

TE OGH 2007/3/20 40b227/06w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.03.2007

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner als Vorsitzenden und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei H***** GmbH, *****, vertreten durch Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 26.000 EUR), infolge Revision beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 11. Juli 2006, GZ 5 R 42/06t-16, mit welchem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 30. Dezember 2005, GZ 10 Cg 95/05h-10, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Hingegen wird der Revision der klagenden Parteiteilweise Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass die stattgebende Entscheidung des Erstgerichts zu Punkt 2 des Unterlassungsbegehrens wiederhergestellt wird und die Entscheidung über die Eventualbegehren zu Punkt 6 des Unterlassungsbegehrens wie folgt lautet:

„Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der nachstehend genannten oder einer sinngleichen Klausel zu unterlassen; sie ist weiters schuldig, es zu unterlassen, sich auf diese Klausel zu berufen, soweit sie unzulässiger Weise vereinbart worden ist:

„3 weist ausdrücklich darauf hin, dass mobile Services auf der Nutzung von Funkwellen beruhen und die entsprechenden Netzabdeckungs-Karten nur durchschnittliche Vorhersagewerte über deren Ausbreitung darstellen können. Die tatsächlichen Empfangsverhältnisse hängen von einer Vielzahl von Einflüssen ab, die teilweise außerhalb der Kontrolle von 3 liegen (zB bauliche Gegebenheiten von Gebäuden, Abschattung durch andere Gebäude oder geographische und atmosphärische Gegebenheiten). Deswegen kann 3 auch bei grundsätzlich vorhandener Netzabdeckung die Verfügbarkeit des Services, insbesondere in Gebäuden, nicht garantieren.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 5.025,80 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin 551 EUR Barauslagen, 745,80 EUR USt) zu ersetzen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen einen mit 3.032,98 EUR bestimmten Anteil an den Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 292 EUR Barauslagen, 456,83 EUR USt) zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechtigter Verein. Die Beklagte betreibt ein österreichisches Mobilfunknetz. Strittig sind elf Klauseln in ihren Geschäftsbedingungen. Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach Paragraph 28, KSchG berechtigter Verein. Die Beklagte betreibt ein österreichisches Mobilfunknetz. Strittig sind elf Klauseln in ihren Geschäftsbedingungen.

Im Mai 2005 hatte der Kläger mehrere Klauseln der damals geltenden Geschäftsbedingungen beanstandet und die Beklagte aufgefordert, strafbewehrte Unterlassungserklärungen für diese und sinngleiche Klauseln abzugeben. Die Beklagte gab zum Teil solche Erklärungen ab, führte darin aber geänderte Fassungen einiger Klauseln an, die mangels Sinnleichheit zulässig seien. In weiterer Folge zeigte sie die beabsichtigten Änderungen nach § 25 TKG der Regulierungsbehörde an. Während des dort geführten Verfahrens nahm sie neuerlich Änderungen vor, die zu den bei Schluss der Verhandlung erster Instanz verwendeten Geschäftsbedingungen führten. Diese enthalten zehn der ursprünglich beanstandeten Klauseln in teilweise abgeänderter Form, die der Kläger nun mit den Punkten 2 bis 11 seines Hauptbegehrens bekämpft. Punkt 1 dieses Begehrens bezieht sich auf eine Klausel, die nur in der ursprünglichen und (abgeändert) in der der Regulierungsbehörde angezeigten Fassung enthalten war, nicht mehr jedoch in der aktuellen Fassung. Im Mai 2005 hatte der Kläger mehrere Klauseln der damals geltenden Geschäftsbedingungen beanstandet und die Beklagte aufgefordert, strafbewehrte Unterlassungserklärungen für diese und sinngleiche Klauseln abzugeben. Die Beklagte gab zum Teil solche Erklärungen ab, führte darin aber geänderte Fassungen einiger Klauseln an, die mangels Sinnleichheit zulässig seien. In weiterer Folge zeigte sie die beabsichtigten Änderungen nach Paragraph 25, TKG der Regulierungsbehörde an. Während des dort geführten Verfahrens nahm sie neuerlich Änderungen vor, die zu den bei Schluss der Verhandlung erster Instanz verwendeten Geschäftsbedingungen führten. Diese enthalten zehn der ursprünglich beanstandeten Klauseln in teilweise abgeänderter Form, die der Kläger nun mit den Punkten 2 bis 11 seines Hauptbegehrens bekämpft. Punkt 1 dieses Begehrens bezieht sich auf eine Klausel, die nur in der ursprünglichen und (abgeändert) in der der Regulierungsbehörde angezeigten Fassung enthalten war, nicht mehr jedoch in der aktuellen Fassung.

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

Der Kläger begehrt, der Beklagten zu untersagen, die oben genannten oder sinngleiche Klauseln zu verwenden und sich darauf zu berufen, soweit sie in unzulässiger Weise vereinbart worden seien. Hilfsweise richten sich entsprechende Begehren gegen die ursprüngliche Fassung der Klauseln 2 bis 11, und, wiederum Hilfsweise, gegen die der Regulierungsbehörde angezeigte Fassung dieser Klauseln. Bei Klausel 1 bezieht sich das (einzige) Eventualbegehren auf die der Regulierungsbehörde angezeigte Fassung. Weiters begehrt der Kläger die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung.

Der Kläger bringt vor, die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten; einige seien auch nicht ausreichend transparent. Da die Beklagte keine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe, liege auch bei jenen Klauseln Wiederholungsgefahr vor, die in der aktuellen Fassung der AGB nicht mehr enthalten seien (Klausel 1 des Hauptbegehrens, Eventualbegehrens).

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die Klauseln stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten im Einklang und seien nicht intransparent. Klausel 1 des Hauptbegehrens und alle Klauseln der Eventualbegehren würden nicht mehr verwendet, sodass die Wiederholungsgefahr fehle. Zu den Klauseln 2 bis 11 des Hauptbegehrens habe der Kläger kein Abmahnverfahren durchgeführt.

Das Erstgericht gab dem Hauptbegehren zur Gänze statt. Das Berufungsgericht wies das Haupt- und die Eventualbegehren für die Klauseln 2 und 6 ab. Klausel 11 verbot es nur für eine der beiden davon erfassten Situationen (Folgen einer einvernehmlichen Auflösung), für die andere (Folgen einer außerordentlichen Kündigung durch die Beklagte) wies es das Klagebegehren ab. Ansonsten bestätigte es die erstinstanzliche Entscheidung. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richten sich die Revisionen beider Parteien. Der Kläger beantragt für die Klauseln 2 und 6 die Wiederherstellung der stattgebenden erstinstanzlichen Entscheidung, die Beklagte strebt für alle Klauseln die Klagsabweisung an.

Rechtliche Beurteilung

Beide Revisionen sind zulässig. Jene des Klägers ist teilweise, jene der Beklagten ist nicht berechtigt. Aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit werden sie gemeinsam behandelt.

1. Zum Unterlassungsanspruch im Allgemeinen

1.1. Die Revision der Beklagten bezweifelt die „Zulässigkeit“ der „vorbeugenden Unterlassungsklage“. In Bezug auf die Klauseln 2 bis 11 des Hauptbegehrens habe sie der Kläger nicht abgemahnt, Klausel 1 des Hauptbegehrens und die Klauseln der Eventualbegehren verwende sie nicht mehr.

1.2. Ein Unterlassungsanspruch besteht nur dann, wenn ein Zuwiderhandeln gegen eine nach materiellem Recht bestehende Unterlassungspflicht droht (RIS-Justiz RS0037660). Das wird vermutet, wenn der Belangte bereits einmal gegen die Unterlassungspflicht verstoßen hat (Wiederholungsgefahr). In diesem Fall hat er Umstände zu behaupten und zu beweisen, aus denen sich gewichtige Anhaltspunkte dafür ergeben, dass er gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (RIS-Justiz RS0037661, RS0012087).

1.3. Diese Grundsätze gelten auch für Unterlassungsansprüche nach § 28 KSchG. Hat der Unternehmer unzulässige Klauseln verwendet, wird die Wiederholungsgefahr vermutet (Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang 3 § 28 KSchG Rz 3; Kathrein in KBB § 28 KSchG Rz 4; Krejci in Rummel 3 §§ 28 - 30 KSchG Rz 18; vgl. zuletzt 7 Ob 78/06f mwN). Dass hier zusätzlich eine Abmahnung erforderlich wäre, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. 1.3. Diese Grundsätze gelten auch für Unterlassungsansprüche nach Paragraph 28, KSchG. Hat der Unternehmer unzulässige Klauseln verwendet, wird die Wiederholungsgefahr vermutet (Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang 3 Paragraph 28, KSchG Rz 3; Kathrein in KBB Paragraph 28, KSchG Rz 4; Krejci in Rummel 3 Paragraphen 28, - 30 KSchG Rz 18; vergleiche zuletzt 7 Ob 78/06f mwN). Dass hier zusätzlich eine Abmahnung erforderlich wäre, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.

Insbesondere folgt ein solches Erfordernis nicht aus § 28 Abs 2 KSchG. Danach besteht die Gefahr einer Verwendung unzulässiger Bedingungen „nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt“. Mit dieser Regelung auf Grund der KSchG-Novelle 1997 BGBl I 1997/6 sollte nach den EB zur RV (311 BlgNR 20. GP, 32; vgl. dazu Langer, Wiederholungsgefahr in § 28 KSchG, ecolex 1999, 636) die Rechtsstellung der klageberechtigten Institutionen verbessert werden: Zwar sei eine Abmahnung für das Bestehen des Unterlassungsanspruchs nicht erforderlich. Erfolge sie aber, so falle nach einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (6 Ob 572/87 = RdW 1988, 289) die Wiederholungsgefahr weg, wenn der Belangte die beanstandeten Vertragsmuster vor der Klageeinbringung verändere; eine Verständigung der abmahnenden Institution sei nicht erforderlich. Die Neuregelung sollte „klarstellen“, dass die klagebefugten Organisationen ein Abmahnverfahren durchführen könnten, ohne sich der Gefahr auszusetzen, dadurch in einem gerichtlichen Verfahren - durch Übersehen einer rechtzeitigen Änderung der Klauseln - in eine ungünstigere Position zu gelangen. <Angesichts dieser Zielsetzung ist es ausgeschlossen, aus der Regelung für das „Abmahnverfahren“ - über den Wortlaut hinaus und abweichend von der sonst geltenden Rechtslage - ein zusätzliches Erfordernis für das Bestehen des Unterlassungsanspruches abzuleiten (Eccher aaO Rz 13; Kathrein aaO Rz 7; Kühnberg, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage [2006] 147 Apathy in Schwimann, ABGB 3 V §§ 28 - 30 KSchG Rz 19). Insbesondere folgt ein solches Erfordernis nicht aus Paragraph 28, Absatz 2, KSchG. Danach besteht die Gefahr einer Verwendung unzulässiger Bedingungen „nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß Paragraph 29, klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (Paragraph 1336, ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt“. Mit dieser Regelung auf Grund der KSchG-Novelle 1997 BGBl römisch eins 1997/6 sollte nach den EB zur Regierungsvorlage (311 BlgNR 20. GP, 32; vergleiche dazu Langer, Wiederholungsgefahr in Paragraph 28, KSchG, ecolex 1999, 636) die Rechtsstellung der klageberechtigten Institutionen verbessert werden: Zwar sei eine Abmahnung für das Bestehen des Unterlassungsanspruchs nicht erforderlich. Erfolge sie aber, so falle nach einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (6 Ob 572/87 = RdW 1988, 289) die Wiederholungsgefahr weg, wenn der Belangte die beanstandeten Vertragsmuster vor der Klageeinbringung verändere; eine Verständigung der abmahnenden Institution sei nicht erforderlich. Die Neuregelung sollte „klarstellen“, dass die klagebefugten Organisationen ein Abmahnverfahren durchführen könnten, ohne sich der Gefahr auszusetzen, dadurch in einem gerichtlichen Verfahren - durch Übersehen einer rechtzeitigen Änderung der Klauseln - in eine ungünstigere Position

zu gelangen.<Angesichts dieser Zielsetzung ist es ausgeschlossen, aus der Regelung für das „Abmahnverfahren“ - über den Wortlaut hinaus und abweichend von der sonst geltenden Rechtslage - ein zusätzliches Erfordernis für das Bestehen des Unterlassungsanspruches abzuleiten (Eccher aaO Rz 13; Kathrein aaO Rz 7; Kühnberg, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage [2006] 147 Apathy in Schwimann, ABGB3 römisch fünf Paragraphen 28, - 30 KSchG Rz 19).

Daraus folgt zusammenfassend:

Aus § 28 Abs 2 KSchG kann nicht abgeleitet werden, dass der Erfolg einer Unterlassungsklage eine vorangegangene Abmahnung voraussetzt. Aus Paragraph 28, Absatz 2, KSchG kann nicht abgeleitet werden, dass der Erfolg einer Unterlassungsklage eine vorangegangene Abmahnung voraussetzt.

1.4. Die Klauseln 2 bis 11 des Hauptbegehrens werden in der aktuellen Fassung der Geschäftsbedingungen verwendet. Damit ist die Wiederholungsgefahr indiziert; Anhaltspunkte für ihren Wegfall gibt es nicht. Das Unterbleiben einer gesonderten Abmahnung ist nach den oben angestellten Erwägungen kein Hindernis für das Bestehen eines Unterlassungsanspruches. Diese Klauseln sind daher jedenfalls inhaltlich zu prüfen (unten 2.2. bis 2.11.).

Die Frage nach einem Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr kann sich daher im Rahmen des Hauptbegehrens nur für Klausel 1 stellen. Hier erfolgte eine Abmahnung, auf die die Beklagte zunächst mit einer eingeschränkten Unterlassungserklärung reagierte. In der aktuellen Fassung der Geschäftsbedingungen ist die Klausel nicht mehr enthalten. Dazu ist bei der Erörterung dieser Klausel Stellung zu nehmen (unten 2.1.).

1.5. Im Übrigen ist vorweg auf einige allgemeine Grundsätze für die Beurteilung der strittigen Klauseln hinzuweisen:

(a) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen 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 zugeordnete 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).

(a) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach Paragraph 879, Absatz 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 zugeordnete 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).

(b) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist nach § 6 Abs 3 KSchG 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 = SZ 2002/153). Daraus kann sich eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkungen einer Klausel sonst unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219).

(b) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist nach Paragraph 6, Absatz 3, KSchG 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 = SZ 2002/153). Daraus kann sich eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkungen einer Klausel sonst unklar bleiben (RIS-Justiz RS0115219).

(c) Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a = SZ 2003/115; RIS-Justiz RS0016590). Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich (RIS-Justiz RS0038205; Apathy aaO § 28 - 30 KSchG Rz 12; Kathrein aaO 5; Krejci aaO Rz 15). (c) Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a = SZ 2003/115; RIS-Justiz RS0016590). Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich (RIS-Justiz RS0038205; Apathy aaO Paragraph 28, - 30 KSchG Rz 12; Kathrein aaO 5; Krejci aaO Rz 15).

2. Zu den einzelnen Klauseln

2.1. Erklärungen von Vertretern

„2.2. Mitarbeiter und Erfüllungsgehilfen von 3 sind nicht bevollmächtigt, individuelle Vereinbarungen mit dem Kunden zu treffen oder abweichende Bedingungen des Kunden zu akzeptieren. Für Verbraucher gilt diese Einschränkung nur, wenn 3 auf den Anmeldeformularen darauf hinweist. § 10 Abs 3 KSchG bleibt davon unberührt.“ 2.2. Mitarbeiter und Erfüllungsgehilfen von 3 sind nicht bevollmächtigt, individuelle Vereinbarungen mit dem Kunden zu treffen oder abweichende Bedingungen des Kunden zu akzeptieren. Für Verbraucher gilt diese Einschränkung nur, wenn 3 auf den Anmeldeformularen darauf hinweist. Paragraph 10, Absatz 3, KSchG bleibt davon unberührt.“

Diese Klausel war als Punkt 2.2. in der ursprünglichen Fassung der Geschäftsbedingungen enthalten. Nach Abmahnung durch den Kläger verpflichtete sich die Beklagte, die Verwendung dieser und sinngleicher Klauseln zu unterlassen. Nicht sinngleich und daher zulässig sei aber der erste Satz der Klausel. Diese Neufassung zeigte die Beklagte auch der Regulierungsbehörde an. In der aktuellen Fassung der Geschäftsbedingungen ist weder die beanstandete noch eine sinngleiche Klausel enthalten.

Der Kläger vertritt die Auffassung, die Klausel verstoße sowohl in der ursprünglichen als auch in der der Regulierungsbehörde angezeigten Fassung gegen § 10 KSchG und sei zudem intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG. Die Wiederholungsgefahr sei aufrecht, da die Beklagte in Bezug auf die ursprüngliche Klausel nur eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Der Kläger vertritt die Auffassung, die Klausel verstoße sowohl in der ursprünglichen als auch in der der Regulierungsbehörde angezeigten Fassung gegen Paragraph 10, KSchG und sei zudem intransparent iSv Paragraph 6, Absatz 3, KSchG. Die Wiederholungsgefahr sei aufrecht, da die Beklagte in Bezug auf die ursprüngliche Klausel nur eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe.

Die Beklagte hält dem entgegen, dass sie sich zunächst verpflichtet habe, den letzten Teil der Klausel nicht mehr zu verwenden; im Zuge der Korrespondenz mit der Regulierungsbehörde habe sie sich überhaupt entschlossen, die gesamte Klausel zu streichen. Die Wiederholungsgefahr sei daher weggefallen.

Die Vorinstanzen gaben dem Hauptbegehren (Untersagung der Klausel in der ursprünglichen Fassung und sinngleicher Klauseln) statt. Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, da die Beklagte nur eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Damit sei nicht ausgeschlossen, dass sie die beanstandete oder eine sinngleiche Bedingung wieder in ihre Geschäftsbedingungen aufnehmen könnte. Inhaltlich verstoße die Klausel - mit oder ohne den in der Neufassung fehlenden Teil - gegen das Transparenzgebot. In der ursprünglichen Fassung werde § 10 Abs 1 KSchG nicht wiedergegeben, sondern nur umschrieben; in der Interimsfassung fehle überhaupt jeder diesbezügliche Hinweis. In beiden Fällen sei ein Durchschnittskunde nicht in der Lage, die Rechtsfolgen der Klausel umfassend zu verstehen. Die Vorinstanzen gaben dem Hauptbegehren (Untersagung der Klausel in der ursprünglichen Fassung und sinngleicher Klauseln) statt. Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, da die Beklagte nur eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Damit sei nicht ausgeschlossen, dass sie die beanstandete

oder eine sinngleiche Bedingung wieder in ihre Geschäftsbedingungen aufnehmen könnte. Inhaltlich verstoße die Klausel - mit oder ohne den in der Neufassung fehlenden Teil - gegen das Transparenzgebot. In der ursprünglichen Fassung werde Paragraph 10, Absatz eins, KSchG nicht wiedergegeben, sondern nur umschrieben; in der Interimssfassung fehle überhaupt jeder diesbezügliche Hinweis. In beiden Fällen sei ein Durchschnittskunde nicht in der Lage, die Rechtsfolgen der Klausel umfassend zu verstehen.

In der Revision stützt sich die Beklagte darauf, dass sie sich verpflichtet habe, den zweiten Teil der Klausel nicht weiter zu verwenden. Die Wiederholungsgefahr sei daher weggefallen. Die geänderte Klausel habe sie nie verwendet, es bestehe auch keine Gefahr, dass sie sie in Zukunft verwenden würde.

Diese Ausführungen können nicht überzeugen. Zwar konnte der Wegfall der Wiederholungsgefahr bei Unterbleiben einer Abmahnung vor Inkrafttreten der KSchG-Novelle 1997 schon dann angenommen werden, wenn der Unternehmer die Klausel vor Klagseinbringung aus seinen Bedingungen entfernte und keine Anzeichen dafür bestanden, dass er sie in Zukunft neuerlich verwenden oder sich darauf berufen werde (6 Ob 572/87 = RdW 1988, 289; Kühnberg aaO 148; Langer aaO). Die der Revision zugrunde liegende Auffassung, dass das im Einzelfall auch nach einer Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG gelten könnte (so ausdrücklich Apathy aaO Rz 6; ähnlich wohl Eccher aaO Rz 3), steht aber im Widerspruch zum bereits oben erläuterten Normzweck. Diese Ausführungen können nicht überzeugen. Zwar konnte der Wegfall der Wiederholungsgefahr bei Unterbleiben einer Abmahnung vor Inkrafttreten der KSchG-Novelle 1997 schon dann angenommen werden, wenn der Unternehmer die Klausel vor Klagseinbringung aus seinen Bedingungen entfernte und keine Anzeichen dafür bestanden, dass er sie in Zukunft neuerlich verwenden oder sich darauf berufen werde (6 Ob 572/87 = RdW 1988, 289; Kühnberg aaO 148; Langer aaO). Die der Revision zugrunde liegende Auffassung, dass das im Einzelfall auch nach einer Abmahnung gemäß Paragraph 28, Absatz 2, KSchG gelten könnte (so ausdrücklich Apathy aaO Rz 6; ähnlich wohl Eccher aaO Rz 3), steht aber im Widerspruch zum bereits oben erläuterten Normzweck.

Diese Bestimmung sieht zwar nicht ausdrücklich vor, dass die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wegfallen kann. Allerdings vermag das damit geregelte (fakultative) Abmahnverfahren nur dann seinen Zweck zu erfüllen, wenn andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. Denn die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung (Kühnberg aaO 148) tritt nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht. Daher muss die Unterlassungserklärung nach stRsp eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch enthalten (5 Ob 227/98p = SZ 72/42; RIS-Justiz RS0111637; zuletzt 7 Ob 78/06f mwN) und nicht nur die beanstandeten, sondern auch „sinngleiche“ Klauseln erfassen (RIS-Justiz RS0111640). Werden Einschränkungen oder Bedingungen angeführt, so entfällt die Wiederholungsgefahr nicht (8 Ob 17/00h = JBI 2001, 236). Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein (4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11; RIS-Justiz RS0119007; zuletzt 6 Ob 277/06p), und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch - durch eine Berufung darauf - in bereits bestehenden (4 Ob 288/02k = RdW 2003, 255 mwN). Das kann sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben (etwa aus dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs, vgl 7 Ob 78/06f); weiters ist es möglich, dass auch tatsächliche Umstände diesen Schluss erlauben. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht aber keinesfalls aus (4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11). Diese Bestimmung sieht zwar nicht ausdrücklich vor, dass die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wegfallen kann. Allerdings vermag das damit geregelte (fakultative) Abmahnverfahren nur dann seinen Zweck zu erfüllen, wenn andere Formen der formellen oder materiellen Unterwerfung zumindest einen ähnlichen Gewissheitsgrad aufweisen. Denn die mit dem Abmahnverfahren angestrebte außergerichtliche Streitbereinigung (Kühnberg aaO 148) tritt nur ein, wenn für beide Seiten Rechtssicherheit entsteht. Daher muss die Unterlassungserklärung nach stRsp eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch enthalten (5 Ob 227/98p = SZ 72/42; RIS-Justiz RS0111637; zuletzt 7 Ob 78/06f mwN) und nicht nur die beanstandeten, sondern auch „sinngleiche“ Klauseln erfassen (RIS-Justiz RS0111640). Werden Einschränkungen oder Bedingungen angeführt, so entfällt die Wiederholungsgefahr nicht (8 Ob 17/00h = JBI 2001, 236). Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein (4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11; RIS-Justiz RS0119007; zuletzt 6 Ob 277/06p), und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch - durch eine Berufung darauf - in bereits bestehenden (4 Ob 288/02k = RdW 2003, 255 mwN). Das kann sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben (etwa aus dem

Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs, vergleiche 7 Ob 78/06f); weiters ist es möglich, das auch tatsächliche Umstände diesen Schluss erlauben. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht aber keinesfalls aus (4 Ob 98/04x = EvBl 2005/11).

Wendet man diese Grundsätze auf die hier zu beurteilende Klausel an, so ergibt sich, dass die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen ist. Das Klagebegehren ist auf Unterlassung der Verwendung der ursprünglichen Klausel und sinngleicher Klauseln gerichtet. Die Unterlassungserklärung der Beklagten nimmt demgegenüber eine in Teilen sinngleiche Klausel (nämlich deren erste Hälfte) von der Unterlassungsverpflichtung aus. Damit kann von einer uneingeschränkten Unterwerfung keine Rede sein; vielmehr bleibt unklar, was die Beklagte unter „sinngleichen“ Klauseln versteht. Sie hat daher keine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben. Die Wiederholungsgefahr ist aus diesem Grund nicht weggefallen.

Gründe gegen die Auffassung der Vorinstanzen, dass die Klausel gegen das Transparenzgebot verstoßen habe, werden in der Revision nicht genannt. Sie sind wegen des in beiden Fassungen fehlenden Hinweises auf den konkreten Inhalt von § 10 Abs 1 KSchG auch nicht erkennbar. Insbesondere wird für den Verbraucher nicht deutlich, dass ihm nur Kenntnis von der Vollmachtsbeschränkung schadet (RIS-Justiz RS0065598). Die Revision der Beklagten bleibt daher in diesem Punkt erfolglos. Gründe gegen die Auffassung der Vorinstanzen, dass die Klausel gegen das Transparenzgebot verstoßen habe, werden in der Revision nicht genannt. Sie sind wegen des in beiden Fassungen fehlenden Hinweises auf den konkreten Inhalt von Paragraph 10, Absatz eins, KSchG auch nicht erkennbar. Insbesondere wird für den Verbraucher nicht deutlich, dass ihm nur Kenntnis von der Vollmachtsbeschränkung schadet (RIS-Justiz RS0065598). Die Revision der Beklagten bleibt daher in diesem Punkt erfolglos.

2.2. Frist für die Freischaltung

„3.6. Sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, erfolgt die Freischaltung des Kunden spätestens 14 Tage nach Vertragsabschluss.“

Diese Klausel ist als Punkt 3.6. in den aktuellen Geschäftsbedingungen enthalten. In der ursprünglichen Fassung war eine Frist von vier Wochen vorgesehen gewesen. Insofern hatte die Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, dabei aber festgehalten, dass eine zweiwöchige Frist zulässig sei. In dieser Form zeigte sie die Klausel auch der Regulierungsbehörde an.

Nach Auffassung des Klägers verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Die Frist von 14 Tagen sei unangemessen lang. Weiters sei die Klausel überraschend iSd § 864a ABGB, da ein Kunde die Freischaltung in der Regel innerhalb weniger Stunden erwarte. Nach Auffassung des Klägers verstößt die Klausel gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG. Die Frist von 14 Tagen sei unangemessen lang. Weiters sei die Klausel überraschend iSd Paragraph 864 a, ABGB, da ein Kunde die Freischaltung in der Regel innerhalb weniger Stunden erwarte.

Die Beklagte wendet ein, die Frist sei angemessen und aus technischen Gründen erforderlich. Zwar könne eine Erstfreischaltung in der Regel in kurzer Zeit erfolgen, die Klausel beziehe sich aber auch auf Freischaltungen nach Sperren oder im Zusammenhang mit einer Rufnummernmitnahme; in diesen Fällen würden die Freischaltzeiten bis zu 14 Tage betragen.

Das Erstgericht untersagte die Klausel. Nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG seien überlange oder nicht hinreichend bestimmte Lieferungsfristen unzulässig. Da die Frist sämtliche Varianten einer Freischaltung erfasse, liege eine nicht hinreichend bestimmte Klausel vor. Das Erstgericht untersagte die Klausel. Nach Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG seien überlange oder nicht hinreichend bestimmte Lieferungsfristen unzulässig. Da die Frist sämtliche Varianten einer Freischaltung erfasse, liege eine nicht hinreichend bestimmte Klausel vor.

Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab. Es sei nicht belegt, dass ein Durchschnittskonsument die Freischaltung seines Mobiltelefons innerhalb weniger Stunden erwarte. Das werde zwar im Regelfall zutreffen, nicht aber bei Sonderwünschen, die mit technischen Maßnahmen verbunden seien. Eine vierzehntägige Frist, die beide Konstellationen abdecke, sei nicht zu beanstanden. Ein Überrumpelungseffekt iSv § 864a ABGB liege nicht vor. Das Hauptbegehren sei daher abzuweisen. In Bezug auf die ursprünglich verwendete Klausel (Eventualbegehren) fehle die Wiederholungsgefahr. Die Beklagte habe die ursprünglich verwendete Klausel nicht bloß fallen gelassen, sondern durch eine unbedenkliche ersetzt. Damit sei die neuerliche Verwendung der früheren Fassung unwahrscheinlich

geworden. Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab. Es sei nicht belegt, dass ein Durchschnittskonsument die Freischaltung seines Mobiltelefons innerhalb weniger Stunden erwarte. Das werde zwar im Regelfall zutreffen, nicht aber bei Sonderwünschen, die mit technischen Maßnahmen verbunden seien. Eine vierzehntägige Frist, die beide Konstellationen abdecke, sei nicht zu beanstanden. Ein Überraschungseffekt iSv Paragraph 864 a, ABGB liege nicht vor. Das Hauptbegehren sei daher abzuweisen. In Bezug auf die ursprünglich verwendete Klausel (Eventualbegehren) fehle die Wiederholungsgefahr. Die Beklagte habe die ursprünglich verwendete Klausel nicht bloß fallen gelassen, sondern durch eine unbedenkliche ersetzt. Damit sei die neuerliche Verwendung der früheren Fassung unwahrscheinlich geworden.

Die Revision des Klägers strebt das Verbot der Klausel an. Ausnahmefälle könnten nicht eine generell zweiwöchige Frist rechtfertigen.

Diese Erwägungen treffen zu. Nach § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sind „unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen“ nicht verbindlich, während deren ein Unternehmer einen Antrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann oder „während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist.“ Diese Bestimmung erfasst auch unangemessen lange Leistungsfristen des Unternehmers (so schon die EB zur RV des KSchG, 744 BlgNR 14. GP 22; Apathy aaO § 6 KSchG Rz 6; Krejci aaO § 6 KSchG Rz 21; Mayrhofer, Überlange rechtsgeschäftliche Bindungen des Verbrauchers, in FS Welser [2004] 695, 696). Ob eine unangemessen lange Frist vorliegt, ist durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln (10 Ob 34/05f = wbl 2006, 278). Dabei sind die typischen Erwartungen des Kunden den wirtschaftlichen und technischen Interessen des Unternehmers gegenüberzustellen. Diese Erwägungen treffen zu. Nach Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG sind „unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen“ nicht verbindlich, während deren ein Unternehmer einen Antrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann oder „während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist.“ Diese Bestimmung erfasst auch unangemessen lange Leistungsfristen des Unternehmers (so schon die EB zur Regierungsvorlage des KSchG, 744 BlgNR 14. Gesetzgebungsperiode 22; Apathy aaO Paragraph 6, KSchG Rz 6; Krejci aaO Paragraph 6, KSchG Rz 21; Mayrhofer, Überlange rechtsgeschäftliche Bindungen des Verbrauchers, in FS Welser [2004] 695, 696). Ob eine unangemessen lange Frist vorliegt, ist durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln (10 Ob 34/05f = wbl 2006, 278). Dabei sind die typischen Erwartungen des Kunden den wirtschaftlichen und technischen Interessen des Unternehmers gegenüberzustellen.

Ein typischer Verbraucher wird in Standardsituationen eine unverzügliche Freischaltung erwarten. Denn eines der Leitbilder der Mobiltelefonie, das sie von älteren Formen der Fernkommunikation unterscheidet und auch in der Werbung herausgestellt wird, ist die umfassende, weder zeitlich noch örtlich beschränkte Verfügbarkeit. Daraus folgt die Erwartung, dass auch der erste Zugang zu einem Netz (die „Freischaltung“) unmittelbar nach dem Vertragsabschluss (der „Anmeldung“) möglich sein muss; zumindest aber innerhalb der nächsten zwei oder drei Tage. Dieser Erwartung stehen in Standardsituationen keine gerechtfertigten Interessen der Beklagten gegenüber. Denn es ist gerichtsbekannt, dass eine sofortige Freischaltung im Regelfall möglich ist und auch tatsächlich erfolgt. Auch die Beklagte stützt sich zur Verteidigung der Klausel nur darauf, dass die längere Frist in Ausnahmefällen (zB bei einer Rufnummernmitnahme) gerechtfertigt sein kann.

Damit ist aber nicht erkennbar, weshalb die längere Frist auch in Standardsituationen erforderlich sein sollte. Die Klausel hat zur Folge, dass die Beklagte auch dann erst 14 Tage nach dem Vertragsabschluss in Verzug gerät, wenn es keine sachlichen Gründe für die Verzögerung gibt. Erst dann hätte der Kunde die Möglichkeit, sich durch Setzen einer Nachfrist vom Vertrag zu lösen. Demgegenüber könnte er die Leistung nach dispositivem Recht „ohne unnötigen Aufschub“ fordern (§ 904 ABGB). Das bedeutet, dass er bei einem Unterbleiben der Freischaltung nach Vertragsabschluss sofort eine Nachfrist iSv § 918 ABGB setzen könnte. Damit ist aber nicht erkennbar, weshalb die längere Frist auch in Standardsituationen erforderlich sein sollte. Die Klausel hat zur Folge, dass die Beklagte auch dann erst 14 Tage nach dem Vertragsabschluss in Verzug gerät, wenn es keine sachlichen Gründe für die Verzögerung gibt. Erst dann hätte der Kunde die Möglichkeit, sich durch Setzen einer Nachfrist vom Vertrag zu lösen. Demgegenüber könnte er die Leistung nach dispositivem Recht „ohne unnötigen Aufschub“ fordern (Paragraph 904, ABGB). Das bedeutet, dass er bei einem Unterbleiben der Freischaltung nach Vertragsabschluss sofort eine Nachfrist iSv Paragraph 918, ABGB setzen könnte.

Die Klausel verstößt somit für Standardsituationen gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Es mag zwar zutreffen, dass Sonderwünsche des Kunden (zB Rufnummernmitnahme) und allenfalls auch technische Gründe eine längere Frist

rechtfertigen können. Eine geltungserhaltende Reduktion ist aber im Verbandsklageverfahren nicht möglich (oben 1.5). Das Unterbleiben dieser Unterscheidung fällt der Beklagten zur Last. Die Klausel verstößt somit für Standardsituationen gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG. Es mag zwar zutreffen, dass Sonderwünsche des Kunden (zB Rufnummernmitnahme) und allenfalls auch technische Gründe eine längere Frist rechtfertigen können. Eine geltungserhaltende Reduktion ist aber im Verbandsklageverfahren nicht möglich (oben 1.5). Das Unterbleiben dieser Unterscheidung fällt der Beklagten zur Last.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Geschäftsbedingungen nach § 25 Abs 4 Z 2 TKG unter anderem „die Frist“ bis zur erstmaligen Freischaltung enthalten müssen. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass es nicht im Interesse des Kunden auch zwei Fristen geben kann, und zwar eine für Standardfälle und die andere für (klar zu umschreibende) Ausnahmesituationen. Die voranstehenden Erwägungen ergeben samt folgende Leitlinie: Dem steht auch nicht entgegen, dass die Geschäftsbedingungen nach Paragraph 25, Absatz 4, Ziffer 2, TKG unter anderem „die Frist“ bis zur erstmaligen Freischaltung enthalten müssen. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass es nicht im Interesse des Kunden auch zwei Fristen geben kann, und zwar eine für Standardfälle und die andere für (klar zu umschreibende) Ausnahmesituationen. Die voranstehenden Erwägungen ergeben samt folgende Leitlinie:

Eine zweiwöchige Frist zwischen dem Vertragsabschluss und der Freischaltung eines Mobiltelefonanschlusses verstößt für Standardfälle gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Eine zweiwöchige Frist zwischen dem Vertragsabschluss und der Freischaltung eines Mobiltelefonanschlusses verstößt für Standardfälle gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, KSchG.

2.3. Restguthaben bei Wertkartenverträgen

„7.4. [...] Ein allenfalls noch vorhandenes Restguthaben verfällt mit Ende der Vertragslaufzeit, außer der Kunde begehrt Rückforderung desselben. Dies kann frühestens mit Ablauf von zwölf Monaten nach dem letzten Ladevorgang für einen Zeitraum von sechs Monaten begehrt werden. Macht der Kunde hievon keinen Gebrauch, wird dies als Verzicht des Kunden auf Auszahlung des Restguthabens gewertet und verfällt das Guthaben dann unwiderruflich. Macht der Kunde sohin innerhalb des angegebenen Zeitraums sein Rückforderungsrecht nicht geltend, verzichtet er auf die Auszahlung seines Restguthabens. [...] 3 stellt für die Bearbeitung der Rückerstattung eine Gebühr in Rechnung, deren Höhe der Tarifübersicht (gemäß Punkt 20.1. iVm den Punkten 8.4. und 8.5. der AGB) zu entnehmen ist. [...]“ <Diese Klausel ist Teil von Punkt 7.4. der aktuellen Geschäftsbedingungen und betrifft die Nutzung der Dienste mittels Wertkarten. Hier endet der Vertrag, wenn der Kunde nicht innerhalb von zwölf Monate nach dem ersten Freischalten oder dem letzten Aufladen ein weiteres Guthaben auflädt; dann beginnt die sechsmonatige Rückforderungsfrist. Auf diese Frist und die Folgen des ungenutzten Verstreichens wird der Kunde nach dem nicht beanstandeten Teil von Klausel 7.4. „spätestens zu Beginn der Rückforderungspflicht“ hingewiesen.

„7.4. [...] Ein allenfalls noch vorhandenes Restguthaben verfällt mit Ende der Vertragslaufzeit, außer der Kunde begehrt Rückforderung desselben. Dies kann frühestens mit Ablauf von zwölf Monaten nach dem letzten Ladevorgang für einen Zeitraum von sechs Monaten begehrt werden. Macht der Kunde hievon keinen Gebrauch, wird dies als Verzicht des Kunden auf Auszahlung des Restguthabens gewertet und verfällt das Guthaben dann unwiderruflich. Macht der Kunde sohin innerhalb des angegebenen Zeitraums sein Rückforderungsrecht nicht geltend, verzichtet er auf die Auszahlung seines Restguthabens. [...] 3 stellt für die Bearbeitung der Rückerstattung eine Gebühr in Rechnung, deren Höhe der Tarifübersicht (gemäß Punkt 20.1. in Verbindung mit den Punkten 8.4. und 8.5. der AGB) zu entnehmen ist. [...]“ <Diese Klausel ist Teil von Punkt 7.4. der aktuellen Geschäftsbedingungen und betrifft die Nutzung der Dienste mittels Wertkarten. Hier endet der Vertrag, wenn der Kunde nicht innerhalb von zwölf Monate nach dem ersten Freischalten oder dem letzten Aufladen ein weiteres Guthaben auflädt; dann beginnt die sechsmonatige Rückforderungsfrist. Auf diese Frist und die Folgen des ungenutzten Verstreichens wird der Kunde nach dem nicht beanstandeten Teil von Klausel 7.4. „spätestens zu Beginn der Rückforderungspflicht“ hingewiesen.

Nach dem (ebenfalls bekämpften) Punkt 20.1. der aktuellen Geschäftsbedingungen ist die Beklagte berechtigt, die in der Tarifübersicht angeführte Entgelte „gemäß der Punkte 8.4. und 8.5. der AGB anzupassen, insbesondere wenn sich Preisparameter ändern, die nicht im Einflussbereich von 3 liegen“. Die Klauseln 8.4. und 8.5. regeln die Vorgangsweise bei der Änderung von Geschäftsbedingungen und Entgelten. Danach teilt die Beklagte den Kunden eine beabsichtigte Änderung mindestens einen Monat vor deren Wirksamkeit mit. Ist die Änderung nicht ausschließlich zum Vorteil des Kunden, kann er den Vertrag kostenlos kündigen; darauf hat ihn die Beklagte in der Änderungsmitteilung hinzuweisen.

Der Kläger bringt vor, der in der Klausel vorgesehene Verfall des Guthabens sei wegen der kurzen Frist gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB. In Bezug auf das besondere Entgelt für die Rückerstattung seien die Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG nicht erfüllt. Abgesehen von der Unbestimmtheit der Änderungsfaktoren seien auch Querverweise unzulässig. Der Kläger bringt vor, der in der Klausel vorgesehene Verfall des Guthabens sei wegen der kurzen Frist gröblich benachteiligend iSv Paragraph 879, Absatz 3, ABGB. In Bezug auf das besondere Entgelt für die Rückerstattung seien die Voraussetzungen des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 5 und Absatz 3, KSchG nicht erfüllt. Abgesehen von der Unbestimmtheit der Änderungsfaktoren seien auch Querverweise unzulässig.

Nach Auffassung der Beklagten ist der Guthabensverfall die notwendige Konsequenz aus der unerlässlichen Löschung einer nicht mehr genutzten Rufnummer. Dem Mobilfunkbetreiber entstünden für jeden Kunden, dem eine Rufnummer zugeordnet sei, Kosten, und zwar auch dann, wenn keine Leistungen mehr in Anspruch genommen würden. So müsse der Betreiber Systemkapazität freihalten und Softwarelizenzgebühren in Abhängigkeit von der Zahl der angeschalteten Teilnehmer zahlen. Die Nummer könne keinem neuen Nutzer zugewiesen werden. Gemessen am üblicherweise sehr geringen Guthaben auf Wertkartentelefonen reiche die achtzehnmonatige Frist (zwölf Monate bis zur Vertragsbeendigung und sechs Monate bis zum endgültigen Verfall) aus, um dem Kunden eine Disposition über sein verbleibendes Guthaben zu ermöglichen. Beim Bearbeitungsentgelt müsse eine Anpassung zulässig sein, wenn sich „Preisparameter“ änderten, die nicht von der Beklagten beeinflusst werden könnten. Nur das sehe Klausel 20.1., auf die verwiesen werde, vor. Eine detailliertere Beschreibung der möglichen Parameter sei für die Beklagte weder möglich noch zumutbar.

Die Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren statt. Es bedeute zwar einen „kalkulatorischen“ Aufwand, unverbrauchte Restguthaben über einen langen Zeitraum evident zu halten. Jedoch sei der vorgesehene Zeitraum im Vergleich zur dreißigjährigen Verjährungsfrist des dispositiven Recht unangemessen kurz. Mangels sachlicher Rechtfertigung sei er daher gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB. Die Entgeltklausel widerspreche § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG, da die Anpassung durch den Verweis auf Klausel 20.1. im Belieben der Beklagten liege. Die Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren statt. Es bedeute zwar einen „kalkulatorischen“ Aufwand, unverbrauchte Restguthaben über einen langen Zeitraum evident zu halten. Jedoch sei der vorgesehene Zeitraum im Vergleich zur dreißigjährigen Verjährungsfrist des dispositiven Recht unangemessen kurz. Mangels sachlicher Rechtfertigung sei er daher gröblich benachteiligend iSv Paragraph 879, Absatz 3, ABGB. Die Entgeltklausel widerspreche Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 5 und Absatz 3, KSchG, da die Anpassung durch den Verweis auf Klausel 20.1. im Belieben der Beklagten liege.

Die Beklagte beruft sich in der Revision insbesondere darauf, dass die Kunden ohnehin auf den drohenden Verfall des Guthabens hingewiesen würden. Damit seien die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorgesehenen Bedingungen für die Wertung der Untätigkeit als Verzicht erfüllt

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at