



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien

eingel. am 17. APR. 2009
.....fach, mit.....Blg.Akten
.....Halbschriften

KOSESNIK-WEHRLE & LANGER
RECHTSANWÄLTE KEG

22. April 2009

EINGELANGT
FRIST: Kat. 20.5. d. d. Rev.

1 R 180/08k

111

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichts Mag. Schaller und Mag. Guggenbichler 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 **mobilkom austria AG**, 1020 Wien, Obere Donaustraße 29, vertreten durch Dr. Peter Lösch Rechtsanwalt GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 26.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 17.6.2008, 19 Cg 46/08y-6, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 2.039,40 (davon EUR 339,90 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt

EUR 20.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte bietet bundesweit unter der Marke „A1“ Mobilfunkleistungen an. Sie verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen „AGB Mobil“, die ua die beiden folgenden Klauseln enthalten:

1. (§ 3 Abs 1): *Nicht ausschließlich begünstigende Änderungen werden dem Teilnehmer schriftlich unter gleichzeitiger Vornahme einer Änderungskündigung durch mobilkom austria mindestens ein Monat vor Inkrafttreten der Änderung in geeigneter Form, etwa durch Rechnungsaufdruck, mitgeteilt. Sollte der Teilnehmer bis zum Inkrafttreten der Änderungen der mobilkom austria schriftlich mitteilen, dass er den Änderungen widerspricht, so endet der Vertrag nach einer Frist von einem Monat ab Zugang dieser Erklärung. Der Widerspruch wird wirkungslos, falls sich mobilkom austria innerhalb eines Monats ab Zugang des Widerspruchs bereit erklärt, gegenüber dem Teilnehmer die Änderungskündigung zurückzuziehen. Widerspricht der Teilnehmer nicht, so erlangen die Änderungen zum bekannt gegebenen Zeitpunkt Wirksamkeit.*

2. (§ 3 Abs 4): *Gemäß § 25 TKG 2003 zulässige Änderungen bleiben unberührt. Eine gemäß § 25 Abs 3 TKG ausgesprochene außerordentliche Kündigung durch den Teilneh-*

mer wird wirkungslos, falls sich mobilkom austria innerhalb von vier Wochen ab Zugang der Kündigung bereit erklärt, gegenüber dem Teilnehmer auf die Kündigung zu verzichten.

Der Kläger begehrte, die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung der genannten sowie sinngleicher Klauseln und der Berufung auf diese Klauseln zu verhalten. Weiters begehrte er die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteilsspruchs.

Der erste Satz der Klausel 1 sei intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG, weil dem Durchschnittsverbraucher der Begriff „Änderungskündigung“ unverständlich sei.

Nach dem zweiten Satz der Klausel solle der Vertrag entgegen § 25 Abs 3 TKG erst nach einem Monat und nicht sofort enden. Da die Rechtslage falsch dargestellt werde, liege darin nicht nur ein Verstoß gegen die genannte Bestimmung, sondern auch ein solcher gegen § 6 Abs 3 KSchG. Die Intransparenz ergebe sich auch aus der unklaren Abgrenzung zur Klausel 2.

Der dritte Satz der Klausel räume der Beklagten das Recht auf Rückziehung der Änderungskündigung durch Erklärung der Wirkungslosigkeit des Widerspruchs ein, was in § 25 TKG nicht vorgesehen und mit dem mit dieser Bestimmung umgesetzten Art 20 Abs 4 der Universaldienst-RL 2002/22/EG unvereinbar sei. Daher werde auch diesbezüglich die Rechtslage falsch dargestellt. Dieses Widerrufs-

recht führe zu einer Abschwächung der vertraglichen Bindungswirkung zu Lasten des Kunden und bewirke daher dessen gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB. Es sei dem Kunden nicht zumutbar, nach Erklärung seines Widerspruchs gegen die Änderungskündigung einen Monat lang zuzuwarten, ob es bei der Vertragsauflösung bleibe oder der Betreiber das Vertragsverhältnis ohne die gewünschten Änderungen aufrecht erhalte. Diese Klausel widerspreche somit auch § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Gerade die Konstellation, dass der Kunde trotz der von ihm ausgesprochenen Vertragsbeendigung keine Verträge mit anderen Betreibern mit Bindungsfristen abschließen könne, ohne Gefahr zu laufen, durch einseitige Erklärung der Beklagten plötzlich über zwei Mobilfunkverträge zu verfügen, sollten durch Art 20 Universaldienst-RL bzw § 25 Abs 3 TKG ausgeschlossen werden.

Gleiches gelte für die Klausel 2. Darüber hinaus seien beide Regelungen schon deshalb intransparent, weil die Klausel 2 von einer außerordentlichen Kündigung durch den Teilnehmer ausgehe, was im Widerspruch zur gleichartigen Klausel 1 stehe, die von einer Änderungskündigung des Betreibers ausgehe.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, bei dem in der Klausel 1 im ersten Satz verwendeten Begriff „Änderungskündigung“ handle es sich um einen nach der Judikatur zulässigen terminus technicus,

dessen Bedeutung vom Kunden jederzeit festgestellt werden könne und ihm aufgrund seiner Verwendung in zahlreichen AGB wohl auch bekannt sei. Im Übrigen werde die Wirkung einer derartigen Kündigung und damit auch die Bedeutung des Begriffs in der Klausel selbst erklärt.

Der behauptete Widerspruch des zweiten Satzes zu § 25 Abs 3 TKG liege nicht vor, da die genannte Gesetzesstelle nur die außerordentliche Kündigung des Kunden infolge Änderung der AGB regle. Dieses Kündigungsrecht werde durch die Klausel nicht eingeschränkt. Vielmehr würden die Rechte des Kunden durch die zusätzliche Möglichkeit des Widerspruchs gegen die Änderungskündigung nur gestärkt. Auch eine allfällige Einschränkung dieses zusätzlichen Rechts führe daher zu keiner Verschlechterung der rechtlichen Situation für den Kunden.

Die im dritten Satz genannte Rückziehung der Änderungskündigung belaste den Kunden nicht. Die Beklagte verzichte damit auf die Änderung der AGB, womit der Grund für das in § 25 Abs 3 TKG normierte Kündigungsrecht des Kunden wegfalle.

Die im Falle des Widerspruchs des Kunden gegen eine Änderungskündigung für die Beklagte geltende Frist von einem Monat zur Entscheidung, ob sie das Vertragsverhältnis beenden oder zu den alten Bedingungen fortsetzen wolle, sei nicht unangemessen lang. § 25 TKG gewähre dem Kunden die gleiche Frist für die Entscheidung, ob er die

Änderung der AGB akzeptiere oder kündigen wolle. Im Übrigen sei § 6 Abs 1 Z 1 KSchG weder nach seinem Wortlaut noch nach seinem Zweck auf einen laufenden Vertrag anwendbar. Eine Überlegungsfrist für die Beklagte von vier Wochen sei auch sachlich gerechtfertigt, weil der Betreiber seine weitere Disposition aus betriebswirtschaftlichen Gründen von den Reaktionen der anderen - ihr Kündigungs- bzw Widerspruchsrecht allenfalls später ausübenden - Kunden abhängig machen müsse und die entsprechenden Daten für diese Entscheidung früher nicht vorliegen könnten.

Mit der Klausel 2 komme die Beklagte ihrem gesetzlichen Auftrag nach, dem Kunden ein außerordentliches Kündigungsrecht zu ermöglichen. Ein Widerspruch zur Klausel 1 bestehe nicht.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren zur Gänze statt. Auf Grund des eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalts führte es rechtlich aus, der Begriff „Änderungskündigung“ sei kein dem Verbraucher geläufiger Fachausdruck. Dieser sei nicht ohne weiteres in der Lage zu erkennen, dass es sich dabei um eine vom Verhalten des Erklärungsempfängers abhängige Potestativbedingung handle. Der durchschnittliche Kunde werde annehmen, dass im Falle der Unterlassung eines Widerspruchs nur die angesprochenen Klauseln geändert würden und dabei nicht erkennen, dass damit ein neuer

Vertrag geschlossen werde, was etwa dazu führe, dass die Frist für die Vertragsbindung neu zu laufen beginne. Dieser Teil der Klausel vermittle dem Verbraucher somit ein unklares Bild bezüglich seiner vertraglichen Position und sei daher intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Dass der Vertrag im Falle des Widerspruchs gegen eine Änderungskündigung erst nach einem Monat ende, sei für sich allein nicht gröblich benachteiligend, weil der Vertrag in dieser Zeit unter den alten Bedingungen weiterlaufe und der Zeitpunkt der Beendigung für den Kunden klar sei. Die von der Beklagten ausbedungene einmonatige Frist für eine allfällige Rückziehung der Änderungskündigung sei für den Konsumenten aber unzumutbar. Dadurch entstehe nämlich ein Schwebezustand, in dem er nicht zukunftsorientiert handeln könne. Insbesondere werde ihm die Möglichkeit genommen, sich nach einem neuen Betreiber umzusehen, da er damit rechnen müsse, dass die Klägerin den Vertrag doch aufrecht erhalte. Ziehe aber die Beklagte die Änderungskündigung nicht zurück, stehe der Verbraucher plötzlich ohne Vertragspartner da. Auch ein Nachteil dahin, dass der Verbraucher wegen der Überlegungsfrist für die Beklagte ein anderes befristetes Angebot versäume, sei denkbar. Dieser Teil der Klausel sei gem § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend. Er stelle die Rechtsposition des Verbrauchers in ein auffallendes Missverhältnis zu jener der Beklagten, weil es nur diese

in der Hand habe zu bestimmen, was endgültig mit dem Vertragsverhältnis passiere.

Wegen dieser einseitigen Gestaltungsmöglichkeit der Beklagten und dem für den Kunden daraus resultierenden Schwebezustand sei auch die Klausel 2 für den Verbraucher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Der Anspruch des Klägers auf Unterlassung der Verwendung der Klauseln bestehe daher zu Recht. Auf eine allfällige teilweise Zulässigkeit der Klauseln sei kein Bedacht zu nehmen, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die rechtzeitige Berufung der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer Klagsabweisung; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Die Beklagte macht zunächst geltend, das Erstgericht verstehe den Ausdruck „Änderungskündigung“ falsch. Diese ändere den Vertrag ohnehin nur in Ansehung der veränderten Bestimmungen der „AGB Mobil“, alle übrigen Vertragsbestimmungen blieben dabei aufrecht. Die Gefahr, dass gegen den Willen des Konsumenten ein Neuvertrag mit neuer Mindestvertragsdauer abgeschlossen werde, bestehe nicht.

Dazu ist zu bemerken, dass aus der Formulierung der

vorliegenden Klausel nicht zwingend ableitbar ist, die im Rahmen der dort genannten „Änderungskündigung“ vorgenommenen Vertragsänderungen könnten sich nur auf die geänderten AGB-Bestimmungen und nicht auch auf sonstige Vertragsbestimmungen beziehen. Nach dem Wortlaut der Klausel werden nicht ausschließlich begünstigende Änderungen dem Teilnehmer schriftlich „unter gleichzeitiger Vornahme“ einer Änderungskündigung (und nicht etwa „in Form“ oder „im Wege“ einer Änderungskündigung) mitgeteilt. Nach der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung der Klausel (4 Ob 130/03a; RIS-Justiz RS0115219) scheint es daher nicht gänzlich ausgeschlossen, der Klausel den Inhalt zu unterstellen, sie solle der Beklagten einseitige Änderungen von Vertragsbestimmungen (wie etwa der weiteren Vertragsdauer) auch über die in § 25 TKG vorgesehene Änderung der AGB hinaus ermöglichen.

Im Übrigen muss aber die Frage der ausreichenden Transparenz der Klausel 1 gar nicht abschließend geklärt werden. Diese ist nämlich, ebenso wie die Klausel 2, schon wegen des der Beklagten eingeräumten Rechts, das Vertragsverhältnis trotz Widerspruchs des Kunden gegen eine Änderungskündigung (bzw trotz Kündigung des Kunden nach § 25 Abs 3 TKG) nach einer einmonatigen Überlegungsfrist durch einseitige Erklärung doch fortzusetzen und des dadurch geschaffenen, den Kunden gröblich benachteiligenden Schwebezustandes, als sittenwidrig nach § 879

Abs 3 ABGB unwirksam. Dazu kann zunächst auf die diesbezüglich jedenfalls zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts verwiesen werden, denen die Berufung keine stichhaltigen Argumente entgegensetzt (§ 500a ZPO).

Auf das einleuchtende Kernargument des Erstgerichts, dieser Schwebezustand mache dem Kunden vernünftige Dispositionen über seine künftige Mobilfunkversorgung unmöglich, weil er nur die Wahl zwischen den Risiken habe, am Ende entweder an zwei Mobilfunkverträge gebunden zu sein oder ohne Mobilfunkvertrag dazustehen, geht die Berufung - ebenso wie das in erster Instanz vorgelegte Rechtsgutachten - gar nicht ein. Dass der Gesetzgeber den Mobilfunkbetreibern die Möglichkeit eingeräumt hat, ihre AGB einseitig auch nicht ausschließlich begünstigend zu ändern, ist grundsätzlich richtig. Die Beklagte übersieht aber, dass dieses Recht eine Ausnahme gegenüber dem Grundsatz darstellt, wonach Verträge nicht einseitig abgeändert werden können, und Ausnahmebestimmungen nach den allgemein anerkannten Interpretationsregeln eng auszulegen sind (RIS-Justiz RS0008903), sodass dieses Recht nicht ohne weiteres über die vom Gesetzgeber festgelegten Bedingungen hinaus ausgedehnt werden kann.

Wie in der Berufungsbeantwortung zutreffend dargelegt, steht nach den Vorgaben des Gesetzgebers im Falle einer vom Betreiber beabsichtigten Änderung der AGB das Recht, entweder am Vertrag (wenn auch unter geänderten

Bedingungen) festzuhalten oder ihn zu beenden, eindeutig dem Kunden zu und nicht dem Betreiber. Ein einseitiges „Gegengestaltungsrecht“ des Betreibers, die vom Kunden ausgesprochene Vertragsbeendigung unter Verzicht auf die Änderung der AGB einseitig wieder rückgängig machen zu können, ist in § 25 Abs 3 TKG nicht vorgesehen und stellt auch eine krasse Abweichung von den Regeln des dispositiven Rechts dar.

Mit ihren Argumenten, dem Kunden erwachse durch die Fortsetzung des Vertrages unter den alten Bedingungen kein Nachteil, übersieht die Beklagte, dass der Kunde in erster Linie ein legitimes Interesse an einer nahtlosen Versorgung mit Mobilfunkleistungen zu für ihn akzeptablen Bedingungen hat. Er wird daher von der ihm im Falle einer verschlechternden Änderung der Vertragsbedingungen durch den Betreiber nach § 25 Abs 3 TKG eingeräumten Kündigungsrecht in der Regel nur dann Gebrauch machen, wenn er im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang damit einen Vertrag mit einem anderen Mobilfunkbetreiber abschließt. Genau diese Möglichkeit, wird ihm aber durch die vorliegenden Klauseln genommen, wenn er nicht riskieren will, im Falle einer von der Beklagten erklärten Fortsetzung des Vertrages die Grundgebühr für zwei Mobilfunkverträge bezahlen zu müssen. Durch diese Beschneidung der Möglichkeit für den Kunden, im Zusammenhang mit der Vertragskündigung nach § 25 Abs 3 TKG einen Vertrag mit einem ande-

ren Mobilfunkbetreiber abzuschließen, muss das dem Kunden vom Gesetzgeber im Gegenzug zur Möglichkeit des Betreibers, den Vertrag einseitig zu ändern, eingeräumte Recht, den Vertrag aus diesem Anlass zu kündigen, weitgehend ins Leere gehen. Die Klauseln stehen daher nach Auffassung des Berufungsgerichts mit der zwingenden gesetzlichen Bestimmung des § 25 TKG im Widerspruch und sind daher schon aus diesem Grund unzulässig.

Selbst wenn man diesbezüglich eine andere Auffassung vertreten wollte, wäre der Beklagten nicht geholfen:

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).

Im vorliegenden Fall würde nach den allgemeinen Regeln des dispositiven Rechts eine (nach § 25 Abs 3 TKG) berechtigte Kündigung des Mobilfunkvertrags durch den Kunden zu einer für den Betreiber einseitig nicht mehr abwendbaren Auflösung des Mobilfunkvertrags führen. Die in den inkriminierten Klauseln für die Beklagte vorgesehene Möglichkeit, den Vertrag trotz der vom Kunden erklärten Vertragsauflösung durch eine einseitige Erklärung innerhalb eines Monats doch noch fortsetzen zu können, weicht klar von dieser Rechtslage ab.

Der von der Beklagten selbst - in bemerkenswerter Offenheit - dargelegte Zweck dieser Abweichung zeigt die durch die Klauseln geschaffene, sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung des Kunden und Bevorzugung der Beklagten deutlich auf: Während der daraus entstehende vertragliche Schwebezustand auf der einen Seite dem kündigenden (bzw der Änderungskündigung widersprechenden) Kunden betreffend seiner Dispositionen über seine künftige Mobilfunkversorgung in die bereits geschilderte

Situation einer „Zwickmühle“ bringt, sollen dadurch auf der anderen Seite der Beklagten ihre eigenen wirtschaftlichen Dispositionen wesentlich erleichtert werden, indem ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, ohne Gefahr nachteiliger Folgen erproben zu können, ob sich den Verbraucher benachteiligende Änderungen der allgemeinen Vertragsbedingungen betriebswirtschaftlich für sie letztlich rechnen oder ob daraus doch ein zu hoher Kundenverlust resultiert. Das Interesse eines Unternehmers auf Ausschaltung des wirtschaftlichen Risikos aus einer von ihm beabsichtigten Verschlechterung der Vertragsbedingungen für die Verbraucher bildet keine anzuerkennende sachliche Rechtfertigung für die in den Klauseln vorgesehene, den Kunden nachteilige Änderung der Rechtslage. Zutreffend gelangte somit das Erstgericht zum Ergebnis, dass die Klauseln als für den Verbraucher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB unwirksam sind.

Der Berufung war daher ein Erfolg zu versagen.

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

Bei dem nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO erforderlichen Ausspruch über den Wert des Streitgegenstandes orientierte sich das Berufungsgericht an der Bewertung des Klägers, von der abzugehen kein Anlass besteht.

Die ordentliche Revision ist schon deshalb zulässig, weil von der Frage der Zulässigkeit der vorliegenden

Klauseln eine unübersehbare Anzahl an Mobilfunkverträgen
und damit ein größerer Personenkreis betroffen ist (s 7
Ob 140/06y ua).

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 31.März 2009



Dr. Regine Jesionek
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

Wiederum eine unvollständige Arbeit an Kritikverrichten
und damit ein unvollständiges Werk.



Dr. Heinrich Heine
Bibliographisches Institut
Frankfurt am Main