

5 R 8/07v



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien
eingel. am 18. MAI 2007
.....fach, mit.....Bilg.Akten
.....Haabschriften

RECHTSANWÄLTE DR. KOSESNIK-WEHRLE DR. LANGER 29. Mai 2007 EINGELANGT FRIST:.....

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Reitermaier als Vorsitzenden sowie die Richterinnen des Oberlandesgerichtes Mag. Dr. Wanke-Czerwenka und Dr. Strolz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei **Hutchison 3G Austria GmbH**, Gasometer C, Guglgasse 12/10/3, 1110 Wien, vertreten durch Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert: EUR 26.000,--) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 11.9.2006, 39 Cg 28/06w-6, (Berufungsinteresse: EUR 17.334,--) in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.303,50 (darin EUR 217,25 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte betreibt im gesamten Bundesgebiet Mobiltelefonie und tritt im Rahmen ihrer geschäftlichen (unternehmerischen) Tätigkeiten laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt, wobei sie mit diesen häufig auch Verträge schließt. Sie verwendete jedenfalls bis zum 12.4.2006 das Formular „3Anmeldung“, welches unter anderem folgende Klauseln enthält:

„Rücktrittsrechte des Verbrauchers im Sinn des Konsumentenschutzgesetzes (KSchG) bei Bestellungen durch Haustürgeschäft oder im Fernabsatz: gemäß § 3 KSchG (Bestellung durch Haustürgeschäft) innerhalb einer Woche ab Vertragsbeginn, wenn der Kunde den Vertrag nicht selbst angebahnt hat: gemäß § 5e KSchG (Bestellung im Fernabsatz zB: per Telefon) innerhalb von 7 Tagen ab Vertragsbeginn. Bei einer vom Kunden vor Ablauf einer 18-monatigen Vertragslaufzeit verursachten Vertragsauflösung erhöht sich der Preis des 3Mobiles um EUR 80,--. Dieser nachträgliche Aufschlag wird dem Kunden in Rechnung gestellt.“ Als Mindestvertragsdauer wird unter „Tarife & Services“ angeführt: 12 Monate.

Seit 12.4.2006 verwendet die Beklagte das Formular „Servicevertrag“, das hinsichtlich der wiedergegebenen Klauseln mit dem vorher verwendeten Formular übereinstimmt. Unter „3Tarif & 3Zusatzpakete“ wird auf verschiedene Tarifmodelle mit 24-monatiger Vertragsdauer hingewiesen.

Der Kläger begehrt (soweit noch verfahrensgegenständlich), die Beklagte sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

...

2. Rücktrittsrechte des Verbrauchers im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes (KSchG) bei Bestellungen durch Haustürgeschäft oder im Fernabsatz: gemäß § 3 KSchG (Bestellung durch Haustürgeschäft) innerhalb einer Woche ab Vertragsbeginn, wenn der Kunde den Vertrag nicht selbst angebahnt hat: gemäß § 5e KSchG (Bestellung im Fernabsatz zB: per Telefon) innerhalb von 7 Werktagen ab Vertragsbeginn.

3. Bei einer vom Kunden vor Ablauf einer 18-monatigen Vertragslaufzeit verursachten Vertragsauflösung erhöht sich der Preis des 3Mobiles um EUR 80,--. Dieser nachträgliche Aufschlag wird dem Kunden in Rechnung gestellt.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden seien. Angeschlossen wurde ein Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Zur Begründung führte der Kläger aus, die erstbemängelte Bestimmung genüge den Anforderungen des § 3

KSchG nicht. Für eine ordnungsgemäße Belehrung bedürfe es eines Hinweises auf die Schriftform. Die Klausel stehe aber auch im Widerspruch zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da sie den Verbraucher nicht klar und verständlich über die Rücktrittsrechte der §§ 3 bzw 5e KSchG informiere. So beginne gemäß § 5e Abs 2 KSchG die Rücktrittsfrist bei Verträgen über die Lieferung von Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher, bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses. Über dieses Rücktrittsrecht müsse der Verbraucher gemäß § 5c Abs 1 Z 6 KSchG klar und verständlich in einer dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise belehrt werden. Weiters werde der Kunde nicht darauf hingewiesen, dass es für die Fristwahrung des Rücktrittsrechts gemäß § 5e Abs 1 KSchG genüge, wenn die Rücktrittserklärung innerhalb der Frist abgesendet werde. Auch auf die Rücktrittsfrist von 3 Monaten gemäß § 5e Abs 3 KSchG werde nicht hingewiesen.

Zur zweitgerügten Klausel werde ausgeführt, diese verstoße gemäß § 864a ABGB. Der Kunde werde im Vertragsformblatt zunächst auf eine Mindestvertragsdauer von 12 Monaten hingewiesen. Im Weiteren werde er jedoch darüber informiert, dass sich der Preis des Mobiltelefons um EUR 80,-- erhöhe, wenn der Vertrag vor Ablauf einer 18-monatigen Vertragslaufzeit durch eine vom Kunden verursachte Vertragsauflösung aufgelöst werde. Die Annahme der Beklagten, dass dem

Mobilfunkkunden bekannt sei, dass durch eine entsprechend lange Mindestvertragsdauer die Endgeräte relativ günstig abgegeben werden, möge richtig sein. Jedoch sei auch unter dieser Annahme die nachträgliche Verrechnung eines Aufschlages, der im Ergebnis einen erhöhten Kaufpreis ergebe, ungewöhnlich, wenn der Kunde den Vertrag nach der Mindestvertragsdauer auflöse. Eine solche Regelung sei nachteilig und es habe der Kunde mit einer solchen auch nicht zu rechnen. Im Weiteren verstoße die inkriminierte Bestimmung gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da dem Konsumenten nicht klar und verständlich dargestellt werde, dass er bei Vertragsbeendigung vor 18 Monaten einen Aufschlag von EUR 80,-- zu zahlen habe.

Die Beklagte verwende die inkriminierten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Sie habe auch keine Unterlassungserklärung abgegeben. Schließlich bestehe auch ein Interesse an der Urteilsveröffentlichung.

Die Beklagte hielt dem Klagebegehren entgegen, die von ihr verwendeten Klauseln seien zulässig. Die erstbemängelte Bestimmung sei klar und verständlich formuliert. Sie umschreibe unter Verweis auf die relevante Gesetzesstelle, bei welcher Sachlage ein Rücktrittsrecht bestehe, innerhalb welcher Frist es ausgeübt werden müsse und wann der Fristenlauf beginne.

Was die zweitinkriminierte Klausel betreffe, so sei auch diese sachgerecht, klar und unmissverständlich

formuliert. Der Aufschlag falle nur bei einer vom Kunden verursachten Vertragsauflösung innerhalb der ersten 18 Vertragsmonate an. Es handle sich dabei um eine herkömmliche und marktübliche Ausgleichsregelung, die in Verträgen mit entsprechender Gegenleistung durchaus gängig sei. Potenziellen Kunden sei aufgrund der umfangreichen Werbeaktivitäten der Mobilfunkbetreiber allgemein bekannt, dass zwischen dem Betrag, der für den Erwerb eines Endgerätes zu bezahlen sei und jenem, der für die laufende Nutzung des Mobilfunknetzes zu begleichen sei, unterschieden werden müsse. Bei Erstanmeldung des Endgerätes würden einzelne Geräte je nach Leistungsvermögen billiger oder sogar gratis abgegeben; die Mobilfunkbetreiber würden diesen Aufwand über die Mindestvertragsdauer kalkulieren, weshalb es nicht ungewöhnlich sei, dass ein Aufschlag auf das Endgerät verrechnet werde, wenn die Voraussetzung für die kostengünstige Bereitstellung wegfalle.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren - unter Einfügung eines Zusatzes in Punkt I. 3. - statt. Es stellte den im Wesentlichen bereits auszugsweise wiedergegebenen Sachverhalt fest, auf den ^{im übrigen} verwiesen wird, und führte in rechtlicher Hinsicht aus, die erstbemängelte Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot, da sie den Verbraucher nicht klar und verständlich über die Rücktrittsrechte der §§ 3 und 5e KSchG informiere. So bedürfe der Rücktritt gemäß § 3 Abs 4 dieses Gesetzes zu seiner Rechtswirksamkeit der

Schriftform, wobei in der fehlenden Belehrung über dieses Schriftlichkeitsgebot auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG liege, weil damit dem Unternehmer die Möglichkeit eingeräumt werde, bloß mündliche Rücktrittserklärungen als rechtsunwirksam zurückzuweisen.

Darüber hinaus solle nach der inkriminierten Klausel das Rücktrittsrecht „innerhalb von 7 Werktagen ab Vertragsbeginn“ zustehen. Die Rücktrittsfrist gemäß § 5e Abs 2 KSchG beginne jedoch bei Verträgen über die Lieferung von Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher, bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses. Der Kunde werde auch nicht darauf hingewiesen, dass es für die Fristwahrung des Rücktrittsrechts gemäß § 5e Abs 1 KSchG genüge, wenn die Rücktrittserklärung innerhalb der Frist abgesendet werde und dass ihm gemäß § 5e Abs 3 KSchG eine Rücktrittsfrist von 3 Monaten zustehe, wenn der Unternehmer seinen Informationspflichten nach § 5d Abs 1 und 2 KSchG nicht nachgekommen sei. Die Klausel verstoße sohin auch gegen das Gebot der Vollständigkeit.

Darüber hinaus müsse dem Kunden die Möglichkeit gegeben werden, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen rasch und zuverlässig über seine vertraglichen Rechte und bestimmte Rechtsfolgen zu informieren. Diesem Gebot würden die gegenständlichen Vertragsformulare nicht gerecht.

hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Die Berufungswerberin rügt zunächst die unterbliebene Einvernahme der Zeugin [REDACTED], was einen Verfahrensmangel darstelle. Wäre diese Zeugin vernommen worden, hätte das Erstgericht feststellen können, dass es sich bei der zweitbemängelten Klausel (den Aufschlag betreffend) um eine marktübliche Ausgleichsregelung handle. Einer solchen Ergänzung auf Tatsachenebene bedarf es allerdings, wie aus den Ausführungen zur Rechtsrüge ersichtlich, nicht.

In der Rechtsrüge wiederholt die Berufungswerberin, die Verwendung der beiden inkriminierten Klauseln würde ihr zu Unrecht untersagt. Sie seien, dies im Wesentlichen mit den schon in erster Instanz vorgetragenen Argumenten, entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen gestaltet. Dieser Rechtsansicht kann nicht beigepflichtet werden.

Gemäß dem in § 6 Abs 3 KSchG verankerten Transparenzgebot ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Demnach müssen dem Verbraucher in Verträgen unterbreitete und schriftlich niedergelegte Klauseln stets genau und verständlich sein. Dem Kunden muss ermöglicht werden, sich aus den AGB zuverlässig

über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren, damit er nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden kann und ihm nicht unberechtigte Pflichten abverlangt werden. Als Einzelwirkungen des Transparenzgebotes werden 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 genannt (6 Ob 16/01y mwN).

Das Transparenzgebot verlangt aber nicht bloß formale Verständlichkeit im Sinn von Lesbarkeit, sondern auch Sinnverständlichkeit. Der Verbraucher darf auch nicht Gefahr laufen, über die sich für ihn aus der Regelung ergebenden Rechtsfolgen getäuscht oder zumindest im Unklaren gelassen zu werden bzw. dass ihm ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (4 Ob 179/02f; 8 Ob 128/05i).

Diesen Voraussetzungen wird bereits die erstinkriminierte Klausel nicht gerecht. Wie das Erstgericht richtig dargelegt hat, wird der Verbraucher in dieser nicht eindeutig verständlich und nur unvollständig über die ihm gemäß den §§ 3 und 5e KSchG zustehenden Rücktrittsrechte informiert. So sei neuerlich darauf hingewiesen, dass nach der bemängelten Klausel dem Verbraucher das Rücktrittsrecht „innerhalb von 7 Tagen ab Vertragsbeginn“ zusteht. Gemäß § 5e Abs 2 KSchG beginnt die Rücktrittsfrist aber bei Verträgen über die

Lieferung von Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher, bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses. Ebenso wenig informiert die bemängelte Klausel über die Voraussetzungen der Fristwahrung des Rücktrittsrechts oder erwähnt sie, dass es unter bestimmten Voraussetzungen auch noch eine Rücktrittsfrist von 3 Monaten gibt.

Die vom Kläger gerügte Klausel ist daher, ohne dass es eines weiteren Eingehens auf Schriftformerfordernisse beim Rücktritt bedürfte, als nicht gesetzeskonform anzusehen. Der Vollständigkeit halber sei jedoch darauf hingewiesen, dass § 3 Abs 4 KSchG grundsätzlich für die Rechtswirksamkeit eines Rücktritts Schriftform verlangt. So wird auch in der von der Berufungswerberin zitierten Entscheidung zu 2 Ob 11/02k ausgeführt, dass der Rücktritt nach § 3 KSchG schriftlich erfolgen müsste; ergänzt wird, es genüge, wovon konkret nicht auszugehen ist, auch eine mündliche Rücktrittserklärung, wenn der Unternehmer mit dieser Erklärung einverstanden sei.

Zur zweitinkriminierten Bestimmung stützt sich der Kläger im Wesentlichen darauf, diese Bestimmung verstoße gegen § 864a ABGB. Nach dieser Gesetzesstelle werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor

allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmung von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht rechnen muss. Einer solchen Klausel muss ein Überraschungs- oder gar Übertölpelungseffekt innewohnen. Bei der Beurteilung, ob eine Klausel nicht nur subjektiv überraschend, sondern auch objektiv ungewöhnlich ist, kommt es insbesondere dann, wenn nur ein beschränkter Adressatenkreis angesprochen wird, auf die Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont des angesprochenen Kreises an (Dittrich/Tades, ABGB³⁶, E 3a, 3b, 4 zu § 864a ABGB mwN).

Die Beklagte argumentiert zur Zulässigkeit der Bestimmung im Wesentlichen damit, dass es sich dabei um eine marktübliche Ausgleichsregelung handle, die in Verträgen mit entsprechender Gegenleistung durchaus gängig sei, und verweist auf die Entscheidung zu 3 Ob 121/06z. Diese bezieht sich auf den Abschluss einer Miet- und Servicevereinbarung über eine Telekommunikationsanlage. Der OGH vertrat diesbezüglich die Auffassung, dass ein Verbraucher, der eine Vertragsvariante mit einem niedrigen monatlichen Mietzins wähle, eine Mindestdauer des Schuldverhältnisses in Kauf nehmen müsse, um der Beklagten nicht nur die Deckung ihrer Investitionen für die Anschaffung der Anlage samt Nebenkosten, sondern auch einen angemessenen Gewinn zu ermöglichen. Die vereinbarte Vertragsdauer sei daher

weder als unangemessen lange Frist, die den Verbraucher an den Vertrag binde, anzusehen, noch als gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, dies auch dann, wenn Verbraucher, die die erwähnte Vertragsvariante wählen, das nach vorzeitiger Vertragsauflösung fällige Restentgelt zahlen müssen.

Selbst wenn man nun die Argumentation der Beklagten zur marktüblichen Ausgleichsregelung zugrundelegt (weshalb es der Einvernahme der beantragten Zeugin dazu somit nicht bedurfte), ergibt sich unter Berücksichtigung der zitierten Entscheidung folgendes:

Der am Abschluss eines Mobiltelefonvertrages mit der Beklagten interessierte Verbraucher wird im Vertragsformular zunächst eindeutig darauf hingewiesen, der Vertrag werde auf mindestens 12 Monate geschlossen, weshalb er davon ausgehen wird, er müsse sich zumindest für diese Dauer vertraglich an die Beklagte binden. Der Konsument wird und muss aber nicht damit rechnen, dass im weiteren - im übrigen sehr klein gedruckten ~~Vertragstext~~ - ein Hinweis darauf enthalten ist, dass er, sollte er vor Ablauf einer weiteren Frist, nämlich einer solchen von 18 Monaten ab Vertragsabschluss, eine Vertragsauflösung verursachen, zur Zahlung eines zusätzlichen Betrages verpflichtet wird. Der Verbraucher wird vielmehr annehmen, dass die von der Beklagten angesprochene marktübliche Ausgleichsregelung, die mit der Zurverfügungstellung des Handys zu tun hat, im Rahmen der Mindestvertragsdauer von 12 Monaten

miteinkalkuliert wird und auf die anschließende Vertragsdauer keinen unmittelbaren Einfluss mehr hat.

Dazu kann letztlich auf das Vorbringen der Beklagten selbst verwiesen werden, die unter anderem dargelegt hat, die Mobilfunkbetreiber würden den Aufwand für das Endgerät über die Mindestvertragsdauer - die vorliegend aber 12 Monate beträgt - kalkulieren. Dem entspricht auch die bereits auszugsweise wiedergegebene Entscheidung zu 3 Ob 121/06z, die ebenfalls auf das In-Kauf-Nehmen einer Mindestvertragsdauer abstellt.

Darüber hinaus ist dem Kläger beizupflichten, dass es der gerügten Bestimmung auch am schon beschriebenen Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG mangelt. Folgt man dem Beklagtenvorbringen, so handelt es sich bei der darin angesprochenen Erhöhung des Preises des 3Mobiles offenbar um einen Teil des Kaufpreises für das Handy. Ob der Verbraucher dieses allerdings mit Abschluss des Mobiltelefonvertrages von der Beklagten mietet oder kauft, kann dem ihm bei Vertragsabschluss ausgehändigten Vertragsformblatt grundsätzlich nicht entnommen werden. Es wird ihm daher mit der inkriminierten Regelung (in Verbindung mit den restlichen Vertragsbestimmungen) ein unklares und unvollständiges Bild seiner vertraglichen Position vermittelt. Sollte die Beklagte mit der in der bemängelten Klausel enthaltenen „Preiserhöhung“ somit nicht, wie im Ersturteil angeführt, einen nachträglichen Aufschlag gemeint haben, sondern von einem Kauf des Handys und daher von

einer Kaufpreisrestzahlung ausgehen, so hätte sie dies in ihrem Vertragsformblatt im Sinne des Transparenzgebotes eindeutig klarstellen müssen.

Der Berufung war somit ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Die Entscheidung über den Wert des Entscheidungsgegenstandes beruht auf § 500 Abs 2 ZPO.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision gründet sich auf § 502 Abs 1 ZPO. Es handelt sich vorliegend um eine Einzelfallentscheidung, die im Rahmen dieser aufgetretenen Rechtsfragen wurden im Rahmen der herrschenden Rechtsprechung gelöst.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 2. Mai 2007



Dr. Ernst Reitermaier
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

Jang