



## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richter Mag. Iby und Dr. Strolz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Sky Österreich GmbH**, 1120 Wien, Schönbrunner Straße 297/2, vertreten durch Mag. Heinz Heher, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 36.000,--), über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse: EUR 6.923,07) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 29.076,93) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 11.6.2012, 22 Cg 35/11g-6, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung des Klägers wird **Folge** gegeben.

Der Berufung der Beklagten wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird in den (stattgebenden) Aussprüchen über die Klauseln 4, 5, 7 bis 21, 23, 25 und 26 (Punkte 1. a) - r) sowie t) und u) des Ersturteils) bestätigt.

Im Übrigen, also bezüglich der Klauseln 1 bis 3, 6, 22 und 24, des Veröffentlichungsbegehrens und der Kosten-

entscheidung wird das angefochtene Urteil abgeändert, sodass es insofern wie folgt lautet:

„Die Beklagte ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die Verwendung folgender Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf diese Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart wurden:

1.) Bei der inhaltlichen Gestaltung sowie Abänderung und Anpassung der einzelnen Kanäle, Programmpakete und Paketkombinationen ist Sky frei, solange der Gesamtcharakter eines Kanals, eines Programmpakets bzw einer Paketkombination erhalten bleibt (Punkt 1.1.2.).

2. Er erkennt darüber hinaus an, dass der Programminhalt von Sportkanälen und -paketen saisonal bedingt bzw abhängig von der Verfügbarkeit der jeweiligen Programmrechte für Sky variieren kann (Punkt 1.1.3.).

3. Über Punkt 1.1.2. hinaus behält sich Sky vor, den Inhalt einzelner Kanäle, Programmpakete und Paketkombinationen abzuändern bzw anzupassen, wenn und soweit dies aus programmkonzeptionellen bzw technischen Gründen erforderlich ist. In einem solchen Fall wird Sky den Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat vor Wirksamwerden der Änderung bzw Anpassung, über die bevorstehende Änderung bzw Anpassung informieren. Der Abonnent ist berechtigt, den Vertrag auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung bzw Anpassung zu kündigen. Sky wird den Abonnenten auf sein Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. Die Kündigung muss Sky bis zum Wirksamwerden der Änderung bzw Anpassung zugehen (Punkt

1.1.3.).

6. Der Abonnent ist verpflichtet, spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Beendigung des Abovertrags (unabhängig ob ordentlich oder außerordentlich gekündigt oder auf sonstige Weise beendet) einen Leih-Digital-Receiver auf eigene Kosten und Gefahr an Sky zurückzusenden (Punkt 1.2.6.).

22. Sofern der Abonnent bei Vertragsabschluss eine E-Mail-Adresse angegeben hat, ist Sky berechtigt, dem Abonnenten vertragsrelevante Informationen an seine E-Mail-Adresse zu senden (Punkt 7.5.).

2.) Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 5.624,08 bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten EUR 1.258,-- an Barauslagen und EUR 727,68 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

3.) Dem Kläger wird die Ermächtigung erteilt, den Urteilsspruch im Umfang des dem Unterlassungsbegehren stattgebenden Teils (Klauseln 1 bis 23 sowie 25 und 26) binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen Zeitung“ in der bundesweit erscheinenden Ausgabe auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

4.) Das Mehrbegehren, die Beklagte sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die Verwendung der Klausel:

24. Sind oder werden einzelne Bestimmungen dieses Vertrags unwirksam, so bleibt die Gültigkeit des Vertrags im Übrigen unberührt (Punkt 9.1.)

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es ferner zu unterlassen, sich auf diese Klausel zu berufen, wird abgewiesen.“

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 3.381,15 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 518,-- an Barauslagen und EUR 485,82 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

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

Die Beklagte ist das größte Pay-TV-Unternehmen in Österreich und bietet Kundenabonnements zum Bezug von Pay-TV an. Sie tritt mit ihren Kunden sowohl im Wege des Fernabsatzes über die Website [www.sky.at](http://www.sky.at) als auch im Vertriebsweg über den Fachhandel in Kontakt. Sie legte den Verträgen mit Konsumenten im geschäftlichen Verkehr Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Fassung 5.1.2011 zugrunde, in welchen die in der Folge zitierten vom Kläger beanstandeten 26 Klauseln enthalten waren. Der Kläger forderte mit Schreiben vom 30.3.2011 eine Unterlassungserklärung bezüglich dieser Klauseln; die Beklagte lehnte dies ab. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurden in weiterer Folge in eine Fassung vom 5.4.2011 und danach in eine Fassung vom 18.11.2011 abgeändert, welche jeweils für Neukunden gelten. Die vom Kläger beanstandete Klausel Punkt 4. findet sich in der Fassung vom 5.1.2011, aber nicht mehr in den späteren Fassungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten. Alle übrigen vom Kläger beanstandeten Klauseln sind in die späteren Fassungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten unverändert übernommen worden.

Der Kläger begehrt, die Beklagte zu verpflichten, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die Verwendung der 26 vom Kläger beanstandeten Klauseln oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese Klauseln zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurden. Der Kläger begehrt weiters, ihn zu ermächtigen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der bundesweit erscheinenden Ausgabe der Kronen Zeitung zu veröffentlichen.

Die Beklagte bestritt das Begehren des Klägers.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren bezüglich der Klauseln 4, 5, 7 bis 21 und 23 bis 26 und dem Urteilsveröffentlichungsbegehren bezüglich des stattgebenden Teils des Unterlassungsbegehrens Folge; das Begehren bezüglich der Klauseln 1 bis 3, 6 und 22 wies es ab. Die Begründung dieser Entscheidung und das Vorbringen der Streitteile wird bei der Behandlung der Berufungen zu den einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Gegen den abweisenden Teil dieses Urteils richtet sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es dahingehend abzuändern, dass seinem Klagebegehren auch bezüglich der Klauseln 1 bis 3, 6 und 22 stattgegeben werde.

Gegen den stattgebenden Teil dieses Urteils richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung

mit dem Antrag, es derart abzuändern, dass das gesamte Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Beide Streitparteien beantragen, der Berufung der Gegenseite keine Folge zu geben.

Die Berufung des Klägers ist berechtigt.

Die Berufung der Beklagten ist nur im geringen Umfang (bezüglich einer Klausel) berechtigt.

Zur Berufung des Klägers:

Die Berufung des Klägers betrifft die Klauseln 1 bis 3, 6 und 22.

Klauseln 1 bis 3 (der Wortlaut dieser Klauseln kann dem Spruch dieser Entscheidung entnommen werden):

Der Kläger hat im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht, die Klauseln seien intransparent. Was der Gesamtcharakter eines Senders sei, sei für den Kunden nicht erschließbar. Die Klausel 1 beinhalte entgegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG ein Recht zur einseitigen nachträglichen Leistungsänderung. Dabei werden auch mögliche Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers eingeschränkt, dies verstoße gegen § 9 KSchG. Letzteres gelte auch für die Klausel 2, die außerdem gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei. Die Klausel 3 berechne zur einseitigen Änderung der Leistung, dies wäre aber nur in den Grenzen des § 6 Abs 1 Z 5 bzw § 6 Abs 2 Z 3 KSchG möglich.

Die Beklagte meinte im erstinstanzlichen Verfahren, der Begriff „Gesamtcharakter“ sei ausreichend bestimmt, bei der Klausel gehe es um die Anpassung des Angebots im Interesse der Kunden. Die Klausel 3 räume kein Recht zur einseitigen Änderung der Leistung ein, weil der Kunde kündigen könne.

Das Erstgericht wies das Unterlassungsbegehren hinsichtlich der drei Klauseln mit der Begründung ab, dass die Klausel für die Kunden erkennen lasse, dass es sich lediglich um geringfügige Änderungen handle, bei welchen der Gesamtcharakter des Kanals oder des Pakets erhalten bleibe. Dies sei den Kunden zumutbar. Die Programmzusammenstellung sei laufenden Veränderungen unterworfen, die Regelung sei daher auch sachlich gerechtfertigt.

Der Kläger wiederholt in seiner Berufung im Wesentlichen die Argumentation in seiner Klage. In der Klausel 2 werde nicht differenziert, ob die Unverfügbarkeit der jeweiligen Programmrechte von der Beklagten zu vertreten sei.

Nach der Klausel 1 kann die Beklagte die inhaltliche Gestaltung der einzelnen Kanäle, Programmpakete und Paketkombinationen abändern, solange nur der Gesamtcharakter des Kanals, des Programmpakets bzw der Paketkombination erhalten bleibt. Damit wird der Beklagten im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG das Recht eingeräumt, die von ihr zu erbringende Leistung einseitig zu ändern. Dies ist aber nach der genannten Bestimmung unzulässig, es sei denn, dass die Änderung bzw Abweichung dem Verbraucher zumutbar ist, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist. Eine sachliche Rechtfertigung ist der Klausel nicht zu entnehmen, wird das Recht der Beklagten, die einzelnen Programmpakete abzuändern, doch (mit Ausnahme der Pflicht zur Erhaltung des Gesamtcharakters des Programmpakets) an keine Bedingungen geknüpft. Das Berufungsgericht teilt die Ansicht des Klägers, dass den Verbrauchern jedenfalls nicht jede den Gesamtcharakter eines Programmpakets erhaltende Änderung zumutbar ist, etwa wenn - so das Beispiel des Klägers - beim Programmpaket

Sport statt der Live-Ausstrahlung von Spitzenevents des internationalen Sports mit hohem Zuschauerinteresse wie etwa Formel 1 oder UEFA Champions League nur noch Randsportarten wie Pool Billard oder Minigolf gezeigt werden, oder auch, wenn statt Live-Events nur noch Aufzeichnungen von schon Jahre zurückliegenden Sportveranstaltungen oder Diskussionsrunden zum Thema Sport gezeigt werden.

Nach der Klausel 2 erkennt der Abonnent an, dass der Programminhalt von Sportkanälen und -paketen saisonal bedingt bzw abhängig von der Verfügbarkeit der jeweiligen Programmrechte für Sky variieren kann. Nach der Klausel stehen dem Abonnenten - jedenfalls bei kundenfeindlicher Auslegung (RIS-Justiz RS0016590) - auch dann keinerlei (etwa Gewährleistungs-)Ansprüche zu, wenn sich der Programminhalt von Sportpaketen entgegen den Werbeaussagen bei Abschluss des Vertrags relevant geändert hat, bloß weil Programmrechte von Großereignissen mit hohem Zuschauerinteresse für die Beklagte - auch aus von dieser zu vertretenden Umständen - nicht mehr verfügbar sind. Diese Klausel ist für den Abonnenten grob benachteiligend (§ 879 Abs 3 ABGB) und verstößt aufgrund des Ausschlusses von Gewährleistungsansprüchen des Konsumenten auch gegen § 9 KSchG.

Die Klausel 3 gibt der Beklagten das Recht zur einseitigen Änderung der von ihm zu erbringenden Leistung; dies wäre nur unter den Voraussetzungen des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG zulässig. Die nach dieser Klausel für die Änderung der (beispielsweise) Programmpakete bereits ausreichenden „programmkonzeptionellen Gründe“ stellen aber, handelt es sich dabei doch um eine freie Entscheidung der Beklagten, keine sachliche Rechtfertigung im Sinne der genannten Bestimmung dar. Die Klausel räumt der Beklagten außerdem

die Möglichkeit für ganz gravierende Änderungen (verwiesen wird auf die Beispiele zur Klausel 1) ein, die dem durchschnittlichen Verbraucher nicht zumutbar sind.

Klausel 6 (im Spruch dieser Entscheidung wiedergegeben):

Der Kläger hält diese Klausel für gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil der Abonnent laut dieser Klausel den Digital-Receiver auch dann auf seine Gefahr und Kosten zurücksenden muss, wenn der Vertrag aus Gründen beendet worden ist, welche die Beklagte zu vertreten hat.

Die Beklagte hält die Klausel für zulässig, weil es sich um eine Leihe, und daher um einen unentgeltlichen Vertrag handle.

Das Erstgericht ist der Ansicht, dass die Klausel weder gröblich benachteiligend noch intransparent sei.

Der Kläger bestreitet in seiner Berufung die Ansicht des Erstgerichts.

Das Berufungsgericht teilt die Einschätzung des Erstgerichts, dass hier trotz der Bezeichnung des Vertrags als „Leihe“ ein entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt, weil der Abonnent der Sky Programme diese nur mit einem Digital-Receiver empfangen kann, wobei ihm die Beklagte eine unentgeltliche Überlassung eines solchen Receivers anbietet. Diese - in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelte (Punkt 1.2.) - Überlassung des Receivers ist nur ein Teil der Gesamtleistung der Beklagten (zum Sky Abonnement), dem die monatliche Zahlung des Abonnenten gegenübersteht (vgl 4 Ob 162/06m).

Nach der Klausel 6 müsste der Abonnent den ihm im Rahmen des (entgeltlichen) Vertragsverhältnisses von der Beklagten überlassenen Receiver aber auch dann auf eigene

Gefahr und Kosten an die Beklagte zurücksenden, wenn der Vertrag aus Gründen beendet wurde, welche die Beklagte zu vertreten hat, also etwa nach einer Auflösung des Vertrags durch den Abonnenten aufgrund ganz massiver Programmausfälle. Eine solche Regelung ist für den Konsumenten gröblich benachteiligend und daher gemäß § 879 Abs 3 ABGB nichtig.

Klausel 22 (auch zum Wortlaut dieser Klausel kann auf den Spruch dieser Entscheidung verwiesen werden):

Nach Ansicht des Klägers handelt es sich dabei um eine Bestimmung ungewöhnlichen Inhalts, die gemäß § 864a ABGB gar nicht Vertragsinhalt wird. Außerdem sei die Klausel intransparent und enthalte entgegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG eine Zugangsfiktion.

Die Beklagte bestreitet dies. Bei Abschluss des Vertrags werde den Kunden die Möglichkeit gegeben, seine E-mail-Adresse bekanntzugeben, dies mit einem Hinweis auf die Folgen. Der Kunde stimme dem Empfang vertragsrelevanter Erklärungen per E-mail mit der Bekanntgabe seiner e-mail-Adresse zu.

Das Erstgericht hat diesbezüglich die Klage abgewiesen, weil der Verbraucher damit rechnen müsse, dass das Unternehmen mit ihm per E-mail in Kontakt treten könne, wenn er seine E-mail-Adresse bekanntgegeben habe. Die Klausel sei weder überraschend noch nachteilig.

In seiner Berufung wiederholt der Kläger seine Argumentation aus dem Verfahren erster Instanz.

Auch in diesem Punkt ist die Berufung des Klägers berechtigt: Der Umstand, dass ein Kunde bei Abschluss des Vertrags seine E-mail-Adresse bekannt gibt (also hier die entsprechende Spalte im Vertragsformular ausfüllt, siehe die dritte Seite der Beilage ./A) bedeutet keineswegs,

dass er damit rechnen muss, dass maßgebliche Erklärungen seines Vertragspartners (auf welche er innerhalb bestimmter Fristen reagieren muss) in der Folge wirksam nur noch per E-mail an diese Adresse zugesendet werden. Eine solche Vereinbarung mag zwar zulässig sein, doch findet sich die entsprechende Klausel nicht auf dem Vertragsformular (unmittelbar neben der vom Kunden bekanntgegebenen E-Mail-Adresse), sondern an einer versteckten Stelle auf der letzten Seite der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter der (unpassenden) Überschrift „Vertragsabschluss/ Mindestvertragslaufzeit/Kündigung“ ohne Hervorhebung als letzter Punkt. Damit liegen die Voraussetzungen des § 864a ABGB vor.

Die Berufung des Klägers ist daher zur Gänze berechtigt.

Zur Berufung der Beklagten:

Klausel 5: Für den Leih-Digital-Receiver leistet Sky in der Weise Gewähr, dass Störungen beim Empfang der Sky-Programme oder Zusatzdienste und Schäden des Digital-Receiver, die nicht auf ein Verschulden des Abonnenten zurückzuführen sind, während der Dauer des Vertrags kostenlos beseitigt werden. Der Abonnent hat in diesem Fall das Leihgerät auf eigene Kosten an Sky zur Reparatur oder zum Austausch zu versenden. (Punkt 1.2.5.)

Nach Ansicht des Klägers wird dem Verbraucher mit dieser Regelung entgegen § 924 ABGB die Beweislast auferlegt, dass er das Auftreten von Mängeln, die innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommen, nicht verschuldet hat. Dies verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG. Außerdem widerspreche die Klausel § 8 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte ist gegenteiliger Meinung, weil ein Leihvertrag und damit ein unentgeltliches Geschäft vor-

liege, sodass das Gewährleistungsrecht überhaupt nicht zur Anwendung komme.

Das Erstgericht schloss sich der Ansicht des Klägers an, weil die Überlassung des Leih-Digital-Receivers an den Abonnenten ein Teil des entgeltlichen Vertragsverhältnisses sei.

Die Beklagte bestreitet diese Ansicht und beharrt darauf, dass bezüglich des Digital-Receivers ein unentgeltlicher Leihvertrag vorliege.

Das Berufungsgericht schließt sich aber, wie bei Behandlung der Klausel 6 bereits dargestellt, der Ansicht des Erstgerichts an, dass die Überlassung des Digital-Receivers nur ein Teil des entgeltlichen Vertragsverhältnisses zwischen dem Abonnenten und der Beklagten ist. Damit sind die Gewährleistungsregeln des ABGB, die einen entgeltlichen Vertrag voraussetzen (§ 922 Abs 1 ABGB), anzuwenden. Die Klausel widerspricht somit § 8 Abs 3 KSchG.

Klausel 7: In jedem Fall bleibt Sky die Geltendmachung eines über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schadenersatzes vorbehalten. (Punkt 2.1.2.)

Der Kläger behauptete im erstinstanzlichen Verfahren einen Verstoß § 1336 Abs 3 ABGB. Das Erstgericht schloss sich der Ansicht des Klägers an.

Die Beklagte meint in ihrer Berufung, die Konventionalstrafe betreffe lediglich die sich aus dem Vertragsbruch ergebenden Erfüllungs- und Schadenersatzansprüche, erfasse aber nicht Ansprüche, die aus anderer gesetzlicher Grundlage - etwa bei Verletzung von Urheberrechten der Beklagten - zustehen.

Abgesehen davon, dass diese einschränkende Interpretation der beanstandeten Regelung dem Wortlaut der Ver-

tragsklausel (Punkt 2.1.2.) nicht entnommen werden kann, verstößt die Klausel in jedem Fall gegen § 1336 Abs 3 letzter Satz ABGB.

Klauseln 8 bis 10:

8. Sky ist berechtigt, die vertragsrelevante und vertragswirksame Kommunikation, wie zB Vertragsbestätigung und weitere Kundeninformationen (im Folgenden „Dokumente“ genannt) rechtsverbindlich in elektronischer Form über das Online-Kundencenter auf [www.sky.at](http://www.sky.at) in der Rubrik „Mein Postfach“ (im Folgenden „Postfach“ genannt) dem Abonnenten zur Verfügung zu stellen. (Punkt 3.1.)

9. Nach Deaktivierung werden die Dokumente postalisch zugesendet. Sky behält sich vor, in diesem Fall für den Versand der Dokumente eine angemessene Vergütung zu erheben. (Punkt 3.1.)

10. Der Abonnent verpflichtet sich, die neu für ihn im Postfach auf diese Weise hinterlegten Dokumente regelmäßig, spätestens alle 14 Tage, zu prüfen. Sky stellt die Unveränderlichkeit der Daten im Postfach sicher, sofern die Dokumente innerhalb des Postfachs gespeichert oder aufbewahrt werden. Sky ist berechtigt, die im Postfach abgelegten Nachrichten und sonstigen Inhalte nach einem Zeitraum von einem Jahr ohne Rückfrage zu löschen. (Punkt 3.1.)

Nach Ansicht des Klägers sind alle drei Klauseln intransparent, überraschend im Sinne des § 864a ABGB und für den Verbraucher grob nachteilig gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel 10 führe entgegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Verbrauchers.

Die Beklagte bestritt diese Ansicht. Die für den Verbraucher mit einer administrativen Vereinfachung verbundenen Regelungen sind aufgrund der Hinweise und Erläu-

terungen zu „Mein Postfach“ im Zuge des Vertragsabschlusses nicht überraschend, dem Verbraucher werden sowohl die Funktionsweise als auch die damit verbundenen Vorgänge umfassend und nachvollziehbar dargestellt.

Das Erstgericht war der Ansicht, dass die Klauseln den Konsumenten gröblich benachteiligen (§ 879 Abs 3 ABGB) und dass ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 und Z 11 KSchG vorliege.

Die Beklagte setzt sich in der Berufung ausschließlich mit der Klausel 9 auseinander, bestreitet die Richtigkeit der Rechtsansicht des Erstgerichts zu den Klauseln 8 und 10 inhaltlich aber überhaupt nicht, sodass auf diese beiden Klauseln vom Berufungsgericht nicht einzugehen ist. Zur Klausel 9 meint die Beklagte, dass sie sich darin eine angemessene Vergütung für die Rechnung in Papierform nur vorbehalte, diese aber nicht beziffere, sodass keine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers vorliegen könne.

Es stellt eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar, wenn dem Abonnenten für die Erfüllung einer vertraglichen Nebenleistungspflicht, nämlich für die Ausstellung einer Rechnung in Papierform, ein gesondertes Entgelt abverlangt wird (4 Ob 141/11f). Die Klausel ist zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung so zu verstehen, dass der Kunde nach Deaktivierung seines „Postfachs“ für die Zusendung der „Dokumente“ in Papierform der Beklagten eine „angemessene“ Vergütung, wenn die Beklagte dann eine solche verlangt, auch tatsächlich zahlen muss. Das Erstgericht ist daher völlig zu Recht zum Schluss gelangt, dass diese Klausel gemäß § 879 Abs 3 ABGB nichtig ist.

Klauseln 11 und 12:

11. Sky kann die vom Abonnenten zu zahlenden Abobeiträge entsprechend erhöhen, wenn sich die extern verursachten Technik-, Service- und Lizenzkosten für die Bereitstellung des Programms bzw den Inhalt erhöhen. Eine Erhöhung muss dem Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens ein Monat im Voraus mitgeteilt werden. Der Abonnent ist berechtigt, den Vertrag auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erhöhung zu kündigen, wenn die Erhöhung bzw Erhöhungen zehn Prozent oder mehr des ursprünglichen Abopreises ausmachen. Die Kündigung muss Sky spätestens bis zum Wirksamwerden der Preiserhöhung zugehen. Sky wird den Abonnenten auf das Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. Macht der Abonnent von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch, gilt die Änderung als genehmigt. (Punkt 4.4.)

12. Sky behält sich vor, bei einer zulässigen Änderung gemäß Punkt 1.1.4. die Abobeiträge abweichend vom Punkt 4.4. entsprechend, das heißt im Verhältnis der Kostenänderung zu den Gesamtkosten anzupassen. In diesem Falle wird Sky den Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens ein Monat vor Wirksamwerden der Preisänderung über diese informieren. Der Abonnent ist berechtigt, das Abo zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Preisänderung schriftlich zu kündigen. Sky wird den Abonnenten auf sein Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. (Punkt 4.5.)

Nach Ansicht des Klägers verstoßen beide Klauseln gegen das Transparenzgebot, aber auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil die Preisänderungsmöglichkeit weder zweiseitig noch unabhängig vom Willen des Unternehmers sei.

Die Beklagte bestritt diese Ansicht, es gehe dabei

um extern verursachte Kosten, die vom Willen der Beklagten unabhängig seien. Die Regelung sei auch nicht einseitig, weil der Abonnent berechtigt sei, den Vertrag zu kündigen.

Das Erstgericht war der Ansicht, dass die Regelungen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG widersprechen, weil die Erhöhung des Entgelts gemäß den Klauseln auch innerhalb der ersten zwei Vertragsmonate möglich sei. In der Klausel 12 seien die maßgeblichen Umstände für die Preiserhöhung nicht ausreichend klar umschrieben, diese Klausel sei daher gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unzulässig.

Die Beklagte meint in ihrer Berufung, bei beiden Klauseln hänge die Preiserhöhung von Umständen ab, welche die Beklagte nicht beeinflussen könne. Preiserhöhungen im Zusammenhang mit von der Beklagten zu erbringenden Nebenleistungen seien von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht umfasst.

In beiden Klauseln wird dem Unternehmer (der Beklagten) das Recht eingeräumt, für seine Leistung ein höheres als das bei Vertragsabschluss bestimmte Entgelt zu verlangen; die Klauseln wären daher nur dann zulässig, wenn der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht (§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG). Dies ist aber nicht der Fall, sodass das Erstgericht beide Klauseln zu Recht für unzulässig angesehen hat.

Klauseln 13 und 14:

13. Der Abonnent ist berechtigt, bei einem vollständigen oder teilweisen Programmausfall die Abobeiträge entsprechend der Schwere der Störung anteilig zu mindern, soweit der Abonnent und seine Erfüllungsgehilfen (insb. Kabelnetzbetreiber) den Ausfall nicht zu vertreten haben. Eine solche Minderung ist ausgeschlossen, wenn der Pro-

grammausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung nur geringfügig ist. Als geringfügig in diesem Sinne gelten Unterbrechungen, die in der Summe pro Kalenderjahr nicht mehr als 60 Stunden je individuellem Kanal ausmachen. Bei einem vollständigen Programmausfall ist jedoch jede durchgehende Unterbrechung von mehr als 24 Stunden ab Beginn der 25. Stunde nicht mehr geringfügig, ungeachtet der Summe der Unterbrechungen im jeweiligen Kalenderjahr. Kein Programmausfall liegt vor, wenn der Abonnent seinen Obliegenheiten gemäß Punkt 2.1.1. nicht nachkommt. (Punkt 5.1.)

14. Punkt 5.1. gilt entsprechend, wenn durch Softwareaktualisierungen auf dem Digital-Receiver oder der Smartcard ein Programmempfang vorübergehend nicht möglich ist. (Punkt 5.2.)

Nach Ansicht des Klägers sei die Regelung gröblich benachteiligend und verstoße auch gegen § 9 KSchG, weil nach §§ 922ff ABGB auch bei bloß geringfügigen Mängeln ein Anspruch auf Gewährleistung zustehen könne. Außerdem sei ein vollständiger Programmausfall von bis zu 60 Stunden im Jahr nicht bloß geringfügig. Mit den Klauseln werde die wahre Rechtslage verschleiert, diese seien daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass der Ausschluss der Gewährleistung bei einem Programmausfall an bis zu 60 von insgesamt 8640 Sendestunden im Jahr, also bei einem Ausfall von 0,7% der Sendezeit, zulässig sei. Es sei allein Sache des Kunden, die Softwareaktualisierung zuzulassen.

Nach Ansicht des Erstgerichts sind beide Bestimmungen gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nichtig, weil sie anordnen, dass der Abonnent beweisen muss, dass ihn kein Ver-

schulden am Programmausfall trifft.

Die Beklagte bestreitet in ihrer Berufung diese Ansicht, beide Klauseln führen zu keiner Benachteiligung des Kunden.

Die Klauseln sind aber schon deshalb unzulässig, weil sie für bestimmte Fälle das Gewährleistungsrecht des Abonnenten (§§ 922ff ABGB) ausschließen, nämlich dann, wenn der teilweise oder vollständige Programmausfall durchgehend nicht mehr als 24 Stunden und insgesamt im Jahr nicht mehr als 60 Stunden beträgt. Ohne diese Klausel stünde den Kunden auch bei solchen „kürzeren“ Programmausfällen ein Gewährleistungsanspruch zu.

Klauseln 15 und 16:

15. Eine außerordentliche Kündigung seitens des Abonnenten wegen eines vollständigen Programmausfalls ist in jedem Fall ausgeschlossen, wenn die Unterbrechung nicht mehr als 14 Tage ununterbrochen andauert. (Punkt 5.7.)

16. Ist Sky aufgrund von programmkonzeptionellen bzw technischen Gründen nicht mehr in der Lage, dem Abonnenten einzelne Kanäle, Programmpakete oder Programmkombinationen zur Verfügung zu stellen, ist Sky mit einer Kündigungsfrist von 14 Tagen berechtigt, den Abovertrag für die betroffenen einzelnen Kanäle, Programmpakete oder Programmkombinationen außerordentlich zu kündigen. (Punkt 5.8.)

Nach Ansicht des Klägers sind beide Klauseln gröblich benachteiligend. Die Klausel 16 sei intransparent, weil die darin genannten „programmkonzeptionellen Gründe“ einen großen Gestaltungsspielraum offen lassen. Außerdem liege ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG vor.

Das Erstgericht war der Ansicht, dass die Klausel 15

die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers ausschließe, was gemäß § 9 KSchG unzulässig sei. Die von Klausel 16 der Beklagten ermöglichte einseitige Leistungsänderung könnte nur dann zulässig sein, wenn sie dem Verbraucher zumutbar wäre. Davon sei hier aber nicht auszugehen. Die Formulierung „programmkonzeptionelle Gründe“ sei unklar und daher intransparent.

Die Beklagte meint in ihrer Berufung, dass die Klausel 15 Gewährleistungsansprüche nicht einschränke, sondern einen Sonderfall regle. Die Klausel 16 betreffe die Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch Einflüsse, auf welche die Beklagte nicht einwirken könne.

Die Klausel 15 ist für den Verbraucher jedenfalls gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil er den Vertrag (der eine Mindestvertragsdauer und längere Kündigungsfristen vorsieht) auch dann nicht mit sofortiger Wirkung beenden kann, wenn es immer wieder zu tagelangen Programmausfällen kommt (der Kläger nennt das Beispiel, dass es jede Woche zu fünf Tage dauernden Programmausfällen kommt). Die Klausel 16 verstößt gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil die Beklagte danach die von ihr zu erbringenden Leistungen schon dann ändern kann, wenn sie ihr Programmkonzept geändert hat, dies ohne Rücksichtnahme darauf, ob diese Änderung der Leistung der Beklagten für ihren Kunden zumutbar ist.

Klauseln 17 und 26:

17. Sky verarbeitet die Vertragsdaten des Abonnenten für Zwecke der Vertragsabwicklung, für Zwecke der Bonitätsprüfung und (mit Ausnahme der Ausweis- und Bankdaten) für eigene Marktforschungs- und Marketingzwecke, soweit dies schon von Gesetzes wegen zulässig ist oder soweit der Abonnent der Verarbeitung zugestimmt hat. Die vom

Abonnenten angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Art und Häufigkeit ihrer Nutzung der von Sky erbrachten Leistungen werden von Sky, sowie gegebenenfalls entsprechend den jeweils geschlossenen Vertragsverhältnissen von der Axel Springer AG, Axel Springer Platz 1, D-20350 Hamburg erhoben, gespeichert und genutzt, soweit dies für die Durchführung der Verträge, insbesondere für den Betrieb des Kundenservices sowie der Vergütungsabrechnung erforderlich ist, und für Zwecke der Auftragsdatenverarbeitung an beauftragte Unternehmen übermittelt. (Punkt 6.1.)

26. Hinsichtlich des Datenschutzes findet das Datenschutzgesetz 2000 (DSG) Anwendung. Die vom Kunden angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Art und Häufigkeit seiner Nutzung der von Sky erbrachten Leistungen werden entsprechend den jeweils geschlossenen Vertragsverhältnissen von Sky erhoben, gespeichert, genutzt, soweit dies für die Durchführung der Verträge, insbesondere für den Betrieb der von Sky betriebenen Blue Movie Hotline und des Sky Service sowie für die Abrechnungen erforderlich ist und für eine Auftragsdatenverarbeitung konzernintern oder an beauftragte Unternehmen übermittelt.

Nach Ansicht des Klägers sind beide Klauseln intransparent, weil sie mangels eines Hinweises auf das Widerrufsrecht des Verbrauchers die geltende Rechtslage verschleiern. Beide Klauseln widersprechen auch § 4 DSG, weil sie nicht ausreichend bestimmt anführen, an wen die Daten übermittelt werden; bei „beauftragten Unternehmen“ könne es sich um beinahe jeden Vertragspartner der Beklagten handeln.

Die Beklagte ist der Ansicht, beide Regelungen geben

dem Verbraucher umfassende und ausreichende Informationen.

Das Erstgericht gab dem Begehren des Klägers bezüglich der Klausel 17, allerdings erst beginnend mit dem zweiten Satz dieser Klausel, und bezüglich der gesamten Klausel 26 Folge. Die Berechtigung, die Daten an „beauftragte Unternehmen“ weiterzugeben, widerspreche dem DSGVO. Für den Konsumenten sei nicht erkennbar, an wen und wofür die Daten weitergegeben werden. In beiden Klauseln fehle der Hinweis auf das in § 8 Abs 1 Z 2 DSGVO geregelte Widerrufsrecht des Verbrauchers.

Dass das Erstgericht nur über einen Teil der vom Kläger beanstandeten Klausel 17 entschieden hat, ist unangefochten geblieben.

Die Beklagte ist in ihrer Berufung der Ansicht, dass die Kunden in den Klauseln umfassend über den Verarbeitungs- und Vermittlungszweck informiert werden. Die „beauftragten Unternehmen“ seien durch den klar definierten Verwendungszweck präzisiert. Der Kunde könne der Verwendung seiner Daten jederzeit widersprechen, auf dieses Recht müsse aber nicht hingewiesen werden.

Nach den Klauseln wird der Kunde der Beklagten aber darüber im Unklaren gelassen, an welche - von der Beklagten beauftragte - Unternehmen seine Daten weitergegeben werden können. Die Klausel widerspricht daher dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG (SZ 74/52). Außerdem wird der Abonnent auch nicht darauf hingewiesen, dass er die weitere Verwendung seiner Daten jederzeit untersagen kann. Die Klauseln erwecken den - falschen - Eindruck, dass die Beklagte jedenfalls während der gesamten Dauer des Vertragsverhältnisses berechtigt ist, die Daten ihres Kunden, wie in den Klauseln geregelt, zu nutzen. Klauseln

sind aber auch dann intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, wenn sie dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (abermals SZ 74/52).

Klauseln 4 und 18 bis 20:

4. Bei Zubuchung des Multiroom Service beginnt die Mindestvertragslaufzeit des bestehenden Abos neu zu laufen. (Punkt 1.1.7.)

18. Die Mindestvertragslaufzeit beträgt 12 Monate und beginnt mit Freischaltung der Smartcard. Die Freischaltung erfolgt in der Regel durch telefonische Aktivierung durch den Abonnenten, bzw bei Buchung einer Installationsdienstleistung durch den Installateur im Auftrag des Abonnenten. Die Freischaltung erfolgt jedoch automatisch, spätestens 7 Tage nach Vertragsabschluss, wenn das Abo im Fachhandel abgeschlossen wird, und spätestens 14 Tage nach Vertragsabschluss bei Abschluss über alle sonstigen Vertriebswege (Online, Telefon, Haustür). Der Aktivierungsvorgang der Smartcard kann bei einzelnen Kabelnetzbetreibern variieren. Eine automatische Freischaltung erfolgt jedoch nicht bevor Sky dem Abonnenten die für den Programmempfang der erforderlichen Geräte (zB Smartcard und gegebenenfalls Digital-Receiver) zur Verfügung gestellt hat. Das Abo kann jeweils alle 12 Monate unter Einhaltung einer 2-monatigen Frist zum Monatsende schriftlich gekündigt werden. Die Mindestvertragslaufzeit aller Abos umfasst den Monat der Freischaltung (anteilig) zuzüglich 12 Kalendermonate. Sofern es nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit zu einer Erhöhung der Preise kommt, wird Sky den Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat, bevor die Preiserhöhung eintritt, über die Preiserhöhung informieren. Der Abonnent ist berechtigt,

den Vertrag auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erhöhung hin zu kündigen. Sky wird den Abonnenten auf sein Kündigungsrecht und die zu wahrende Frist hinweisen. Die Kündigung muss Sky spätestens bis zum Wirksamwerden der Preisänderung zugehen. Macht der Abonnent von seinem Kündigungsrecht Gebrauch, gilt die Änderung als genehmigt. (Punkt 7.1.)

19. Der Abonnent kann im Rahmen der zulässigen Kombinationsmöglichkeiten jeweils zum nächsten Monatsersten - die Mindestvertragslaufzeit beginnt neu zu laufen - auf eine mindestens gleichwertige Paketkombination wechseln. (Punkt 7.2.)

20. Ein Downgrade (Verkleinerung) des Aboumfangs ist nur nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit zulässig. Sofern der Abonnent von der Möglichkeit der Reduktion des Aboumfangs Gebrauch macht, beginnt mit Wirksamkeit der Reduktion die Mindestvertragslaufzeit neu zu laufen. (Punkt 7.2.)

Nach Ansicht des Klägers unterliegen die Klauseln 4, 19 und 20 § 864a ABGB und die Klauseln 4 und 19 außerdem § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel 18 sei in sich widersprüchlich, die Klausel 20 verschleierte die wahre Rechtslage, beide Klauseln seien daher intransparent. Die Klausel 20 enthalte eine gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unzulässige Erklärungsfiktion, die Klausel 18 verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Die Beklagte argumentierte, die Klauseln seien nicht überraschend, weil die Kunden, die den Leistungsumfang der Beklagten geändert haben wollen, immer darauf hingewiesen werden, dass die Mindestvertragslaufzeit neu zu laufen beginne.

Das Erstgericht war der Ansicht, dass zwar eine Min-

destvertragsdauer von zwölf Monaten zulässig sei, die Klausel 18 aber unklar formuliert sei, sodass sie gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoße. Die Klauseln 4, 19 und 20 seien für den Konsumenten überraschend und nachteilig und daher gemäß § 864a ABGB unwirksam.

Die Beklagte meint in ihrer Berufung, der Tag der Freischaltung sei jedem Kunden bekannt, er könne diesen Tag auch bei der Beklagten erfragen. Zur Änderung des Leistungsumfangs der Beklagten komme es immer auf Wunsch des Kunden, dies entspreche einem Neuabschluss. Auf die neuerlich laufende Mindestvertragslaufzeit werde der Kunde hingewiesen.

Bei einer Verbandsklage sind individuelle Vereinbarungen aber nicht zu berücksichtigen, zusätzliche individuellen Darlegungen des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber den Kunden haben daher keinen Einfluss auf die gerichtliche Beurteilung der Klauseln aufgrund einer Verbandsklage (4 Ob 141/11f; Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG<sup>3</sup> §§ 28-30 Rz 14c). Warum bei einer von den Vertragsparteien vereinbarten Erweiterung, Änderung oder Verkleinerung des Leistungsumfangs der Beklagten die Mindestvertragslaufzeit (von zwölf Monaten) neuerlich zu laufen beginnen soll, worin also die sachliche Rechtfertigung einer solchen Regelung liegen soll, kann die Beklagte nicht aufzeigen. Sie spricht davon, dass der Kunde möglicherweise häufig zwischen den von ihr angebotenen Paketen wechseln könnte, je nachdem, ob gerade interessante Filme laufen oder besondere Sportveranstaltungen stattfinden. Es ist allerdings nicht erkennbar, warum ein solches Vorgehen der Abonnenten für die Beklagte nachteilig sein sollte. Die der Beklagten bei

Abschluss des Vertrags - etwa durch die Überlassung des „Leih-Digital-Receiver“ - entstehenden Kosten können durch die (ursprüngliche) Mindestvertragslaufzeit (von zwölf Monaten) abgedeckt werden.

Die Klausel 18 ist, wie die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren auch ausdrücklich eingeräumt hat (S 10f in ON 4), missverständlich, weil nach deren ersten Satz die Mindestvertragslaufzeit exakt zwölf Monate beträgt und daher zwölf Monate nach dem Tag der Freischaltung endet, sechs Sätze später aber festgehalten wird, dass die Mindestvertragslaufzeit den gesamten (restlichen) Monat der Freischaltung zuzüglich zwölf Kalendermonate umfasst, somit also am Monatsletzten des zwölften Monats nach dem Tag der Freischaltung endet. Diese in sich widersprüchliche Regelung ist intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Der letzte Satz der Klausel 18 verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

Klausel 21: Ist der Abonnent mit der Zahlung der Abobeiträge oder mit sonstigen Zahlungsverpflichtungen nicht nur geringfügig in Zahlungsverzug, so kann Sky trotz Fortdauer der Zahlungsverpflichtung die Sehberechtigung bis zur vollständigen Nacherfüllung des Zahlungsverzugs entziehen und/oder die Inanspruchnahme weiterer Leistungen (Sky Select bzw Sky Select+ sowie Blue Movie Abrufe) verweigern. Das Recht zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs oder aus einem anderen wichtigen Grund bleibt neben dem Recht zum Entzug der Sehberechtigung unberührt. Als ein wichtiger Grund gilt auch die unberechtigte öffentliche Vorführung gemäß Punkt 2.1.2. Kündigt Sky das Abo nach entsprechender Abmahnung im Fall sonstiger Leistungsverpflichtungen des Abonnenten oder Fristsetzung zur Nacherfüllung im Fall des Zahlungsver-

zugs, ist der Abonnent zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes statt der Leistung in Höhe der Abobeiträge bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin abzüglich einer 5%igen Abzinsung verpflichtet. Den Parteien bleibt es unbenommen nachzuweisen, dass ein höherer, niedrigerer oder überhaupt kein Schaden entstanden ist. Die Haftung der Vertragsparteien richtet sich im Übrigen nach den sonstigen vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen. Macht Sky von seinem oben genannten Kündigungsrecht Gebrauch, ist Sky bei einem Receiver- oder Hardwarekauf im Sinne des Punkt 1.2.3. berechtigt, vom Kaufvertrag über das Gerät zurückzutreten und das Eigentumsrecht geltend zu machen. Kommt der Abonnent seiner Pflicht zur Rückgabe des Digital-Receiver nicht nach, so gelten die Bestimmungen des Punkt 1.2.6. entsprechend. Ein bereits bezahlter Kaufpreis wird auf das Nutzungsentgelt bzw den Schadenersatz angerechnet; übersteigt der Kaufpreis das Nutzungsentgelt, wird er nach Rückgabe des Digital-Receiver auf offene Programmbeiträge sowie andere offene Beträge angerechnet. (Punkt 7.4.)

Nach Ansicht des Klägers ist die Regelung intransparent, weil sich aus der Regelung weder erschließen, warum die Beklagte kündigen dürfe, noch warum der Kunde dann schadenersatzpflichtig werde.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren des Klägers, allerdings nur bezüglich des 4. bis 6. Satzes der Klausel („Kündigt Sky [...] vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen.“), Folge, ohne - was unangefochten geblieben ist - über die restlichen Teile der Klausel abzusprechen. Seiner Ansicht nach ist die Regelung in ihrer Gesamtheit unverständlich und verstoße gegen § 1336 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte ist in ihrer Berufung der Ansicht, mit der Klausel werde für den Durchschnittsverbraucher klar und verständlich geregelt, dass er im Falle einer Kündigung durch die Beklagte aufgrund einer sonstigen Leistungspflichtverletzung oder wegen seines Zahlungsverzugs schadenersatzpflichtig werde.

Nach der gesetzlichen Regelung setzt eine Schadenersatzpflicht des Abonnenten, der seine Vertragspflichten verletzt hat, auch ein Verschulden des Abonnenten voraus. Laut der Klausel steht der Beklagten aber in jedem Fall ein Schadenersatzanspruch zu, somit auch dann, wenn der Abonnent seine Schuldlosigkeit an der Vertragsverletzung nachweisen kann. Die Klausel ist daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Die in der Klausel der Beklagten eingeräumte Möglichkeit, einen die vereinbarte Konventionalstrafe übersteigenden Schaden auch geltend zu machen, widerspricht § 1336 Abs 3 ABGB.

Klausel 23: Sky ist berechtigt, die Zahlungsansprüche gegen den Abonnenten sowie sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Abovertrag (inklusive dem Rahmennutzungsvertrag für den Bezug der Blue Movie-Programme) ohne Zustimmung des Abonnenten an Dritte zu übertragen. (Punkt 8.1.)

Nach Ansicht des Klägers verstößt diese Regelung gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG.

Das Erstgericht schloss sich der Ansicht des Klägers an.

Die Beklagte meint in ihrer Berufung, die Kunden werden schon bei Vertragsabschluss konkret darauf hingewiesen, dass die Beklagte berechtigt sein solle, die Zahlungsansprüche gegen den Abonnenten und sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Abovertrag ohne Zustimmung des

Abonnenten an Dritte zu übertragen. Weil der Kunde in Kenntnis dieser Umstände seine Vertragserklärung vorbehaltlos abgebe, verstoße die Klausel nicht gegen § 6 Abs 2 Z 2 KSchG. Die Beklagte beanstandet auch, dass das Erstgericht die von ihr namhaft gemachten Zeugen (Mag. Martin Tauber und Mag. Romana Prinz-Grassl) nicht vernommen hat; nach deren Vernehmung hätte sich ergeben, dass die Bestimmung im Einzelnen mit dem Kunden ausverhandelt werde und sich der Kunde damit ausdrücklich einverstanden erkläre.

Das Berufungsgericht hat schon darauf hingewiesen, dass bei einer Verbandsklage auf individuelle Vereinbarungen keine Rücksicht zu nehmen ist (4 Ob 141/11f). Die Klausel widerspricht der Regelung des § 6 Abs 2 Z 2 KSchG.

Klausel 24: Sind oder werden einzelne Bestimmungen dieses Vertrags unwirksam, so bleibt die Gültigkeit des Vertrags im Übrigen unberührt. (9.1.)

Der Kläger ist der Ansicht, dass eine salvatorische Klausel wie die Klausel 24 gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoße.

Das Erstgericht teilt diese Ansicht des Klägers und verweist dazu auf RIS-Justiz RS0122045.

Die Beklagte bestreitet diese Ansicht. Die Klausel lehne sich an die Regelung des § 878 Abs 2 ABGB an. Die Klausel wäre nur dann intransparent, wenn sich der Verbraucher danach zur Abgabe einer Erklärung mit einem für ihn nicht vorhersehbaren Inhalt verpflichten solle. Dies sei hier aber nicht der Fall.

In diesem einem Punkt ist die Berufung des Beklagten berechtigt. Die vom Erstgericht und vom Kläger zitierten Entscheidungen (7 Ob 78/06f; 7 Ob 233/06z) betreffen

Klauseln, laut welchen unwirksame oder nichtige Vertragsbestimmungen durch gültige Abreden zu ersetzen sind, die - beispielsweise - „dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung“ (vgl 7 Ob 78/06f) entsprechen sollen. Solche Klauseln sind intransparent, weil sie den Mieter zur Zustimmung zu einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrags verpflichten. Die Klausel 24 ist aber gar keine solche salvatorische Klausel, sondern sie ordnet bloß an, dass, wenn einzelne Bestimmungen dieses Vertrags unwirksam sind, die Gültigkeit des restlichen Vertrags dadurch unberührt bleibt, ohne aber die ungültige Klausel durch eine Neuregelung zu ersetzen. Diese Regelung ist weder intransparent noch ungewöhnlich oder für den Verbraucher nachteilig.

Klausel 25: Sky kann diese AGB mit einer angemessenen Ankündigungsfrist ändern. Widerspricht der Abonnent der Änderung nicht innerhalb der von Sky gesetzten Frist, gilt die Änderung als genehmigt. Sky weist den Abonnenten in der Änderungsankündigung auf diesen Umstand hin. (Punkt 9.2.)

Nach Ansicht des Klägers liegt hier eine gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG unzulässige Erklärungsfiktion vor. Außerdem sei die Klausel intransparent, weil die dem Abonnenten zu setzende Frist darin nicht präzisiert sei.

Das Erstgericht hält die Klausel gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG für unzulässig.

Die Beklagte meint in ihrer Berufung, die Klausel sei zulässig, weil darin ausdrücklich von einer angemessenen Ankündigungsfrist die Rede sei.

Die Klausel widerspricht aber wegen der darin festgelegten Zustimmungsfiktion § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Die Äußerungsfrist des Verbrauchers müsste schon im Vertrag

konkretisiert sein (Langer aaO § 6 KSchG Rz 16).

Bezüglich der Urteilsveröffentlichung meint die Beklagte, der Kläger habe kein berechtigtes Interesse an dieser Veröffentlichung mehr, weil die Beklagte die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gar nicht mehr verwende. Das Erstgericht habe keine Feststellungen zur Größe des betroffenen Personenkreises getroffen, es hätte dazu die beiden von der Beklagten namhaft gemachten Zeugen vernehmen müssen. Dann hätte sich ergeben, dass die Veröffentlichung in einer Fernsehzeitschrift wie „Tele“ ausreichend wäre.

Das Erstgericht hat dem Kläger die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung nur bezüglich des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und nicht, wie vom Kläger beantragt, auch bezüglich der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung erteilt; der Kläger hat dies allerdings nicht angefochten. Der Anspruch des Klägers auf Urteilsveröffentlichung beruht auf § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 bis 7 UWG. Die Behauptung der Beklagten, dass sie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (und die beanstandeten Klauseln) nicht verwendet, geht nicht vom festgestellten Sachverhalt aus. Danach sind 25 der 26 beanstandeten Klauseln auch in den neuen Fassungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wortgleich enthalten; außerdem gelten die vom Kläger beanstandeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Fassung 5.1.2011, weiterhin für Altkunden.

Der Kläger hat im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich vorgebracht, dass die Beklagte der größte Pay-TV-Anbieter in Österreich sei und nach der Eigendarstellung auf ihrer Website 10.000 Pay-TV-Kunden im gesamten Bundesgebiet hat (§ 5 in ON 3). Die Beklagte hat dies

nicht bestritten, sondern außer Streit gestellt, dass sie das führende Pay-TV-Unternehmen in Österreich ist (S 2 der Klagebeantwortung ON 2). Mit dem Veröffentlichungsbegehren des Klägers hat sich die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht auseinandergesetzt. Damit bestand für das Erstgericht kein Anlass, die von der Beklagten zum Beweis für ihr gesamtes Vorbringen (S 14 in ON 4) namhaft gemachten beiden Zeugen zu vernehmen, hat die Beklagte zum Veröffentlichungsbegehren des Klägers doch kein Vorbringen erstattet.

Der Zweck der Urteilsveröffentlichung ist nicht nur die Aufklärung der unmittelbar betroffenen Geschäftspartner, sondern die Information aller beteiligten Verkehrskreise, um diese vor Nachteilen zu schützen (3 Ob 12/09z; Langer aaO §§ 28 bis 30 KSchG Rz 10a). Das Erstgericht hat dem Urteilsveröffentlichungsbegehren des Klägers daher zu Recht Folge gegeben.

Damit ist das Ersturteil wie aus dem Spruch dieser Entscheidung ersichtlich (teilweise) abzuändern.

Im erstinstanzlichen Verfahren erhält der Kläger, der nur mit einer von 26 Klauseln und somit nur geringfügig unterlegen ist, gemäß § 43 Abs 2 zweiter Fall ZPO vollen Kostenersatz.

Im Berufungsverfahren sind dem Kläger die Kosten seiner zur Gänze erfolgreichen Berufung von der Beklagten zu ersetzen; der der Klagevertreterin dabei (in der Berufungsbeantwortung der Beklagten aufgezeigte) unterlaufene Rechenfehler war zu korrigieren.

Die Beklagte war mit ihrer Berufung bezüglich einer von 21 Klauseln und damit zu etwa 5% erfolgreich, sie hat dem Kläger daher 90% der Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen. In Summe errechnet sich dann ein Kostener-

satzanspruch des Klägers für Berufung und Berufungsbeantwortung im Ausmaß von EUR 3.432,92, darin enthalten EUR 518,-- an Barauslagen und EUR 485,82 USt. Davon sind 5% der Pauschalgebühr der Beklagten für ihre Berufung, das sind EUR 51,80, abzuziehen.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands folgt der Bewertung durch den Kläger.

Bei keiner einzigen Klausel war die Rechtslage unklar; mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO ist die ordentliche Revision daher nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 5, am 18. Februar 2013

**Dr. Maria Schrott-Mader**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG