

# Von verfallenen Guthaben und unwirksamen Einwendungsfristen – Bemerkenswertes aus der wunderbaren Welt des M-Commerce

RA Dr. Clemens Thiele, LL.M.  
Salzburg

RnW 2005/  
357, S. 346

Weg mit dem Speck! – Kaum ein anderer Markt ist so heiß umkämpft wie der heimische für Mobiltelefonie. Insgesamt sechs größere Anbieter werben um die Gunst der Kunden. Anhand zweier Beispiele aus der höchstrichterlichen Spruchpraxis deutscher und österreichischer Provenienz erörtert der nachfolgende Beitrag Teilaspekte der AGB-rechtlich zulässigen Ausgestaltung von Mobilfunk- und Festnetztelefonverträgen!).

## 1. Einleitung

Das so genannte *Mobile-Business*<sup>2)</sup> beschäftigt schon seit geraumer Zeit nicht nur findige Vertragsanwälte, sondern auch zunehmend die österreichischen und deutschen Höchstgerichte. Nachfolgend soll anhand zweier kürzlich ergangener Urteile zum einen des BGH und zum anderen des OGH das „weite Feld“ des zivilen Telekommunikationsrechts punktuell vermessen werden.

## 2. Verfallsklauseln im Mobilfunkbereich

### 2.1 Problemstellung

In Österreich sind im Mobiltelefonbereich Vertragsbestimmungen durchaus branchenüblich, die bei „*Prepaid Handys*“ einen Verfall der Rufnummer und des damit verbundenen Guthabens vorsehen, wenn 15 Monate lang kein neues Guthaben aufgeladen wird.

Ausgangspunkt eines vom Verein für Konsumenteninformation (VKI) gegen den Mobilnetzbetreiber *tele.ring* geführten Musterprozesses waren demzufolge derartige Allgemeine Vertragsbedingungen (AGB), nach denen der Verlust der Rufnummer und des Restguthabens nach Ablauf von einem Jahr und drei Monaten drohte, wenn nicht rechtzeitig, also binnen dieser Gültigkeitsdauer, das Konto neu aufgeladen wurde. Das beklagte Unternehmen rechtfertigte diese Klausel damit, dass durch das Vorhalten verschiedener Leistungen wie der Verwaltung der Anrufe und SMS und des Freihaltens der Rufnummer Kosten entstehen, obwohl der Kunde nicht aktiv telefoniert. Hiergegen wandte der klagende VKI ein, dass Kunden, die aktiv telefonieren, zwar die fraglichen Leistungen im Wege höherer Gesprächsgebühren bezahlen, der Umfang der Zahlungspflicht jedoch wesentlich geringer wäre als der Verlust des Restguthabens.

Die ursprüngliche Forderung der Konsumentenschützer auf Rückzahlung von Guthaben bei entsprechendem Wunsch des Kunden hatte der beklagte Mobilfunkanbieter unter Verweis auf die mit der Einrichtung von Auszahlungssystemen in allen 1.000 Verkaufsstellen verbundenen Kosten von ca. 75.000 € noch abgelehnt – und sich damit dem noch unangenehmeren

Verbandsverfahren nach § 28 KSchG ausgesetzt. Denn der VKI forderte *tele.ring* nun zur Streichung der Verfallsklausel auf und zog vor Gericht, als sich das Unternehmen weigerte. In erster Instanz verloren die Konsumentenschützer. Das OLG Wien schloss sich allerdings der klägerischen Argumentation an, wonach die Verfallsbestimmung überraschend und ungewöhnlich (iSd § 864a ABGB) sowie intransparent (iSd § 6 Abs 3 KSchG) wäre. Das österreichische Höchstgericht hatte demzufolge letztlich zu klären, ob die Klausel: „*Laden Sie Ihr Konto rechtzeitig innerhalb der Gültigkeitsdauer (ein Jahr plus 3 Monate) auf, sonst verlieren Sie Ihre Rufnummer und das restliche Guthaben!*“ gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB wäre oder nicht.

**OGH erstmals zur Sittenwidrigkeit von Verfallsklauseln in Handy-Verträgen nach § 879 ABGB.**

### 2.2 Die Entscheidung des Gerichts<sup>3)</sup>

Die von *tele.ring* eingelegte Revision wurde vom OGH für nicht berechtigt erachtet. Das österreichische Höchstgericht erklärte die Vertragsbestimmungen für sittenwidrig.

Demnach liegt unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles eine gröbliche Benachteiligung der Kunden vor. Die weiteren vom Berufungsgericht festgestellten Rechtsverstöße prüfte der OGH nicht mehr näher, sondern beschränkte sich damit, auf ihr Zutreffen zu verweisen: „All jene von der Beklagten ins Treffen geführten Leistungen, die sie auch für denjenigen erbringt, der innerhalb der Gültigkeitsdauer [...] sein Guthaben nicht (zur Gänze) verbraucht, erbringt sie – abstrakt und im Durchschnitt betrachtet – in gleicher Weise für jene Kunden, die durch Aktivtelefonate ihr Guthaben verbrauchen. Diese Kunden müssen allerdings für die typischerweise durch Grundgebühren abgedeckten Leistungen, deren Entgelt in die Aktivgesprächsgebühren eingerechnet wurde, nicht im gleichen Ausmaß bezahlen wie die vom Guthabensverfall betroffenen Kunden. Unter diesem Aspekt ist die beanstandete Verfallsbestimmung tatsächlich eine gröbliche Benachteiligung iSv § 879 Abs 3 ABGB“, führte der OGH in der Begründung aus.

Darüber hinaus hielt das Höchstgericht fest, dass Verfallsklauseln nicht unter die Ausnahme von der Inhaltskontrolle iSd § 879 Abs 3 ABGB einzuordnen wären. Die Ausnahme von der in dieser Bestimmung verankerten Inhaltskontrolle – die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten

1) Grundlegend bereits *Zankl*, Von E-Commerce zu M-Commerce, *ecollex* 2003, 507; *Lehofer*, Zivilrechtliche Fragen des Telefondienstvertrages, *MR* 2003, 341; jüngst *Leb*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im M-Commerce, in *Plöckinger/Duursma/Mayrhofer* (2004), Internet-Recht S9; sowie *Fallenböck*, Die AGB am Handy-Display – Wie können Allgemeine Geschäftsbedingungen im M-Commerce wirksam einbezogen werden?, *MR* 2004, 523 jeweils mwN.

2) Zu dem wichtigen Teilaspekt der zivilrechtlichen Einordnung des Mobilfunkvertrages jüngst *Zankl*, Qualifikation und Dauer von Mobilfunkverträgen, *ecollex* 2005, 29 mwN.

3) OGH 18. 8. 2004, 4 Ob 112/04f, *ecollex* 2005/1, 35 = *MR* 2004, 380.

– ist nämlich nach bisheriger Rsp<sup>4)</sup> möglichst eng zu verstehen und sollte auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben.

Die Definition der in AGB enthaltenen „*Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt*“, wäre nach Auffassung des OGH<sup>5)</sup> so zu verstehen, dass mit der Ausnahme nur die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen gemeint wäre, nicht aber etwa Bestimmungen, die die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die die vertragstypische Leistung in allgemeiner Form näher umschreiben. Daraus ergäbe sich, dass nicht schon jede die Hauptleistung betreffende Vertragsbestimmung der Kontrolle entzogen und der Begriff der Hauptleistung möglichst eng auszulegen wäre.

Klauseln zum Verfall eines Guthabens bei Prepaid-Handys stellen demzufolge für das österreichische Höchstgericht eine „unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles gröblich benachteiligende“ Vertragsbestimmung dar. Die damit verknüpfte Rechtsfolge der Nichtigkeit bedeutet, dass diese Klausel für Nutzer der tele.ring-Wertkartentarife *Twist Freenight* und *Twist 15* als nicht vereinbart gilt. Lediglich die gesetzliche Verjährungsfrist von zB drei Jahren könnte der Netzbetreiber uU geltend machen.

### 2.3 Eigene Stellungnahme

Dem vorliegenden Urteil ist in seiner Begründung und im Ergebnis zuzustimmen. Es liegt auch rechtsvergleichend auf Linie. Mit ähnlichen Konstellationen mussten sich deutsche Gerichte bereits beschäftigen. So entschied das OLG Köln<sup>6)</sup> schon im Jahr 2000, dass ein Verfallsdatum für Telefonkarten unwirksam ist. Ein Guthabensverfall bei Mobilfunkverträgen wurde demzufolge wenig später ebenfalls für unzulässig erachtet<sup>7)</sup>. Auch das OLG Nürnberg<sup>8)</sup> schloss sich dieser Ansicht an und entschied, dass Klauseln, die den Verfall von Restguthaben nach Ablauf einer befristeten Gültigkeitsdauer vorsehen, gegen deutsches AGB-Recht verstoßen.

Der OGH prüft zunächst folgerichtig, ob ein *Eingriff in die Äquivalenz des schuldrechtlichen Mobilfunkvertrages vorliegt*. Die Beschränkung der Gültigkeitsdauer ist einer Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB zugänglich, insb liegt keine kontrollfreie Leistungsbeschreibung bzw bloße Hauptleistungspflicht iSd § 879 Abs 3 erster Satz ABGB vor<sup>9)</sup>. Die Klausel stellt vielmehr eine Beschränkung des Anspruchs auf vollständige Inanspruchnahme der vorausbezahlten Gesprächsleistungen dar, wodurch in die Äquivalenz des schuldrechtlichen Vertrages eingegriffen wird. Insoweit weicht die Ausschlussfrist von dem gesetzlichen Leitbild der nicht gröblichen Benachteiligung ab.

Ob dieser Eingriff als unangemessen anzusehen ist, muss mE anhand einer Abwägung des *Kundeninteresses* an der vollständigen Nutzung seiner im voraus bezahlten Gesprächsge-

bühren und dem *Rationalisierungsinteresse des Verwenders* entschieden werden. Hierzu führt das Höchstgericht – entgegen der ersten Instanz – zutreffend sinngemäß aus, dass das Kundeninteresse nicht deshalb geschmälert ist, da das Angebot der Beklagten inklusive der Befristung gegenüber anderen Anbietern und Systemen Vorteile aufweist, da diese lediglich dazu dienen, den Kunden zur Annahme des Angebotes der Beklagten zu bewegen. Das Interesse der Kunden wird auch nicht durch den Umstand überwogen, dass eine Übertragung des Restguthabens auf eine neue Teilnehmernummer für die Beklagte mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden sei, welche in die Kalkulation des Angebotes keinen Eingang gefunden habe. Die Beklagte ist nämlich nicht gezwungen, eine Befristung einzuführen. Bei Wegfall der streitgegenständlichen Klausel würden die Mobiltelefonwertkarten unbefristet bis zum vollständigen Verbrauch des Guthabens Gültigkeit besitzen, was mE eher einen Rationalisierungseffekt zugunsten der Beklagten hätte. Auf die Kosten einer Übertragung kommt es daher folgerichtig nicht an. Weiterhin besteht mE kein überwiegendes Interesse der Beklagten an der Befristung selbst. Zwar müsse sie von Zeit von Zeit den Algorithmus, dh die Verschlüsselungstechnik, als Schutz vor Hackern ändern. Diese Umstellung kommt jedoch ausschließlich bei der Generierung zB künftiger PAN zur Anwendung – und damit den bereits vergebenen Karten nicht zugute. Daher wäre zwar tatsächlich nach Ablauf der Frist das vorhandene Restguthaben vor Hackern geschützt – allerdings mit der Konsequenz, dass das Guthaben vollständig verfele, wodurch wiederum bereits gewonnene *Kunden unangemessen benachteiligt* würden<sup>10)</sup>.

Die nunmehrige Entscheidung des OGH mag manche überrascht haben, ist doch die Vereinbarung von Ausschlussfristen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, in weiten Bereichen üblich und wird unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der beiderseits Beteiligten zB im Bankenbereich oder zwischen Unternehmern häufig als nicht unangemessen bzw nicht gröblich benachteiligend angesehen<sup>11)</sup>. Zugunsten der Telefonkartenanbieter streitet jedoch mangels wirtschaftlicher Notwendigkeit mE *kein anzuerkennendes besonderes Eigeninteresse*. Bereits 1999 hatte das OLG Brandenburg<sup>12)</sup> – ebenfalls in Abweichung zur Vorinstanz – die Befristung von Prepaid-Karten für Mobiltelefone für unwirksam erklärt.

Mit dem Urteil des OGH zum sittenwidrigen Verfall von Mobiltelefonwertkartenguthaben dürfte nunmehr für *sämtliche Guthabenskarten* geklärt sein, dass der Kunde einen nicht durch AGB beschränkbar *Anspruch auf Verwendung seines vollen Guthabens* hat. Gegebenenfalls kann er sich bei bereits erfolgter Deaktivierung seiner Karte das verbliebene Restguthaben beim Erwerb einer neuen Karte anrechnen lassen. Die Unwirksamkeit der Verfallsklausel gilt schon nach § 879 Abs 3 ABGB, sodass es auf eine allfällige Konsumenteneigenschaft des Telefonkunden nicht ankommt. Damit sind derartige Klauseln auch im b2b-Bereich des M-Commerce unstatthaft.

4) OGH 24. 5. 2000, 3 Ob 146/99p, nv; 11. 5. 1993, 1 Ob 538/93, JUS Z/1484 = ÖBA 1994, 236 = ÖZW 1995, 55 = RdW 1994, 45.

5) Unter Bezugnahme auf Vorjudikatur 15. 3. 1988, 8 Ob 84/87, wbl 1988, 440 = ZVR 1989/15; 24. 5. 2000, 3 Ob 146/99p, nv.

6) Urteil vom 23. 8. 2000, 6 U 202/99, CR 2000, 676.

7) OLG Köln 1. 12. 2000, 6 U 63/00, CR 2001, 232 = OLGReport Köln 2001, 103.

8) Urteil vom 8. 4. 2003, 3 U 3262/02, ITRB 2004, 8 m Anm *Wülfing* = OLGReport Nürnberg 2003, 225.

9) Vgl *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 237 f.; *Apathy/Schwimann*, ABGB<sup>2</sup> V § 879, Rz 31 jeweils mwN.

10) Vgl zu ähnlichen Überlegungen bereits *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490.

11) Vgl die Rechtsprechungsübersicht bei *Apathy/Schwimann*, ABGB<sup>2</sup> V § 879, Rz 32; in Deutschland z.B. BGH 21. 3. 1991, III ZR 94/89 – Pferdewetten, MDR 1991, 595 = NJW 1991, 1745; 9. 7. 1991, XI ZR 72/90 – Bausparbedingungen, MDR 1991, 857 = NJW 1991, 2559.

12) Urteil vom 1. 12. 1999, 3 U 251/98 – Free & Easy Card, nv; aA noch LG Potsdam 24. 9. 1998, 3 O 66/98, nv.

### 3. Einwendungsfristen gegen Telefonrechnungen

Jeder Telefonkunde hat sich mittlerweile an die (mehr oder weniger) detaillierte Aufschlüsselung seiner den (monatlichen) Rechnungen beigefügten Einzelgesprächsnachweise gewöhnt. Die Frage der telekommunikations- und datenschutzrechtlichen Zulässigkeit stellte sich dabei kaum jemand – bis zum Urteil des EuGH vom 14. 9. 2004 in der Rs C-411/02<sup>13)</sup>. Mit dem angeführten Urteil entschied der Europäische Gerichtshof in Luxemburg, dass kein zusätzliches Entgelt für die Leistung des Einzelgesprächsnachweises erhoben werden darf. § 100 Abs 1 TKG 2003<sup>14)</sup> („Entgeltnachweis“) bestimmt nunmehr, dass die Teilnehmerentgelte in Form eines kostenlosen Einzelentgeltnachweises darzustellen sind. Im Gegensatz zum TKG 1997 erhält der Teilnehmer nun grundsätzlich einen detaillierteren Standardentgeltnachweis.

Die vertragsrechtliche Einbindung dieses Entgeltnachweises sowie die Fragen seiner Verbindlichmachung hat die österreichische Lehre – soweit ersichtlich – noch nicht thematisiert. Ausgehend von der nachfolgend dargestellten, erst jüngst veröffentlichten Entscheidung des BGH sollen erste Denkanstöße gegeben werden.

#### 3.1 Problemstellung

Die Ausgangslage ist durchaus alltäglich. Mit ihr sind sowohl österreichische Telefondiensteanbieter als auch Telefonkunden vertraut: Ein Anschlussinhaber beanstandet die ihm drei Monate zuvor gestellte Telefonrechnung, da dort berechnete Verbindungen nicht von seinem Endgerät aus hergestellt worden seien. Eine Überprüfung im Mehrparteienmietshaus ergibt, dass der Hausanschluss nicht verplombt ist. Eine technische Störung ist im Übrigen – wie immer – nicht festzustellen. Gleichwohl besteht zB die Telekom AG auf Zahlung unter Hinweis auf § 32 Abs 1 AGB Telefon<sup>15)</sup>: „Einwendungen gegen in Rechnung gestellte Entgeltforderungen sind vom Kunden nach Zugang schriftlich bei der Telekom Austria möglichst bei der auf der Rechnung angegebenen Stelle zu erheben. *Werden binnen 6 Wochen nach Zugang der Rechnung bei der für die Verrechnung zuständigen Stelle keine schriftlichen Einwendungen erhoben, so gilt die Forderung als anerkannt.*“ Ob diese Vertragsklausel AGB-rechtlich „hält“, darf zumindest bezweifelt werden.

In einem vergleichbaren Sachverhalt hatten deutsche Gerichte kürzlich Z 6 der Deutschen Telekom AGB zu prüfen: Der klagende Telefonnetzbetreiber verlangte von der Beklagten, mit der sie einen Vertrag über die Bereitstellung eines Telefonanschlusses und über die Erbringung von Telefondienstleistungen geschlossen hatte, die Bezahlung von ca 3.900 € und verwies auf folgende Klausel in den AGB:

„6. Ausschluss von Einwendungen: Einwendungen gegen die Höhe der Verbindungspreise oder sonstigen nutzungsabhängigen Preise der X (Klägerin) sind umgehend nach Zugang der Rechnung bei der in der Rechnung genannten Kunden-

niederlassung der X schriftlich zu erheben. Einwendungen müssen innerhalb von acht Wochen ab Rechnungsdatum bei der X eingegangen sein. Die Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung; die X wird in den Rechnungen auf die Folgen einer unterlassenen rechtzeitigen Einwendung besonders hinweisen. Gesetzliche Ansprüche des Kunden bei Einwendungen nach Fristablauf bleiben unberührt.“

Die Beklagte hatte bestritten, dass bestimmte Verbindungen, die mit ca 3.650 € berechnet waren, von ihrem Apparat aus hergestellt wurden. Da sie die achtwöchige Einwendungsfrist versäumt hatte, hielten die Vorinstanzen sie für beweispflichtig für ihre Behauptung, die Telefonate wären nicht von ihrem Anschluss aus geführt worden. Weil ihr dieser Beweis nicht gelungen war, wurde die Beklagte zur Zahlung des strittigen Betrages verurteilt. Demzufolge hatte letztlich der BGH zu beurteilen, ob diese Klausel in den AGB für Telekommunikationsleistungen, durch die dem Kunden nach Ablauf einer achtwöchigen Frist ab Rechnungsdatum die Beweislast für Einwendungen aufgebürdet wird, wirksam wäre.

#### 3.2 Die Entscheidung des Gerichts<sup>16)</sup>

Das deutsche Höchstgericht entschied, dass eine Klausel in AGB eines Anbieters von Telekommunikationsleistungen, durch die dem Kunden nach Ablauf einer achtwöchigen Frist ab Rechnungsdatum die Beweislast für Einwendungen gegen die Höhe der Verbindungspreise oder sonstigen nutzungsabhängigen Preise aufgebürdet wird, unwirksam ist. Die Klausel, die somit teilweise gegen zwingendes Recht verstößt, war insgesamt unwirksam, da sie nicht in einen inhaltlich zulässigen und einen unzulässigen Regelungsteil aufzuspalten war.

Der BGH hielt zunächst fest, dass die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Kunde die Leistung des Telefonnetzbetreibers – die Herstellung einer Verbindung – in Anspruch genommen hätte, grundsätzlich den Netzbetreiber traf. Die Beweislast für die Behauptung des Kunden, die strittigen Verbindungen wären nicht von seinem Anschluss aus hergestellt worden, wäre entgegen der vereinbarten AGB-Vertragsklausel nach Ablauf der 8-wöchigen Frist für die Geltendmachung jeglicher Einwendungen *nicht auf den Kunden übergegangen*, da diese Klausel entgegen § 1 Abs 2 TKV zum Nachteil der Kunden von den Regelungen der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) abwich.

Nach § 16 Abs 2 erster Satz TKV wäre der Anbieter vom Nachweis für die Herstellung der berechneten Einzelverbindungen befreit, wenn die Verbindungsdaten aus technischen Gründen oder auf Wunsch des Kunden nicht gespeichert oder gespeicherte Daten entsprechend dem Kundenwunsch oder aufgrund rechtlicher Verpflichtung gelöscht worden wären. Diese Regelung knüpfte an § 6 Abs 3 und 4 der TDSV 1996<sup>17)</sup> an, wonach der Anbieter berechtigt und verpflichtet gewesen wäre, die Verbindungsdaten zu löschen, wenn der Kunde nicht innerhalb von 80 Tagen nach Rechnungsversand Einwendungen erhoben hatte<sup>18)</sup>.

13) RdW 2004/598, 660 (Auszug); eingehend dazu bereits Thiele, Der Einzelnachweis für Teilnehmerentgelte als Schnittpunkt von Datenschutz und Telekommunikationsrecht, abrufbar unter <http://www.rechtssprobleme.at> (online seit Dezember 2004).

14) BGBI I 2003/70; statt vieler dazu Feil/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 2003 – Praxiskommentar (2004).

15) Allgemeine Geschäftsbedingungen der Telekom Austria für die Inanspruchnahme der Telefondienste und damit im Zusammenhang stehende Leistungen, gültig ab 22. 7. 2004, abrufbar unter [http://www.telekom.at/Content.Node/dateien/agb\\_telefon.pdf](http://www.telekom.at/Content.Node/dateien/agb_telefon.pdf) (besucht am 7. 2. 2005).

16) BGH 24. 6. 2004, III ZR 104/03 – Fingierte Genehmigung von Telefonentgelten in AGB, BGHReport 2004, 1300 = CR 2005, 31 = ITRB 2005, 31 m Anm Rösse/ = MDR 2004, 1284 m krit Anm Schlegel = MMR 2004, 602 m zust Anm Westerfeld.

17) So die EB in der Regierungsbegründung zu dem § 16 TKV entsprechenden § 15 TKV-E, BR-Drucksache 551/97, 35.

18) Vgl § 6 Abs 3 Satz 2, Abs 4 und 5 TDSV 1996.

Die Befreiung von der Vorlage der Verbindungsdaten setze nach § 16 Abs 2 erster Satz zweiter Halbsatz TKV allerdings zusätzlich voraus, dass der Kunde in der jeweiligen Rechnung auf die nach den gesetzlichen Bestimmungen geltenden Fristen für die Löschung gespeicherter Verbindungsdaten hingewiesen wurde. Dieser Hinweis müsste in *drucktechnisch deutlich gestalteter Form* erfolgen, dürfte also nicht zu übersehen sein, um dem Verbraucher den Beweisverlust im Falle einer Löschung vor Augen zu führen, wie das Höchstgericht in historischer Auslegung hervorhob<sup>19</sup>). Die Hervorhebung der Belehrung müsste nach gefestigter Rsp<sup>20</sup>) durch eine andere Farbe, größere Lettern oder Fettdruck erfolgen. Hierzu wären allerdings weitere Sachverhaltsaufklärungen erforderlich. Unklar blieb nämlich, ob die Beklagte den Anforderungen des § 16 Abs 2 erster Satz TKV entsprechend belehrt worden war, sodass der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurückverwies.

### 3.3 Kritische Würdigung

Bemerkenswert sind die vom BGH – über den Anlassfall hinaus – gestellten Anforderungen an Einwendungsfristen und „fingierte Saldoanerkennnisse“ beim Telefonvertrag.

Der BGH verweist zutreffend darauf, dass eine solche zeitbedingte Genehmigungsklausel im Ergebnis auf eine Beweislastumkehr zu Lasten des Kunden hinausläuft. Nach zutreffender Auffassung des BGH verstößt die vorstehend skizzierte Beweislastabwälzung gegen die zwingende Vorschrift des § 1 Abs 2 TKV, welcher zufolge solche Vereinbarungen unwirksam sind, die zu Ungunsten des Kunden von der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung abweichen<sup>21</sup>).

Bemerkenswerterweise führt der BGH obiter dicta aus, dass selbst ohne die erforderliche hervorgehobene Belehrung der Netzbetreiber grundsätzlich auch dann beweislasterleichter bleibt, wenn der Kunde einen *Einzelverbindungs-nachweis* erhalten hätte. Wenn der Kunde aber noch über die Einzelverbindungs-nachweise verfüge, während der Netzbetreiber seiner datenschutzrechtlichen Löschungspflicht genügt habe, könne diesem jedoch im Einzelfall eine Erleichterung seiner Darlegungslast zugute kommen<sup>22</sup>).

Ferner sei die *schlichte Nichtzahlung nicht als Einwendung* gem § 6 TDSV anzusehen<sup>23</sup>), da diese auch auf Zahlungsunfähigkeit, -unwilligkeit, Kundenversehen oder Bankirrtum beruhen könne. Darüber hinaus müsse der Netzbetreiber gem § 16 Abs 3 TKV weiterhin nachweisen, dass er seine Leistung bis zum Anschlusspunkt beim Kunden technisch einwandfrei erbracht und richtig berechnet habe. Hier sei zu prüfen, ob die fehlende Verplombung dem Anscheinsbeweis für die richtige Ermittlung der Verbindungsentgelte entgegenstehe<sup>24</sup>).

Die deutschen Instanzgerichte haben bisher in TK-AGB enthaltene Einwendungsfristen insb vor dem Hintergrund der §§ 309, 308 Nr 5, 309 Nr 12 BGB prinzipiell nicht beanstandet<sup>25</sup>). Gleichwohl ist für die österreichische Rechtslage fraglich, ob die Einwendungsfrist der Telekom Austria AG den durch

das TKG 2003 vorgegebenen Rahmen nicht überschreitet. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Unwirksamkeit der achtwöchigen Einwendungsfrist sich unabhängig von den angesprochenen Fragestellungen für den BGH bereits daraus ergeben hat, dass die Deutsche Telekom in den streitgegenständlichen Rechnungen auf eine drucktechnische Hervorhebung verzichtet hat.

Diesen Umstand dürften die österreichischen Verfasser der Telefon AGB 2004 bereits berücksichtigt haben, bestimmt doch § 32 Abs 1 dritter Satz: „Telekom Austria wird den Kunden auf die Bedeutung seines Verhaltens und die Frist nochmals hinweisen. Hiefür genügt eine Information auf der Rechnung.“ Problematisch erscheint allerdings wiederum der nachfolgende vierte Satz: „Werden Entgeltforderungen ohne Ausstellung einer Rechnung bezahlt, so beginnt die sechswöchige Frist, sofern der Kunde Unternehmer im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes ist, mit Bezahlung der Forderung.“

## 4. Ausblick

### 4.1 Verfall von Telefonguthaben

Die neue Rechtsprechung des OGH<sup>26</sup>) könnte sich auch auf *Prepaid-Calling-Cards* auswirken, die in der Regel ebenso einen Verfall des eingezahlten Guthabens vorsehen<sup>27</sup>). In Deutschland bestimmen beispielsweise die AGB von T-Mobile<sup>28</sup>), dass nach einer so genannten „Phonetime“ von (je nach Guthaben) 215 bis 365 Tagen das Guthaben bei Nichtnutzung deaktiviert wird. Der Telefonkunde hat dann noch 92 Tage Zeit, durch erneutes Aufladen das Restguthaben wieder zu aktivieren.

Für andere österreichische Mobilfunkbetreiber ist das OGH-Urteil zunächst einmal nicht unmittelbar bindend. Es wirkt sich aber in der Praxis als oberstgerichtliche Rsp auf die Urteile aller Instanzgerichte aus. Entsprechend hat der VKI bereits Unterlassungsaufforderungen an die übrigen Anbieter geschickt<sup>29</sup>). Übereinstimmend wollen alle die Entscheidung des OGH in ihren AGB durch *Neufassung* berücksichtigen. Der Mobilfunkbetreiber „3 – Drei“ hat bereits ein Prepaid-Angebot auf den Markt gebracht<sup>30</sup>) und möchte mit der mehrmaligen Warnung der Kunden vor dem Verfall des Guthabens der neuen Rechtslage Genüge tun. Ob die Konsumentenschützer einen neuen Prozess führen wollen, ist derzeit nicht bekannt. Bei tele.ring sind seit der Entscheidung der zweiten Instanz keine *twist*-Guthaben mehr verfallen. Welche neuen, juristisch kreativeren Vertragsklauseln sich die Rechtsabteilungen bzw Rechtsanwälte der österreichischen (und deutschen) Mobilfunkbetreiber einfallen lassen, darf der interessierte Mobiltelefonkunde mit Spannung erwarten.

### 4.2 Einwendungsfiktion bei Entgelt-nachweisen

Die (Mindest-)Vorgaben der vertragsrechtlichen Zulässigkeit von Klauseln in Telekommunikationsdienstleistungsverträgen

19) Vgl BR-Drucksache 551/97, Ausschussempfehlungen Seite 7 und Beschluss Seite 5.

20) Vgl BGH 20. 12. 1989, VIII ZR 145/88, MDR 1990, 619 = NJW-RR 1990, 368 mwN.

21) Ebenso Westerfeld, Entscheidungsanmerkung, MMR 2004, 602, 604 f.

22) Der BGH räumt die Möglichkeit einer „sekundären Darlegungslast“ zugunsten des Betreibers ein.

23) AA noch OLG Dresden 25. 1. 2001, 9 U 2729/00, CR 2002, 34.

24) So bereits LG Saarbrücken 16. 4. 1998, 11 S 8/97, NJW-RR 1998, 1367.

25) Vgl zB OLG Köln 27 U 130/96, CI 1998, 47 = OLG Report Köln 1997, 249.

26) 18. 8. 2004, 4 Ob 112/04f, ecolex 2005/1, 35 = MR 2004, 380.

27) Zu der vergleichbaren Befristung von Telefonwertkarten für öffentliche Fernsprecher bereits BGH 12. 6. 2001, XI ZR 274/00, BGHReport 2001, 766 = CR 2001, 596 = CR 2001, 832 = JurPC Web-Dok 4/2002 = MDR 2001, 1226 = MMR 2001, 806 = NJW 2001, 2635.

28) Abrufbar unter <http://www.t-mobile.de/IT-D1/cds/AGB/0,1127,52691,00.html> (besucht am 4. 2. 2005).

29) Pressemeldung von heise online vom 14. 10. 2004, abrufbar unter <http://www.heise.de/mobil/newsticker/meldung/52131> (besucht am 4. 2. 2005).

30) Vgl <http://www.heise.de/newsticker/meldung/50548> (besucht am 4. 2. 2005).

finden sich im 3. Abschnitt des TKG 2003<sup>31</sup>). Daneben ist § 71 TKG 2003 beachtlich, der zwar eine Überprüfung der Richtigkeit der Teilnehmerentgelte samt Einspruchsverfahren bei der Regulierungsbehörde (RTR) nach § 122 TKG 2003 vorsieht, allerdings keine gesetzliche Einwendungshöchstfrist festlegt.

Andererseits bestimmt § 3 Abs 3 dritter Satz EEN-V<sup>32</sup>), dass der Einzelentgeltnachweis für vergangene Abrechnungszeiträume bis zum Ablauf jener Frist bereitzustellen ist, innerhalb derer die Rechnung rechtlich angefochten werden kann<sup>33</sup>). Die EB<sup>34</sup>) zu § 3 EEN-V halten dazu fest, dass der Einzelentgeltnachweis für einen bestimmten Abrechnungszeitraum dem Teilnehmer unter Berücksichtigung von § 99 Abs 2 TKG 2003 dabei so lange – und zwar auf Verlangen des Teilnehmers auch in Papierform – bereitzustellen ist, wie dieser die entsprechende Rechnung rechtlich anfechten kann<sup>35</sup>). Eine darüber hinausgehende Bereitstellung des Einzelentgeltnachweises für den Teilnehmer bis zum Ablauf jener Frist, innerhalb derer der Anspruch auf Zahlung geltend gemacht werden kann<sup>36</sup>), ist im Hinblick auf die Beweispflicht des Betreibers des öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienstes in einem allfälligen Gerichtsverfahren nicht erforderlich, so die Erläuterungen<sup>37</sup>).

Nach der Neuregelung durch das TKG 2003 besteht lediglich eine grundsätzliche *Höchstspeicher- und Verarbeitungspraxis von 6 Monaten* für Verkehrsdaten, die zum Zweck der Gebührenabrechnung<sup>38</sup>) und der Bezahlung von Zusammenschaltungen<sup>39</sup>) erforderlich sind. Diese zeitliche Löschrage bestimmt also mE indirekt die zulässige Einwendungsfrist, um insoweit einen Gleichlauf der Speicherdauer von Verkehrsdaten einerseits und möglicher Kundeneinwendungen andererseits zu gewährleisten. In den AGB wäre also vorzusehen, dass Einwendungen von Kunden innerhalb von 180 Tagen (also während der Speicherdauer der Verkehrsdaten) geltend gemacht werden müssen. Nach Ablauf dieser Frist trägt allein der Kunde die Beweislast. Ohne eine solche Frist könnte nämlich ein Kunde bewusst abwarten, bis der Anbieter der TK-Dienstleistung die Verkehrsdaten aufgrund der daten-

schutzrechtlichen Verpflichtung gelöscht hätte, um sodann unter Ausnutzung der Datenlöschung und des damit einhergehenden Beweisnotstandes auf Seiten des TK-Anbieters gezielt (unberechtigter) Einwendungen zu erheben.

Mit der vorliegenden höchstrichterlichen Entscheidung aus Deutschland ist also eine Einwendungsfrist von sechs Wochen in Österreich nicht beizubehalten. Diese Auffassung kann sich auf ein „beredtes Schweigen“ des Gesetzgebers stützen<sup>40</sup>). Gleichwohl beruht sie auf der gesetzlichen Festlegung eines bloßen Mindeststandards in den §§ 14 ff TKG 2003 und dem Umstand, dass in Österreich zwar auf eine *gesetzliche Festlegung der Einwendungshöchstfrist* zugunsten einer Vereinbarungsmöglichkeit durch AGB *verzichtet* wurde, allerdings auf die rechtliche Anfechtungsmöglichkeit als äußerste Grenze abgestellt wird. Bereits nach sechs Wochen eine Beweislastumkehr zulasten des Telefonkunden – ohne sachliche Rechtfertigung – wirksam werden zu lassen, erscheint mE gröblich benachteiligend.

Unter Zugrundelegung dieser Auffassung wäre die Entscheidung nach österreichischem Recht wohl nicht anders ausgefallen als durch den BGH, auch wenn das Gericht nicht von der im zu entscheidenden Fall maßgeblichen Vorschrift des § 6 Abs 3 TDSV, sondern vom hiezulande geltenden § 25 TKG iVm § 100 Abs 4 TKG 2003 ausgegangen wäre. Aus der in Österreich spezialgesetzlich<sup>41</sup>) unregulierten Frist, in der ein Kunde Einwendungen gegen die Rechnungshöhe vorzunehmen hat, muss man nämlich schließen, dass dem Anbieter die Möglichkeit gegeben werden soll, diese durch AGB zu beschränken. Eine solche Klausel hält nach der hier vertretenen Ansicht analog dem fingierten Saldoanerkennnis in AGB-Klauseln der Banken<sup>42</sup>) einer Inhaltskontrolle nach den §§ 864a, 879 ABGB und § 6 Abs 1 Z 11 KSchG erst bei einer „symmetrischen“ Einwendungsfrist von sechs Monaten stand.

## 5. Zusammenfassung

Was auch immer die Zukunft moderner Telekommunikation bringen mag (zB UMTS udgl), juristisch bleiben die Endkundenverträge ein noch weitgehend unbeselltes Spannungsfeld zwischen Telefondiensteanbietern und Konsumentenschützern. Erste höchstrichterliche Urteile zu unzulässigen Verfallsklauseln von Prepaid-Guthaben sowie unwirksamen Einwendungsfristen gegenüber Telefonrechnungen markieren die neuen (alten) Grenzen der Vertragsfreiheit gleichfalls im Mobile Commerce – das ist der Deal!

31) §§ 14 bis 25 TKG 2003; vgl dazu im Überblick Pichler, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Telefonkundenvertrag (Diplomarbeit 2004) 41, 54 ff, abrufbar unter <http://www.rechtsprobleme.at> (besucht am 7. 2. 2005).

32) Die sog Einzelentgeltnachweisverordnung (EEN-V) vom 1. 12. 2003, RVON 03/03-32, Volltext abrufbar unter <http://www.rtr.at/een-v> (besucht am 7. 2. 2005); vgl Feill/Lehofer, TKG 2003 Praxiskommentar, 294 ff.

33) Hervorhebung vom Verfasser.

34) Abrufbar unter [http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/9C9FE732B01CD3B3C1256F51004A7510/\\$file/EB\\_zur\\_Einzelentgeltnachweisverordnung\\_EEN-V.pdf](http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/9C9FE732B01CD3B3C1256F51004A7510/$file/EB_zur_Einzelentgeltnachweisverordnung_EEN-V.pdf) (besucht am 7. 2. 2005).

35) Die immer wieder gebrauchte Formulierung geht auf Art 6 Abs 2 TK-Datenschutzrichtlinie zurück, RL des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 12. 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl L 24, 5 I ff, vom 30. 1. 1998.

36) § 100 Abs 4 iVm § 99 Abs 2 TKG 2003 und die Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdiensteverordnung (KEM-V), abrufbar unter <http://www.rtr.at/kem-v> (besucht am 7. 2. 2005), nennen keine ausdrückliche Frist (im Gegensatz zur früheren Regelung des Bundesgesetzes betreffend das Fernmeldewesen [Fernmeldegesetz 1993], BGBl 1993/908, dessen § 35 Einzelentgeltnachweis lautete: „... [3] Die Daten eines Einzelentgeltnachweises sind längstens drei Jahre nach Erstellung des Nachweises zu löschen“).

37) Abrufbar unter [http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/9C9FE732B01CD3B3C1256F51004A7510/\\$file/EB\\_zur\\_Einzelentgeltnachweisverordnung\\_EEN-V.pdf](http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/9C9FE732B01CD3B3C1256F51004A7510/$file/EB_zur_Einzelentgeltnachweisverordnung_EEN-V.pdf) (besucht am 7. 2. 2005).

38) Zitiert nach Jähnel, Spamming, Cookies, Logfiles und Location Based Services im TKG 2003, ÖJZ 2004, 336, 340 (FN 29).

39) Zanger/Schödl, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup> (2004) § 100 TKG Rz 2, kolportieren eine Einspruchsfrist gegen Rechnungen im Rahmen der Zusammenschaltung von 30 Tagen ab Rechnungserhalt (Stand: Oktober 2003), die mE allerdings nicht auf den Endkunden durchschlagen kann.

40) Zu diesem allerdings sehr zweischneidigen Argument vgl pointiert Wilhelm, Editorial: Lebensgefährtin des Bedachten fähige Testamentszeugin!, ecoloX 2003, 569.

41) Übrig bleibt lediglich die besondere Verjährungsfrist für Geschäfte des täglichen Lebens von drei Jahren gem § 1486 ABGB.

42) ZB OGH 10. 4. 1990, 5 Ob 556/90, ecoloX 1990, 347 = EvBl 1990/158 = SZ 63/57 = wbl 1990, 279; 8. 11. 1995, 3 Ob 537/94, ecoloX 1996, 197 = HS 26.115 = HS 26.462 = HS 26.856; zu den TK-rechtlichen Besonderheiten der AGB-Kontrolle vgl jüngst OGH 25. 5. 2004, 4 Ob 98/04x, ÖJZ-LSK 2004/227/228.



**Der Autor:**

RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), studierte US-amerikanisches Steuerrecht in San Francisco; Gründer der RA-Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg; Fachbuchautor; Verfasser des Standardkommentars zum Werbeabgabegesetz (2000); Verfasser zahlreicher Beiträge zum e-commerce. <http://www.eurolawyer.at>