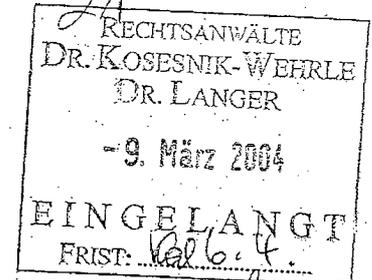




REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

Präsidentin  
des Handelsgerichtes Wien  
eingel. am - 3. MRZ. 2004  
.....fach, mit.....Bilg.....Akten  
.....Halbschriften

2 R 211/03v



### Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Bauer (Vorsitzende), sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Dallinger und Dr. Wittmann-Tiwald in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KEG in Wien, wider die beklagte Partei **tele.ring Telekom Service GmbH**, 1030 Wien, Hainburger Straße 33, vertreten durch Schönherr, Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung gemäß § 28 KSchG (Gesamtstreitwert € 26.000,--), über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 21.8.2003, 18 Cg 35/02i-17, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahingehend abgeändert, dass es lautet:

1. Die beklagte Partei ist schuldig,
  - a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung

ab o. Rev.

der Klausel:

Laden Sie Ihr Konto rechtzeitig innerhalb der Gültigkeitsdauer (1 Jahr + 3 Monate) auf, sonst verlieren Sie Ihre Rufnummer und das restliche Guthaben!

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel zu berufen, soweit diese unzulässigerweise verwendet worden ist;

b) der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit € 6.216,70 (darin enthalten € 563,80 USt und € 942,15 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens zu ersetzen.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagestattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teils der "Neuen Kronen-Zeitung" auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit € 2.675,30 (darin enthalten € 304,55 USt und € 848,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt € 20.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Die Klägerin stellt unter Berufung auf ihre Aktivlegitimation gemäß § 29 KSchG das aus dem Spruch ersichtlich Begehren mit der Begründung, die Beklagte betreibe als Telekommunikationsanbieter sowohl Festnetztelefonie als auch ein Mobiltelefonnetz und biete ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet an. Dazu trete sie in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließe mit diesen Verträge. Sie sei damit Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG.

Die Beklagte verwende im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde lege, bzw in Vertragsformblättern die inkriminierte Klausel, die sich insbesondere in den AGB "tele.ring.twist-Handbuch" befinde.

Diese Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB. Sie beziehe sich auf eine Telefonwertkarte für Mobiltelefone. Nach der (mit der genannten Klausel) geschlossenen Vereinbarung verfälle ein allfälliges Guthaben des Konsumenten als Kunden der Beklagten, sofern das Konto nicht rechtzeitig innerhalb der Gültigkeitsdauer neu aufgeladen werde.

Darin liege eine unangemessene Benachteiligung der Kunden. Eine sachliche Rechtfertigung für den Verfall des Guthabens des Kunden gebe es nicht. Vielmehr werde

der Beklagten ein nicht zu rechtfertigender Vermögensvorteil eingeräumt.

Die Beklagte stellte die Verwendung der zitierten Klausel außer Streit. Richtig sei auch, dass im Falle eines mit Wertkarten (zu € 20,-- oder € 35,--) betriebenen Mobiltelefons der Beklagten das (durch Aufladen des Handys) aktivierte Guthaben innerhalb eines Jahres zu verbrauchen sei. Werde das Telefon (das Guthaben) innerhalb dieses Jahres nicht neuerlich aufgeladen (was die Gültigkeit des nicht verbrauchten Restguthabens wieder auf ein Jahr verlängern würde) sei der Kunde für die nächsten drei Monate immer noch passiv erreichbar und könne das Telefon auch noch aufladen. Nehme er jedoch das Guthaben in diesen drei Monaten nicht in Anspruch, verfalle es zusammen mit der Rufnummer.

Von Bedeutung sei konkret, dass der Inhaber eines Wertkarten-Handys permanent Leistungen der Beklagten in Anspruch nehme, egal ob er telefoniere oder nicht.

Die Beklagte halte für 15 Monate für den Kunden eine Nummer frei und verwalte alle Anrufe sowie SMS auf dieser Nummer. Schon die bloße Tatsache, dass einem Kunden eine bestimmte Nummer zugeordnet werde, verursache der Beklagten erhebliche Kosten. Es müssen Speicherkapazitäten vorgehalten werden und es gebe auch nur eine bestimmte Höchstanzahl von verfügbaren Nummern. Nach dem Löschen einer Nummer müsse diese für einige Zeit "abliegen".

Auch die betriebsinterne Verwaltung von Rufnummern

verursache Kosten. Es müsse vorgesehen werden, dass bei jedem Anruf die Wertkarte mit dem bestehenden Guthaben verifiziert, der Kunde im Netz lokalisiert und die vereinbarte Gebühr abgebucht werde.

Dem Inhaber einer Wertkarte werden, auch wenn er nicht telefoniere, eine Vielzahl von Leistungen angeboten. Er könne beispielsweise SMS empfangen und angerufen werden, das Rufmanagement (Makeln, Rufsperrern, Anklopfen, Halten) werde ermöglicht und es bestehe die Möglichkeit des Erwerbs eines von der Beklagten preislich gestützten Mobiltelefons. Es stehe die Mailbox zur Verfügung, auf der Nachrichten für den Kunden hinterlassen werden können. Überhaupt sei das Netz im Hinblick darauf, dass der Kunde jederzeit telefonieren könne, entsprechend zu dimensionieren.

Die meisten Kunden brauchen ihr Guthaben innerhalb eines Jahres auf und es gebe auch so gut wie keine Beschwerden gegen die Verfallsregelung.

Eine Änderung des (vertraglichen) System lasse hohe Kosten erwarten.

Rechtlich gesehen betreffe die Klausel keine Nebenbestimmung, sondern eine Regelung der Hauptleistung, sodass eine Angemessenheitskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB nicht stattfinde.

Außerdem werde der Kunde nicht in gröblicher Weise benachteiligt, wenn man die für den Kunden permanent bereit gehaltenen Leistungen betrachte und die dem Kunden angesichts des herrschenden

Verdrängungswettbewerbs zwischen den einzelnen Telefonanbietern zukommende erhebliche Marktmacht.

Die Klägerin bestritt diese Ausführungen und brachte ergänzend vor, die Klausel sei auch überraschend im Sinn des § 864a ABGB.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das Klagebegehren zur Gänze ab.

Dabei legte es die auf Seiten 3 bis 7 der Urteilsausfertigung getroffenen Feststellungen zugrunde, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Inbesondere erachtete es als erwiesen, dass die Beklagte für den Kunden - auch wenn er nicht telefoniere - während der Gültigkeitsdauer ständig Leistungen erbringe und dies mit erheblichen Kosten verbunden sei, wie auch die Auszahlung eines Gutachtens mit erheblich Kosten verbunden wäre. Überhaupt seien vom Verfall nur Kunden betroffen, die pro Jahr nicht einmal um € 20,-- bzw € 35,-- telefonieren.

Von einer gröblichen Benachteiligung des Verbrauchers könne unter den konkreten festgestellten Umständen keine Rede sein.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin aus dem Grund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil im klagestattgebenden Sinn abzuändern.

Die Beklagte beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist berechtigt.

Nach der ständigen Judikatur ist der Begriff der Hauptleistung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB möglichst eng zu verstehen. Er soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben, sodass vor allem auch die im dispositiven Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, nicht unter die Ausnahme fallen (RIS-Justiz RS0016908). Insbesondere Bestimmungen, die die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln, fallen unter § 879 Abs 3 ABGB (3 Ob 146/99p).

Nicht jede die Hauptleistung betreffende Vertragsbestimmung ist damit der Kontrolle entzogen (RS0016931).

Zu der vergleichbare Wertungen zugrunde legenden deutschen Rechtsprechung hat der BGH ausgesprochen, dass zwar durch eine Befristung eine nähere Ausgestaltung eines Hauptleistungsversprechens bewirkt wird, sich aber auch ohne Festlegung eines Geltungszeitraums ein wesentlicher Vertragsinhalt - konkret das vom Kunden zu zahlende Entgelt und die dafür gewährte Gegenleistung - bestimmen lässt (MMR 2001, 806).

Bei Prüfung der Frage, inwieweit die inkriminierte Klausel unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB) ist eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenkontrolle vorzunehmen. Insbesondere ist zu beurteilen, inwieweit die

Verschlechterung der Rechtsposition eines Vertragspartners des Verwenders von AGB durch Abweichungen vom dispositiven Recht bewirkt wird. Es ist eine Orientierung am dispositiven Recht als dem Leitbild eines abgewogenen und gerechten Interessenausgleichs geboten (Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 879 Rz 240).

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im "kundenfeindlichsten" Sinn zu erfolgen (RS0016590).

Verfallsregelungen sind dem bürgerlichen Recht grundsätzlich fremd. Rechtsverlust durch Zeitablauf tritt danach vielmehr durch Verjährung ein und damit selbst bei den von der kurzen Verjährung betroffenen Rechten erst nach drei Jahren.

Legt man die unbestrittenen und damit dem Verfahren zugrundeliegenden Urkunden zugrunde (7 Ob 159/03p), findet die Klausel (in Übereinstimmung mit dem Prozessvorbringen der Beklagten) bei "Prepaid-Handys" Anwendung, bei denen - im Gegensatz zu "Postpaid-Handys" - gerade keine "Grundgebühr", sondern bloß eine (grundsätzlich nach Dauer der geführten Aktivgespräche verrechnete) Gesprächsgebühr zu entrichten ist (Beil . /1).

Der Verfall eines vorausbezahlten Gesprächsguthabens nach Ende einer "Gültigkeitsdauer" von einem Jahr und drei Monaten (für den Fall, dass kein neuerliches "Laden" eines weiteren Guthabens, also ein Aufstocken des bestehenden Guthabens erfolgt) stellt eine grobe

Benachteiligung des Kunden gegenüber der Rechtsposition  
dar, die ihm nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht  
zukäme.

Die Argumentation der Beklagten, die Benachteiligung sei durch die Natur des Rechtsgeschäfts gerechtfertigt und werde durch die für den Teilnehmer in jedem Fall (auch ohne Aktivruf) erbrachten (Haupt-)Leistungen ausgeglichen, ähnelt dem "Preisargument" und begegnet den dagegen vorgebrachten Bedenken (Krejci aaO, Rz 241).

Vor allem vor dem Hintergrund, dass die Vertragsvariante Wertkartenhandy (Prepaid) dadurch gekennzeichnet ist, dass gegen das Gesprächsguthaben nur mit für Aktivtelefonate verrechneten Entgelten gegengerechnet wird und gerade keine "Grundgebühr" zu bezahlen ist, ist der Verfall des Guthabens mangels Führung von Aktivtelefonaten und Gegenrechnung mit darauf entfallenden Entgelten einerseits gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, andererseits aber auch überraschend und ungewöhnlich im Sinn des § 864a ABGB (und darüber hinaus intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie den wahren wirtschaftlichen Kern der Verfallsbestimmung verschleiern, nämlich dass das "Guthaben" mangels Führung von Aktivgesprächen den Charakter gerade einer Grundgebühr annimmt, weil sie unter keinen Umständen zurückerstattet wird).

Die beantragte Urteilsveröffentlichung ist angesichts der österreichweiten Verwendung der

gegenständlichen Klausel erforderlich (vgl. RS0079764).  
Der Berufung war daher - gemäß § 30 Abs 2 KSchG ohne  
Beteiligung eines Laienrichters - Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht betreffend das  
Verfahren erster Instanz auf § 41 ZPO, hinsichtlich des  
Berufungsverfahrens auf §§ 41, 50 ZPO.

Die ordentliche Revision ist zulässig im Sinn des  
§ 502 Abs 1 ZPO, weil oberstgerichtliche Rechtsprechung  
zu einem vergleichbaren Sachverhalt fehlt.

Oberstes Gericht Wien  
1010 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abteilung 10. Februar 2004



**Dr. Brigitte Bauer**  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung: