Website oder in der Wiener Zeitung über nicht ausschließlich begünstigende Änderungen zu informieren, entgegen. Es werde dezidiert von einer Benachrichtigung gesprochen, was eine zusätzliche individuelle Verständigung voraussetze. Es sei aber nicht notwendig, dem Verbraucher die Rechtslage im Einzelnen auseinanderzusetzen; ein Hinweis auf die Kostenlosigkeit der

Kündigung sei nicht notwendig. Im Revisionsverfahren steht sie zur Klausel 11 auf dem Standpunkt, durch diese werde der Kunde nicht an der Durchsetzung seiner Rechte gehindert.

Damit hat aber die Beklagte insgesamt ein Verhalten gesetzt, das durch die sukzessive Einschränkung der Unterwerfung und schrittweise Ausdehnung der Anzahl jener Klauseln, zu deren Verwendung sie berechtigt zu sein meint, Anlass dazu gibt, die Ernsthaftigkeit ihrer Unterwerfungserklärung in Zweifel zu ziehen. Geht sie immer weiter von einer bedingungslosen Unterwerfung ab, ist nicht mehr gesichert, dass sie sich für die noch verbleibenden Klauseln weiterhin an ihre Unterlassungserklärung gebunden fühlt. Einen gerichtlichen Unterlassungsvergleich hat sie nicht angeboten.

Schon zu 2 Ob 198/10x (ZVR 2012/92 [*Kathrein*]) hat der Oberste Gerichtshof dargelegt, es könne im Verhalten des Unternehmers, der sich nur verpflichte, neu gefasste Bedingungen überhaupt erst nach Ablauf der Aufbrauchfrist allen neuen Verträgen zu Grunde zu legen und darüber hinaus im Prozess die ursprünglichen Bedingungen und deren Rechtmäßigkeit mit detaillierten Vorbringen verteidige, - in Zusammenhang mit der (dort) konkret abgegebenen Unterlassungserklärung - eine vorbehaltlose Anerkennung des gegnerischen Anspruchs nicht erblickt werden (RIS-Justiz RS0111637 [T18]).

Ein vergleichbarer Sachverhalt liegt auch hier vor, beharrte doch die Beklagte fortschreitend und erweiternd auf dem eigenen Standpunkt (RIS-Justiz RS0111637 [T19]) und sah ihr Unrecht (immer weniger) ein (vgl. RIS-Justiz RS0010497).

2.10. Zusammenfassend besteht demnach auch für die Klauseln 1 (erster und zweiter Halbsatz), 3, 4, 7, 8 und 10 die Wiederholungsgefahr fort, weil das Gesamtverhalten der

Beklagten Zweifel daran weckte, ob sie es tatsächlich bei der Unterwerfung zu diesen verbleibenden Klauseln belassen werde und auch für die Zukunft ernsthaft gewillt war, sich an ihre Erklärung uneingeschränkt zu halten.

3. Zu Klausel 1 (letzter Halbsatz):

3.1. „Die Umstellung auf die Vertragsoption erfolgt binnen fünf Werktagen nach Einlangen, sofern nicht ein Ablehnungsgrund gemäß Punkt 1.2. der AGB Festnetz vorliegt, wobei eine Anmeldegebühr gemäß Tarifübersicht verrechnet wird.“

3.2. Der Kläger sieht diese Klausel wegen der Bezugnahme auf die Tarifübersicht, die nicht Teil der AGB ist, als intransparent und unbestimmt an. Der Querverweis erlaube willkürliche Entgeltänderungen, weil eine Änderung der Tarifübersicht nach dem Inhalt der Klausel jederzeit möglich sei. Bei Klauseln, aus denen sich eine Kostenpflicht für den Kunden ergebe, seien aber besondere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen. Aus dem Verweis „gemäß Tarifübersicht“ könne der Verbraucher keinesfalls erschließen, welcher Tarif in der Übersicht überhaupt gemeint sei, und wo dieser in der Tarifübersicht einsichtig sei. Es sei dem Verbraucher nicht zumutbar, dass dieser in aufwändiger Recherche selbst herausfinden müsse, wo er diese Informationen erhalte und wie hoch der Tarif ausfalle (ON 5).

3.3. Die Beklagte hält den Verweis wegen des einseitigen Änderungsrechts in § 25 TKG für zulässig und die leichte Auffindbarkeit für gegeben.

3.4. Das Erstgericht erachtete die Klausel als intransparent und wegen der Wendung „Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des KSchG unberührt.“ in § 25 Abs 2 TKG als gegen § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 4 KSchG verstoßend. Besonders bei Verträgen mit Mobilfunkanbietern gebe es häufig eine Masse von verschiedensten Produkten, Tarifen, Preisen etc. Es sei für den Kunden nicht einfach, sich in

dieser Palette an Auswahlmöglichkeiten zu Recht zu finden. Die Klausel sehe auch keine Möglichkeit der Entgeltsenkung vor, wodurch sie jedenfalls nicht verbindlich sei. Das einseitige Änderungsrecht gemäß § 25 Abs 2 TKG unterliege den zeitlichen Schranken des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, wonach Tariferhöhungen innerhalb der ersten 2 Monate ab Vertragsschluss verboten seien.

Das Berufungsgericht teilte die Auffassung zur Intransparenz. Für den Durchschnittsverbraucher erschließe sich durch den dort noch völlig unbestimmten Verweis auf Gebühren „gemäß Tarifübersicht“ keineswegs leicht verständlich, wo er den Betrag der jeweiligen Gebühren ersehen könne. Erst müsse er dazu das Klauselwerk durchsuchen. Dass er dabei bei Klausel 2 beginne, die einen Hinweis gebe, sei nicht zu erwarten.

3.5. Die vom Erstgericht zur Tarifübersicht getroffenen Feststellungen betreffen entgegen der Ansicht der Beklagten einen Umstand, der - ausgehend vom Vorbringen des Klägers - in den Rahmen des geltend gemachten Klagsgrundes fällt, und durften der rechtlichen Beurteilung zugrundegelegt werden (4 Ob 2338/96v, 4 Ob 113/10m; RIS-Justiz RS0040318). Anders kann auch die Erörterung im Rechtsgespräch in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung am 25. 6. 2012 (ON 7) nicht verstanden werden, wonach es notwendig und zweckmäßig erscheine, die Tarifübersicht vorzulegen, auf die in den AGB Bezug genommen werde; eine Erörterung sei nicht erforderlich, wenn die Vorlage von beiden Parteien übereinstimme.

3.6. Auf Basis solcher von beiden Parteien zur Entgeltübersicht vorgelegten, in Erscheinungsbild und Wortlaut identen und ihrem Inhalt nach daher unstrittigen Urkunden (Beil ./4 und Beil ./E), kann der Oberste Gerichtshof den aus Gründen der Übersichtlichkeit erst an

dieser Stelle zusammengefasst wiedergegebenen vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt klarstellen und geringfügig ergänzen (vgl. 1 Ob 128/07s; RIS-Justiz RS0121557):

Die Tarifübersicht der Beklagten umfasste 16 Seiten und war in die Tarife (mit jeweiligen Untertarifen) „1. YESSS! WERTKARTE“ (Seiten 1 bis 7, Tarife 1.1. bis 1.9.1.), „2. YESSS! VERTRAGSOPTION“ (Seiten 8 bis [richtig:] 14, Tarife 2.1. bis 2.13.1.) sowie „3. SONSTIGE ENTGELTE“ (Seiten 15 bis 16, Tarife 3.1. bis 3.4.) gegliedert. Auf der vorletzten Seite (Seite 15) sind im Tarif „3. SONSTIGE ENTGELTE“ unter „3.2. Service-Entgelte“ eine „Anmeldegebühr Yesss! Vertrags-Option“ von 9,00 EUR sowie eine „Umstellungsgebühr für Tarifwechsel“ von 9,00 EUR enthalten, während in den zum Tarif „2. YESSS! VERTRAGSOPTION“ gehörigen Tarifen „2.1. Supersmart Vertrags-Option, Yesss!“, „2.2. Yesss! Laudaah! Vertragsoption +Musik“ und „2.3. Yesss! Vertrags-Option X-yesss“ jeweils bei Anmeldegebühr: „keine“ und bei Ummeldegebühr „9 Euro“ angeführt ist.

3.7. Gemäß § 25b Abs 1 TKG haben Betreiber von öffentlichen Kommunikationsdiensten vor Vertragsabschluss Informationen über die Wesentlichen in § 25 Abs 4 und 5 TKG genannten Merkmale „in klarer Form leicht zugänglich“ zu machen.

Davon sind für AGB ua die Vertragslaufzeit und die Bedingungen für die Verlängerung und Beendigung der Dienste und des Vertragsverhältnisses einschließlich der bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte (§ 25 Abs 4 Z 3 TKG) und für Entgeltbestimmungen ua die Angaben, mit welchen Mitteln aktuelle Informationen über alle anwendbaren Tarife und Wartungsentgelte eingeholt werden können (§ 25 Abs 5 TKG), umfasst.

§ 25 Abs 3 TKG normiert überdies, dass der Teilnehmer von nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen mindestens einen Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung schriftlich zu verständigen und gleichzeitig auf sein kostenloses Kündigungsrecht hinzuweisen ist.

Diese mit BGBl I 2011/102 ins TKG eingefügten bzw abgeänderten Bestimmungen verstanden sich als Umsetzung der UniversaldienstRL (RL 2002/22/EG idF RL 2009/136/EG). Konkret zu § 25 Abs 3 TKG ist in den Gesetzesmaterialien angemerkt, es solle dem Umstand abgeholfen werden, dass in der Vergangenheit Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen oft nicht in ausreichend transparenter Form durchgeführt worden seien (ErläutRV 1389 BlgNR 24. GP 12).

Schon in Art 20 Abs 1 UniversaldienstRL ist deutlich verankert, dass in den mit dem Verbraucher abgeschlossenen Vertrag zumindest Einzelheiten über Preise und Tarife, einschließlich der Angaben, mit welchen Mitteln aktuelle Informationen über alle anwendbaren Tarife und Wartungsentgelte eingeholt werden können (lit d) in „klarer, umfassender und leicht zugänglicher Form“ aufzuführen sind.

3.8. Die im Revisionsverfahren von den Parteien behandelte Frage, ob das in § 25 TKG normierte Änderungsrecht auch § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 4 KSchG entsprechen muss, bedarf im vorliegenden Rechtsstreit keiner Klärung, weil die Klausel schon dem Transparenzgebot nicht entspricht.

3.9. 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 RIS-Justiz RS0115217 [T8]; RS0115219 [T9]).

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, RdW 2011/70, 67; vgl auch *P. Bydlinski*, Thesen zur praktischen Handhabung des „Transparenzgebots“ [§ 6 Abs 3 KSchG], JBl 2011, 141).

Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind ua das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217 [T12]; RS0115219 [T12]). Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln müssen für den Verbraucher durchschaubar sein (RIS-Justiz RS0115217 [T7, T23]).

Die Grundwertung, dass sich eine Pflicht zur

Vollständigkeit dort ergibt, wo ansonsten die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219), steht auch hinter der Rechtsprechung zum „Querverweis“. Ein Querverweis in einem Klauselwerk oder ein Verweis auf Preislisten führt an sich noch nicht per se zur Intransparenz iSv § 6 Abs 3 KSchG. Allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben (RIS-Justiz RS0122040 [T13]).

3.10. Der in Frage stehenden Klausel selbst ist weder die Höhe der Anmeldegebühr zu entnehmen (vgl zu Betriebskosten RIS-Justiz RS0115219 [T15]), noch wird angegeben, wo und mit welchen Mitteln der Verbraucher zur Tarifübersicht gelangt und diese einsehen kann. Damit fehlt ein klarer Hinweis auf den Zugang. Erst in Klausel 2 wird dazu ein - wie noch zu zeigen sein wird - unzureichender Hinweis erteilt. Der erst nach dem Verfahren erster Instanz erhobene Vorhalt der Beklagten, auf ihren Geschäftsbedingungen befinde sich unter dem Titel der Vermerk: „Unsere Entgelte können Sie hier als PDF downloaden“ (Revisionsbeantwortung Seite 4), berücksichtigt weder die in Klausel 1 unterschiedlich verwendete Bezeichnung „Tarifübersicht“, von der aus der Teilnehmer erst erschließen muss, dass die Anmeldegebühr in der Tarifübersicht Teil der „Entgelte“ ist, noch sind davon Teilnehmer betroffen, die die Geschäftsbedingungen in Papierform vor sich haben. Die Kunden werden überdies zur Informationsbeschaffung allein auf das Medium Internet beschränkt.

Hat der Verbraucher (trotzdem) die Tarifübersicht ausfindig gemacht, fehlt ihm jeder Hinweis, wo sich die konkrete Gebühr in der (ausgedruckt 16 und sohin)

mehrere Seiten umfassenden Übersicht befindet. Dazu muss er die Untertarife „durchforsten“ bzw bei zumeist das A4-Format unterschreitenden Bildschirmgröße „scrollen“. Von einer leicht zugänglichen Form kann angesichts des Umfangs der Tarifübersicht, aber auch durch die Gestaltung und Untergliederung in viele Subtarife keine Rede sein.

4. Zu Klausel 2:

4.1. „Die Entgelte für die zur Verfügung gestellten Dienste sind der jeweils gültigen yesss! Tarifübersicht zu entnehmen, die im Internet unter www.yesss.at abrufbar ist.“

4.2. Zur Verwendung dieser Klausel standen die Parteien einander mit den schon zu Klausel 1 (- entgegen der Wertung des Berufungsgerichts - auch vom Kläger [vgl ON 5, Seite 5]) geäußerten Argumenten gegenüber.

4.3. Anders als das Erstgericht hielt das Berufungsgericht die Klausel 2 für zulässig, weil der Unternehmer ex lege zu einer einseitigen - wenn auch an bestimmte gesetzliche Formerfordernisse gebundenen - Vertragsänderung berechtigt sei, soweit es die Änderung von AGB und Entgeltbedingungen betreffe, und der Teilnehmer als Ausgleich ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht (vgl § 25 Abs 3 TKG) erhalte. Im Anwendungsbereich des TKG seien daher solche dynamischen Verweise auf die jeweils gültigen Tarife nicht an den Erfordernissen des KSchG zu messen.

4.4. Im Revisionsverfahren behauptet die Beklagte, es sei festgestellt, dass die - nun als Entgeltübersicht bezeichnete - Tarifübersicht auf der Startseite (samt branchenüblichem Link) abrufbar sei und damit genau dort, wo der Durchschnittskunde zuerst Nachschau halten werde (ON 21, Seite 5). Eine solche Tatsache zur Auffindbarkeit direkt auf der Startseite ihrer Internetseite ist weder ihrem Vorbringen im Verfahren erster

Instanz zu entnehmen, noch deckt sich dies mit den von ihr vorgelegten Urkunden. Mehr als den Inhalt der Klausel selbst hat auch das Erstgericht dazu nicht festgestellt.

Aus dem von der Beklagten vorgelegten Ausdruck der AGB (Beil ./1), zu der der Kläger die Echtheit zugestanden hat, ergibt sich (vgl RIS-Justiz RS0121557) folgender Pfad: „<https://www.yesss.at/info/agb/3/9c65630be140834f4efe56f63de1d939>“ zu dieser Subseite. Erst dort könnte - nach der Behauptung der Beklagten - die Tarifübersicht durch Anklicken per download erhalten werden.

4.5. Eine Darstellung des „branchenüblichen Links“ zur Tarifübersicht hat die Beklagte nicht einmal im Revisionsverfahren unternommen.

Unter Homepage (im engeren Sinn) versteht man die Startseite einer Internetpräsenz. Um zur Tarifübersicht zu gelangen, genügt es damit nicht, die in Klausel 2 angegebene Website „www.yesss.at“ (als zentrale Ausgangsseite eines Internetauftritts) im Internet einzugeben. So gelangt man nur an jenen Ort, von dem aus die Tarifübersicht bei weiterer Eingabe (durch Anklicken) aufgefunden werden kann.

Wird aber nicht die eigentliche Fundstelle angegeben, sondern bloß der Ort, von dem aus bei weiteren Eingaben (durch selbständige Suche) ein Auffinden möglich ist, wird vom Teilnehmer ein eigenständiger Suchaufwand abgefordert. Der Kunde muss ein bestimmtes Medium verwenden (hat er die AGB in Papierform vor sich, muss er dieses wechseln) und dort selbst eruieren, wie und unter welcher Rubrik/Unterseite er die Entgelte einsehen kann.

Es wäre bei Nennung bloß der Startseite damit Sache der Beklagten gewesen, darzulegen, warum trotz bloßer Verweisung (nur) auf die Website kein weiterer oder bloß geringfügiger Aufwand zum Auffinden der Tarifübersicht

nötig gewesen sein sollte.

Ebenso hat sie nicht aufgezeigt, wie Teilnehmer, die mit der Nutzung des Mediums Internet nicht vertraut sind oder keinen Zugang zum Internet haben, überhaupt zur Information über Entgelte gelangen können. Der dazu schon vorerwähnte Einwand, unmittelbar nach der Überschrift der AGB sei der unübersehbare Hinweis „Unsere Entgeltübersicht als PDF [Fettdruck]: Unsere Entgelte können Sie hier als PDF downloaden“ samt direktem Link zu dieser finde sich zu Beginn des Fließtextes der jeweiligen AGB, setzte voraus, dass der Teilnehmer im Internet schon (wie aus obigem Pfad ersichtlich ist) jene Subseite ausfindig gemacht hat, auf der sich die AGB befinden. Die Anmerkung von *Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbantschitsch* (in Handbuch des Telekommunikationsrechts [2006] 214 FN 1102), eine ausschließlich elektronische Bereithaltung werde dem Erfordernis der Zugänglichkeit von AGB für den Vertragspartner nicht in jedem Fall gerecht, lässt sich auch auf Entgelte übertragen, weil damit die Kernpflicht des Verbrauchers - seine Zahlungspflicht - betroffen ist.

Mit dem bloßen Verweis auf eine Startseite der Internetpräsenz ohne weiterführende Angaben, wie dort die Tarifübersicht aufgefunden werden kann, oder einer Angabe, wie außerhalb des Mediums Internet Auskünfte über Entgelte erlangt werden können, bleibt der Querverweis unvollständig, wird doch dadurch ein nicht unerheblicher Suchaufwand beim Verbraucher ausgelöst, der geeignet ist, den Verbraucher von der Informationsbeschaffung über Entgelte abzuhalten.

4.6. Durch die Verwendung des Wortlauts „jeweils gültigen“ Tarife in der Klausel wird dem Verbraucher zusätzlich suggeriert, die über den Querverweis recherchierbaren Tarife seien für ihn ohne Einschränkung verbindlich. Auf sein in § 25 Abs 3 TKG vorgesehene

kostenloses Kündigungsrecht bei ihm nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen und die verpflichtend vorgesehene schriftliche Verständigung darüber wird der Teilnehmer an dieser Stelle nicht unterrichtet. Ein derartiger Hinweis findet sich im Klauselwerk erst viel später, nämlich in der wegen des Fehlens des Hinweises auf die Kostenlosigkeit der Kündigungsmöglichkeit und der schriftlichen Form der Verständigung ebenfalls beanstandeten Klausel 11.

Damit wird dem Verbraucher aber verschleiert, dass die Tarife für ihn nicht bedingungslos gültig sind und er geänderte Tarife nicht in jedem Fall hinnehmen muss.

Der Gesetzgeber hat mit der Wendung „gleichzeitig“ in § 25 Abs 3 TKG die Verständigung in schriftlicher Form mindestens einen Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung mit der Verpflichtung zur Information über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Änderungen und über das kostenlose Kündigungsrecht verknüpft und bringt damit zum Ausdruck, dass er bei solchen Entgeltänderungen einen engen zeitlichen Konnex zwischen ihrer Bekanntgabe und der Information über das kostenlose Kündigungsrecht fordert.

„Jeweils gültige“ Entgelte in einer Tarifübersicht legen derartige Änderungen und deren Zeitpunkte nicht dar und verschleiern damit dem Teilnehmer (dem gegenüber im Einzelfall die vorgesehene Verständigung unterblieben oder verlorengegangen sein mag) seine rechtliche Position. Der Unternehmer ist aber zur Vollständigkeit verpflichtet, wenn andernfalls die Auswirkung einer Klausel für den Verbraucher unklar bleibt (*Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 117*). Beim Lesen jener unter der Überschrift „3. Entgelte, Zahlungsbedingungen“ angeführten Klausel, die keinen Verweis auf die erst viel später und unvollständig erteilte

Information über das Kündigungsrecht in Klausel 11 enthält, meint der Verbraucher, über Entgelte umfassend informiert zu werden. Dass losgelöst davon erst unter Punkt „13. Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Entgeltänderung“ und nach den Punkten „Dauer des Vertragsverhältnisses, Restguthaben“, „Pin-Code“, „Verlust oder Diebstahl“, „Geltendmachung von Einwendungen, Schlichtungsverfahren“, „Rufnummernanzeige“, „Haftung“, „Kundendaten, Änderungen, Teilnehmerverzeichnis“, „Kommunikationsdienstqualität“, sowie „Übertragung von Rechten und Pflichten“ erneut wesentliche Umstände auf die unter Punkt 3. zu Klausel 2 als gültig dargestellten Entgelte folgen, macht jene Klausel unvollständig, erwartet doch der Kunde berechtigt, schon an erster und zentraler Stelle über die Gültigkeit vollständig informiert zu werden. Auch wenn § 25 TKG grundsätzlich als gesetzliche Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung angesehen wird (4 Ob 50/00g; 6 Ob 16/01y; 1 Ob 123/09h; 7 Ob 84/12x; 8 Ob 72/13s), ändert dies - anders als die Beklagte offenbar meint - nichts daran, dass in AGB die vollständige und richtige Darstellung über die Rechtslage zu verlangen ist. Der fehlende Hinweis in AGB auf ein dem Verbraucher bereits ex lege zukommendes Widerrufsrecht wurde bereits als Verstoß anerkannt, weil ihm damit ein unklares Bild seiner vertraglichen Situation vermittelt wird (7 Ob 68/11t).

Die Klausel mit der bloßen Angabe, „jeweils gültige“ Entgelte befänden sich auf der Startseite ihrer (in ihrer Gestaltung auch leicht abänderbaren) Internetseite, ist daher intransparent.

5. Zu Klausel 5:

5.1. „Falls bei Anschlüssen mit yesss! Vertragsoption 6 Monate lang keine Umsätze anfallen, können diese Anschlüsse von yesss! ohne gesonderten Ausspruch einer Kündigung deaktiviert werden. Sofern dieser Fall eintreten kann, wird im Anmeldeformular angemessen darauf

hingewiesen.“

5.2. Die Beklagte verteidigt ihre Klausel mit der Auslegung, unter „Umsatz“ sei sowohl eine Gesprächsgebühr als auch ein fixes periodisches Entgelt zu verstehen. Das Erstgericht und auch das Berufungsgericht folgten jedoch der Ansicht des Klägers, dass der Verbraucher zumindest bei Auslegung in konsumentenfeindlichster Weise unter dem Begriff „Umsatz“ im Zweifel nicht eine Grundgebühr, sondern lediglich eine verbrauchsabhängige Gebühr verstünde. Die Klausel sei intransparent, weil sie es verabsäume, klarzustellen, was unter fehlenden Umsätzen zu verstehen sei, insbesondere ob ein Gesprächsumsatz zu generieren sei oder ob die Zahlung eines fixen periodischen Entgelts (je nach Ausgestaltung mit oder ohne Einschluss bestimmter Kontingente an Gesprächsminuten) ausreiche, um die Möglichkeit der Deaktivierung hintanzuhalten. Der Durchschnittskunde könne die Klausel dahin verstehen, dass er innerhalb von sechs Monaten zumindest einmal aktiv telefonieren müsse, um seinen Anschluss nicht zu verlieren.

5.3. Die Beklagte geht über das Gebot der Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn hinweg, wenn sie in ihrer Revision ausführt, bei „unbefangenen Verständnis“ des Begriffs „Umsatz“ sei dieser ohnehin betreiberseitig und nicht kundenseitig zu verstehen, sodass davon auch Gebühren im engeren Sinn umfasst seien, weil es vom (maßgeblichen) Standpunkt des Betreibers keinen Unterschied mache, ob das von ihm vereinnahmte Entgelt eine periodische Mindestzahlung (= Kontingent an inkludierten Einheiten) oder eine ebenso periodische Vorab-Zahlung (= Grundgebühr im engeren Sinn) darstelle. Auf das Verständnis des Betreibers von seinen Klauseln kann es aber im Verbandsprozess, in dem von der für den Verbraucher nachteiligsten Auslegungsvariante auszugehen ist, nicht ankommen, weshalb

der Verweis auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts genügt (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

6. Zu Klausel 6:

6.1. „Der Kunde hat die Möglichkeit, bei Verlust oder Diebstahl der yesss! SIM-Karte dies ohne Verzug unter Angabe des Kundenkennwortes an yesss! zu melden. Yesss! veranlasst daraufhin umgehend eine Sperre dieser Karte und ersetzt das noch vorhandene Restguthaben gegen eine Bearbeitungsgebühr gemäß Tarifübersicht.“

6.2. Zu dieser Klausel kann zur Gänze auf die Ausführungen unter Punkt 3. verwiesen werden. In der Tarifübersicht ist zudem der Begriff „Bearbeitungsgebühr“ nicht verwendet.

7. Zu Klausel 11:

7.1. „Änderungen dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Entgeltänderungen werden entweder durch Veröffentlichung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung oder auf www.yesss.at kundgemacht oder dem Kunden per SMS bzw. E-Mail mitgeteilt. Für den Kunden nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungsfrist von 2 Monaten und erfolgt hiebei zumindest einen Monat vor Inkrafttreten der Änderung eine gesonderte Benachrichtigung über den wesentlichen Inhalt der Änderungen in geeigneter Form und ein Hinweis, dass der Kunde bis zum Inkrafttreten der Änderungen kündigen kann.“

7.2. In der Klage wurde bemängelt, die Klausel suggeriere, es könnten die in § 25 Abs 3 TKG vorgesehenen Informationen auch in Form eines SMS, nur auf der Internetseite des Betreibers oder in der Wiener Zeitung mitgeteilt werden und erlaube es dem Betreiber, sich auszusuchen, wie er informierte. Das Gesetz selbst nenne aber als Beispiel für eine geeignete Form der Mitteilung den Rechnungsaufdruck. Weiters fehle die Information über die Kostenlosigkeit der Kündigungsmöglichkeit. Die von § 25 TKG abweichende Klausel verschleierte damit dem Konsumenten die wahre Rechtslage.

7.3. Die Beklagte führt aus, es treffe nicht zu, dass die Klausel es ihr erlaube, Kunden nur auf der Website

oder in der Wiener Zeitung zu informieren. Das Wort „Benachrichtigung“ setze eine zusätzliche individuelle Verständigung voraus. Der ausdrückliche Hinweis auf das nun im TKG enthaltene Schriftformerfordernis in den Bedingungen habe lediglich freiwilligen Charakter. Es sei entscheidend, dass die Form tatsächlich eingehalten werde. Entsprechendes gelte auch für den urgierten Hinweis auf die Kostenlosigkeit der Kündigung. Das Transparenzgebot verlange nicht, dem Verbraucher die Rechtslage im Einzelnen auseinanderzusetzen. Den AGB sei weder zu entnehmen, dass die Benachrichtigung nicht in schriftlicher Form zu erfolgen habe, noch dass eine Kündigung nicht kostenlos für den Kunden wäre.

7.4. Abweichend vom Erstgericht, das die Klausel als nicht gesetzwidrig einstufte und dabei offenbar irrig davon ausging, die Information über die Kostenlosigkeit der Kündigung sei enthalten, untersagte das Berufungsgericht auch die Verwendung dieser Klausel als intransparent. Sie weiche von der Gesetzeslage in zwei Punkten ab: Weder sehe sie eine schriftliche Benachrichtigung des Teilnehmers über die Änderungen vor, noch einen Hinweis darauf, dass die Kündigung kostenlos erfolgen könne. Der Verbraucher erhalte durch die Lektüre nicht jene klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition, die geboten wäre.

7.5. Gerade vor dem Hintergrund des Transparenzgebots sind die Ausführungen in der Revision, es sei „der Unternehmer nicht gehalten, dem Kunden die objektive Rechtslage auseinander zusetzen“, nicht verständlich. Die Beklagte meint, einen derartigen Hinweis freiwillig erteilt zu haben und knüpft daran einen herabgesetzten Maßstab bei der Erfüllung der Vollständigkeitspflicht.

7.6. Allgemeine Geschäftsbedingungen haben

aber immer - gleichgültig, ob der Unternehmer der Ansicht ist, ihren Inhalt zwingend oder freiwillig in sie aufgenommen zu haben - dem Transparenzgebot zu entsprechen. Ebenso könnte die Freiwilligkeit der Aufnahme einer Information in eine Klausel nicht dazu führen, dass ihre Auslegung nicht im kundenfeindlichsten Sinn (RIS-Justiz RS0016590) zu erfolgen hätte.

Damit besteht aber die Möglichkeit, dass der Teilnehmer von der Durchsetzung seiner Rechte dadurch abgehalten wird, dass für ihn nicht klar ist, ob sein Kündigungsrecht Kosten nach sich zieht und welche Form der Verständigung die Frist auslöst. Bleiben aber solche Folgen unklar, verschleiert die Klausel dem Konsumenten die Rechtslage.

8. Zur Leistungsfrist:

8.1. Es ist mittlerweile gefestigte Rechtsprechung, dass die Verpflichtung des beklagten Verwenders von AGB, diese zu ändern, keine reine Unterlassung ist, wenn diese Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (RIS-Justiz RS0041265 [T1]; 4 Ob 130/03a, 10 Ob 70/07b, 7 Ob 84/12x; 7 Ob 44/13s).

8.2. Das Gericht hat dann gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen (RIS-Justiz RS0041265 [T3] = 6 Ob 24/11i [verst Senat]; 7 Ob 44/13s RIS-Justiz RS0041260 [T2], RS0041265 [T2]; *Kathrein* in KBB⁴ § 28 KSchG Rz 3).

Für den Bereich der Telekommunikation hat der Oberste Gerichtshof schon mehrmals eine dreimonatige Leistungsfrist für angemessen gehalten (4 Ob 130/03a, 6 Ob 24/11i, 7 Ob 44/13s). Auch die Zulässigkeit einer solchen Frist vor dem Hintergrund des Art 7 Abs 2 der RL 93/13/EWG wurde bereits bejaht, weil nach der

Entscheidung des EuGH vom 26. 4. 2012, C-472/10, die Klausel-RL nicht auf die Harmonisierung der Sanktionen gerichtet sei und die Richtlinie weder die Mittel noch die Fristen konkret vorschreibe (7 Ob 44/13s).

8.3. Die vom Berufungsfrist festgesetzte Leistungsfrist von drei Monaten nur für die Klauseln 1, 5 und 6 wird im Revisionsverfahren nicht thematisiert. Sie wird auch für die Klausel 2 mit drei Monaten als angemessen erachtet (§ 510 Abs 3 ZPO).

9. Zur Urteilsveröffentlichung:

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung. 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 mediale Berichterstattung wird dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht. Das gleiche gilt für die Bereitstellung einschlägiger Informationen über die Website des Klägers (8 Ob 49/12g = RIS-Justiz RS0121963 [T10]). Das Urteilsveröffentlichungsbegehren besteht daher zu Recht.

10. Insgesamt ist damit der Revision des Klägers, aber nicht jener der Beklagten Folge zu geben.

11. Die neu zu fassende **Kostenentscheidung** gründet sich für das Verfahren erster Instanz auf §§ 40, 43 Abs 2 ZPO. Der Kläger hat mit 11 von 12 Streitpunkten (- die Klausel 1 wurde in zwei unterschiedlichen Fragestellungen

bezogen auf ihre Halbsätze abgehandelt -) sowie in entsprechendem Umfang mit dem Veröffentlichungsbegehren obsiegt, sodass ihm ein Kostenzuspruch gemäß § 43 Abs 2 erster Fall ZPO auf Basis des Streitwerts der erfolgreichen Ansprüche zusteht (RIS-Justiz RS0116722); auch die Pauschalgebühr ist auf Basis des ersiegten Betrags zu honorieren (RIS-Justiz RS0116722 [T2]).

Im Berufungsverfahren obsiegt der Kläger mit 7/8 seiner Berufung. Er hat demnach Anspruch auf 3/4 des Verdiensts (das sind 1.384,92 EUR [darin enthalten 230,82 EUR USt]) und 7/8 der Barauslagen (das sind 906,50 EUR). Die Beklagte ist mit ihrer zu 4 Streitpunkten erhobenen Berufung zur Gänze unterlegen und hat dem Kläger die Kosten der Berufungsbeantwortung - allerdings auf Basis des Berufungsinteresses von 12.000 EUR (wie auch von der Beklagten in der Berufung richtig verzeichnet) - mit 1.161,90 EUR (darin enthalten 193,65 EUR USt) zu ersetzen. Dies ergibt einen Gesamtersatz von 3.453,32 EUR für das Berufungsverfahren.

Im Revisionsverfahren tritt durch die Aufteilung auf 12 Streitpunkte kein Tarifsprung ein. Der Kläger ist zur Gänze erfolgreich und hat Anspruch auf Kostenersatz nach §§ 41, 50 ZPO. Damit steht ihm der Ersatz der Kosten der Revisionsbeantwortung mit 1.680,84 EUR (darin 280,14 EUR USt) und der Revision mit 697,68 EUR (darin enthalten 62,28 EUR USt und 324 EUR an Barauslagen; gesamt 2.378,22 EUR) zu.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. Juli 2014
Dr. D a n z l
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG