



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden und die Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und Mag. Hofmann 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 **T-Mobile Austria GmbH**, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner Rechtsanwälte GbR in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--; Gesamtstreitwert: EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 9.12.2013, 43 Cg 47/13d-7, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil, das im übrigen unverändert bleibt, wird dahin abgeändert, dass Punkt 1. des Spruches durch folgenden Ausspruch ergänzt wird:

„Für die Unterlassungspflicht wird eine Leistungsfrist von drei Monaten festgesetzt.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.724,06 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 454,01 USt) 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 § 28 Abs 1 KSchG berechtigter Verein.

Die Beklagte betreibt das Mobiltelefoniegeschäft und bietet ihre Telekommunikationsleistungen im gesamten Bundesgebiet an. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit tritt sie laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen/Vertragsformblätter, die unter anderem folgende Klauseln enthalten:

1. Das bei Vertragsabschluss und Tarifwechsel anfallende Basispaket von EUR 20,-- wird bei Bereitstellung der SIM-Karte jährlich im Voraus auf einer der nächsten Rechnungen verrechnet. Eine aliquote Rückerstattung bei Vertragsbeendigung ist nicht möglich.

2. Die erste Abrechnungsperiode nach Vertragsabschluss kann je nach Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages kürzer als ein Monat sein. In diesem Fall werden die Freieinheiten und Grundgebühr/Paketpreis aliquotiert - gleiches gilt, wenn Sie oder wir Ihren Vertrag während laufender Abrechnungsperiode beenden. Nach Verbrauch der Freieinheiten wird gemäß dem jeweiligen Tarif verrechnet, Details dazu finden Sie in den besonderen Entgeltbestimmungen für Ihren Tarif (www.t-mobile.at bzw. www.telering.at).

Mit Schreiben vom 19.6.2013 beanstandete der Kläger diese Klauseln und forderte die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung für diese und/oder sinngleiche Klauseln abzugeben. Die Beklagte gab keine solche Unterlassungserklärung ab.

Der Kläger beehrte, 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.

Nach der Klausel 1. sei dem Verbraucher eine aliquote Rückerstattung der Kosten für das jährlich im Voraus anfallende Basispaket von EUR 20,-- bei Vertragsbeendigung verwehrt. Nach Vertragskündigung könne der Verbraucher die im Basispaket inkludierten Leistungen nicht mehr nützen, müsse diese aber voll bezahlen. Diese fehlende aliquote Rückerstattung ermögliche es dem Unternehmer, Entgelte ohne Gegenleistungspflicht zu erhalten, weshalb die inkriminierte Klausel gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB sei.

Im Übrigen sei die Klausel auch deshalb gröblich benachteiligend, weil nach dem Wortlaut auch Verträge erfasst seien, die aus von der Beklagten zu vertretenden Gründen aufgelöst würden.

Darüber hinaus würden die Verbraucher nicht mit einer Klausel rechnen, nach der sie ein Entgelt zu bezahlen haben, für das sie keinerlei Gegenleistung erhalten. Die Klausel verstoße daher auch gegen § 864a ABGB.

Mit der Klausel 2. behalte sich die Beklagte das Recht vor, den Abrechnungszeitraum für die erste Abrechnungsperiode nach Vertragsabschluss sowie für die letzte Abrechnungsperiode bei Vertragsende abweichend von der sonst getroffenen Vereinbarung einseitig (kürzer als einen Monat) festzulegen. Verbraucher würden nicht damit rechnen, dass die Beklagte für die erste und die letzte Rechnung nicht einen Kalendermonat oder auch den Vertragsmonat, sondern einen auch nur ganz kurzen Abrechnungszeitraum (etwa nur einen Tag) willkürlich heranziehen könne. Welchen Abrechnungszeitraum die Beklagte für die erste und letzte Rechnung einseitig festgelegt habe,

würden die Konsumenten erst mit der entsprechenden Rechnung erfahren. Die Verrechnung von Leistungen über den Paketpreis hinaus sei indessen überproportional teuer. Aufgrund dieser Klausel könnten Konsumenten nicht absehen, wie viele Freieinheiten ihnen zur Verfügung stehen, weshalb für die erste und letzte Rechnung unerwartet hohe Kosten anfallen würden. Die inkriminierte Klausel sei daher nachteilig und überraschend im Sinne des § 864a ABGB.

Zudem sei die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Kunden könnten nicht kalkulieren, wie hoch die erste und die letzte Rechnung sein werde und ihr Nutzungsverhalten nicht entsprechend anpassen. Die Freieinheiten würden entsprechend der Abrechnungsperiode aliquotiert. Da die Dauer der ersten bzw. letzten Abrechnungsperiode für den Verbraucher nicht absehbar sei, wisse er auch nicht, wie viele Freieinheiten ihm bei diesen zustünden. Es gebe keine sachliche Rechtfertigung dafür, einen Abrechnungszeitraum willkürlich festzulegen, ohne den Kunden davon rechtzeitig in Kenntnis zu setzen. Da dem Verbraucher ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt werde, sei die Klausel auch gemäß § 6 Abs 3 KSchG unwirksam.

Da die Beklagte der Aufforderung vor Klagseinbringung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungspflichtung innerhalb der gesetzten Frist nicht nachgekommen sei, sei die Wiederholungsgefahr für den nachfolgenden Prozess indiziert.

Weiters bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten, weshalb die Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ beantragt wurde.

Die Beklagte bestritt, beantragte kostenpflichtige

Klagsabweisung und hielt zur Klausel 1. zunächst allgemein fest, dass dieses Pauschale Leistungen umfasse, welche früher einzeln abgerechnet worden seien, wobei das Pauschale für die Kunden wesentlich billiger sei. Im Übrigen würden solche Basispakete bzw. Servicepauschalen von sämtlichen österreichweit tätigen Telekom-Unternehmen verrechnet.

Die Klausel 1. sei so auffällig in die Entgeltbestimmungen für den jeweiligen Tarif und in das Hauptanmeldeformular aufgenommen worden, dass sie von potentiellen Kunden auch wahrgenommen werde. In beiden Unterlagen weise die Beklagte ausdrücklich darauf hin, dass die jährlich vorab zu entrichtende Pauschale nicht aliquot zurückerstattet werde. Die inkriminierte Klausel sei daher eine in Mobilfunkverträgen übliche Regelung für das Basispaket (eine Servicepauschale), welche die Kunden nicht zuletzt aufgrund der aufklärenden Hinweise aus der Werbung aller namhaften Mitbewerber um Mobilfunkverträge mit Vertragsbindung kennen und auf welche die Kunden bei Vertragsabschluss zudem noch gesondert hingewiesen würden. Das jährliche Basispaket sei im Vergleich zur Verrechnung von Einzelleistungen preislich so gestaltet, dass Kunden schon bei Inanspruchnahme weniger Leistungen in kurzer Zeit das jährliche Basispaket sozusagen „eingespielt“ hätten. Wer keinen Tarif mit einem jährlichen Basispaket bzw. einer jährlichen Servicepauschale abschließen wolle, könne dementsprechend auch mit Wertkarte telefonieren. Die Klausel sei daher nicht gröblich benachteiligend für die Kunden und verstoße weder gegen § 879 Abs 3 ABGB noch gegen § 864a ABGB.

Auch die Klausel 2. sei nicht gesetzwidrig. Es sei unrichtig, dass die ersten und letzten Abrechnungszeiträume willkürlich bestimmt würden. Der Kunde könne sich auch jederzeit über die verbleibenden

Freiminuten/Freinachrichten selbst informieren. Darauf werde auch insbesondere in der Hauptanmeldung bzw. in den Allgemeinen Entgeltbestimmungen hingewiesen. Die Kunden könnten daher nicht nur im Zuge der Vertragsanmeldung die konkrete Dauer ihres ersten Abrechnungszeitraums in Erfahrung bringen, sondern auch laufend die noch zur Verfügung stehenden Freieinheiten unter ihrem persönlichen Account nachprüfen. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG liege somit nicht vor.

Die beanstandete Klausel entspreche auch den Vorgaben des § 25 Abs 4 Z 6 TKG, wonach AGB zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Endnutzern zumindest „Bestimmungen über die Intervalle der periodischen Rechnungslegung zu enthalten haben, die drei Monate nicht überschreiten dürfen“. Dass diese 3-Monatsgrenze durch die Klausel nicht überschritten werde, ergebe sich schon aus deren Wortlaut. § 25 Abs 4 Z 6 TKG schließe die abweichende Regelung des ersten und letzten Abrechnungsintervalls eines Vertragsverhältnisses nicht aus.

Unabhängig von der Abmahnung durch den Kläger habe die Beklagte in der Zwischenzeit die Abrechnungszeiträume per 1.7. bzw. 1.8.2013 zur Verwaltungsvereinfachung von sich aus komplett vereinheitlicht. Nunmehr rechne sie alle Verträge „kalendermonatlich“ ab, weshalb die Abrechnungsperioden jeweils vom Kalenderersten bis zum Kalenderletzten dauerten. Damit sei für ihre Kunden über die gesetzlichen Vorgaben hinaus höchstmögliche Transparenz gegeben.

Des weiteren bestritt die Beklagte das Urteilsveröffentlichungsbegehren und beantragte ihrerseits die Veröffentlichung des klagsabweisende Teils des Urteils auf Kosten des Klägers. Durch die Berichterstattung in den Medien, insbesondere im ORF, sei der - unrichtige - Eindruck erweckt worden, der Kläger gehe gegen das Basispa-

ket insgesamt und nicht nur gegen die mangelnde aliquote Rückerstattung vor. Sowohl die Beklagte als auch das Publikum, bei dem durch die Pressemeldungen ein falscher Eindruck hervorgerufen worden sei, hätten ein vitales Interesse an der Richtigstellung dieses vom Kläger erzeugten falschen Eindrucks.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt und ermächtigte den Kläger zur begehrten Urteilsveröffentlichung. Dazu traf es zusätzlich zu dem der Entscheidung vorangestellten Sachverhalt die auf den Seiten 8-9 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Feststellungen, auf die verwiesen wird, und führte in rechtlicher Hinsicht aus, Klausel 1. sehe vor, dass das Basispaket (derzeit in Höhe von EUR 20,--) jährlich im Voraus anfalle. Nach Vertragskündigung könne der Verbraucher die im Basispaket inkludierten Leistungen nicht mehr nützen, müsse diese aber für den vollen Zeitraum eines ganzen Jahres bezahlen bzw. habe er diese bereits bezahlt. Davon sei auch die Portierung der alten Rufnummer erfasst, wenn der Verbraucher einen Vertrag mit einem anderen Mobilfunkanbieter schließe. Der Kunde der Beklagten „verliere“ seinen Gegenleistungsanspruch selbst dann, wenn der Vertrag wegen eines in der Sphäre des Telekommunikationsbetreibers liegenden Grundes gekündigt werde. Im Hinblick darauf, dass die inkriminierte Klausel den Verbraucher ausdrücklich darauf hinweise, dass eine aliquote Rückerstattung bei Vertragsbeendigung nicht möglich sei, und im Hinblick auf die klare und eindeutige Formulierung sei die Klausel zwar nicht überraschend im Sinne des § 864a ABGB. Da die fehlende aliquote Rückerstattung es der Beklagten ermögliche, Entgelte ohne Gegenleistungspflicht zu erhalten, sei die Klausel jedoch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

Die bloße Tatsache der weiten Verbreitung einer

Klausel in einer bestimmten Branche führe nicht dazu, dass sie aus Sicht des Vertragspartners als im redlichen Verkehr üblich anzusehen sei, zumal der einzelne Verbraucher im Durchschnitt nur vereinzelte Geschäfte mit Unternehmern dieser Branche tätige und keinen Grund habe, mit mehreren Telekommunikationsanbietern Verträge abzuschließen. Die Beklagte könne ihre sachlich nicht gerechtfertigte Äquivalenzverletzung nicht damit rechtfertigen, dass auch andere Marktteilnehmer solche „Pauschalierungen“ in ihren AGB vorsähen.

Das Argument der Beklagten, dass eine Vielzahl ihrer Kunden ohnehin einen 24-monatigen Kündigungsverzicht abgeben würde und die vereinbarte Mindestvertragsdauer exakt zwei Abrechnungsperioden des Basispaketes entsprechen, überzeuge nicht. Kündige nämlich ein Kunde nach etwas mehr als zwei Jahren, ohne das gesamte weitere dritte Jahr als Vertragszeitraum komplett auszunützen, müsse er das Basispaket für das gesamte dritte Jahr bezahlen, ohne die entsprechende Gegenleistung zu erhalten. Dem Einwand, dass Verbraucher durch Inanspruchnahme einiger weniger Leistungen ihr Basispaket ohnehin „einspielen“ könnten, sei entgegenzuhalten, dass dies nicht auf alle Kunden der Beklagten zutreffen müsse. Im Übrigen sei im Verbandsverfahren unerheblich, wie eine inkriminierte Klausel in der Praxis gehandhabt werde.

Durch die Klausel 2. werde der Beklagten die Möglichkeit eingeräumt, die erste Abrechnungsperiode nach Vertragsabschluss „je nach Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages kürzer als ein Monat“, jedenfalls aber einseitig festzulegen. Diesfalls würden die „Freieinheiten und Grundgebühr/Paketpreis aliquotiert“, wobei gleiches gelte, wenn die Beklagte oder der Kunde den Vertrag während laufender Abrechnungsperiode beenden würden.

Aus der Klausel gehe für den verständigen und auf-

merksamen Verbraucher nicht eindeutig hervor, um wieviel „kürzer als ein Monat“ die erste Abrechnungsperiode sein könne bzw. sein werde. Diese zeitliche Eingrenzung sei unklar. Somit würden die Kunden erst mit der entsprechenden Rechnung erfahren, welchen Abrechnungszeitraum die Beklagte für die erste Rechnung tatsächlich festgelegt habe. Damit könne die erste Abrechnungsperiode auch bloß einen Tag betragen, wodurch sich - für den Verbraucher nicht erkennbar - die Freieinheiten massiv reduzieren würden. Gerade am ersten Tag sei damit zu rechnen, dass zwecks Bekanntgabe der Telefonnummer viele Telefonate, SMS etc. anfielen. Würde der Abrechnungszeitraum von der Beklagten auf einen Tag festgelegt, stünden dafür nur entsprechend wenig Freieinheiten zur Verfügung, was für den Verbraucher letztlich zu überraschend hohen ersten Rechnungen führen könne.

Das Argument der Beklagten, dass für ihre Kunden insofern Transparenz bestehe, als sie bereits am Tag nach dem Vertragsabschluss auf dem Internet-Portal ihre Vertrags- und Abrechnungsdaten einsehen könnten, sei nicht stichhältig. Es sei nämlich nicht davon auszugehen, dass sämtliche Kunden eines Telekommunikationsanbieters jedenfalls und regelmäßig ihren „account“ im Internet einsehen würden bzw. könnten. Da bei Vertragsbeendigung ausdrücklich gleiches gelte, könne die Beklagte auch die letzte Abrechnungsperiode einseitig festlegen und bleibe dem Kunden auch in diesem Fall die zeitliche Abgrenzung unklar. Die Wendung „je nach Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages“ lege den Ausgangspunkt der Berechnung des Leistungszeitraums nicht eindeutig fest, zumal in der Klausel selbst nicht angeführt werde, welcher konkrete „Zeitpunkt“ - etwa die Unterzeichnung des Vertragsformblatts durch den Kunden, oder das Einlangen des Vertrags bei einer bestimmten Stelle der Beklagten, oder etwa die

technische Zurverfügungstellung von Leistungen'- herangezogen werde. Die Klausel 2. sei daher intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Sie sei aber auch überraschend im Sinne des § 864a ABGB, weil die Kunden nicht damit rechnen würden, dass die Leistungen der Beklagten für die erste und letzte Abrechnungsperiode nur aliquot zur Verfügung stehen. Im Übrigen sei die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil die Kunden nicht kalkulieren könnten, wie hoch ihre erste und letzte Rechnung sein werde und daher auch ihr Nutzungsverhalten nicht entsprechend anpassen könnten.

An der Unzulässigkeit der inkriminierten Klausel ändere auch der Umstand nichts, dass die Beklagte ab August 2013 für den Fall der Vertragsbeendigung eine einheitliche Abrechnungsperiode zugrunde lege. Es sei zwar glaubhaft, dass deren Kunden nunmehr das gesamte Basispaket für den letzten Monat ausschöpfen könnten, selbst wenn der letzte Abrechnungszeitraum kürzer als einen Monat dauere. Dies gehe aber aus der inkriminierten Klausel nicht hervor, sondern beruhe auf einer bisher bloß behaupteten Änderung der Abrechnungspraxis der Beklagten. Im Übrigen würden durch eine solche - nunmehr „kundenfreundlichere“ Abrechnungspraxis bei Vertragsbeendigung noch nicht die Unklarheiten bei der ersten Abrechnungsperiode nach Vertragsabschluss beseitigt. Auch aus § 25 Abs 4 Z 6 TKG lasse sich keine Rechtfertigung für diese Klausel ableiten.

Schließlich verfange auch das Argument der Beklagten nicht, dass die hier inkriminierten Klauseln gemäß § 25 TKG angezeigt und von der RTR letztlich nicht beeinsprucht worden seien, weil die Zuständigkeiten und Bestimmungen des KSchG sowie des ABGB zur Überprüfung der AGB und Entgeltbestimmungen davon unberührt blieben (§ 25 Abs 2 letzter Satz und Abs 6 letzter Satz TKG).

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem auf gänzliche Klagsabweisung gerichteten Abänderungsantrag; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Hilfsweise beantragt die Berufungswerberin gemäß § 409 Abs 2 ZPO die Einräumung einer Leistungsfrist von sechs Monaten für die Umsetzung der Unterlassungspflichtung.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

1. Der Behandlung der Rechtsrüge sind folgende allgemeinen Grundsätze des Verbandsprozesses voranzustellen:

Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit des Inhalts einer Klausel nach § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Es geht dabei darum, ob die Klausel von den Erwartungen des Vertragspartners so deutlich abweicht, dass er nach den Umständen vernünftigerweise nicht damit rechnen musste; der Klausel muss also ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Dabei fällt zwar die Üblichkeit der Klausel bei einem Geschäftstyp ins Gewicht, doch kommt es auf die redlichen Verkehrsgepflogenheiten an, sodass selbst eine weite Verbreitung der Klausel in einer bestimmten Branche die Anwendung des § 864a ABGB nicht hindert (4 Ob 164/12i mwN). § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234). Eine Wertung der Benachteiligung findet daher - anders als bei der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB - nicht statt (RIS-Justiz RS0014659).

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 berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (4 Ob 28/01y = SZ 74/52 mwN). Insbesondere darf er durch die Formulierung einer Klausel nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Zweck des Verbandsprozesses ist es nämlich nicht nur, das Verbot

von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist. Vielmehr sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (4 Ob 179/02f). Daraus kann sich eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkungen einer Klausel sonst unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219).

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (7 Ob 173/10g, RIS-Justiz RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205).

2. Der erkennende Senat erachtet die Berufungsausführungen für nicht stichhältig, die damit bekämpfte - bereits wiedergegebene - Begründung des Ersturteils hingegen für zutreffend. Es kann daher auf deren Richtigkeit verwiesen und zu den Argumenten der Berufungswerber lediglich kurz Stellung genommen werden (§ 500a ZPO).

2.1. Zur Klausel 1.

Die Berufung wendet sich gegen die Beurteilung des Erstgerichtes, die beanstandete Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, und nimmt den Standpunkt ein, eine gröbliche Benachteiligung könne keinesfalls daraus abgeleitet werden, dass der Beklagten durch den Ausschluss einer aliquoten Rückerstattung des Basispakets grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet werde, Entgelte ohne Gegenleistungspflicht zu erhalten. Doch ist die von der Berufungswerberin zur Stützung dieser Rechtsansicht herangezogene Entscheidung 4 Ob 5/08a nicht einschlägig, hatte der Oberste Gerichtshof doch dort die

Zulässigkeit einer Klausel zu beurteilen, die eine Verrechnung der Gesprächs- bzw Verbindungsentgelte nach „Takten“ (Zeiteinheiten) in der Form vorsah, dass zu Beginn des jeweiligen Taktes das ganze Entgelt für seine gesamte Dauer unabhängig davon anfiel, ob die Verbindung den ganzen Takt hindurch andauerte. Gegenstand der Prüfung war somit eine die Entgeltsverrechnung regelnde Klausel, die festlegte, welche (kleinste) Zeiteinheiten (Takte) der Verrechnung von Gesprächsgebühren jeweils zugrunde zu legen waren. Bei dem in Klausel 1. angesprochenen „Basispaket“ von EUR 20,-- handelt es sich nicht um eine Abgeltung für konkret erbrachte, nach Zeiteinheiten zu verrechnende Leistungen der Beklagten, sondern vielmehr um das jährlich im voraus zu entrichtende, der Höhe nach pauschal festgelegte Entgelt für das Bereithalten von - vom Kunden nach Maßgabe seines Bedarfs abrufbaren - Zusatzleistungen wie etwa das (De-)Aktivieren der Mailbox aufgrund von Auslandsaufenthalten oder die Sperre bei Diebstahl. Da dieses Entgelt unabhängig davon anfällt, ob und in welchem Ausmaß der Kunde diese Leistungen tatsächlich in Anspruch nimmt, ist für die Beurteilung der Klausel irrelevant, welche Leistungen im Basispaket enthalten sind und ob sich dieses bereits bei Inanspruchnahme einzelner davon bezahlt macht, sodass diesbezüglich auch kein sekundärer Feststellungsmangel vorliegt. Die Regelung, wonach eine aliquote Rückerstattung bei Vertragsbeendigung nicht möglich ist, führt dazu, dass der Kunde im Falle der Vertragskündigung vor Ablauf des Jahres das Basispaket anteilig auch für jene Zeit bezahlen muss, in welcher er die darin inkludierten Leistungen gar nicht mehr nützen kann und die Beklagte ihre Gegenleistung in Gestalt des Abrufbarhaltens ihrer Leistungen nicht mehr erbringen muss. Das Unterbleiben

der aliquoten Rückerstattung entbehrt einer sachlichen Rechtfertigung und ermöglicht es dem Unternehmer, Entgelte ohne Gegenleistungspflicht zu erhalten. Unter den gegebenen Umständen hat das Erstgericht die Klausel 1. daher zu Recht als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB qualifiziert.

Welche für die beanstandete Klausel 1. relevanten Informationen die Kunden in diesem Zusammenhang über ihren persönlichen Account abrufen können sollen, legt die Berufung nicht dar, sodass darauf nicht näher eingegangen werden kann.

Der Hinweis der Berufung auf die Branchenüblichkeit der Klausel 1. verfängt nicht. Zwar mag diesem Kriterium bei der Beurteilung, ob eine Klausel objektiv ungewöhnlich ist und der Kunde mit dieser daher nicht rechnen muss, Bedeutung zukommen (1 Ob 576/87), doch hat das Erstgericht die Klausel nicht als ungewöhnlich iSd § 864a ABGB qualifiziert. Keinesfalls schließt die Branchenüblichkeit einer Klausel allein deren Beurteilung als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB aus, sondern ist gerade bei einheitlicher Verwendung einer AGB-Klausel in einer Branche eine strengere Inhaltskontrolle geboten (vgl *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ § 879 Rz 36). Die als fehlend gerügten Feststellungen zur Branchenüblichkeit der Klausel 1. begründen daher keinen sekundären Feststellungsmangel.

Richtig ist, dass der Kunde zwischen einem Wertkartenhandy und einem Telefon mit Vertragsbindung und nicht refundierbarem Basispaket wählen kann. Nicht gefolgt werden kann jedoch der Auffassung der Berufung, es scheide aus diesem Grund eine „verdünnte Willensfreiheit“ des Konsumenten aus, liegt diese doch darin, dass er zu einem - bei einem Vieltelefonierer mit wesentlich höheren Kosten verbundenen - Telefon mit

Wertkarte greifen muss, wenn er die Kosten des Basispakets vermeiden will. Entgegen den Berufungsausführungen liegen auch in diesem Zusammenhang keine sekundären Feststellungsmängel vor.

2.2. Zur Klausel 2.

Die Berufung wendet sich gegen die Beurteilung des Erstgerichtes, die beanstandete Klausel verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG sowie gegen §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB.

Wie die Berufungswerberin zutreffend ausführt, verlangt das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB, um sicherzustellen, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei Vertragsabwicklung informiert wird. Es soll verhindert werden, dass er von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten auferlegt werden (4 Ob 5/08a; RIS-Justiz RS0115217).

Die Berufungswerberin hält der Auffassung des Erstgerichtes, die Intransparenz der Klausel liege darin, dass einem verständigen und aufmerksamen Verbraucher bei deren Durchsicht die Abgrenzung bzw die konkrete Dauer der Abrechnungsperiode unklar sei, entgegen, dass dem Konsumenten der Beginn des Vertrags und damit des ersten Abrechnungszeitraums jedenfalls bekannt sei, schließe er diesen doch selbst ab. Doch vermag sie damit das überzeugende Argument des Erstgerichts, dass als „Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages“ mehrere Möglichkeiten in Betracht kommen, nicht zu entkräften. Wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, geht aus der Klausel nicht hervor, um wieviel kürzer als ein Monat die erste Abrechnungsperiode sein kann bzw sein wird, sodass diese bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel auch bloß einen Tag mit der Folge umfassen kann,

dass die erste Rechnung für den Verbraucher infolge Überschreitung der darauf entfallenden aliquoten Freieinheiten überraschend hoch sein kann. Kann der Verbraucher nicht nachvollziehen, wie sein Vertrag zu Beginn und zum Ende der Laufzeit abgerechnet wird, kann er aufgrund der Formulierung der Klausel die Tragweite seiner Rechte und Pflichten nicht abschätzen. Der Umstand, dass sich der Verbraucher - offenbar durch Einsichtnahme in seine Vertrags- und Abrechnungsdaten im Internet - über die Dauer seiner ersten Abrechnungsperiode informieren kann, ändert aus den vom Erstgericht zutreffend aufgezeigten Gründen an der Intransparenz der Klausel ebenso wenig wie die Tatsache, dass sich der Kunde die pro Tag zur Verfügung stehenden SMS und Freiminuten ausrechnen kann.

Der Einschätzung des Erstgerichts, die Klausel sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil die Kunden nicht abschätzen könnten, wie hoch ihre erste und letzte Abrechnung sein wird, und sie daher ihr Nutzungsverhalten nicht entsprechend anpassen könnten, hält die Berufung lediglich die Möglichkeit der Information der Kunden über Details ihrer Abrechnung im Internet entgegen. Doch überzeugt dieses Argument bereits deshalb nicht, weil - wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht davon auszugehen ist, dass sämtliche Kunden der Beklagten regelmäßig ihren Account im Internet einsehen (können). Somit sind auch die von der Berufung vermissten Feststellungen, wonach Kunden wesentliche Informationen zu ihrem Vertrag insbesondere über die Website der Beklagten und ihren Account abrufen können, entbehrlich. Da im Verbandsverfahren unerheblich ist, wie eine Klausel in der Praxis gehandhabt wird (RIS-Justiz RS0121943), gilt dies auch für die als fehlend gerügte Feststellung, wonach den Kunden (aufgrund der von

der Beklagten tatsächlich geübten Abrechnungspraxis) für das letzte Abrechnungsmonat tatsächlich die gesamten Freipakete zur Verfügung stehen.

Der Berufung konnte daher auch in diesem Punkt kein Erfolg beschieden sein.

3. Abschließend begehrt die Berufungswerberin die Festsetzung einer angemessenen Leistungsfrist nach § 409 Abs 2 ZPO von sechs Monaten.

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter, ohne dass es auf einen Antrag ankommt (*Fucik in Fasching/Konecny*² III § 409 ZPO Rz 5), auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (4 Ob 130/03a, 10 Ob 70/07b, 7 Ob 84/12x; RIS-Justiz RS0041265 [T1]). Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (RIS-Justiz RS0041265 [T3]). In den Entscheidungen 4 Ob 130/03a und 6 Ob 24/11i wurde eine dreimonatige Leistungsfrist für angemessen gehalten. Dies wurde auch ausdrücklich zum Berufen auf die Klausel bereits ausgesprochen (2 Ob 131/12x).

Da im vorliegenden Fall keine besonderen technischen Schwierigkeiten einer Umstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ersichtlich sind, war in teilweiser Stattgebung der Berufung im Sinne der bisherigen Rechtsprechung eine angemessene Leistungsfrist von drei Monaten festzusetzen (6 Ob 24/11i).

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz gründet sich - im Hinblick auf die Geringfügigkeit des Obsiegens der Beklagten lediglich in Ansehung der Festlegung der Leistungsfrist - auf § 43 Abs

2 ZPO, jene über die Kosten des Berufungsverfahrens auf §§ 43 Abs 2, 50 ZPO.

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

Eine wesentliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO liegt vor, weil es sich um vom OGH bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handelt, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Verbrauchern bestimmt sind (vgl. RIS-Justiz RS0121516); die betreffenden Regelungen sind auch nicht so eindeutig, dass nur eine Möglichkeit der Beurteilung in Betracht käme (RIS-Justiz RS0121516 T17).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt 2, am 21. August 2014

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG