jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2010/2/23 4Ob99/09a

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 23.02.2010

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei H***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Christof Pöchhacker, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei m***** AG, *****, vertreten durch Dr. Wolfgang W. Richter, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 30.000 EUR), über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 16. März 2009, GZ 4 R 216/08a-12, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 6. Oktober 2008, GZ 19 Cg 132/08w-6, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung wie folgt lautet:

„1. Einstweilige Verfügung:

Zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagte auf Unterlassung unlauterer Geschäftspraktiken wird der Beklagten geboten, es ab sofort zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik anzuwenden, nämlich im Zusammenhang mit von ihr angebotenen Mobilfunkdienstleistungen

a. ein bei Vertragsbeendigung - nach Ablauf der Mindestvertragsdauer - anfallendes Deinstallationsentgelt oder sonstiges Bearbeitungsentgelt mit ihren Kunden - in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern - zu vereinbaren bzw ihren Kunden zu verrechnen;

b. auf irreführende Weise zu werben, und zwar den Tarif ‘A1 Network Easy’ unter Angabe eines Grundentgelts von monatlich 12 EUR und die Tarifoption ‘Zero Intern’ unter Angabe eines zusätzlichen Entgelts von monatlich 5 EUR zu bewerben, wenn nicht zugleich mit ausreichender Deutlichkeit darauf hingewiesen wird, dass der Kunde bei Vertragsbeendigung für die Tarifoption ‘Zero Intern’ ein Deaktivierungsentgelt oder sonstiges Bearbeitungsentgelt (unter Angabe der Höhe desselben) zu entrichten hat.

Die einstweilige Verfügung wird bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils erlassen.

2. Das Mehrbegehren, der Beklagten generell zu verbieten, im Zusammenhang mit von ihr angebotenen Mobilfunkdienstleistungen ein bei Vertragsbeendigung anfallendes Deinstallationsentgelt oder sonstiges Bearbeitungsentgelt mit ihren Kunden zu vereinbaren bzw ihren Kunden zu verrechnen, wird abgewiesen.

3. Die Klägerin hat ihre Kosten des Provisorialverfahrens aller drei Instanzen vorläufig, die Beklagte ihre Kosten endgültig selbst zu tragen."

Text

Begründung:

Die Streitteile betreiben jeweils österreichweit Mobilfunknetze.

Die Beklagte bietet für „Unternehmer oder Freiberufler" den Tarif Network Easy an. Voraussetzung ist die Anmeldung von mindestens zwei Mobiltelefonen, um bei einem monatlichen Grundentgelt von 12 EUR um 5 Cent pro Minute in alle Netze telefonieren zu können. Die Tarifvariante „Zero intern" bietet für zusätzliche 5 EUR im Monat Gratistelefonie im (eigenen) A1-Network und zur Mobilbox. Auf ihrer Homepage gibt die Beklagte neben einleitend angeführten Vorteilen die Tarife und die erhältlichen Geräte sowie über „Sternchenverweis" die im Kleindruck gehaltenen Vertragsbedingungen bekannt. Darin findet sich ua ein Hinweis auf die Mindestvertragsdauer von 24 Monaten. Hinsichtlich der Option „Zero intern" wird ausgeführt:

„0 Cent gilt österreichweit:

für Sprachverbindungen zu eigenem A1 Network: 1.000 Minuten/Monat/Anschluss ins eigene Network Easy (inkl A1 Mobilbox) mit Option Zero Intern. Nur für alle Anschlüsse in einem A1 Network Easy wählbar. Überschreitungen der inkl Minuten/Monat werden 0,05 EUR (inkl USt) pro Minute verrechnet. Endet der Network-Vertrag, so ist für Zero Intern ein einmaliges Bearbeitungsentgelt (Deinstallationsentgelt) in Höhe von 480 EUR zu bezahlen ..."

Das - per Internet zugängliche - Anmeldeformular der Beklagten führt die verschiedenen Tarifmodelle samt Zusatzdiensten und MVD (Mindestvertragsdauer) an (für „Zero intern" 24 Monate). Oberhalb des Raums für die Unterschrift findet sich kleingedruckt die Angabe des Aktivierungsentgelts und ein Hinweis auf die Vertragsbedingungen, die auf der dritten Seite folgen. Diese enthalten zunächst den Hinweis, dass der Kunde erkläre, kein Verbraucher zu sein. Im Punkt „A1 Zusatzdienste - Telefonieren" heißt es ua:

„... MVD 24 Monate. Die Inanspruchnahme des gewählten SMS Pakets bzw der Option Zero Intern ist nur für alle unter einer Kundennummer geführten und verrechneten Anschlüsse Ihres Networks möglich. Werden daher weitere Anschlüsse im gewählten Network Tarifmodell aktiviert, so erfolgt die Freischaltung mit dem gewählten SMS Paket oder der Option Zero Intern. Für das gewählte SMS-Paket bzw Option ist pro Mobilfunkanschluss Ihres Networks ein zusätzliches monatliches Grundentgelt zu bezahlen. Das Einrichtungsentgelt beträgt 5 EUR. Ein Wechsel des SMS Pakets ist 1x pro Rechnungsmonat gegen 10 EUR inkl USt möglich. Endet der dahinterstehende Network-Vertrag vorzeitig gemäß § 33 Abs 3 AGB Mobil oder aufgrund einer Umstellung des Tarifmodells wegen Unterschreitung der erforderlichen Anzahl von 2 Anschlüssen, so ist für die Option Zero Intern zusätzlich zu einem allfälligen Restentgelt ein einmaliges Bearbeitungsentgelt (Deinstallationsentgelt) in Höhe von 480 EUR (inkl USt) zu bezahlen ..."

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (AGB Mobil) lauten auszugsweise wie folgt:

Sperre: ...

§ 21 Abs 1 „Die m***** ist - abgesehen von den Bestimmungen des § 9 dieser AGB - berechtigt, die Erbringung von Leistungen ganz oder teilweise zu verweigern (Sperre), wenn

1. der m***** Tatsachen bekannt werden, die eine Ablehnung der Begründung des Vertragsverhältnisses gemäß § 5 Abs 4 dieser AGB gerechtfertigt hätten und die noch von Bedeutung sind,

2. der Kunde gegenüber der m***** oder einem anderen im § 4 Abs 1 dieser AGB genannten Unternehmen mit Zahlungsverpflichtungen gemäß den Bestimmungen des TKG 2003 - erfolglose Mahnung mit Androhung einer Sperre und unter Setzung einer Nachfrist in der Dauer von mindestens zwei Wochen - im Verzug ist,

3. der Kunde sonstige wesentliche vertragliche Pflichten, insbesondere solche, die im Sinne des § 72 TKG 2003 der Sicherung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Kommunikationsnetze, -dienste oder dem Schutz Dritter dienen, trotz Aufforderung diese einzuhalten verletzt - und im Fall von Einwendungen gegen diese Aufforderung - die Zustimmung der Regulierungsbehörde vorliegt oder vom Anschluss des Kunden ein öffentliches Kommunikationsnetz oder -dienst gestört wird, sodass eine Beeinträchtigung anderer Kunden oder eine Gefährdung von Personen gegeben ist, und eine unverzügliche Entstörung trotz Aufforderung diese zu ermöglichen, nicht möglich ist,

4. der Kunde seine Rechts- oder Geschäftsfähigkeit verliert und er keine Haftungserklärung des gesetzlichen Vertreters (Sachwalters usw) beibringt,

5. die Höhe des laufenden Verbindungsentgelts das Kreditlimit des Kunden, welches sich zunächst aus der durchschnittlichen Höhe der Verbindungsentgelte vergleichbarer Kundengruppen desselben Tarifmodells und anschließend aus der durchschnittlichen Höhe der bisherigen Verbindungsentgelte des Kunden errechnet, um mehr als das Doppelte übersteigt,

6. dies in Verträgen mit anderen Betreibern oder gemäß § 16 mit anderen Anbietern von Leistungen hinsichtlich der von diesen Betreibern oder Anbietern erbrachten Leistungen vorgesehen ist; die Sperre erfolgt in diesem Fall nur für die Leistung dieses Betreibers oder Anbieters,

7. hinsichtlich des Kunden ein außergerichtlicher Ausgleichsversuch beantragt, ein Insolvenzverfahren oder eine Gesamtexekution bevorsteht, beantragt, eröffnet oder bewilligt wurde, eine gerichtliche Sequestration angeordnet wurde, ein Liquidationsverfahren eingeleitet wurde, der keine inländische Bank- oder Kreditkartenverbindung mehr besitzt oder dessen Kreditwürdigkeit aus anderen Gründen nicht mehr gegeben ist,

8. der Kunde trotz Verlangen der m***** keine inländische Zustellanschrift oder Zahlstelle mehr besitzt,

9. der begründete Verdacht besteht, Kommunikationsdienste oder damit in Zusammenhang stehende Leistungen insbesondere in betrugsmäßiger Absicht zu missbrauchen oder den Missbrauch durch Dritte zu dulden,

10. der Kunden ohne schriftliche Zustimmung der m***** Dritten die entgeltliche oder kommerzielle Überlassung von Leistungen der m***** an Dritte sowie deren Wiederverkauf und den Handel damit gestattet,

11. der begründete Verdacht besteht, dass der überlassene Anschluss zur Umgehung von Zusammenschaltungsvereinbarungen oder zur Umgehung des Abschlusses von Zusammenschaltungsvereinbarungen in einer Weise mit mobile gateways oder ähnlichen Einrichtungen verbunden wird, welche Mobilfunkverbindungen direkt in das Mobilfunknetz der m***** leiten, oder

12. der begründete Verdacht besteht, dass die Leistungen der m***** überwiegend durch einen Dritten im Sinne eines Umgehungsgeschäfts in Anspruch genommen werden sollen, bei dem die Ablehnungsgründe der Z 1 bis 11 vorliegen."

Außerordentliche Kündigung: ...

§ 24 Abs 2 „Das Vertragsverhältnis ist für die m***** kündbar, wenn die Voraussetzungen für eine Sperre gemäß § 21 Abs 1 dieser AGB vorliegen, ein gemäß den in den Entgeltbestimmungen enthaltenen Bedingungen festgelegter Mindestumsatz nicht erreicht wird oder der Teilnehmer den Telefondiensteanbieter unter Beibehaltung der Rufnummer wechselt, sodass eine Leistungserbringung durch die m***** unmöglich wird (Nummernübertragung). Bei Kündigung der m***** aufgrund einer Nummernübertragung hat der Kunde innerhalb der im Kündigungsschreiben hierfür kommunizierten Frist nach Kündigung die Möglichkeit, den Vertrag durch Beantragung einer neuen Rufnummer sowie SIM-Karte und Bezahlung des dafür vorgesehenen Entgelts mit m***** fortzusetzen. m***** wird auf diesen Umstand bei Kündigung des Vertrags gesondert hinweisen."

Fristlose Auflösung: ...

§ 25 „Die m***** ist berechtigt anstelle einer Kündigung alle Vertragsverhältnisse mit dem Teilnehmer fristlos aufzulösen, wenn

1. der Teilnehmer länger als zwei Rechnungsperioden mit Zahlungsverpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis im Ausmaß von mindestens zwei monatlichen Grundentgelten trotz jeweiliger Mahnung mit Androhung einer Sperre und unter Setzung einer Nachfrist in der Dauer von mindestens zwei Wochen im Verzug ist oder

2. der Teilnehmer gröblich oder wiederholt sonstige wesentliche vertragliche Pflichten, insbesondere solche, die der Sicherung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Kommunikationsnetze, -dienste oder dem Schutz Dritter dienen, verletzt,

3. vom Teilnehmer ein außergerichtlicher Ausgleichsversuch beantragt oder hinsichtlich desTeilnehmers ein Ausgleichsverfahren oder eine Gesamtexekution eröffnet oder bewilligt wurde, oder

4. die Voraussetzungen des § 21 Abs 1 Z 4, 9 oder 11 vorliegen."

Besondere Bestimmungen für Verträge mit Mindestvertragsdauer:

Einvernehmliche Auflösung, vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses: ...

§ 33 Abs 3 „Wird das Vertragsverhältnis durch außerordentliche Kündigung durch die m*****, fristlose Auflösung durch die m*****, durch Tod des Teilnehmers oder durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Teilnehmers vor Ablauf der Mindestvertragsdauer beendet, so ist mit Beendigung des Vertragsverhältnisses für die Zeit zwischen der Vertragsbeendigung und dem Ende der Mindestvertragsdauer ein Restentgelt zu bezahlen. Das Restentgelt beträgt - soweit in den Entgeltbestimmungen nichts anderes vereinbart ist - die Höhe des Grundentgelts der für diesen Zeitraum anfallenden Grundentgelte. Für die Höhe des Grundentgelts ist - soweit in den Entgeltbestimmungen nichts anderes vereinbart ist - der Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses maßgeblich."

Die Klägerin beantragt, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu untersagen, im Zusammenhang mit den von ihr angebotenen Mobilfunkdienstleistungen ein bei Vertragsbeendigung anfallendes Deaktivierungs- oder sonstiges Bearbeitungsentgelt mit ihren Kunden zu vereinbaren bzw ihren Kunden zu verrechnen, in eventu der Beklagten zu verbieten, auf irreführende Weise zu werben, und zwar den Tarif „A1 Network Easy" unter Angabe eines Grundentgelts von monatlich 12 EUR und die Tarifoption „Zero Intern" unter Angabe eines zusätzlichen Entgelts von monatlich 5 EUR zu bewerben, wenn nicht zugleich in gleicher Auffälligkeit darauf hingewiesen werde, dass der Kunde bei Vertragsbeendigung für die Tarifoption „Zero Intern" ein Deaktivierungsentgelt oder sonstiges Bearbeitungsentgelt (unter der Angabe der Höhe desselben) zu entrichten hat. Dem Deaktivierungsentgelt stehe kein gerechtfertigter, gesondert abzugeltender Aufwand oder eine Leistung der Beklagten gegenüber. Das Modell der Klägerin führe bei den betroffenen Kunden dazu, dass sich ein Betreiberwechsel unter Rufnummernmitnahme um mindestens 480 EUR ohne Leistungsgrund verteuere und damit erheblich erschwere, wodurch eine kaum überwindbare Wechselbarriere zu Mitbewerbern der Klägerin und damit eine wirtschaftlich spürbare Abschottung bzw wirtschaftliche Knebelung der Kunden unter Verstoß der Vorschrift des § 23 Abs 1 und 2 Telekommunikationsgesetz (TKG) resultiere. Die Beklagte verstoße mit ihrem wettbewerbsverzerrenden Verhalten der faktischen Kundenbindung gegen §§ 1 Abs 1 Z 1 und 2 Abs 1 Z 4 UWG, was zu Folge der marktbeherrschenden Stellung der Beklagten auch einen Missbrauch nach § 5 KartG darstelle. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Der Hinweis auf die Pflicht zur Zahlung des Deaktivierungsentgelts finde sich sowohl in der Tarifübersicht als auch - versteckt - im Kleingedruckten des Anmeldeformulars. Da die Tarifübersicht den Eindruck der vollständigen Aufstellung der Kosten vermittle, enthalte die beanstandete Klausel auch eine irreführende Preisangabe.

Die Beklagte entgegnete, das Tarifmodell werde ausschließlich Unternehmern, nicht jedoch Verbrauchern angeboten. Das Deinstallationsentgelt sei nur einmal pro zusätzlich zum Grundtarif gewählter Option zu entrichten, und zwar nur dann, wenn das „Network", mit dem diese Option verknüpft worden sei, vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Mindestlaufzeit vom Kunden aufgegeben oder seitens der Beklagten als Netzbetreiberin berechtigt beendet werde. Das Deinstallationsentgelt werde, wie aus § 33 Abs 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten („AGB Mobil") hervorgehe, lediglich bei vorzeitiger Beendigung des Grund-/Network-Vertrags vor Ablauf der vereinbarten Mindestvertragszeit, und dann auch nur im Falle der Verknüpfung mit der Option „Zero Intern" fällig. Die Möglichkeit der technischen Bereitstellung von derartigen Funktions-/Verrechnungsmodellen erfordere einmalige und laufende Netzinvestitionen in Millionenbeträgen. Die Bereitschaft eines Netzbetreibers, wiederkehrende Leistungen kostengünstiger zu verrechnen, sei an längerfristige Kundenbeziehungen geknüpft. Die Verrechnung von Deinstallationsentgelten sei ein legitimes Mittel, vorzeitige Vertragsbeendigungen zu pönalisieren. Bei durchschnittlich 50 bis 100 Teilnehmern pro Network falle das Entgelt auch nicht ins Gewicht. Eine Rufnummernmitnahme möge wesentliche Voraussetzung für die Bereitschaft zum Betreiberwechsel von Mobilfunkteilnehmern sein, es werde jedoch dabei die verpflichtende „Portieransage" vernachlässigt, die wesentlicher Grund für Wechselwillige im Businessbereich sei, von einem Betreiberwechsel oder einer Rufnummernportierung Abstand zu nehmen. Das Deinstallationsentgelt sei bei vorzeitiger Beendigung des Vertragsverhältnisses unabhängig von einer allfälligen Portierung der Rufnummer fällig. Ein Verstoß gegen § 23 Abs 2 TKG scheide daher aus, weil kein Entgelt für eine Portierung zu zahlen sei. Ein Missbrauch marktbeherrschender Stellung liege nicht vor, weil die Beklagte ihren Kunden in Wahrheit, wenngleich gegen angemessenes Pauschalentgelt, durch den Verzicht auf die Einhaltung von Bindefristen entgegenkomme. Das beanstandete Entgelt betreffe die wechselseitigen Hauptleistungen, weshalb § 879 Abs 3 ABGB nicht anwendbar sei.

Das Begehren sei zu weit gefasst, weil es sich bloß abstrakt auf ein bei Vertragsbeendigung anfallendes Deaktivierungsentgelt oder sonstiges Bearbeitungsentgelt beziehe, Vorbringen zu weiteren derartigen Entgelten jedoch fehle.

Das Erstgericht wies sowohl Haupt- als auch Eventualsicherungsbegehren ab. Das Hauptbegehren sei überzogen und zu allgemein gefasst, da es bei mehrere Anschlüsse umfassenden Leistungen an Unternehmer durchaus denkbar sei, dass die Auflösung der Installation mit Kosten verbunden sei, die gerechtfertigterweise weiterverrechnet werden könnten. Würde das Hauptbegehren auf Fälle eingeschränkt, wo dies ohne sachliche Rechtfertigung oder in übermäßiger Höhe geschehe, wäre die Beklagte zur Unterlassung nach § 1 UWG verpflichtet, wenn die Vereinbarung oder Forderung eines Deinstallationsentgelts als unlautere Geschäftspraxis anzusehen sei, die geeignet wäre, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Sofern das Deinstallationsentgelt bei Beendigung vor Ablauf der vertraglichen Mindestdauer anfalle, sei es, sofern es damit verbundene Kosten übersteige, als Vertragsstrafe anzusehen. Ein Druckmittel zur Einhaltung geschlossener Verträge sei weder ungewöhnlich noch ein Lauterkeitsverstoß. Es treffe zwar zu, dass der Text (der AGB) das Deinstallationsentgelt nicht auf den Fall der Auflösung des Vertrags vor Ablauf der Mindestvertragsdauer beschränke. Im Verhältnis zu Unternehmern gelte jedoch nicht die kundenfeindlichste Auslegung. Diese unklare Bestimmung sei vielmehr nach § 915 ABGB im Zweifel dahin auszulegen, dass auch dieser in § 33 Abs 3 AGB Mobil nicht geregelte Anwendungsfall nur bei vorzeitiger Auflösung Platz greife. Ein Kunde, für den die Voraussetzung für den gesamten, auch das Zusatzpaket mitumfassenden Tarif nach der Mindestvertragsdauer wegfalle, könne das Vertragsverhältnis ohnehin kündigen und damit die Deaktivierungskosten jedenfalls vermeiden. Es sei daher nicht davon auszugehen, dass eine nicht bloß unerhebliche Beeinflussung des Wettbewerbs stattfinde. Im Übrigen müssten Unternehmer mit Vertragsstrafen in AGB rechnen, sodass das Fehlen eines Hinweises darauf außerhalb der AGB keine Irreführung hervorrufe.

Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung im Sinne des Hauptbegehrens und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Die beanstandete Praxis der Beklagten verstoße gegen § 23 Abs 1 TKG. Der Kunde habe nach § 33 Abs 3 AGB Mobil im Falle der vorzeitigen Vertragsauflösung die Pflicht, das restliche Grundentgelt für die vereinbarte Vertragsdauer zu bezahlen. Die Beklagte erreiche damit im Falle der vorzeitigen Beendigung des Vertrags ohnedies die gleiche Position wie bei voller Vertragszeit. Soweit die Beklagte das - hier überdies völlig starr gestaltete - Deinstallationsentgelt als Pönale für die vorzeitige Vertragsbeendigung ansehe, die nicht nur bei Rufnummernportierung anfalle, hindere diese Pönale Kunden am Wechsel des Betreibers unter Mitnahme der Rufnummer, falle dieses Entgelt doch auch bei einer Rufnummernportierung an. Die Verrechnung eines Deinstallationsentgelts widerspreche daher ganz allgemein der wettbewerbsfördernden Bestimmung des § 23 TKG, da besonders die Rufnummernportierung noch während eines aufrechten Vertrags eingeschränkt werde, zumal die Beklagte in einem solchen Fall von ihrem Kündigungsrecht nach § 33 Abs 3 AGB Mobil Gebrauch mache. Es müsse aber dem Kunden überlassen bleiben, wie viele Verträge er bei welchen Betreibern abschließe, da nach § 5 Abs 2 Z 1 der Verordnung betreffend die Übertragung von Nummern zwischen Mobilfunknetzen (Nummernübertragungsverordnung BGBl II 2003/513) eine Nummernübertragung auch während der Mindestvertragsdauer nicht verweigert werden dürfe. Aufgrund seines abschreckenden Charakters (§ 23 Abs 2 TKG) beschränke das Deinstallationsentgelt auch in diesem Fall die Rufnummernportabilität. Daran vermöge auch nichts zu ändern, dass die 480 EUR nicht pro SIM-Karte fällig werden, weil dieser Betrag in voller Höhe schon bei (vorzeitigem) Beenden des Network-Vertrags von bereits zwei Teilnehmern fällig werde. Im Übrigen gehe aus Beil ./5 hervor, dass das Deinstallationsentgelt nicht nur bei einer vorzeitigen Beendigung des Network-Vertrags wegen des gänzlichen Ausstiegs des Kunden fällig werde, sondern auch im Falle der Reduktion der Network-Teilnehmeranzahl auf unter zwei Teilnehmer mangels jeder Einschränkung aus welchem Grund immer, was dann zu einer Umstellung des Tarifmodells und damit zur Fälligkeit des Deinstallationsentgelts führe. Die Auslegung, dass ein Deinstallationsentgelt auch nach Ablauf der Mindestvertragsdauer fällig werde, „stehe durchaus im Raum“. Dies belege die Formulierung in Beil ./D (Tarifinformation auf der Homepage), die das Deinstallationsentgelt gerade nicht auf eine vorzeitige Beendigung beschränke. Deshalb bestehe tatsächlich die Gefahr, dass das Entgelt auch bei späterer Beendigung des Network-Vertrags fällig werde. Damit sei zumindest im Provisorialverfahren bescheinigt, dass die Beklagte das Deinstallationsentgelt nicht nur im Falle der vorzeitigen Vertragsauflösung begehre. Es liege daher ein klarer Rechtsbruch vor. Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Deinstallationsentgelten bei Beendigung von Mobildienstverträgen fehle.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs der Beklagten ist aus dem vom Rekursgericht genannten Grund zulässig; er ist auch teilweise berechtigt.

Die Beklagte führt aus, dass innerhalb eines „Networks", wie es dem verfahrensgegenständlichen Tarif „Network Easy" zugrunde liege, zumindest in einem „verbindenden Element" zwischen den beteiligten Anschlüssen als spezieller Leistungsgrund ein besonderes wirtschaftliches und/oder technisches Nutzerinteresse liege, wie dies auch in einer darauf aufsetzenden „Option" der Fall sei. Eine (gewählte) Option könne sich immer nur auf das gesamte Network beziehen, nicht auf bloß einzelne Anschlüsse daraus. Pro Network werde nur ein Deinstallationsentgelt im „qualifizierten" (vorzeitigen) Beendigungsfall verrechnet, nicht aber dann, wenn die vereinbarte Mindestvertragsdauer (der Option) zum (Vertrags-)Beendigungszeitpunkt bereits abgelaufen sei. Das Entgelt falle nur einmal pro Option an, also nicht für jede im Network bestehende SIM-Karte bzw jeden Anschluss.

Die Möglichkeit der technischen Bereitstellung von derartigen Optionen erfordere einmalige und laufende (Netz-)Investitionen in Millionenbeträgen, so dass man bei der Kalkulation zwecks „Hereinspielens" von gewährten Nachlässen und getätigten Investitionen von einer längerfristigen Kundenbeziehung, also konkret von einer zu vereinbarenden Mindestvertragsdauer mit Pönaleabsicherung ausgehen könne. Das gegenständliche Deinstallationsentgelt sei daher keine - einen Betreiberwechsel verhindernde - unzulässige „Fluchtkostenbelastung".

Das Unterlassungsgebot sei überschießend, weil nicht jede Form der Vertragsbeendigung eine Rufnummernportierung mit sich bringe. Eine einstweilige Verfügung wäre daher - wenn überhaupt berechtigt - nur mit ausdrücklicher Beschränkung auf den Rufnummernportierungsfall zu erlassen gewesen. Jedenfalls wäre aber die Verrechnung entsprechend gestaffelter Deaktivierungskosten zulässig. Das vom Rekursgericht undifferenziert ausgesprochene Vereinbarungs-/ Verrechnungsverbot (auch) „sonstiger Bearbeitungsentgelte" sei daher „rechtsunrichtig". Beantragt werde daher die Abweisung des Sicherungsantrags, in eventu dessen Abänderung bzw Einschränkung dahingehend, dass der Beklagten (nur) die Vereinbarung/Verrechnung des Deinstallationsentgelts oder sinngemäßen Entgelts bei Rufnummernportierung iSd § 23 TKG untersagt werde.

Hiezu wurde erwogen:

1. Die Klägerin stützt ihr Hauptbegehren auf § 1 Abs 1 Z 1 UWG iVm § 879 Abs 3 ABGB, § 23 Abs 1 und 2 TKG 2003 und § 5 KartG, und ihr Eventualbegehren auf § 2 Abs 1 Z 4 UWG.

1.1. Das Deinstallationsentgelt wird von der Beklagten selbst als „pauschalierter Ersatzbetrag (mit Pönalecharakter) für vorzeitige Vertragsauflösung" bzw als Hauptleistung des Kunden bezeichnet, womit die Nachteile des Vertragspartners aus einer vorzeitigen Vertragsbeendigung abgegolten werden. Es handelt sich somit schon nach dem Vorbringen der Beklagten um kein Entgelt zur Abgeltung eines Vertragsbeendigungsaufwands des Netzbetreibers, sondern um eine Art „Stornogebühr".

1.2. Die Vereinbarung einer „Stornogebühr" ist im Einzelfall als Konventionalstrafe nach § 1336 Abs 1 ABGB oder als Reugeld (§ 909 ABGB) anzusehen (Kathrein in KBB2 § 7 KSchG Rz 1 mwN). Eine Vertragsstrafe liegt jedenfalls dann vor, wenn sie vom Gegner des Rücktrittsberechtigten zu leisten ist (Bollenberger in KBB2 § 909 ABGB Rz 3 mwN). Die Vertragsstrafe ist im Zweifel nur dann zu entrichten, wenn den Schuldner an der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung ein Verschulden trifft. Es ist jedoch prinzipiell auch zulässig, eine Konventionalstrafe für den Fall einer schuldlos herbeigeführten Vertragsverletzung zu vereinbaren (Krejci in Rummel, ABGB3 § 7 KSchG Rz 3 mwN).

1.3. Im vorliegenden Fall verlangt die Beklagte das beanstandete Deinstallationsentgelt in den Fällen der vorzeitigen (= vor Ablauf der Mindestvertragsdauer von 24 Monaten) Vertragsbeendigung (außerordentliche Kündigung oder fristlose Auflösung durch die Beklagte, Tod des Teilnehmers oder Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Teilnehmers) oder der Umstellung des Tarifmodells wegen Unterschreitung der erforderlichen Anzahl von 2 Anschlüssen. Dies betrifft - wie aus den oben wiedergegebenen Bestimmungen der „AGB Mobil" hervorgeht - jeweils Sachverhalte, in denen der Beklagten die weitere Leistungserbringung nicht (mehr) zumutbar bzw nicht mehr möglich ist. Das Rekursgericht sah es aber auch als bescheinigt an, dass die Beklagte das Deinstallationsentgelt nicht nur im Falle der vorzeitigen Vertragsauflösung begehrt. An dieses Bescheinigungsergebnis ist der Senat gebunden.

2 . Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Vereinbarung einer derartigen Vertragsstrafe (in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern) den Vertragspartner iSd § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligt.

2.1. Bei der Angemessenheitskontrolle nach § 879 ABGB ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen. Für diesen Zeitpunkt ist eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenprüfung vorzunehmen. Bei Vereinbarung einer Konventionalstrafe kommt es darauf an, ob sich die Höhe des Vergütungsbetrags an jenem durchschnittlichen Schaden orientiert, der nach der Schätzung eines redlichen Beobachters bei der damit sanktionierten Vertragsverletzung normalerweise eintritt (4 Ob 113/06f mwN).

2.2. Die Beklagte knüpft ihre Bereitschaft, wiederkehrende Leistungen zu einem bestimmten (kostengünstigen) Tarif zu verrechnen, an eine längerfristige Kundenbeziehung, somit an eine Mindestvertragsdauer mit Pönaleabsicherung, um getätigte Investitionen und gewährte Nachlässe wieder „hereinspielen" zu können. Wenn die Beklagte nun durch Vertragsverletzungen des Kunden oder vergleichbare in dessen Sphäre eingetretene Umstände zur vorzeitigen Vertragsbeendigung veranlasst wird, erleidet sie einen wirtschaftlichen Nachteil, somit einen Schaden, zu dessen Vermeidung grundsätzlich die Vereinbarung einer Konventionalstrafe zulässig ist. Die Vereinbarung einer Mindestvertragsdauer samt „Pönale" kann nicht per se (unabhängig von der jeweiligen Höhe) als für den Kunden gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB angesehen werden, zumal sie ihre sachliche Rechtfertigung in einer wirtschaftlichen Tarifgestaltung und der damit im Zusammenhang stehenden Abdeckung des kaufmännischen Risikos der Beklagten findet (zur Zulässigkeit einer Mindestvertragsdauer von 24 Monaten bei subventionierten Endgeräten vgl 4 Ob 91/08y).

2.3. Die grundsätzliche sachliche Rechtfertigung einer Vertragsstrafe bei - vom Kunden veranlasster - Vertragsbeendigung ist jedoch nur im Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung gegeben. Nur in diesem Fall wird der Beklagten ein durch Pönale abgesicherter Schaden verursacht. Nach dem bescheinigten Sachverhalt begehrt die Beklagte das Deinstallationsentgelt gemäß ihren Geschäftsbedingungen jedoch auch in Fällen, in denen die Mindestvertragsdauer uU bereits abgelaufen ist.

2.4. Das Verlangen von Deinstallationsentgelt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern nach Ablauf der Mindestvertragsdauer begründet einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB. Deaktivierungsentgelt nach Ende der vereinbarten Mindestvertragsdauer ist kein Entgelt für Leistungen, die die Beklagte auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für ihre Kunden erbringt. Es ist vielmehr eine Abgeltung für Aufwendungen, die sie zur Wahrnehmung eigener Interessen tätigt. Ihr Versuch, dieses Entgelt auf den Vertragspartner auch dann zu überwälzen, wenn weder eine vorzeitige Vertragsbeendigung wegen vom Kunden zu vertretender Umstände, geschweige denn eine Vertragsverletzung erfolgte, benachteiligt den Vertragspartner in unangemessenem Umfang und ist mit den Grundgedanken des dispositiven Rechts nicht vereinbar (vgl BGH III ZR 199/01).

3.1. In weiterer Folge ist zu fragen, ob die oben dargelegte Verwendung teilweise unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Rechtsbruch iSv § 1 UWG den nach § 14 UWG klageberechtigten Konkurrenten einen Unterlassungsanspruch nach dem UWG gewährt. Diesbezüglich fehlt Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. In der Literatur zur - vergleichbaren - deutschen Rechtslage wird die Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen mehrheitlich bejaht (Köhler, Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen? NJW 2008, 177; Mann, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, WRP 2007, 1035; Woitkewitsch, Konkurrentenabmahnung wegen fehlerhafter AGB, GRUR-RR 2007, 257; vgl auch Köhler in Hefermehl/ Köhler/Bornkamm, UWG27 § 4 Rz 11.156c). Köhler (NJW 2008, 177) verweist insbesondere auf die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs der „Wettbewerbshandlung" (vgl „sonstige unlautere Handlung" gemäß § 1 Abs 1 Z 1 UWG), wonach eine solche auch dann vorliege, wenn die Maßnahme einen unmittelbaren Zusammenhang zwar nicht mit der Absatzförderung, wohl aber mit dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts aufweise. Die Verwendung unwirksamer AGB lasse sich ohne weiteres als Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht im Sinne der Generalklausel des Art 5 UGP-Richtlinie bezeichnen. Die Verwendung unwirksamer AGB besitze auch wettbewerbliche Relevanz, sie sei geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern oder Verbrauchern nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Für Klauseln im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen untereinander (B2B) werde man - um Wertungswidersprüche zu vermeiden - die gleichen Grundsätze anzuwenden haben.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Neben unlauteren Geschäftspraktiken nennt § 1 Abs 1 Z 1 UWG auch „

sonstige

unlautere

Handlungen

“, wodurch - ausweislich der Materialien zur UWG-Novelle 2007 - sichergestellt werden soll, dass „über den neuen Begriff der 'unlauteren Geschäftspraktiken' hinaus alle unlauteren Handlungen erfasst werden, die auch bisher durch § 1 UWG idgF abgedeckt worden sind“. Dabei hat der Unlauterkeitsmaßstab des § 1 Abs 1 Z 2 UWG im Sinne eines Verstoßes gegen die berufliche Sorgfalt auch bei Z 1 zur Anwendung zu gelangen. Da demnach jener Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt verlangt werden kann, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass ihn der Unternehmer gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten in seinem Tätigkeitsbereich anwendet, ist auch ein Verhalten als unlauter zu werten, das im Gegensatz zu einem klaren Gesetzeswortlaut, zur offenkundigen Absicht des Gesetzgebers oder zu einer feststehenden höchstrichterlichen Judikatur steht (Artmann, Die Beurteilung der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach der UWG-Novelle 2007, wbl 2008, 253).

3.2. Ist somit die Verwendung unzulässiger AGB als unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu qualifizieren, stellt sich die Frage, ob die Verletzung von § 879 Abs 3 ABGB nicht auch mit guten Gründen vertreten werden kann (RIS-Justiz RS0123239). Dies ist hier zu verneinen. Bei der vorzunehmenden Beurteilung, ob eine in AGB oder in einem Vertragsformblatt enthaltene Bestimmung eine „gröbliche“ Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren. Nach ständiger Rechtsprechung können Abweichungen vom dispositiven Recht schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn sich dafür keine sachliche Rechtfertigung ins Treffen führen lässt, jedenfalls aber dann, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (7 Ob 179/03d mwN). Dieses auffallende Missverhältnis ist jedenfalls bei Verlangen/Verrechnen von Deinstallationsentgelt - nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit - im eigenen Interesse und ohne Gewährung jeglicher Gegenleistung gegeben. Die dadurch bewirkte Verletzung von § 879 Abs 3 ABGB kann deshalb nicht mit guten Gründen vertreten werden.

3.3. Um die Erheblichkeitsschwelle nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu überschreiten, muss eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung dazu geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Die Eignung eines Rechtsbruchs zur spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs kann sich - ausgehend vom Regelungszweck der verletzten Norm und von den typischen Auswirkungen des Rechtsbruchs - schon aus dem Normverstoß als solchem ergeben (RIS-Justiz RS0123243).

Dies trifft hier zu: Die Vereinbarung des Deaktivierungsentgelts verschafft der Beklagten eine in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht bessere Position und führt damit letztlich - im Zusammenhang mit der Verrechnung dieses Entgelts - zu einer wirtschaftlichen Verbesserung zu Lasten der Mitbewerber.

Im Übrigen ist bei der Beurteilung der Auswirkungen von unlauteren Wettbewerbshandlungen auf das Marktgeschehen auch die Marktstärke eines Unternehmens zu berücksichtigen (Heidinger in Wiebe/G. Kodek, UWG [2009] § 1 Rz 133). Dass die Beklagte über beträchtliche Marktmacht verfügt, ist unstrittig. Die Eignung der beanstandeten Vorgangsweise der Beklagten zur spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs ist daher evident.

3.4. Hinsichtlich des Vereinbarens des Deinstallationsentgelts besteht an der Wiederholungsgefahr kein Zweifel (deren Nichtvorliegen wäre von der Beklagten zu behaupten und zu bescheinigen gewesen), und hinsichtlich des Verrechnens derselben ist von einer Erstbegehungsgefahr auszugehen, da es nahe liegt, dass die getroffene Vereinbarung auch umgesetzt wird.

Der auf die Verwendung unzulässiger AGB gestützte Unterlassungsanspruch der Klägerin besteht daher insoweit zu Recht, als das Deinstallationsentgelt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern (auch) nach Ablauf der Mindestvertragszeit vereinbart bzw verrechnet wird.

4.1. Hingegen scheidet § 23 Abs 1 und Abs 2 TKG als Anspruchsgrundlage aus. § 23 TKG 2003 sieht vor, dass der Endkunde die bisherige Telefonnummer auch bei einem Wechsel des Telefondienstebetreibers beibehalten kann. Der bisherige Betreiber hat dies sicherzustellen und darf für die Übertragung der Nummer kein „abschreckendes“ Entgelt verlangen. Eine Übertragung der Rufnummer ist auch während einer Mindestvertragslaufzeit möglich, während der der Vertrag unkündbar abgeschlossen wurde. Allerdings bleibt der Vertrag mit dem bisherigen Betreiber in einem solchen Fall aufrecht, der Kunde hat bis zur (ordentlichen) Kündigung des Altvertrags dem abgebenden Betreiber zumindest noch die Grundgebühr zu zahlen (Stratil/Polster/Singer/Steinmaurer/Weissenburger, TKG 20033 § 23 Rz 9).

4.2. Im vorliegenden Fall erfolgt die Verrechnung des Deinstallationsentgelts unabhängig von einer Rufnummernübertragung. Damit ist das Deinstallationsentgelt kein Entgelt iSd § 23 Abs 2 TKG. Die Rechtsansicht, dass § 23 Abs 2 TKG nur Entgelte für die (und nicht auch aus Anlass der) Portierung erfasst, ist mit guten Gründen vertretbar (vgl RIS-Justiz RS0077771).

5.1. Auch ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung iSv § 5 Abs 1 KartG liegt nicht vor. Ein Missbrauch nach dieser Bestimmung kann insbesondere in der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen bestehen, wie insbesondere unangemessener Zahlungsfristen und Verzugszinsen.

5.2. Im konkreten Fall ist entscheidend, ob die Verrechnung des Deinstallationsentgeltsinsgesamt zu einem unangemessenen Preis-/Leistungsverhältnis führt (zur nötigen Gesamtbetrachtung vgl 4 Ob 60/09s). Diesbezüglich fehlt es jedoch an jeglicher Bescheinigung durch die Klägerin.

6. Da das Sicherungshauptbegehren nur zum Teil berechtigt ist, nämlich nur insoweit, als die Beklagte - durch das Vereinbaren/Verrechnen von Deinstallationsentgelt in AGB oder Vertragsformblättern nach Ablauf der Mindestvertragsdauer - gegen § 879 Abs 3 ABGB verstößt, und somit das darüber hinausgehende generelle Begehren auf Untersagung des Vereinbarens/Verrechnens von Deinstallationsentgelt bei (jeglicher) Vertragsbeendigung abzuweisen war, muss auf das Eventualbegehren (Unterlassung irreführender Werbung) eingegangen werden.

6.1. Die Irreführungseignung ist nach dem Gesamteindruck der strittigen Ankündigung zu beurteilen. Der Gesamteindruck ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamtinhalt der Ankündigung. Denn er kann schon durch einzelne Teile der Ankündigung, die als Blickfang besonders herausgestellt sind, entscheidend geprägt werden. In solchen Fällen darf auch der blickfangartig herausgestellte Teil der Ankündigung für sich allein nicht irreführend sein und kann nur ein ausreichend deutlicher aufklärender Hinweis zum Wegfall der Irreführungseignung führen (4 Ob 109/08w = wbl 2009/20).

6.2. Im vorliegenden Fall ist die in der augenfälligen Tarifübersicht auf der Homepage der Beklagten nicht aufscheinende, sondern lediglich im Kleindruck beigefügte Information über das Deinstallationsentgelt zweifellos geeignet, bei den angesprochenen Kreisen eine unrichtige Vorstellung über die Tarifgestaltung der Beklagten zu bewirken. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin ist daher auch im Hinblick auf das Eventualsicherungsbegehren berechtigt.

Zur Vermeidung von Missverständnissen war die Formulierung „in gleicher Auffälligkeit“ durch „mit ausreichender Deutlichkeit“ zu ersetzen, zumal es erforderlich - aber auch ausreichend - ist, dass der aufklärende Hinweis von einem durchschnittlich informierten, verständigen Adressaten wahrgenommen wird, wenn er mit der Werbeaussage konfrontiert wird (vgl 4 Ob 243/03v; 4 Ob 245/07v).

Dem Revisionsrekurs der Beklagten war daher nur teilweise Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 43 Abs 2, 50 ZPO. Der Revisionsrekurs der Beklagten war nur mit einem verhältnismäßig geringfügigen Teil erfolgreich. Die Klägerin ist nur mit einem Teil ihres Hauptbegehrens unterlegen, ihr Eventualbegehren war zur Gänze erfolgreich.

Schlagworte

Zero intern; Deinstallationsentgelte,

Textnummer

E93414

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2010:0040OB00099.09A.0223.000

Im RIS seit

04.05.2010

Zuletzt aktualisiert am

26.02.2016

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