



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden sowie den Richter Mag. Thomas Rendl und die Richterin Mag. Martina Elhenicky in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Orange Austria Telekommunikation GmbH**, Brünner Straße 52, 1210 Wien, vertreten durch Dr. Mathias Görg, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert restl. EUR 33.230,77), über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 11.076,92) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 22.153,84) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 14.02.2013, 19 Cg 122/12f-6, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht Folge** gegeben.

Der Berufung der klagenden Partei wird **teilweise** Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt zu lauten hat:

„I) Die beklagte Partei ist schuldig, binnen drei Monaten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder in hiebei

verwendeten Vertragsformblättern, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die Verwendung der folgenden oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen:

1. Klausel 2:

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

2. Klausel 3:

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

3. Klausel 4:

„[9.2] ... Orange versendet zudem eine Zahlungserinnerung, wofür Orange Bearbeitungsgebühren laut der auf den Kunden anwendbaren Orange Entgeltübersicht (s. oben Punkt I.4.) in Rechnung stellt. Nach erfolgloser Mahnung kann Orange Inkassoinstitute bzw. Rechtsanwälte mit der Einbringlichmachung betrauen; der Kunde ist verpflichtet, die damit einhergehenden von ihm verschuldeten, zur zweckentsprechenden

Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu ersetzen.“

4. Klausel 5:

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

5. Klausel 6:

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

6. Klausel 8:

„[15.3] ... Hinsichtlich der von Orange erbrachten Dienste (nicht somit hinsichtlich von Mehrwertdiensten) hat der Kunde - unbeschadet der in Punkt I.11.7 vorgesehenen Zahlungen - für die infolge Verlorengehens oder Diebstahls bis zur Meldungslegung angefallenen Entgelte aufzukommen; entsprechendes gilt auch für Fälle sonstigen Missbrauchs durch Dritte, es sei denn, es hätte sich hierbei ein nicht vom Kunden beherrschbares Risiko verwirklicht (z.B. Ausnützen von allfälligen Schwachstellen in der Orange-EDV).“

7. Klausel 10:

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

8. Klausel 12:

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

9. Klausel 13:

„II. Sonderbestimmungen für Wertkarte ...

[5.1.] Nicht verbrauchte Beträge können vom Kunden rückgefordert werden, sofern ihnen bezüglich des jeweiligen Teilnehmeranschlusses tatsächlich getätigte

Vorabzahlungen zugrunde liegen. Eine Rückforderung ist - vorbehaltlich einer wirksamen außerordentlichen Kündigung - erst mit Ablauf von zwölf Monaten seit dem letzten das Vertragsverhältnis verlängernden Ladevorgang möglich. Dabei hat der Kunde seine Identität und Legitimation (SIM-Karte und PUK2-Code) nachzuweisen. Für die Rückerstattung ist vorab, außer im Falle einer von Orange verschuldeten außerordentlichen Kündigung durch den Kunden, eine Bearbeitungsgebühr laut Orange Entgeltübersicht zu entrichten. Mit der Rückerstattung endet das Vertragsverhältnis jedenfalls.

Sie ist ferner schuldig, es ab sofort zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

II) Hingegen wird das **Mehrbegehren**, der beklagten Partei werde auch verboten, folgende Klauseln zu verwenden und sich hierauf zu berufen, **abgewiesen**:

1. Klausel 1:

„[I. Allgemeine Bestimmungen]

...

[4.1] ... Soweit nichts anderes vereinbart ist, kommt bei den monatlichen fixen Entgelten in Gestalt von Grundgebühr und Mindestumsatz eine Indexbindung zur Anwendung (siehe Punkt I.12.3. [= Klausel 7]). ...“

2. Klausel 7:

„[12.3] Mangels anderer Vereinbarung ist Orange bei Änderungen des (Kalender-)Jahresdurchschnittes des Verbraucherpreisindexes ('Jahres-VPI') wie von der Statistik Austria veröffentlicht (sollte diese den Jahres-VPI nicht mehr veröffentlichen, so tritt dessen amtlicher Nachfolger an dessen Stelle) im Falle einer Steigerung berechtigt und im Falle einer Senkung verpflichtet, fixe monatliche Entgelte in Gestalt von Grundgebühr und Mindestumsatz in jenem Verhältnis

anzupassen, in dem sich der Jahres-VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahres-VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung geändert hat (Indexbasis: Jahres-VPI 2010=100). Dabei bleiben Schwankungen des Jahres-VPI gegenüber der Indexbasis nach oben oder unten bis 3 % unberücksichtigt (Schwankungsraum). Sobald hingegen der Schwankungsraum durch eine oder mehrere aufeinanderfolgende Schwankungen des Jahres-VPI über- bzw. unterschritten wird, ist die gesamte Änderung in voller Höhe maßgeblich. Der hieraus resultierende außerhalb des 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 den Schwankungsraum). Eine daraus ableitbare Entgelterhöhung kann jeweils nur mit einem Datum ab 1. April bis 31. Dezember jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat; eine daraus abzuleitende Entgeltreduktion muss jeweils mit 1. April jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat. Erstmals 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 I.12.3 eine Verpflichtung von Orange zur Entgeltreduktion ergäbe, verringert sich diese Verpflichtung in jenem betraglichen Ausmaß, in dem Orange letztmals aufgrund besagter Bestimmungen zu einer Entgelterhöhung berechtigt gewesen wäre, ohne von diesem Recht Gebrauch gemacht zu haben. Über die Vornahme einer solchen Entgeltanpassung wird der

Kunde samt den zu ihr Anlass gebenden Umständen in geeigneter Weise (zum Beispiel durch Rechnungsaufdruck) in der der Entgeltänderung vorangehenden Rechnungsperiode, informiert."

3. Klausel 11:

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

III. Der Klägerin wird die Ermächtigung erteilt, Punkt I des Urteilsspruches binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung, ansonsten in Normallettern, somit der gleichen Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

IV. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.275,52 (darin EUR 786,10 USt und EUR 917,23 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14

Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1619,17 (darin EUR 226,70 USt und EUR 259,-- Barsauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 29 Abs 1 KSchG berechtigter Verein.

Die Beklagte ist Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG. Sie bietet Mobilfunkleistungen im gesamten Bundesgebiet an und tritt im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt. Strittig sind (nach Entfall der Klausel 9) zuletzt 12 Klauseln der ihren Verträgen zugrunde gelegten „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Orange Austria Telecommunication GmbH“ (in der Fassung vom 31.05.2012; Beil./1). Am 03.10.2012 beanstandete der Kläger die durch Fettdruck hervorgehobenen Klauseln bzw. -teile und forderte die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung für diese und/oder sinngleiche Klauseln abzugeben. Die Beklagte lehnte dies ab.

Der Kläger begehrte, der Beklagten die Verwendung der beanstandeten oder sinngleicher Klauseln sowie die Berufung auf sie zu untersagen und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten; einige seien auch nicht ausreichend transparent.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die ausreichend klar formulierten Klauseln stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten in

Einklang und seien nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit dem gesamten Vertragswerk zu verstehen.

Der Inhalt der Klauseln, das nähere Vorbringen der Parteien und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren hinsichtlich 8 der 12 inkriminierten Klauseln unter Festsetzung einer Leistungsfrist von drei Monaten statt und ermächtigte den Kläger diesbezüglich auch zur Urteilsveröffentlichung. Hinsichtlich der übrigen vier Klauseln wies es das Klagebegehren ab. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die in diesem Urteil getroffenen Feststellungen (AS 83-87 = S 13-17 der Urteilsausfertigung) verwiesen.

Dagegen richten sich die Berufungen beider Streitteile, jene des Klägers aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsstattgebendem Sinn abzändern und jene der Beklagten aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird jeweils ein Aufhebungsantrag gestellt.

In ihren Berufsbeantwortungen beantragen die Streitteile jeweils, der Berufung des Gegners nicht Folge zu geben.

Aus Praktikabilitätsgründen werden die Berufungen beider Streitteile gemeinsam behandelt.

Die Berufung der Beklagten ist nicht, jene des Klägers ist teilweise berechtigt.

Soweit die Beklagte in ihrer Verfahrensrüge die Auffassung vertritt, das Erstgericht sei bei der Überprüfung der Klausel 8 „über den Streitgegenstand

hinausgegangen“, ist dies der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen. Darauf wird im Rahmen der Behandlung der Rechtsrüge einzugehen sein. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegt jedoch nicht vor.

Zu den Rechtsrügen beider Streitparteien:

1. Vor Erörterung der einzelnen Klauseln sei vorangestellt, dass im Verbandsprozess von folgenden, vom Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen auszugehen ist:

1.1 Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann auf Unterlassung geklagt werden, 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, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist.

1.2. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz

RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914).

1.3. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Vertragsklausel-Richtlinie 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das so genannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (4 Ob 28/01y; 10 Ob 70/07b mwN). 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 (4 Ob 179/02f ua). Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219; 10 Ob 70/07b mwN). Damit soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind 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, RS0115219). Dass Letzteres nur soweit gelten kann, als es sich um unmittelbar im Zusammenhang stehende Fragen handelt, ergibt sich schon aus dem Gebot der Verständlichkeit und Erkennbarkeit (Übersichtlichkeit). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen also so gestaltet sein, dass sie dem Verbraucher eine klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition vermitteln (RIS-Justiz RS0115217 mwN; 8 Ob 119/08w).

1.4. Was die Ungewöhnlichkeit des Inhalts einer Klausel nach § 864a ABGB betrifft, so ist eine solche nach dem Gesetzestext objektiv zu verstehen; die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren und darf insoweit für den Vertragspartner auch nicht überraschend sein (RIS-Justiz RS0014627). Es kommt auf das Gesamtgefüge des Vertragstextes (Klauselwerk) an, in welchem sie nicht „versteckt“ (also wo sie der betroffene durchschnittlich sorgfältige Vertragsteil vernünftigerweise nicht vermutet) enthalten sein darf (RIS-Justiz RS0014659; 7 Ob 267/02v). In diesem Sinne objektiv ungewöhnlich ist daher nur eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss demnach ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen. Insbesondere dann, wenn nur ein beschränkter Adressatenkreis angesprochen wird, kommt es auf die Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont des angesprochenen Kreises an (RIS-Justiz RS0014646).

1.5. Im Verbandsprozess hat die Auslegung der

Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a; RIS-Justiz RS0016590). Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich (RIS-Justiz RS0038205). Die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, führt zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RIS-Justiz RS0122040). Der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess unerheblich (RIS-Justiz RS0121943).

2. Zu den Klauseln im Einzelnen (die Nummerierung folgt jener in der Klage, Klammerausdrücke geben die Bezeichnung in den AGB [Beil./1] wieder; die inkriminierten, vom Unterlassungsbegehren umfassten Passagen sind durch Fettdruck hervorgehoben):

Klausel 1:

„[I. Allgemeine Bestimmungen]

...

[4.1] Eine vollständige Darstellung der Entgelte sowie der notwendigen (insbesondere Bearbeitungs-)Gebühren sowie der jeweiligen Höhe ist der gegenüber dem Kunden anwendbaren Orange Entgeltübersicht zu entnehmen (siehe oben, Punkt I.1.2). **Soweit nichts anderes vereinbart ist, kommt bei den monatlichen fixen Entgelten in Gestalt von Grundgebühr und Mindestumsatz eine Indexbindung zur Anwendung (siehe Punkt I.12.3. [= Klausel 7]). ...**“

Nach Auffassung des Klägers verweise diese Klausel auf die unzulässige Klausel 7, weshalb sie nach § 879 Abs 1 ABGB in gleicher Weise wie jene unzulässig sei.

Die Beklagte stellte die Unzulässigkeit der Klausel 7 in Abrede, daher sei die verweisende Klausel nicht zu beanstanden.

Das Erstgericht verwies auf die Zulässigkeit der

Klausel 7 und schloss sich demnach der Auffassung der Beklagten an.

Der Kläger beharrt in seinem Rechtsmittel auf seinem in erster Instanz eingenommenen Rechtsstandpunkt.

Zur Zulässigkeit dieser Klausel wird auf die Ausführungen zur Klausel 7 verwiesen.

Klausel 2:

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

Die Klausel verstoße nach Auffassung des Klägers gegen § 6 Abs 3 KSchG, § 879 Abs 3 und § 864a ABGB. Die Umstände („Informationen“), aus welchen sich der begründete Verdacht der drohenden Säumigkeit des Kunden ergäben, würden ebensowenig näher erläutert wie erklärt werde, was bei Erreichen der Kreditgrenze tatsächlich mit seinem Anschluss geschehe. Die Voraussetzungen der „angemessenen“ Herabsetzung der Kreditgrenze seien weder hinreichend genau beschrieben noch sachlich gerechtfertigt, zumal Leistungen grundsätzlich Zug um Zug zu erfüllen sein und demnach das Entgelt erst nach Erbringung der Dienstleistung fällig werde.

Die Beklagte hielt dem entgegen, der Begriff der Kreditgrenze sei jedem durchschnittlich verständigen Verbraucher klar genug. Eine Aufzählung sämtlicher denkbaren Verdachtsmomente sei nicht zumutbar. Der

Anspruch des Kunden, Verbindungsleistungen in Anspruch zu nehmen, solle ihm von vornherein nur bis zur vereinbarten Kreditgrenze verschafft werden. Dadurch werde die Hauptleistungspflicht der Beklagten keinesfalls in grob benachteiligender Weise zu Lasten der Kunden begrenzt. Schon nach § 1154 ABGB stehe der Beklagten das Recht zur sofortigen Abrechnung ihrer Leistungen nach ihrer Erbringung zu. Durch die vertragliche Kreditgrenze werde der Verbraucher ohnehin besser gestellt, als er dies von Gesetzes wegen sei. Deswegen sei die Klausel auch nicht überraschend.

Das Erstgericht folgte der Auffassung des Klägers. Die Klausel sei schon deshalb intransparent, weil nicht klar sei, was unter dem nicht näher definierten Begriff der „Kreditgrenze“ zu verstehen sei; gleiches gelte für den einem subjektiven Maßstab unterliegenden Verdachtsbegriff. Überdies rechne der Kunde nicht damit, dass der vereinbarte Kreditrahmen herabgesetzt werden oder ihm in diesem Zusammenhang höhere Kosten entstehen könnten.

Die Beklagte hält in der Berufung ihren erstinstanzlichen Standpunkt aufrecht. Ihre Ausführungen überzeugen nicht.

Nach der dispositiven Bestimmung des § 1052 ABGB kann ein Vorleistungspflichtiger seine Leistung zurückbehalten, wenn im Zeitpunkt des Erfüllungsverlangens durch den Nachleistungsberechtigten bei objektiver Beurteilung der gesamten Sachlage zu befürchten ist, dass die volle und zeitgerechte Bewirkung der Gegenleistung in Frage gestellt ist (RIS-Justiz RS0021076 und RS0108181).

Wie schon ausgeführt, ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung nach § 6 Abs 3 KSchG unwirksam, wenn sie unklar oder

unverständlich abgefasst ist. Dem Durchschnittsverbraucher erschließt sich bei der Lektüre der Klausel nicht, unter welchen genauen Voraussetzungen mit welchen konkreten Folgen die der vorleistungspflichtigen Beklagten nach § 1052 zweiter Satz ABGB zustehende Unsicherheitseinrede abgeändert werden soll. Das ergibt sich schon aus der in der Klausel enthaltenen unklaren Terminologie („entsprechender Bonität“; „angemessen erhöht“ (vgl. OGH 24.01.2013, 2 Ob 22/12t; 30.05.2012, 8 Ob 49/12g). Unklar ist, ob es sich bei diesen Begriffen um unbestimmte, Wertungsvorstellungen beinhaltende Kriterien handelt oder um einen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Interessenabwägung (vgl. OGH 13.05.2009, 7 Ob 230/08m). Dies gilt im Übrigen auch für die von der Beklagten ins Treffen geführte Klausel I.11.6, die ihr Leistungsverweigerungsrecht näher festlegt und eine Sperre unter anderem „mangels Vorauszahlung in angemessener Höhe bei Überschreiten der Kreditgrenze“ (dritter Spiegelstrich) vorsieht. Diese Formulierungen geben Rätsel auf, die das logische Verständnis des Durchschnittsverbrauchers überdurchschnittlich strapazieren. Daran ändert sich auch nichts durch den Verweis auf die nach Auffassung der Beklagten streng formulierte Voraussetzung des Vorliegens eines „begründeten Verdachts“. Auf die Fragen, ob die Klausel überraschend ist oder einer sachlichen Rechtfertigung entbehrt, muss daher ebensowenig weiter eingegangen werden wie auf Aspekte einer allfälligen Restgültigkeit.

Klausel 3:

„[6.1] Periodische monatliche fixe Entgelte können bis zu drei Monate, periodische fixe jährliche Entgelte können bis zu 12 Monate im Voraus in Rechnung gestellt werden. Für den ersten und den letzten

Abrechnungszeitraum fallen, wenn der jeweilige Zeitraum kürzer ist als ein normaler Abrechnungszeitraum, die periodischen fixen Entgelte anteilmäßig an. **Sofern eine vom Kunden einzuhaltende Mindestvertragsdauer (inkl. eines einseitigen Kündigungsverzichts) vereinbart ist (siehe jeweils Punkt I.11.2) und das Vertragsverhältnis vorzeitig von Orange aus wichtigem, vom Kunden verschuldeten Grund aufgelöst wird oder einvernehmlich beendet wird, so können verbleibende periodische fixe Entgelte bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer sofort in Rechnung gestellt werden;** ... Sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmen im Sinne des KSchG hat Orange im Falle der einvernehmlichen Beendigung den Kunden rechtzeitig, vor der Herstellung eines diesbezüglichen Einvernehmens, auf ihr daraus resultierendes Recht hinzuweisen.“

Nach dem Standpunkt des Klägers verstoße diese Bestimmung gegen § 879 Abs 3 und § 864a ABGB. Bei einvernehmlicher Beendigung des Vertragsverhältnisses müsse der Kunde periodische fixe Entgelte bis zum Ende der Mindestvertragsdauer bezahlen. Selbst bei Vorliegen eines wichtigen, durch ihn selbst verschuldeten Grundes müsse kein Kunde bei einer dennoch erfolgten einvernehmlichen Auflösung mit einer solchen Verpflichtung rechnen. Die Klausel verschaffe ihm gegenüber einer ordentlichen Kündigung zum Ablauf der Mindestvertragsdauer keinen Vorteil. Es sei gröblich benachteiligend, wenn er in jedem Falle das volle vereinbarte Fixentgelt zu bezahlen habe, während sein Vertragspartner keinerlei Leistungen mehr erbringen müsse.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass sie im Falle einer einvernehmlichen Auflösung des Vertrages ihre Kunden noch vor Herstellung eines diesbezüglichen

Einvernehmens auf ihre aus der Klausel resultierenden Rechte hinzuweisen habe, weshalb diese einer einvernehmlichen Auflösung unter diesen Voraussetzungen ohnehin nicht zustimmen müssten. Der Vorteil der Kunden liege darin, sich im Falle der einvernehmlichen Auflösung das eigene Zahlungsmittel-Management zu ersparen. Tatsächlich werde die Transparenz in Wahrheit dadurch sogar erhöht, weil dem Kunden die Voraussetzungen, unter welchen die Beklagte zu einer einvernehmlichen Auflösung bereit sei, mitgeteilt werden müssten. Die Klausel sei auch nicht überraschend, weil der Kunde im Falle einer vereinbarten Mindestvertragsdauer jedenfalls ein preisgestütztes, oft sogar kostenloses Endgerät oder eine sonstige maßgebliche Vergünstigung erhalte. Auf die Möglichkeit, kostenfrei während der Mindestvertragsdauer zu einem anderen Betreiber zu wechseln, habe der Kunde ohnehin verzichtet.

Das Erstgericht folgte der Auffassung des Klägers. Die Klausel beschränke die Vertragsfreiheit bei einvernehmlicher Beendigung des Vertrages mit vereinbarter Mindestvertragsdauer wesentlich. Ein Verbraucher müsse diesfalls nicht damit rechnen, weiterhin Entgelte für die volle Vertragsdauer zahlen zu müssen. Schließlich könne die Klausel sogar so verstanden werden, dass dies auch in jenen Fällen einvernehmlicher Vertragsauflösungen gelte, in welchen der Kunde seinerseits zur vorzeitigen Auflösung aus wichtigen, in der Sphäre der Beklagten liegenden Gründen berechtigt wäre.

Dagegen vermag die Beklagte nichts Stichhaltiges vorzubringen. Im Falle einer einvernehmlichen Auflösung auch eines eine Mindestvertragsdauer enthaltenden Vertrages gehen Durchschnittsverbraucher regelmäßig davon aus, dass sie von jeglicher weiteren

Zahlungsverpflichtung befreit sind. Schon insofern kommt der inkriminierten Klausel ein Überraschungseffekt im Sinne des § 864a ABGB zu (vgl. OLG Wien 11.07.2006, 5 R 42/06t, allerdings für eine gleichartige Klausel ohne Verpflichtung zu einem entsprechenden Warnhinweis). Daran vermag auch die durch den letzten Satz der beanstandeten Klausel auferlegte Selbstbindung der Beklagten, den Vertragspartner vor Abschluss einer solchen Auflösungsvereinbarung über diesen Umstand aufzuklären, nichts zu ändern.

Klausel 4:

„[9.2] An Verzugszinsen können für die Zeit des Zahlungsverzuges ab Geltendmachung des zugrundeliegenden Anspruches beiderseits 10 % pro Jahr gefordert werden. **Orange versendet zudem eine Zahlungserinnerung, wofür Orange Bearbeitungsgebühren laut der auf den Kunden anwendbaren Orange Entgeltübersicht (s. oben Punkt I.4.) in Rechnung stellt. Nach erfolgloser Mahnung kann Orange Inkassoinstitute bzw. Rechtsanwälte mit der Einbringlichmachung betrauen; der Kunde ist verpflichtet, die damit einhergehenden von ihm verschuldeten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu ersetzen.**“

Der Kläger erachtete den Verweis auf die Bearbeitungsgebühren in der Entgeltübersicht als intransparent, weil unklar sei, welche Gebühren Kunden im Fall eines Zahlungsverzuges zu entrichten hätten, zumal sich der Begriff „Bearbeitungsgebühr“ in der Entgeltübersicht nur bei der Zahlscheineinzahlung finde, während der Punkt 4.1.2. die Begriffe „Mahnspesen“ und „Mahngebühren“ verwende. Die Klausel sei daher unverständlich. Häufige Mahnungen würden auch den Schranken des § 1333 Abs 2 ABGB widersprechen. Die aus der Entgeltübersicht hervorgehenden EUR 9,90 pro Mahnung

bewirkten eine gröblich benachteiligende Pauschalierung. Auch für vorab geschlossene Betreibungsvereinbarungen sei aufgrund eines Größenschlusses § 6 Abs 1 Z 15 KschG zu beachten, nach dem Betreuungskosten gesondert aufgeschlüsselt werden müssen. Abgesehen davon, dass nicht klar sei, welche Gebühren in welcher Höhe bei Verzug und bei zweckentsprechender Rechtsverfolgung fällig werden, würde den Verbrauchern suggeriert werden, dass die Beauftragung von Inkassoinstituten oder Rechtsanwälten jedenfalls rechtens sei und sie die dort anfallenden Kosten zu ersetzen hätten, obwohl von vornherein erfolglose Inkassomaßnahmen nicht ersatzfähig seien, insbesondere dann, wenn bekannt sei, dass der Schuldner freiwillig nicht zahlen werde.

Die Beklagte widersprach dem mit dem Argument, dem Verbraucher werde lediglich vor Augen geführt, dass der Bearbeitungsaufwand mit aus der Entgeltübersicht ersichtlichen Kosten einhergehe. Aufgrund des Inhaltsverzeichnisses sei leicht festzustellen, wo Gebühren und wo Mahnspesen zu finden seien. Die dem üblichen Geschäftsverkehr entsprechenden Kosten seien schon aufgrund des anfallenden Portos, der Personalkosten, der Kosten des Forderungsmanagements und der Kosten des technischen Mahnsystems angemessen.

Das Erstgericht folgte der Auffassung des Klägers. Die Klausel nenne weder die Betreuungskosten, noch liege ein leicht verständlicher und nachzuverfolgender Verweis vor, der die hierbei zu leistenden Beträge hinreichend konkretisiere.

Die Beklagte wiederholt in ihrem Rechtsmittel die bereits vorgetragenen Argumente.

Zu den Mahnspesen:

Die Klage wendet sich nicht gegen ein Bearbeitungsentgelt an sich, sondern dagegen, dass dessen

Höhe nicht konkret genannt wird. Stattdessen verweist die Beklagte auf ihre Entgeltübersicht.

Einfache Querverweise führt noch nicht zur Intransparenz im Sinne von § 6 Abs 3 KschG. Den Verbrauchern kann im Regelfall das Auffinden einer Klausel zugemutet werden. Gleiches gilt grundsätzlich für einen Verweis auf gesonderte Tarifübersichten oder Preislisten (OGH 20.03.2007, 4 Ob 227/06w). Allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben.

Zu prüfen ist daher, ob der Verweis auch hier dem Verbraucher ein leichtes Auffinden möglich macht, das ihm in der Regel auch zugemutet werden kann. Das ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht der Fall, verwendet sie doch in ihrer Entgeltübersicht ohne Not statt des in der inkriminierten Klausel benützten Begriffes „Bearbeitungsgebühren“ das Wort „Mahnspesen“/„Mahngebühren“, während der erstgenannte Begriff an anderer Stelle in einem anderen Zusammenhang gebraucht wird. Damit wird ein Verständnis unnötig erschwert.

Zu den anwaltlichen Betreuungskosten:

Der Kläger brachte vor, dass die Umschreibung der Ersatzpflichten die geltende Rechtslage verschleierte (ON 3 Seite 9).

Tatsächlich fehlt ein Hinweis auf die in § 1333 Abs 2 ABGB vorgesehene Einschränkung auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung. Dies macht die Klausel schon deshalb intransparent, weil sie ein unklares Bild der vertraglichen Position des Verbrauchers vermittelt. Er könnte sich veranlasst sehen, Betreuungskosten auch dann zu ersetzen, wenn ihre Höhe in keinem angemessenen Verhältnis zur betriebenen

Forderung steht (OGH 22.04.2010, 2 Ob 1/09z).

Klausel 5:

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

Der Kläger beanstandete die Klausel als gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG verstoßend. Die Verweise auf die Entgeltübersicht betreffend die Bearbeitungsgebühr nach einer Sperre und die Reaktivierungsgebühr gingen ins Leere, weil sich dort kein Punkt „Bearbeitungsgebühr“ befände, sondern nur zwei sich der Höhe nach gravierend unterscheidende Posten für das „SIM-Entsperren“. Unklar und unverständlich sei auch, wann eine Reaktivierungsgebühr von EUR 45,-- anfalle, zumal laut Entgeltübersicht die SIM-Entsperrungskosten entweder EUR 5,- oder EUR 30,-- betragen würden. Bei gleichem Sachverhalt würden gleich drei Zahlungsverpflichtungen des Kunden entstehen, deren Voraussetzungen nicht klar dargelegt werden.

Nach Auffassung der Beklagten werde eindeutig klargestellt, wonach sich die jeweiligen Kosten für das Entsperren einer SIM-Karte richteten. Die höhere Entsperrungsgebühr falle ausschließlich bei Zahlungsverzug an, während die Entgeltübersicht keinen Zweifel daran lasse, dass bei einer gänzlichen

Abschaltung eine Reaktivierungsgebühr zu bezahlen sei. Diese sei schon deshalb sachlich gerechtfertigt, weil bei Abschaltung die Karte aus dem HLR gelöscht werde und das Wiedereinspielen einen administrativen Aufwand verursache, der eine erhöhte Gebühr rechtfertige.

Das Erstgericht erachtete die Klausel wegen des Umfanges der Entgeltbestimmungen als intransparent, weil ein typischer Durchschnittsverbraucher die dort aufgelisteten Gebühren nur schwer auffinden und zuordnen könne. Auch die Verwendung ähnlicher Begriffe für unterschiedliche Kosten sei zu beanstanden und trage zur Verwirrung der Verbraucher noch mehr bei.

Die Beklagte wiederholt seine bisherigen Argumente.

Die bei Verweisen zu beachtenden Grundsätze wurden bereits mehrfach dargelegt.

Den Ausführungen der Berufungswerberin ist zu erwidern, dass die von ihr dargelegten Unterschiede zwischen einer bloßen Sperre und einer gänzlichen Abschaltung von einem Durchschnittsverbraucher nur schwer nachvollzogen werden können, weil sie weder in der beanstandeten Klausel noch in der Entgeltübersicht definiert werden. Im Gegenteil wird im zweiten Satz der inkriminierten Bestimmung von einem nach Aufheben einer Sperre anfallendem Aktivierungsentgelt gesprochen, das - folgt man der Argumentation der Beklagten - lt. Entgeltübersicht gerade nicht nach Aufhebung einer Sperre, sondern nur nach Abschaltung des Gerätes anfalle. Die offenbar zum Verständnis erforderlichen weitwendigen Erklärungsversuche sprechen hier schon für sich für die vom Erstgericht frei von Rechtsirrtum bejahte Intransparenz.

Klausel 6:

„[12.2] **Orange kann Änderungen nicht individuell vereinbarter Vertragsbedingungen und Tarifbestimmungen**

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

Nach Meinung des Klägers normiere diese Klausel eine Erklärungsfiktion für die Änderung von Vertrags- und Tarifbestimmungen der Beklagten. Äußere sich der Kunde nicht, gelten sie als vereinbart, wodurch eine Erklärung des Verbrauchers fingiert werde. Damit werde die tatsächliche Rechtslage verschleiert und § 25 TKG umgangen, weil auf das außerordentliche kostenlose Kündigungsrecht des insoweit zwingenden § 25 Abs 3 leg cit nicht hingewiesen werde.

Die Beklagte erwiderte, dass diese Bestimmung bei einer einvernehmlichen Vertragsänderung nicht zur Anwendung gelange. Da die Zustimmungsfiktion auf einer Vereinbarung mit dem Kunden beruhe, sei sie nicht zu beanstanden.

Das Erstgericht schloss sich der Auffassung des Klägers an.

Die Rechtsrüge beharrt auf dem Standpunkt, das in § 25 Abs 3 TKG normierte Sonderkündigungsrecht des

Teilnehmers sei ein Ausgleich für das den Anbietern dort eingeräumte gesetzliche Änderungsrecht, weshalb diese Bestimmung bei vertraglichen Änderungen unbeachtlich sei.

Nach § 25 Abs 1 TKG haben Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen, wobei beide vor Aufnahme des Dienstes der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen sind. Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind nach Abs 2 leg cit vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen; bei für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten; die Bestimmungen des KSchG sowie des ABGB bleiben unberührt.

§ 25 Abs 3 TKG in der am 21.02.2012 in Kraft getretenen Fassung BGBl I Nr 102/2011 verpflichtet Mobilfunkbetreiber, den wesentlichen Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen von AGB dem Teilnehmer nunmehr mindestens ein Monat vor Inkrafttreten in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen sowie gleichzeitig den Teilnehmer auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungen, aber auch auf sein Recht hinzuweisen, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen. Diese Bestimmungen berechtigen daher den Anbieter ex lege zu einer einseitigen Vertragsänderung, soweit es die Änderung von AGB und Entgeltbedingungen betrifft. Demgegenüber erhält der Teilnehmer als Ausgleich (in Übereinstimmung mit Art 20 Abs 4 der Universaldienstrichtlinie - RL 2002/22/EG) ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht, dass spätestens bis zum Inkrafttreten der Änderungen auszuüben

ist (vgl. OGH 08.09.2009, 1 Ob 123/09h).

Ausgehend von dieser Rechtslage gehen die weitwendigen, Unterschiede zwischen Änderungen auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage herausarbeitenden Ausführungen der Berufung am Kern der Sache vorbei. Bei Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen („nicht individuell vereinbarte Vertragsbedingungen“) und Entgeltbestimmungen („Tarifbestimmungen“) werden die Teilnehmer mit der beanstandeten Klausel über die Möglichkeit der Erhebung eines Widerspruches belehrt. Dem konsumentenschutzrechtlichen Zweck des § 25 Abs 3 TKG wird aber auf diese Weise nicht ausreichend Genüge getan: Durch Ausübung des in der beanstandeten Klausel den Teilnehmern eingeräumten Widerspruchsrechtes könnten diese zwar (vor allem nachteilige) Änderungen abwehren; über die ihnen aber in einem solchen Fall aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts zustehende Möglichkeit, sich durch Ausüben ihres Sonderkündigungsrechts vom Vertrag zu lösen, werden sie nicht informiert. Auf diese Weise strebt die Beklagte offenbar die Reduktion des bei Einführung (nachteiliger) Änderungen für sie bestehenden Abwanderungsrisikos an, indem es die Teilnehmer bloß über die Möglichkeit der Abwehr der Änderungen belehrt (eine solche Testfunktion müssen diese jedoch nicht ausüben). Die Klausel will entgegen § 25 Abs 2 TKG, dass Änderungen der AGB auch ohne Einhaltung der Formvorschriften „vereinbart“ werden können, was nicht der Gesetzeslage entspricht. Die Bestimmung kann nur dann ihre Schutzfunktion entfalten, wenn eine abweichende Vereinbarung nichtig ist (OGH aaO).

Da das Transparenzgebot nicht nur formale Verständlichkeit im Sinn von Lesbarkeit verlangt, sondern auch, dass Inhalt und Tragweite der Regelung

durchschaubar sind (vgl. RS0122169 [T6]), und die Rechtslage verschleiernde oder undeutlich darstellende Bestimmungen aufgrund des Richtigkeitsgebots dem Transparenzgebot widersprechen, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (OGH 23.11.2010, 1 Ob 164/10i (RS0115217 [T31])), ist die Klausel entgegen der Auffassung der Beklagten aufgrund ihres unvollständigen und verschleiernenden Inhaltes intransparent.

Klausel 7:

„[12.3] Mangels anderer Vereinbarung ist Orange bei Änderungen des (Kalender-)Jahresdurchschnittes des Verbraucherpreisindex ('Jahres-VPI') wie von der Statistik Austria veröffentlicht (sollte diese den Jahres-VPI nicht mehr veröffentlichen, so tritt dessen amtlicher Nachfolger an dessen Stelle) im Falle einer Steigerung berechtigt und im Falle einer Senkung verpflichtet, fixe monatliche Entgelte in Gestalt von Grundgebühr und Mindestumsatz in jenem Verhältnis anzupassen, in dem sich der Jahres-VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahres-VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung geändert hat (Indexbasis: Jahres-VPI 2010=100). Dabei bleiben Schwankungen des Jahres-VPI gegenüber der Indexbasis nach oben oder unten bis 3 % unberücksichtigt (Schwankungsraum). Sobald hingegen der Schwankungsraum durch eine oder mehrere aufeinanderfolgende Schwankungen des Jahres-VPI über- bzw. unterschritten wird, ist die gesamte Änderung in voller Höhe maßgeblich. Der hieraus resultierende außerhalb des 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

den Schwankungsraum). Eine daraus ableitbare Entgelterhöhung kann jeweils nur mit einem Datum ab 1. April bis 31. Dezember jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat; eine daraus abzuleitende Entgeltreduktion muss jeweils mit 1. April jenes Kalenderjahres erfolgen, welches auf jenes Kalenderjahr folgt, für welches sich die Indexbasis geändert hat. Erstmalig kann bzw. muss gegebenenfalls eine solche Anpassung in dem auf das Zustandekommen (bzw. die einvernehmliche Verlängerung) des Vertragsverhältnisses folgenden Kalenderjahr vorgenommen werden. Soweit sich aufgrund der Bestimmungen dieses Punktes I.12.3 eine Verpflichtung von Orange zur Entgeltreduktion ergäbe, verringert sich diese Verpflichtung in jenem betraglichen Ausmaß, in dem Orange letztmals aufgrund besagter Bestimmungen zu einer Entgelterhöhung berechtigt gewesen wäre, ohne von diesem Recht Gebrauch gemacht zu haben. Über die Vornahme einer solchen Entgeltanpassung wird der Kunde samt den zu ihr Anlass gebenden Umständen in geeigneter Weise (zum Beispiel durch Rechnungsaufdruck) in der der Entgeltänderung vorangehenden Rechnungsperiode, informiert.“

Nach Auffassung des Klägers verstoße diese einseitige Preisänderungsklausel gegen § 879 Abs 1 ABGB, § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 25 TKG. Die tatsächliche Erhöhung der Entgelte hänge von der mit der nächsten Rechnung wirksamen Geltendmachung der Änderung in Form einer Willenserklärung gegenüber den Kunden ab, ohne das in § 25 TKG vorgesehene Prozedere einer Anzeige an die Regulierungsbehörde (RTR) samt Kundmachung einzuhalten und den Kunden die dort vorgesehene Kündigungsmöglichkeit einzuräumen; die Klausel sei daher auch intransparent. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG lasse die Weitergabe von

Preissteigerungen nach Vertragsabschluss nur in engen, hier nicht eingehaltenen Grenzen zu.

Die Beklagte entgegnete, die Sichtweise des Klägers widerspreche der Richtlinie 2002/22/EG (Universaldienst-Richtlinie). Änderungen aufgrund einer bereits im Vertrag vereinbarten Zustimmungsfiktion würden das dort vorgesehene Sonderkündigungsrecht nicht auslösen. Da sich der Kunde bereits vor Vertragsabschluss über den aktuellen Stand des Verbraucherpreisindex informieren könne, sei die Klausel auch sachlich gerechtfertigt.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als zulässig. Die Anwendung einer vertraglich festgelegten, nur auf Verlangen der Beklagten wirksam werdenden Wertsicherungsklausel falle nicht unter Art 20 Abs 4 der Universaldienst-Richtlinie und demnach auch nicht unter den diese Vorschrift umsetzenden § 25 Abs 3 TKG. Auch § 6 Abs 1 Z 3 KSchG werde nicht verletzt, weil die Preise erstmals in dem auf den Vertragsabschluss folgenden Jahr - demnach nicht rückwirkend - geändert werden könnten. Dass die für die Änderung maßgebenden Umstände vor dem Vertragsabschluss stattgefunden haben können, schließe eine nach der Ausschlussfrist dieser Bestimmung in Kraft tretende Anpassung nicht aus, auch die übrigen Voraussetzungen seien gewahrt. Schließlich sei auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG schon rein rechnerisch ausgeschlossen.

In der Berufung wiederholt der Kläger seine Auffassung, wonach auch bei einer Entgeltänderung aufgrund einer bereits ursprünglich vereinbarten Indexanpassung eine Vertragsänderung vorliege, weshalb das Prozedere des § 25 Abs 3 TKG einzuhalten sei.

Zwischen den Streitteilen ist also strittig, ob die Teilnehmer bei „In-Vollzugsetzen“ bereits ursprünglich in AGB enthaltener Preisgleitklauseln von ihrem

Sonderkündigungsrecht zu unterrichten sind:

Der Inhalt des den Art 20 Abs 4 der Universaldienstrichtlinie umsetzenden § 25 Abs 1-3 TKG wurde bei der Behandlung der vorangehenden Klausel erläutert, worauf verwiesen werden kann. Nach Auffassung des Klägers sollen gesetzliche Regelungen wie die vorliegende nicht dadurch umgangen werden können, dass Klauseln für künftige Änderungen schon allgemein in die AGB aufgenommen werden und dann, wenn die Voraussetzungen für eine Änderung (in der Praxis regelmäßig Erhöhung des Entgeltes) eintreten, bloß auf die AGB verwiesen wird. In Bezug auf eine ähnliche Indexanpassungsklausel hat sich das Berufungsgericht dem klägerischen Standpunkt angeschlossen und einen Verstoß des § 25 Abs 3 TKG bejaht (OLG Wien 16.05.2013, 5 R 4/13i).

Nach Meinung von *Max Stefan Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, 139, sind jedoch Entgeltanpassungen auf Grund eines bereits vereinbarten Index (zB Verbraucherpreisindex) vom Schutzzweck des § 25 Abs 2 und 3 TKG nicht erfasst.

Dieser Auffassung ist zu folgen. Im Regelfall sind solche Preisanpassungsklauseln ausreichend vordeterminiert und im ursprünglichen Vertrag prädestiniert. Auch der Eintritt der Voraussetzungen für die Anpassung des Entgeltes (das Überschreiten des Schwankungszeitraumes) liegt - wie bei einer (ebenso wenig § 25 Abs 2 und 3 TKG unterliegenden) gesetzlich oder behördlich vorgegebenen Änderung - nicht im Machtbereich des Mobilfunkanbieters. Ein Verstoß gegen § 25 Abs 3 TKG liegt daher - anders als bei der eine solche Vorherbestimmung nicht enthaltenden Klausel 6 - nicht vor.

Für diese Auffassung kann man auch die Entscheidung OGH 14.11.2012, 7 Ob 84/12x, ins Treffen führen. Dort beanstandete das Höchstgericht den Wunsch des Anbieters,

nicht näher spezifizierte Änderungen der AGB ohne Einhaltung der Formvorschriften vereinbaren zu können.

Zu prüfen bleibt daher die Zulässigkeit der Klausel nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Diesbezüglich vermisst der Kläger angesichts der stetig sinkenden Preise am Mobilfunkmarkt schon grundsätzlich eine sachliche Rechtfertigung für eine Indexanpassung. Damit zeigt er jedoch keinen Verstoß gegen die genannte Bestimmung auf.

Wegen der Zulässigkeit dieser Klausel ist auch die darauf verweisende Klausel 1 nicht zu beanstanden.

Klausel 8:

„[15.3] Ein allfälliger Verlust der Verfügungsgewalt über eine SIM-Karte (insbesondere Verlorengehen, Diebstahl) ist unverzüglich - sofern tunlich telefonisch - unter der im Impressum auf www.orange.at bzw. auf der jeweiligen Rechnung angeführten Service-Rufnummer an Orange zu melden. Sinngemäßes gilt, sofern Kundenkenndaten in die Hände unbefugter Dritter gelangen oder die konkrete Gefahr hierzu besteht. Orange veranlasst unverzüglich nach Meldungslegung die Sperre (siehe Punkt I.11.6 und 7) bzw. die Änderung der Kundenkenndaten. Eine entsprechende schriftliche Mitteilung sowie bei Diebstahl der SIM-Karte jedenfalls eine Diebstahlsanzeige sind unverzüglich nachzureichen. **Hinsichtlich der von Orange erbrachten Dienste (nicht somit hinsichtlich von Mehrwertdiensten) hat der Kunde - unbeschadet der in Punkt I.11.7 vorgesehenen Zahlungen - für die infolge Verlorengehens oder Diebstahls bis zur Meldungslegung angefallenen Entgelte aufzukommen; entsprechendes gilt auch für Fälle sonstigen Missbrauchs durch Dritte, es sei denn, es hätte sich hierbei ein nicht vom Kunden beherrschbares Risiko verwirklicht (z.B. Ausnützen von allfälligen Schwachstellen in der Orange-EDV).“**

Zu dieser Klausel brachte der Kläger vor, sie verstoße deshalb gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil sie das Risiko des wirtschaftlich stärkeren Telekommunikationsunternehmens auf den Kunden selbst dann überwälze, wenn diesen kein Verschulden treffe. Die Formulierung betreffend ein „vom Kunden nicht beherrschbares Risiko“ sei unklar und daher intransparent.

Die Beklagte entgegnete, ein beherrschbares Risiko liege ohne Zweifel dann vor, wenn dessen Verwirklichung durch sorgfaltsgemäßes Verhalten verhindert werden könne; damit sei die Klausel nicht unklar. Der Ausschlussgrund beziehe sich auf die Fälle des Verlorengehens und des Diebstahls. Deutlich genug sei auch, dass der Kunde nur für den Fall sorgfaltswidrigen Handelns hafte, was sachlich gerechtfertigt sei

Das Erstgericht monierte, dass diese Klausel offen lasse, was unter „nicht beherrschbares Risiko“ zu verstehen sei. Sie verpflichte darüber hinaus den Verbraucher auch dann, wenn dieser sogar der „üblichen Sorgfalt“ entsprochen habe. Schließlich könne die Klausel auch so verstanden werden, dass sich die „Beherrschbarkeit“ lediglich auf den „sonstigen Missbrauch durch Dritte“ beziehe, nicht jedoch auf das Verlorengehen oder den Diebstahl; das sei jedoch grob benachteiligend.

Gegen diese Auffassung wendet sich die Berufung der Beklagten: „Diebstahl“ und „Verlorengehen“ fielen in die Beherrschungssphäre des Teilnehmers, keinesfalls in ihre; eine Andersbehandlung von sonstigem Missbrauch sei sachgerecht.

Hervorzuheben ist, dass die Berufung der vom Erstgericht beanstandeten Intransparenz der Wortfolge „vom Kunden beherrschbaren Risikos“ nichts entgegenhält.

Mit Recht hat das Erstgericht angenommen, dass die Klausel im Sinne der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung so zu verstehen ist, dass der Teilnehmer bei Diebstahl und Verlorengang in jedem Fall für die Entgelte weiterhin aufzukommen hat, während er (nur) bei sonstigem Missbrauch durch Dritte von einer Haftung durch den Nachweis der Verwirklichung eines nicht von ihm beherrschbaren Risikos entgehen kann. Tatsächlich handelt es sich dabei um keine deutliche und daher geeignete Definition zur Abgrenzung der Sphäre der Beklagten von jener der Teilnehmer, die einem Rechtsunkundigen verständlich sein wird. Damit bleibt die Tragweite der Klausel, die von der Berufung zur Rechtfertigung der ihrer Ansicht nach zulässigen Differenzierung der Zahlungspflicht bei Diebstahl und Verlorengang (nach der Entscheidung OGH 20.03.2007, 4 Ob 227/06w, sind diese beiden Umstände zwar offenkundig nicht der Sphäre der Beklagten zuordenbar) einerseits und sonstigem Missbrauch andererseits ins Treffen geführt wird, unklar.

Es gelingt der Beklagten daher schon wegen der dargelegten Intransparenz nicht, eine sachliche Rechtfertigung dafür zu liefern, warum den Teilnehmern eine Entlastung nur im Falle eines „sonstigen“ Missbrauchs, nicht aber bei Diebstahl oder Verlorengang möglich sein soll. Das macht die Klausel insgesamt intransparent.

[Klausel 9: zurückgezogen]

Klausel 10:

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

erforderlich ist.“

Der Kläger kritisiert, dass verschleiert werde, an wen überhaupt konkret Daten übermittelt werden; auch der Verwendungszweck werde den Betroffenen nicht vermittelt. In Wahrheit sichere sich die Beklagte de facto das Recht zu, Dritten personenbezogene Stamm- und Verkehrsdaten im Sinne des § 4 Z 1 Datenschutzgesetz (DSG) nach eigenem Gutdünken zu übermitteln, ohne dabei das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse ihrer Kunden zu berücksichtigen. Ebenso wenig werde der Kunde auf seine Widerrufsmöglichkeit hingewiesen. Die Klausel sei daher intransparent und stelle auch keine wirksame Zustimmung zur Verwendung von Daten im Sinne des § 8 Abs 1 Z 2 DSG dar.

Die Beklagte erwiderte, das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse gemäß § 8 Z 4 DSG sei stets dann nicht verletzt, wenn die Verwendung bzw. die Übermittlung nicht sensibler Daten bei überwiegend berechtigten Interessen des Auftraggebers erforderlich sei. Die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen falle gemäß § 8 Abs 3 DSG unter diese Interessen. Eine Widerrufsmöglichkeit des Kunden bestehe von vornherein nicht, da das Recht auf Übermittlung der Beklagten schon von Gesetzes wegen zustehe. Daher liege auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor. Die Notwendigkeit, Daten zur Erfüllung der Vertragspflichten zu übermitteln, ergebe sich schon aus der Beziehung von Subunternehmern oder Erfüllungsgehilfen aufgrund zwingender betrieblicher Erfordernisse.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als zulässig, weil gemäß § 8 Abs 1 Z 4 DSG dann keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung nicht sensibler Daten verletzt seien, wenn - wie hier - überwiegende berechnete Interessen des Auftraggebers oder eines

Dritten deren Verwendung erforderten. Die die Gesetzeslage korrekt wiedergebende Klausel sei daher nicht intransparent.

Der Kläger hält seine bislang dargelegten Argumente auch in seiner Berufung aufrecht.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine wirksame Zustimmung zur Verwendung nicht-sensibler Daten nur vor, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden (RIS-Justiz RS0115216; insb. OGH 14.11.2012, 7 Ob 84/12x).

Die Klausel lässt offen, welche konkreten Daten zu welchem konkreten Zweck verwendet werden sollen und ob sie dabei auch an (welche?) Dritte weitergegeben werden können. Der Zweck ist dermaßen weit gefasst, dass der Kunde sich keine Vorstellung davon machen kann, was mit seinen Daten geschehen soll. Durch die Formulierung „jenes Dienstes, für den diese Daten ermittelt und verarbeitet worden sind“ wird auch keine Einschränkung der Daten erreicht. Obwohl dies durch die Klausel suggeriert wird, liegt keine wirksame Zustimmungserklärung vor. Auch über ihr jederzeitiges Widerrufsrecht werden die Konsumenten nicht belehrt.

Die Klausel ist daher entgegen der Auffassung des Erstgerichtes intransparent, die Berufung des Klägers insoweit berechtigt.

Klausel 11:

„[21.4] Der Kunde stimmt hiermit - jederzeit kostenlos widerruflich - zu, dass Stammdaten und sein Geburtsdatum im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen (TKG 2003, Datenschutzgesetz DSG) an - jeweils behördlich befugte - Kreditschutzverbände, Kreditinstitute, weiters Gewerbetreibende, die zur Ausübung des Gewerbes der Auskunfteien über Kreditverhältnisse berechtigt sind (§ 152 GewO) sowie an die Yesss!-Telekommunikation GmbH

übermittelt werden, soweit sie erforderlich sind, um hinsichtlich des betreffenden Vertragsverhältnisses die Bonität des Kunden überprüfen zu können. Orange ist zudem berechtigt, soweit für Inkassozwecke erforderlich, Stammdaten und personenbezogene Daten, die Orange vom Kunden zur Verfügung gestellt wurden, jedenfalls Namen, Geburtsdatum, Anschrift, Beruf, Angaben zu Zahlungsverzug und offenem Saldo an Rechtsanwälte und Inkassobüros zu übermitteln.“

Nach Auffassung des Klägers verstoße diese Klausel gegen das Transparenzgebot des §§ 6 Abs 3 KSchG in Verbindung mit § 4 Z 14 DSGVO. Nach der letztgenannten Bestimmung müsste der Betroffene in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Zweck in die Verwendung seiner Daten einwilligen, wofür ihm bekannt sein müsse, welche seiner Daten an wen und zu welchem Zweck übermittelt werden. All dies sei nicht ersichtlich. Auch aus dem Hinweis, dass Daten zur Bonitätsüberprüfung bzw. für Inkassozwecke übermittelt werden könnten, leite sich die Erfüllung dieser Voraussetzungen nicht ab.

Die Beklagte wandte ein, dass eine Übermittlung von Daten nur zur Bonitätsüberprüfung und zu Inkassozwecken vorgesehen sei. Dadurch sei den gesetzlichen Erfordernissen genüge getan.

Das Erstgericht schloss sich der Auffassung der Beklagten an. Zwar bedürfe es zur Weitergabe von Daten an Inkassoinstitute und zum Zweck der Bonitätsprüfung nach dem Datenschutzgesetz einer Zustimmung des Betroffenen; eine solche wirksame Zustimmung liege nur dann vor, wenn dem Betroffenen der Zweck und der Umfang der Daten bekannt seien. All diese Voraussetzungen seien aber hier erfüllt.

Der Kläger moniert in seinem Rechtsmittel nur noch die Unbestimmtheit der in der Klausel angeführten

Empfänger. Ein typischer Durchschnittsverbraucher wisse nicht, welche Kreditinstitute behördlich befugt seien. Ebenso habe er keine Vorstellung davon, was unter Auskunftsteil zu verstehen sei.

Den letztgenannten Begriff verwendet die Klausel nicht. Entgegen der Ansicht des Klägers ist der Begriff „Kreditinstitut“ durchaus präzise genug. Anders als in der bereits zitierten Entscheidung 7 Ob 84/12x, in der nur die Verwendung des unbestimmten Begriffes „Auskunftsteil“ beanstandet wurde, ist die Klausel daher zulässig.

Klausel 12:

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

Der Kläger kritisierte an dieser Klausel, dass sie eine mit der Verpflichtung zur Bekanntgabe von Änderungen der Adresse, Telefaxnummer und/oder E-Mail-Adresse verbundene Zugangsfiktion beinhalte. Das sei überraschend und nachteilig, weil aus dem nächsten Satz hervorgehe, dass für Übermittlungen nur die Adresse bzw. Telefaxnummer relevant sei. Die Bekanntgabe der Telefaxnummer erfolge nicht notwendigerweise deshalb, um vertragsrelevante Übermittlungen zu erhalten.

Die Beklagte hob die fehlende Verpflichtung des Kunden zur Angabe der Telefaxnummer hervor. Sei dies jedoch der Fall, müsse der Kunde auch von deren Gebrauch

durch den Vertragspartner ausgehen.

Das Erstgericht beanstandete insbesondere, dass aus der Klausel nicht deutlich hervorgehe, ob Übermittlungen der Beklagten an die Postanschrift oder E-Mail-Adresse des Kunden vorgenommen werden können. Ein Kunde müsse nicht damit rechnen, dass wesentliche Mitteilungen auch per Fax oder E-Mail übermittelt werden könnten. Schon die Überschrift der Klausel („Erklärungszugang“) indiziere eine unzulässige Zugangsfiktion. § 6 Abs 1 Z 3 KSchG setze eine postalische Zusendung und kein E-Mail oder Fax voraus.

Zur Beurteilung, ob die Klausel entgegen der auf die postalische Zustellung abstellenden Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG unzulässige Zugangsfiktionen für E-Mail und Telefax normiert, ist auszuführen:

Zu beachten ist, dass bei einer E-Mail- und Telefax-Zustellung ein Zustellmodus vorgesehen wird, der vom Normalfall der Zustellung auf dem üblichen Postweg abweicht und darauf verzichtet, dass die Erklärung in den Machtbereich des Adressaten gelangt. Der Kunde muss hier selbst für die „Zustellung“ sorgen. Die Gefahr, dass er rechtlich bedeutsame Erklärungen nicht rechtzeitig zur Kenntnis nimmt, ist daher in diesem Fall wesentlich größer als bei der Postzustellung, weil bei der Zustellung durch die Post dem Kunden der eigentliche Zustellvorgang abgenommen wird und er die ihm zugestellte Post nur noch zur Kenntnis nehmen muss (vgl. OGH 17.10.2012, 3 Ob 168/12w).

Nach der Lehre wird entscheidend für die Zulässigkeit der Vereinbarung einer Zugangsfiktion an der zuletzt bekannt gegebenen E-Mail-Adresse sein, ob der Verbraucher diese in einer Weise bekannt gegeben hat, die erkennen lässt, dass er unter diesem E-Mail-Account wie mit der Post erreichbar sein möchte, oder ob etwa die E-

Mail-Adresse nur für den Empfang von Werbesendungen bekannt gegeben wurde. Fehlt ein solcher Anknüpfungspunkt, kann eine Zugangsfiktion durch Absenden einer Nachricht an eine bestimmte E-Mail-Adresse nicht wirksam begründet werden (*Langer* in *Kosesnik-Wehre/Langer* KSchG³ § 6 Rz 22 mwN).

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist mit der Bekanntgabe einer E-Mail-Adresse oder Faxnummer - ohne (hier nicht vorliegende) ausdrückliche Klarstellung durch den Kunden - keineswegs von einer vorbehaltlosen Erklärung des Teilnehmers auszugehen, mit der Zustellung nicht nur etwa von Werbung, sondern auch von rechtlich bedeutsamen Mitteilungen auf diesem Wege einverstanden zu sein. Ausgehend von diesen Überlegungen verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, schafft sie doch über diese Bestimmung hinaus auch für den E-Mail- bzw. Telefaxbereich Zugangsfiktionen, die ohne die erwähnte Klarstellung durch den Kunden nicht über den Post-Bereich hinaus ausgedehnt werden können. Auch das Argument der Berufung, ein verständiger Teilnehmer werde die im letzten Halbsatz der Klausel erfolgte Verwendung des Begriffes „Adresse“ als Oberbegriff für Post- und E-Mailadresse verstehen, ist keinesfalls zwingend.

Die Klausel ist daher gesetzwidrig.

Klausel 13:

„II. Sonderbestimmungen für Wertkarte ...

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

(SIM-Karte und PUK2-Code) nachzuweisen. Für die Rückerstattung ist vorab, außer im Falle einer von Orange verschuldeten außerordentlichen Kündigung durch den Kunden, eine Bearbeitungsgebühr laut Orange Entgeltübersicht zu entrichten. Mit der Rückerstattung endet das Vertragsverhältnis jedenfalls.“

Nach Auffassung des Klägers verstoße die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG. Eine Wartezeit von zwölf Monaten für die Auszahlung eines Kundenguthabens sei gröblich benachteiligend. Eine Bearbeitungsgebühr für den Fall der Rückzahlung sei in der Entgeltübersicht nicht zu finden, der Verweis darauf daher intransparent.

Die Beklagte betonte, im Falle einer außerordentlichen Kündigung bestehe keine Wartezeit. Die Bearbeitungsgebühr für die Rückerstattung sei in der Entgeltübersicht im Kapitel „Gebühren“ dargestellt.

Das Erstgericht erachtete die zwölfmonatige Wartezeit schon im Hinblick auf die dieser Wartezeit gegenüberzustellende einjährige Gebrauchsdauer einer Wertkarte als unverhältnismäßig. Die Klausel sei auch unklar, weil sie so zu verstehen sei, dass ein Guthaben auch im Fall einer außerordentlichen Kündigung erst nach Ablauf der Gebrauchsdauer ausbezahlt werden könne.

Die Klausel nennt zwar die für die Beklagte vorteilhafte (wenngleich zulässige) grundsätzliche Wartezeit von 12 Monaten, lässt aber die Kunden im Unklaren darüber, ob und wie lange sie in dem (für die ungünstigen) Fall einer außerordentlichen Kündigung mit der Rückforderung ihres Guthabens warten müssen.

Dass das Transparenzgebot nicht nur formale Verständlichkeit im Sinn von Lesbarkeit verlangt, sondern auch Durchschaubarkeit von Inhalt und Tragweite der Regelung (RS0122169 [T6]), und dass die Rechtslage

verschleiende oder undeutlich darstellende Bestimmungen aufgrund des Richtigkeitsgebots dem Transparenzgebot widersprechen (OGH 23.11.2010, 1 Ob 164/10i (RS0115217 [T31])), wurde bereits gesagt. Der die Wartefrist betreffende Teil der Klausel ist daher entgegen der Auffassung der Beklagten aufgrund seines unvollständigen und verschleienden Inhaltes intransparent.

Der im Rahmen der Verfahrensrüge erhobene Vorwurf, das Erstgericht habe seine Überprüfungspflicht überschritten, geht schon wegen der vom Kläger zu Recht aufgezeigten Intransparenz ins Leere.

Nur der Vollständigkeit halber sei erläutert, dass nach Auffassung der Beklagten die Auferlegung einer Bearbeitungsgebühr nur im Falle einer von ihr auch verschuldeten vorzeitigen Auflösung gröblich benachteiligend wäre. Eine Erklärung dafür, warum die Verrechnung einer Bearbeitungsgebühr im Falle von ihr zwar nicht verschuldeter, aber sonst zu vertretender Umstände nicht gröblich benachteiligend sein soll, liefert sie nicht. In beiden Fällen erfolgt die vorzeitige Auflösung aus nicht in der Sphäre des Kunden liegenden Umständen, die aus dessen Sicht nur gleich zu behandeln sein können.

Die insoweit erfolgreiche Berufung des Klägers führt somit in teilweiser Abänderung des Ersturteils zur Stattgabe des Klagebegehrens betreffend die Klausel 10 (I.21.2 der AGB).

Abschließend ist auf die vom Kläger beanstandete, vom Erstgericht nach § 409 Abs 2 ZPO mit drei Monaten bemessene Leistungsfrist einzugehen: Der Richter kann auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist nach § 409 Abs 2 ZPO festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt. Das trifft nach der ständigen

Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für Verbandsklagen nach dem KSchG zu, weil die jeweils Beklagten das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen können, dass sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen ändern. Für die erforderliche Anpassung wurde dabei eine Frist von drei Monaten für gerechtfertigt erachtet (4 Ob 130/03a; 6 Ob 24/11i). Im Einzelfall wurde aber auch eine Frist von bis zu sechs Monaten für nicht unangemessen lang befunden (10 Ob 70/07b). Berücksichtigung soll vor allem auch finden, dass der Beklagte Betreiber eines Kommunikationsdienstes ist, der gemäß § 25 TKG alle Änderungen seiner AGB vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen hat. Schon daraus ergibt sich das Erfordernis einer Fristsetzung (7 Ob 84/12x). Darauf, bis zur Änderung überhaupt keine AGB mehr zu verwenden, kann der beklagte Unternehmer nicht verwiesen werden, weil nicht nur keine Verpflichtung zu einer solchen Unterlassung besteht (6 Ob 24/11i), sondern § 25 Abs 1 TKG Betreibern von Kommunikationsdiensten die Erlassung von AGB sogar ausdrücklich vorschreibt.

Nach Auffassung des Berufungsgerichtes (4 R 498/11a) treffen die selben Überlegungen allerdings nicht ohne Weiteres auch auf das Verbot zu, sich den Kunden gegenüber auf unzulässig vereinbarte Klauseln zu berufen. Auch in der bereits mehrfach angesprochenen Entscheidung des OGH vom 14.11.2012, 7 Ob 84/12x, wurde eine Leistungsfrist nur für das Verwenden festgelegt, während die urteilsmäßige Unterlassungsverpflichtung nach Maßgabe des § 409 Abs 3 ZPO für das Sich-Berufen sogleich eintrat. Für diese reine Unterlassungspflicht war somit auch hier keine Leistungsfrist zu setzen (RIS-Justiz RS0041260).

Die Berechtigung des Veröffentlichungsbegehrens

bedarf keiner Überprüfung. Es war daher nur der Berufung des Klägers teilweise Folge zu geben und das angefochtene Urteil so, wie aus dem Spruch ersichtlich, abzuändern.

Die aufgrund der Abänderung des Ersturteils notwendige Neuberechnung der Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gründet auf § 43 Abs 1 ZPO; jene über die Kosten des Berufungsverfahrens auf §§ 50 iVm 41, 43 Abs 1 ZPO:

Für das Verfahren erster Instanz sind zwei Phasen zu bilden: Der Kläger, der sein Unterlassungsbegehren - nach der eigenen Bewertung - um 1/13 eingeschränkt hat (ON 3, Seite 22), und schließlich mit drei weiteren Klauseln unterlegen ist, hat daher in der nur die Klage umfassenden Phase I Anspruch auf Ersatz von 9/13 der Pauschalgebühr und 5/13 seiner Anwaltskosten auf Basis der ursprünglichen Bemessungsgrundlage von EUR 36.000,--. In Anbetracht der auch auf das Veröffentlichungsbegehren durchschlagenden Einschränkung des Unterlassungsbegehrens hinsichtlich der Klausel 9 (RS0035828; vgl. OGH 04.10.1994 4 Ob 109/94) reduzierte sich die Bemessungsgrundlage für das weitere, nur mehr 12 Klauseln umfassende Verfahren auf EUR 33.230,77. In der den Schriftsatz ON 3 und das restliche Verfahren umfassenden Phase II ist der Kläger mit drei von zwölf Klauseln unterlegen; ihm ist daher die Hälfte seiner Anwalts- und Fahrtkosten auf dieser Basis zu ersetzen.

Die mit ihrer Berufung gänzlich erfolglose Beklagte hat dem Kläger die Kosten seiner Berufungsbeantwortung auf Basis der anteiligen Bemessungsgrundlage (für acht Klauseln) von EUR 22.153,84 zu ersetzen. Demgegenüber war der Kläger mit seiner Berufung hinsichtlich drei von vier Klauseln erfolglos. Sein Erfolg bei der Herabsetzung der Leistungsfrist betreffend das Unterlassungsgebot des Sich-Berufens auf die unzulässigen Klauseln fällt

kostenrechtlich nicht ins Gewicht. Er hat daher Anspruch auf Ersatz von 25 % seiner Barauslagen, jedoch der Beklagten die Hälfte der Kosten ihrer Berufungsbeantwortung - auf Basis einer anteiligen Bemessungsgrundlage von EUR 11.076,92 - zu ersetzen.

Nach herrschender Rechtsprechung sind wechselseitige Kostenersatzansprüche der Parteien zu saldieren (RIS-Justiz RS0035877). Dies gilt auch im Verfahren zweiter Instanz (OGH 27.02.2007, 2 Ob 85/06y). Daraus errechnen sich die im Spruch ersichtlichen Beträge.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung des Klägers.

Eine wesentliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Absatz ein ZPO liegt vor, weil es sich teils um vom OGH bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handelt, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind (RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 7. Oktober 2013

Dr. Curd Steinhauer

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG