



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 T-Mobile Austria GmbH, 1030 Wien Rennweg 97–99, vertreten durch Dr. Bernhard Tonninger und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500 EUR) und Veröffentlichung (Streitwert 5.500 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 17. Februar 2014, GZ 2 R 22/14s-14, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 22. Juli 2013, GZ 57 Cg 110/12w-7, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Der Revision des Klägers wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts in Punkt II. 1. a) hinsichtlich der Leistungsfrist betreffend die Berufung auf für unzulässig erkannte Klauseln wiederhergestellt wird.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

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 betreibt als Unternehmerin das Geschäft mit der Mobiltelefonie, bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an, tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Die Beklagte legte zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz (23. 1. 2013) ihren Verträgen die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen“, gültig für neu abgeschlossene Verträge und Vertragsverlängerungen ab 21. 2. 2012, sowie die „Allgemeinen Entgeltbestimmungen“ zugrunde. Diese enthielten unter 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; die Klauseln lägen tausenden Verbraucherverträgen zugrunde.

Die **Revision** des Klägers ist zulässig; sie ist auch teilweise berechtigt. Die Revision der Beklagten ist nicht 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 19.6: Die mit Ihnen vereinbarten fixen monatlichen Entgelte (laut Ihrem gewählten Tarif) sind wertgesichert. Es gilt folgende Wertsicherung als vereinbart: T-Mobile Austria ist bei Änderungen des Verbraucherpreisindexes (Indexbasis: Jahres-VPI 2010 = 100) wie von der Statistik Austria veröffentlicht (sollte dieser nicht mehr veröffentlicht werden, so tritt der dann amtlich festgelegte Nachfolgeindex an dessen Stelle) im Falle einer Steigerung berechtigt und im Falle einer Senkung verpflichtet, fixe monatliche Entgelte (nämlich Grundgebühr, Pauschale [Flatrate], 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. Dabei bleiben Schwankungen des Jahres-VPI gegenüber der Indexbasis nach oben oder unten unter 1 % 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 Schwankungsraumes 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 einen Schwankungsraum). Eine daraus ableitbare Entgelterhöhung kann jeweils nur mit einem Datum ab 1. April bzw. 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 T-Mobile Austria zur Entgeltreduktion ergäbe, verringert sich diese Verpflichtung in jenem betraglichen Ausmaß, in dem T-Mobile Austria zuvor 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.

Das Berufungsgericht erachtete diese Klausel weder als unzulässig noch als intransparent.

Die Revision des Klägers ist insoweit nicht berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof hat erst jüngst zu 6 Ob 233/15f (Klausel 7) eine nahezu wortgleiche Klausel für wirksam erklärt.

2.2. Klausel 7.5: Wenn Sie das Vertragsverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer beenden, dann verrechnen wir Ihnen [...]

a. alle noch ausstehenden Grundgebühren [...] bis zum Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer
b. wenn Sie bei Vertragsabschluss oder im Rahmen einer Vertragsverlängerung ein vergünstigtes Endgerät bezogen haben und Ihren Vertrag vor Ablauf des 21. Monats vorzeitig beenden, erhöht sich der Endgerätepreis um 79,90 EUR.

Die Vorinstanzen erachteten diese Klausel als gröblich benachteiligend.

Die Revision der Beklagten ist nicht zulässig.

Der Oberste Gerichtshof hat zu 10 Ob 54/13h eine vergleichbare Klausel (Klausel 3) für unwirksam erklärt.

Das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage ist nach dem Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel durch den Obersten Gerichtshof zu beurteilen (RIS-Justiz RS0112921, RS0112769), weshalb eine – wie hier – im Zeitpunkt der Einbringung des Rechtsmittels tatsächlich aufgeworfene erhebliche Rechtsfrage wegfällt, wenn die bedeutsame Rechtsfrage durch eine andere Entscheidung des Obersten Gerichtshofs bereits vorher geklärt wurde (stRsp, vgl bloß 8 Ob 23/08b).

3. Leistungsfrist:

Das Erstgericht sprach zwar aus, dass die Beklagte die Verwendung der unzulässigen Klauseln binnen vier Monaten zu unterlassen habe, untersagte ihr jedoch mit sofortiger Wirkung, sich auf diese Klauseln zu berufen. Das Berufungsgericht räumte der Beklagten hingegen auch für die Unterlassung der Berufung auf diese Klauseln eine „Leistungsfrist“ von vier Monaten ein.

Die Revision der Klägerin ist insoweit berechtigt.

3.1. Nach § 28 Abs 1 KSchG kann, wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen,

die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, auf Unterlassung geklagt werden, wobei dieses Verbot auch das Verbot einschließt, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist.

§ 409 Abs 1 ZPO sieht vor, dass, wenn in einem Urteil die Verbindlichkeit zu einer Leistung auferlegt wird, zugleich auch die Frist für diese Leistung zu bestimmen ist, wobei diese Frist, sofern in diesem Gesetz nicht etwas anderes bestimmt ist, vierzehn Tage beträgt. Wird jedoch die Pflicht zur Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäfts auferlegt, so hat das Gericht nach § 409 Abs 2 ZPO zur Erfüllung der Verbindlichkeit mit Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Verpflichteten eine angemessene Frist zu bestimmen.

3.2. § 409 ZPO ist zwar auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden; die urteilsmäßige Verpflichtung zu einer reinen Unterlassung – also nicht zu einer Unterlassung, die auch ein positives Tun, wie etwa eine Beseitigung, umfasst – tritt daher sofort mit der Wirksamkeit des Urteils (§ 416 ZPO) ein (RIS-Justiz RS0041265). Ist aber die Beklagte nicht zu einer reinen Unterlassung, sondern zu einer solchen Unterlassung verpflichtet, die auch ein positives Tun, beispielsweise die Änderung ihres Firmenwortlauts samt der entsprechenden Antragstellung beim Registergericht enthält, dann ist § 409 Abs 2 ZPO anwendbar (RIS-Justiz RS0041260 [T1]).

Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409

Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (4 Ob 130/03a; 10 Ob 70/07b; 6 Ob 24/11i; 7 Ob 84/12x; 5 Ob 118/13h). Der Unternehmer könne das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen, dass er seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert, zumal ihm nicht die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern nur die Verwendung bestimmter Klauseln untersagt wird (4 Ob 130/03a; 10 Ob 70/07b). Bei Bemessung der Leistungsfrist seien (auch) die Schwierigkeiten zu berücksichtigen, die im Einzelfall mit einer Anpassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbunden sind, insbesondere auch den Umfang der notwendigen Änderungen (6 Ob 24/11i; 10 Ob 70/07b).

3.3. Während in den Entscheidungen 4 Ob 130/03a und 10 Ob 70/07b nicht nur für die Unterlassung der Verwendung der gesetzwidrigen Klauseln, sondern auch für die Unterlassung der Berufung auf diese Klauseln eine „Leistungsfrist“ eingeräumt wurde, räumte die Entscheidung 5 Ob 118/13h die Leistungsfrist nur für die Verwendung der Klauseln, nicht jedoch für die Unterlassung der Berufung auf diese Klauseln ein. Keine dieser Entscheidungen thematisierte jedoch konkret die Frage, ob jene Erwägungen, welche eine Leistungsfrist für das Verbot der Verwendung solcher Klauseln rechtfertigen, auch auf das Verbot zutreffen, sich auf diese Klauseln zu berufen.

Durch die in §§ 28 ff KSchG statuierte Verbandsklage soll eine vorbeugende Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formblättern ermöglicht werden, um die Verwendung unlauterer Vertragsklauseln möglichst von vornherein zu verhindern (RIS-Justiz RS0110990 [T2]). Das Rechtsinstitut der Verbandsklage beruht auf dem Umstand, dass dem einzelnen

Verbraucher eine Rechtsdurchsetzung angesichts des damit verbundenen Kostenaufwandes nicht zumutbar ist (EBRV 744 BlgNR 14. GP 41). Das Verbot, sich auf eine gesetzwidrige Klausel zu berufen, wurde erst durch BGBl 1997/6 eingeführt. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass ein Unternehmer zunächst – von den klagslegitimierten Stellen unbemerkt oder zumindest unbeanstandet – eine Vielzahl von Verträgen mit gesetz- oder sittenwidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen schließt, eine Verbandsklage in der Folge aber dadurch vereitelt, dass er sich auf die erste Beanstandung einer befugten Stelle hin verpflichtet, die Geschäftsbedingungen für künftige Vertragsschlüsse nicht mehr zu verwenden, dann aber seine Rechtsposition aus den „Altverträgen“ weiterhin auf Grundlage der inkriminierten Klauseln ausübt (EBRV 311 BlgNR 20. GP 31).

Wird deshalb dem Unternehmer im Verbandsprozess die Verwendung von Klauseln untersagt, so widerspräche es dem Zweck der Verbandsklage und den Absichten des Gesetzgebers, wenn er sich vorerst nach wie vor auf die als gesetzwidrig erkannten Klauseln berufen dürfte. Das Unterlassen einer weiteren Berufung auf solche Klauseln bedarf als „reine Unterlassung“ auch keiner Vorbereitungsfrist, wie dies auf die Neufassung von Vertragsformblättern und Geschäftsbedingungen zutreffen mag. Der erkennende Senat schließt sich somit dem Ergebnis der Entscheidung 5 Ob 118/13h an; insoweit ist die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen.

4. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 43 Abs 1, 50 ZPO. Beide Revisionen hatten jeweils eine Klausel zum Gegenstand; die Abänderung der angefochtenen Entscheidung hinsichtlich der Leistungsfrist ist nicht kostenbegründend.

Der Kläger hat auf die Unzulässigkeit der Revision der
Beklagten in seiner Revisionsbeantwortung hingewiesen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 30. Jänner 2017
Dr. K u r a s
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG