



OGH Urteil vom 25.2.2016, 2 Ob 20/15b – VKI gg. AI
Klauselprüfung „B-free“

Fundstellen: jusIT 2016/58, 131 (*Thiele*) = immolex-LS 2016/29/30 = VbR 2016/51, 86 = RdW 2016/303, 395

1. Verweist eine datenschutzrechtliche Einwilligungsklausel in AGB für die Datenarten auf eine gesetzliche Definition (hier: „Stamm- und Verkehrsdaten“ iSd § 92 Abs 2 Z 3 und Z 4 TKG 2003), ist die Konkretisierung der verwendeten Daten ausreichend transparent, da der Verbraucher insoweit über die wahre Rechtslage informiert wird.

2. Die zulässige Weitergabe von mittels wirksamer Einwilligung verarbeiteter Personendaten erfordert stets eine taxative Aufzählung von genau bezeichneten Datenempfängern. Die Verwendung des Wortes „auch“ am Beginn einer Aufzählung ist daher unter Berücksichtigung auf die mögliche kundenfeindliche Auslegung von AGB im Verbandsprozess zu unterlassen.

Leitsätze verfasst von Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden, den Hofrat Dr. Veith, die Hofrätin Dr. Fichtenau sowie die Hofräte Dr. Musger und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei A*****, vertreten durch Hasberger Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 5.500 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 30. Oktober 2014, GZ 4 R 64/14g-11, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 20. Februar 2014, GZ 19 Cg 8/14v-7, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Die Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

II. Der Revision der beklagten Partei wird teilweise Folge gegeben.

1. Das angefochtene Urteil wird in seinen Aussprüchen über die Klauseln 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12 (§ 14 Abs 2 AGB), 13, 14, 15, 17, 18 (§ 16 Abs 1 Z 7 und 9 AGB), 19, 20, 21, 22 und 23 sowie über die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils der Entscheidung und die Leistungsfrist bestätigt.

2. Im Übrigen, also in den Aussprüchen über die Klauseln 12 (§ 14 Abs 1 AGB), 16 und 18 (§ 16 Abs 1 Z 5 AGB) wird das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass die Entscheidung insoweit zu lauten hat:

"Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung (auch) folgender oder sinngleicher Klauseln sowie die Berufung (auch) auf die folgenden oder sinngleiche Klauseln zu unterlassen, wird abgewiesen:

Klausel 12 (§ 14 Abs 1 AGB)

Der Kunde hat Änderungen seines Namens oder der Bezeichnung, unter der er in den Betriebsunterlagen von A***** geführt wird, sowie jede Änderung seiner Anschrift, seiner E-Mailadresse, der Zahlstelle, den Verlust seiner Geschäftsfähigkeit und seiner Bankverbindung sofort, spätestens jedoch innerhalb eines Monats ab der Änderung A***** schriftlich anzuzeigen.

Klausel 16

Stamm- und Verkehrsdaten im Sinne der Bestimmungen des TKG 2003 werden für Zwecke der Besorgung von Kommunikationsdiensten und damit in Zusammenhang stehenden Leistungen und für ihre Erbringung erforderlicher Leistungen verwendet.

Klausel 18 (§ 16 Abs 1 Z 5 AGB)

A***** ist berechtigt, die Erbringung von Leistungen ganz oder teilweise zu verweigern (Sperrung), wenn [...] die Höhe des laufenden Verbindungsentgeltes das Kreditlimit des Kunden, welches sich aus dem siebenfachen Mindestumsatz gemäß den jeweils gültigen Entgeltbestimmungen ergibt oder - falls in den jeweils gültigen Entgeltbestimmungen kein Mindestumsatz verrechnet wird - den Betrag von Euro 35,-- (inkl. USt.) übersteigt."

III. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 7.497,63 EUR (darin 1.109,45 EUR USt und 840,96 EUR Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei ist ein klagebefugter Verein iSd § 29 Abs 1 KSchG.

Die beklagte Partei ist Unternehmerin und betreibt das Telekommunikationsgeschäft. Sie verzeichnet mit ihren vier Marken über 4 Mio Kunden. Ihre Leistungen bietet sie ua unter der Marke "b*****", ihrer seit 2006 bestehenden Billigschiene, mit verschiedenen Paketen im gesamten Bundesgebiet an. Dabei verwendete sie zumindest bis Oktober 2013 im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen ("AGB b*****"; im Folgenden nur AGB), die die nachstehend im Detail angeführten Klauseln enthielten. Der mit Brief vom 29. 8. 2013 an sie gerichteten Aufforderung der klagenden Partei, hinsichtlich dieser Klauseln eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben, ist sie nicht nachgekommen.

Die klagende Partei begehrte mit ihrer am 4. 10. 2013 beim Erstgericht eingebrachten Klage, der beklagten Partei im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung von 23 näher bezeichneten oder sinngleichen Klauseln und die Berufung darauf zu untersagen sowie ihr die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer bundesweiten Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung zu erteilen.

Sie begründete hinsichtlich jeder einzelnen Klausel, weshalb diese ihrer Auffassung nach überraschend und nachteilig, gesetz- oder sittenwidrig oder intransparent sei. Wiederholungsgefahr bestehe, weil die beklagte Partei die Klauseln laufend im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwende und die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung verweigert habe. Die zu zahlreichen Bestimmungen angekündigte Änderung ihrer AGB beseitige die Wiederholungsgefahr nicht.

Die beklagte Partei wandte ein, die behaupteten Verstöße lägen nicht vor. Die in der Klage angeführten Klauseln stammten aus den AGB vom 22. 2. 2012. Viele der beanstandeten Klauseln (in der Nummerierung der klagenden Partei sind dies die Klauseln 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 und 23) seien durch die Änderung dieser AGB mittlerweile (teilweise oder vollständig) überarbeitet und existierten in dieser Form nicht mehr. Sie fänden insbesondere keine Verwendung mehr im geschäftlichen Verkehr. Dennoch seien auch diese Klauseln nicht rechtswidrig gewesen. Die begehrte umgehende Unterlassung der Verwendung sei schon mit Blick auf die Vorankündigungsfristen des § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 nicht möglich. Angemessen sei eine Leistungsfrist von zumindest sechs Monaten.

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren mit Ausnahme der Klausel 10 (im Umfang dieser Abweisung erwuchs das Urteil unbekämpft in Rechtskraft) statt, wobei es für das Unterlassungsgebot beim Tatbestand des Verwendens eine Leistungsfrist von vier Monaten bestimmte, beim Tatbestand des Sich-Berufens jedoch die sofortige Unterlassung anordnete.

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung der beklagten Partei nur insoweit Folge, als es die Leistungsfrist von vier Monaten auch auf den Tatbestand des Sich-Berufens erweiterte. Im Übrigen bestätigte es das Urteil des Erstgerichts und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteigt und die ordentliche Revision zulässig sei.

Das Berufungsgericht bejahte bei allen Klauseln die Wiederholungsgefahr, weil die beklagte Partei trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgegeben habe. Eine bloße Änderung der AGB reiche zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr nicht aus. Seinen weiteren Rechtsausführungen stellte das Berufungsgericht allgemeine Grundsätze für die Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess und zur Geltungs- und Inhaltskontrolle voran. Die im Anschluss zu den einzelnen Klauseln geäußerte Rechtsansicht des Berufungsgerichts wird bei deren Behandlung - ebenso wie die gegensätzlichen Standpunkte der Parteien - näher dargestellt werden. Zum abändernden Teil seiner Entscheidung führte das Berufungsgericht aus, eine Leistungsfrist von vier Monaten sei zwar trotz der Anzeige- und Kundmachungspflicht des § 25 Abs 1 TKG 2003 und der Fristen des § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 ausreichend, dabei sei aber nicht zwischen den Tatbeständen des Verwendens und des Sich-Berufens zu unterscheiden. Auch für das Verbot, sich auf die beanstandeten oder sinngleiche Klauseln zu berufen, sei der beklagten Partei daher eine Leistungsfrist einzuräumen.

Die Revision sei zulässig, weil sich der Oberste Gerichtshof zu mehreren Klauseln noch nicht geäußert habe, welche für eine größere Anzahl von Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung seien.

Gegen dieses Berufungsurteil richteten sich die Revisionen beider Parteien. Während die klagende Partei die Beseitigung der Leistungsfrist für den Tatbestand des Sich-Berufens anstrebt, begehrt die beklagte Partei die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne der Abweisung des gesamten Klagebegehrens. Hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

Beide Parteien beantragen in ihren Revisionsbeantwortungen, die Revision der Gegenseite als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Die *Revision* der klagenden Partei ist unzulässig, jene der beklagten Partei ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund *zulässig*. Sie ist auch *teilweise berechtigt*.

I. Zur Revision der klagenden Partei:

Die klagende Partei macht geltend, das Berufungsgericht habe sich auf die Entscheidung 2 Ob 131/12x gestützt, in welcher der Oberste Gerichtshof zwar auch eine Leistungsfrist für den Tatbestand des Sich-Berufens gesetzt, sich mit dem Unterschied zum Tatbestand des Verwendens aber nicht näher auseinandergesetzt habe. Von einer gesicherten Rechtsprechung könne nicht ausgegangen werden. Die Verpflichtung, sich in bereits geschlossenen Verträgen nicht auf die unzulässigen Klauseln berufen zu dürfen, enthalte ein "reines" Unterlassungsgebot, bei dem nach ständiger Rechtsprechung keine Leistungsfrist zu setzen sei.

Mit diesen Ausführungen zeigt die klagende Partei jedoch keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO auf, welche die Zulässigkeit ihres Rechtsmittels begründen könnte:

1. Nach § 409 Abs 2 ZPO hat das Gericht - von Amts wegen (1 Ob 105/14v mwN) - eine angemessene Frist zur Erfüllung von Leistungsurteilen zu setzen, wenn "eine Pflicht zur Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäftes auferlegt" wird. Diese Bestimmung ist auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden (RIS-Justiz RS0041265). Anderes gilt jedoch, wenn die Unterlassungsverpflichtung auch eine Pflicht zur Änderung des gegenwärtigen Zustands einschließt. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung ist für die

dem Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einem Unterlassungsurteil auferlegte Verpflichtung, einzelne oder alle Vertragsklauseln zu ändern, daher gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine Leistungsfrist einzuräumen (zuletzt 7 Ob 180/15v; RIS-Justiz RS0041260 [T2], RS0041265 [T2]).

2. Dabei ist nicht zwischen den Tatbeständen des Verwendens der Klausel oder sinngleicher Klauseln in Neuverträgen und des Sich-Berufens auf den unzulässigen Inhalt der Klausel in Altverträgen zu unterscheiden, schließt doch das Verbot des Verwendens der Klausel oder sinngleicher Klauseln in Neuverträgen gemäß § 28 Abs 1 zweiter Satz KSchG auch das Verbot des Sich-Berufens ein. Die sich auf diese Rechtslage stützende Entscheidung 2 Ob 131/12x ÖBA 2013/1974 (Bollenberger) = VbR 2013/29 (Kolba) ist keineswegs vereinzelt geblieben (vgl 7 Ob 44/13s; 9 Ob 56/13w [25. 3. 2014]; 9 Ob 7/15t; 9 Ob 26/15m; vgl auch schon 4 Ob 130/03a SZ 2003/115; 10 Ob 70/07b ua) und wurde insoweit im Schrifttum auch nicht kritisiert. Die Revisionsargumente bieten keinen Anlass, von der zitierten Rechtsprechung abzugehen.

3. Die zweitinstanzliche Bestimmung einer Leistungsfrist auch für den Tatbestand des Sich-Berufens steht mit der erörterten Judikatur im Einklang. Dieser entspricht es auch, dass das Berufungsgericht für die in Betracht kommenden Tatbestände des Unterlassungsgebots eine einheitliche Leistungsfrist bestimmte (zu deren Länge siehe II.3).

Die Revision der klagenden Partei ist daher mangels erheblicher Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

II. Zur Revision der beklagten Partei:

1. Zur Wiederholungsgefahr:

Die beklagte Partei steht weiter auf dem Standpunkt, die Wiederholungsgefahr sei hinsichtlich einzelner Klauseln weggefallen, weil diese mittlerweile überarbeitet worden seien und in ihrer bisherigen Form keine Verwendung mehr im geschäftlichen Verkehr fänden. Es bestehe keine Gefahr, dass sie diese Klauseln unbemerkt wieder in Geltung setzen könne, weil sie als Betreiberin von Kommunikationsdiensten gemäß § 25 Abs 2 TKG 2003 zur Anzeige von Änderungen ihrer AGB vor ihrer Wirksamkeit an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) verpflichtet sei. Diese sei gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 ermächtigt, den angezeigten AGB zu widersprechen, falls diese den einschlägigen Rechtsvorschriften oder den §§ 879 und 864a ABGB bzw §§ 6 und 9 KSchG zuwiderlaufen sollten.

Hierzu wurde erwogen:

1.1 Nach ständiger Rechtsprechung muss sich der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Anspruch des gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Verbands nach Abmahnung vollständig, unbedingt, uneingeschränkt und strafbewehrt unterwerfen, um die Wiederholungsgefahr gemäß § 28 Abs 2 KSchG zu beseitigen (7 Ob 118/13y SZ 2013/81; RIS-Justiz RS0111637 [T11]). Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein, und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen (1 Ob 146/15z; RIS-Justiz RS0119007). Das kann sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben; weiters ist es möglich, dass auch tatsächliche Umstände diesen Schluss erlauben (5 Ob 118/13h; 7 Ob 118/13y SZ 2013/81 je mwN). 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 für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr keinesfalls aus (7 Ob 118/13y SZ 2013/81; RIS-Justiz RS0124304). Wiederholungsgefahr ist auch anzunehmen, wenn der mit der Unterlassungsklage Belangte sein Unrecht nicht einsieht

und sich im Rechtsstreit weiterhin auf die Zulässigkeit der beanstandeten Klauseln beruft (vgl 5 Ob 118/13h mwN; RIS-Justiz RS0010497).

1.2 Die beklagte Partei hat trotz Abmahnung durch die klagende Partei keine Unterlassungserklärung abgegeben und im vorliegenden Verfahren die Zulässigkeit der beanstandeten Klauseln verteidigt. Ihre Behauptung, zahlreiche Klauseln seien durch die Änderung der AGB mittlerweile vollständig überarbeitet worden und fänden in der beanstandeten Form keine Verwendung mehr, vermag die Wiederholungsgefahr nicht zu beseitigen. Eine solche Erklärung ist nach der erörterten Rechtsprechung einer unbedingten und vollständigen Unterlassungserklärung nicht gleichzuhalten (vgl auch 8 Ob 110/08x).

1.3 Aus den auf § 25 TKG 2003 gestützten Ausführungen der beklagten Partei ist Gegenteiliges nicht ableitbar:

Zwar trifft es zu, dass die beklagte Partei gemäß § 25 Abs 2 erster Satz TKG 2003 Änderungen der AGB vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen hätte und diese das in § 25 Abs 6 TKG 2003 näher geregelte Kontroll- und Widerspruchsrecht hat (vgl dazu M. Ertl, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139). Um hinsichtlich der beanstandeten, angeblich nicht mehr verwendeten Klauseln die (neuerliche) Kontrolle durch die Regulierungsbehörde auszulösen, müssten diese Klauseln - dem Gedankengang der beklagten Partei folgend - der Behörde abermals durch Anzeige einer Änderung der AGB zur Kenntnis gebracht werden. Von einer Änderung durch Wiedereinführung dieser "alten" Klauseln könnte aber nur ausgegangen werden, wenn diese bis dahin bereits durch ein anderes Klauselwerk wirksam ersetzt worden wären.

Die beklagte Partei hat sich in der Klagebeantwortung zwar auf überarbeitete AGB vom 10. 10. 2013 berufen. Vorbringen dahin, dass diese AGB ihrerseits iSd § 25 Abs 2 erster Satz TKG 2003 der Regulierungsbehörde angezeigt und kundgemacht worden wären und somit in Kraft getreten sind, hat sie aber nicht erstattet. Es fehlt daher schon nach den Tatsachenbehauptungen an einer tragfähigen Grundlage für die Annahme, die Kontrollbefugnis der Regulierungsbehörde würde einer weiteren (bzw neuerlichen) Verwendung der beanstandeten Klauseln entgegenstehen, sodass diese geradezu ausgeschlossen wäre.

1.4 Zusammenfassend ist zu diesem Punkt somit festzuhalten, dass die Vorinstanzen das Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr auch bei den angeblich geänderten und im Geschäftsverkehr nicht mehr verwendeten Klauseln im Einklang mit der erörterten Rechtsprechung zutreffend bejahten.

2. Zu den strittigen Klauseln:

Vorauszuschicken ist, dass für die Qualifikation einer Klausel als "eigenständig" iSd § 6 KSchG nicht die Gliederung des Klauselwerks maßgebend ist. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RIS-Justiz RS0121187). Soweit es für das Verständnis der Entscheidung erforderlich ist, werden auch nicht beanstandete Teile des Klauselwerks wiedergegeben.

2.1 Klausel 1 (§ 2 Abs 1 AGB):

(1) Änderungen dieser AGB werden gegenüber Teilnehmern frühestens mit dem Ablauf des auf den ihrer Kundmachung nachfolgenden Tag wirksam.

Nach Ansicht der klagenden Partei verstößt diese Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung gegen § 25 Abs 3 TKG 2003, weil sie suggeriere, dass selbst nicht ausschließlich begünstigende AGB-Änderungen mit Ablauf des der Kundmachung nachfolgenden Tages wirksam werden könnten. Die Klausel sei intransparent; sie unterscheide nicht zwischen ausschließlich begünstigenden Änderungen und solchen, die für den Kunden auch nachteilig seien.

Die beklagte Partei entgegnete, schon aus dem Wortlaut der Klausel sei erkennbar, dass diese nur den frühestmöglichen Zeitpunkt der Wirksamkeit einer AGB-Änderung regle. Der in § 25 Abs 3 TKG 2003 beschriebene Ablauf und jener der Klausel bezögen sich auf unterschiedliche Stadien einer AGB-Änderung und seien getrennt voneinander zu betrachten.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als intransparent, weil auf das Kündigungsrecht des Kunden nicht hingewiesen werde.

Das Berufungsgericht folgte dieser Auffassung. Die beanstandete Klausel vermittele dem Durchschnittskunden, dass sie bloß das zeitliche Element des Wirksamwerdens einer Änderung regle. Tatsächlich sei das Wirksamwerden gemäß § 25 Abs 3 TKG 2003 aber auch von der Frage abhängig, ob die Änderung nicht ausschließlich begünstigend sei. Werde der Verbraucher auf das ihm gegenüber der beklagten Partei aus dieser Bestimmung zustehende außerordentliche Kündigungsrecht nicht hingewiesen, werde dem Vollständigkeitsgebot des § 6 Abs 3 KSchG nicht ausreichend Rechnung getragen.

Dem hält die beklagte Partei in ihrer Revision entgegen, die Klausel bestehe aus mehreren Absätzen, ihre Verständlichkeit könne nur im Gesamtzusammenhang beurteilt werden. Die Bezugnahme auf bloße Teilabschnitte überspanne das Vollständigkeitsgebot. Im Übrigen zeige der Ausdruck "frühestens", dass AGB-Änderungen neben dem in diesem Absatz geregelten auch zu einem späteren Zeitpunkt wirksam werden könnten. Die Rechtsfolgen nicht ausschließlich begünstigender AGB-Änderungen seien in § 25 Abs 3 TKG 2003 ohnedies zwingend geregelt. Durch die beanstandete Klausel werde weder diese Bestimmung eingeschränkt noch die wahre Rechtslage verschleiert.

Hierzu wurde erwogen:

2.1.1 Gemäß § 25 Abs 2 TKG 2003 (siehe auch schon 1.3) sind Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des KSchG sowie des ABGB unberührt.

Nach § 25 Abs 3 erster und zweiter Satz TKG 2003 ist der wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen dem Teilnehmer mindestens ein Monat vor Inkrafttreten der Änderung in (idF BGBl I 2015/134) geeigneter (davor: schriftlicher) Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen. Gleichzeitig ist der Teilnehmer auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungen hinzuweisen sowie darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen.

2.1.2 Der Oberste Gerichtshof hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 25 TKG 2003 grundsätzlich im Sinne einer gesetzlichen Ermächtigung zu einer einseitigen Vertragsänderung ausgelegt. Das kostenlose außerordentliche Kündigungsrecht wird als Ausgleich dafür verstanden (vgl etwa 1 Ob 123/09h SZ 2009/116; 7 Ob 84/12x SZ 2012/115; 8 Ob 72/13s; 5 Ob 118/13h; idS auch M. Ertl, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139; Zib, § 25 TKG und Indexanpassung, VbR 2014/5; Thiele, Einseitige Änderung von Telekom-Verträgen, VbR 2015/45). Allerdings wurden bereits in 4 Ob 227/06w SZ 2007/38 im Hinblick auf den letzten Satz des § 25 Abs 2 TKG 2003 Bedenken gegen die Annahme einer einseitigen Änderungsbefugnis des Betreibers geäußert, infolge mangelnder Relevanz für die Entscheidung aber nicht näher ausgeführt (vgl dazu etwa Pichler, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen, MR 2007, 216 [221]).

Im jüngeren Schrifttum wird vermehrt die Ansicht vertreten, dass § 25 TKG 2003 kein gesetzliches Änderungsrecht statuiert, sondern dass auf Änderungen bestehender Verträge allgemeines Vertragsrecht anzuwenden sei (Pichler aaO; Schilchegger, Statuiert § 25 TKG 2003 ein gesetzliches Kündigungsrecht?, MR 2010, 287; Lust, Gedanken zur Änderung von Telefonverträgen, MR 2014, 163; zur unionsrechtlichen Problematik vgl auch Docekal, TKG-Kündigungsrecht bei Indexanpassung, VbR 2014/48 und Lehofer, § 25 Abs 3 TKG - Sonderprivatrecht zur einseitigen AGB-Änderung?, VbR 2015/46).

2.1.3 Das Klauselwerk der beklagten Partei orientiert sich ebenso wie das von den Streitparteien erstattete Prozessvorbringen an der herrschenden Rechtsprechung. Der gegenständliche Verbandsprozess bietet keinen tauglichen Anlass, diese Rechtsprechung angesichts der divergierenden Lehrmeinungen neu zu überdenken, weil die insoweit bedeutsamen Klauseln 1 und 2, wie noch zu zeigen ist, auch nach dem bisherigen Verständnis der Rechtsprechung unzulässig sind. Umso eher würde dies zutreffen, folgte man jenen Meinungen, die in der Regelung des § 25 Abs 2 TKG 2003 lediglich eine "bloße Verwaltungsvorschrift" sehen (so etwa Lust aaO 166). Die klagende Partei hat überdies Verstöße nur gegen § 25 Abs 3 TKG 2003 releviert. Das darin geregelte Sonderkündigungsrecht des Teilnehmers wird aber allseits nicht in Frage gestellt.

2.1.4 § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 unterscheidet danach, ob dem Teilnehmer ausschließlich begünstigende oder nicht ausschließlich begünstigende Änderungen der Regulierungsbehörde anzuzeigen und kundzumachen sind. Handelt es sich um ausschließlich begünstigende Änderungen, ist deren Anwendung sofort nach der Anzeige und Kundmachung möglich. Handelt es sich um nicht ausschließlich begünstigende Änderungen, so gilt eine zweimonatige Anzeige- und Kundmachungsfrist. Außerdem hat der Teilnehmer ein besonderes Kündigungsrecht, das er zwischen Kundmachung und Inkrafttreten der Änderungen ausüben kann. In diesem Fall wird die Änderung also frühestens zwei Monate nach der Anzeige und Kundmachung wirksam, sofern der Teilnehmer den Vertrag nicht gekündigt hat (vgl M. Ertl, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 [141 f]).

2.1.5 Die beanstandete Klausel lässt sich bei der im Verbandsprozess gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (RIS-Justiz RS0016590) mit § 25 Abs 3 TKG 2003, laut 1 Ob 123/09h SZ 2009/116 eine konsumentenschutzrechtliche Norm, nicht in Einklang bringen. Indem sie nicht zwischen den beiden geregelten Fällen unterscheidet, könnte sie dahin verstanden werden, dass auch den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen "frühestens" am Tag nach ihrer Kundmachung wirksam werden könnten, wodurch das Kündigungsrecht des Teilnehmers beschnitten wäre.

2.1.6 Die Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie den Verbraucher über die wahre Rechtslage im Unklaren lässt. Daran vermögen auch die beiden Folgeabsätze nichts zu ändern: In § 2 Abs 2 AGB wird der beklagten Partei ein Anpassungsrecht bei Änderung des Umsatzsteuersatzes eingeräumt; Abs 3 entspricht der Klausel 2. Diese Bestimmung regelt zwar den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer vom Teilnehmer infolge einer AGB-Änderung ausgesprochenen Kündigung (dazu sogleich), wobei sich allerdings dem verständigen Durchschnittsverbraucher aus dem gesamten Regelungskomplex nicht erschließt, unter welchen Voraussetzungen er sein Kündigungsrecht nach Kundmachung der Änderung ausüben kann.

2.1.7 Die Klausel erweist sich somit als unzulässig, weshalb der Revision insoweit kein Erfolg beschieden sein kann.

2.2 Klausel 2 (§ 2 Abs 3 AGB):

(3) Eine Kündigung des Kunden in Folge von AGB-Änderung gem. § 25 Abs 3 TKG wird mit dem Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der abgeänderten AGB wirksam.

Die klagende Partei machte geltend, § 25 Abs 3 TKG 2003 gewähre dem Teilnehmer im Falle von nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen der AGB das Recht, den Vertrag bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungen kostenlos zu kündigen. Eine solche außerordentliche Kündigung werde nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs mit dem Zugang der einseitigen Kündigungserklärung beim Mobilfunkbetreiber wirksam. Die Klausel verschleierte diese Rechtslage und sei daher intransparent. Außerdem sei die Klausel überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB sowie gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Die beklagte Partei erwiderte, wesentliche Voraussetzung für das Kündigungsrecht des Teilnehmers sei eine tatsächliche Änderung der AGB durch den Betreiber. Käme es aus irgendwelchen Gründen doch nicht zur angekündigten Änderung der AGB, wäre der Kündigung jegliche Rechtfertigung entzogen, sie wäre gegenstandslos. Die Änderungsmitteilung allein berechtige noch nicht zur Kündigung. Dies folge auch aus den Erläuternden Bemerkungen zu § 4 Abs 3 der Mitteilungsverordnung, BGBl II 239/2012. Nach der Rechtsansicht des Erstgerichts verstößt die Klausel gegen § 25 Abs 3 TKG 2003. Die genannte Bestimmung lasse nämlich eine Kündigung vor dem vorgesehenen oder tatsächlichen Inkrafttreten einer Änderung der AGB zu und mache das Inkrafttreten nicht zu einer Bedingung des Kündigungsrechts. Es könne nicht im Belieben des Betreibers stehen, ob die ausgesprochene Kündigung wirksam werde oder er von der Änderung seiner AGB absehe.

Das Berufungsgericht teilte diese Auffassung und berief sich auf die Entscheidung 1 Ob 123/09h SZ 2009/116. Aus dieser folge, dass die tatsächliche Änderung der AGB keine Voraussetzung der wirksamen Ausübung des Kündigungsrechts sei. Die beanstandete Klausel sei somit geeignet, den rechtsunkundigen Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage zu täuschen und verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG. Auch der an sich zutreffende Hinweis der beklagten Partei auf die Materialien zur Mitteilungsverordnung stütze aufgrund der Regelung des Kündigungsrechts in § 25 Abs 3 TKG 2003 ihre Rechtsansicht letztlich nicht.

In der Revision wird dazu ausgeführt, § 25 Abs 3 TKG 2003 normiere lediglich, dass die Kündigung innerhalb der dort festgesetzten Frist auszuüben sei, gebe aber keine Auskunft über die Berechtigung der Kündigung. Ein früheres Wirksamwerden der Kündigung als mit dem Inkrafttreten der AGB-Änderungen sei in § 25 Abs 3 TKG 2003 nicht festgeschrieben.

Die Erläuternden Bemerkungen des Gesetzgebers der Mitteilungsverordnung ließen in diese Richtung keinen Interpretationsspielraum. Ein sofortiges Inkrafttreten der außerordentlichen Kündigung würde eine ungerechtfertigte Verkürzung des Vertragsverhältnisses bedeuten und wirke sich auch nachteilig für den Teilnehmer aus. So sei etwa für eine mit dem Wechsel des Telekommunikationsanbieters verbundene Rufnummern-portierung das Bestehen eines aufrechten Vertrags erforderlich.

Die beklagte Partei regte ferner die Unterbrechung des Revisionsverfahrens bis zum Vorliegen einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über das zum Zweck der Auslegung des § 25 Abs 3 TKG 2003 zu 8 Ob 72/13s gestellte Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs an.

Der Senat hat erwogen:

2.2.1 Mit § 25 Abs 3 TKG 2003 wurde Art 20 Abs 2 der Universaldienst-RL 2002/22/EG idF der Richtlinie 2009/136/EG in das nationale Recht umgesetzt (ErläutRV 1389 BlgNR XXIV. GP 12). Diese Bestimmung lautet:

"Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Teilnehmer das Recht haben, bei der Bekanntgabe von Änderungen der Vertragsbedingungen, die von den Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, vorgeschlagen werden, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen. Den Teilnehmern werden diese Änderungen mit ausreichender Frist, und zwar mindestens einen Monat zuvor, angezeigt; gleichzeitig werden sie über ihr Recht unterrichtet, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen, wenn sie die neuen Bedingungen nicht annehmen. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden das Format für diese Mitteilungen vorgeben können."

2.2.2 Das Recht des Teilnehmers, sich bei der Bekanntgabe von AGB-Änderungen vom Vertrag lösen zu können, wurde in § 25 Abs 3 TKG 2003 sichergestellt. Darin wurde dem Teilnehmer ein "außerordentliches Kündigungsrecht" bzw ein "Sonderkündigungsrecht" eingeräumt, das bis zum Inkrafttreten der Änderungen ausgeübt werden muss. Der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung (der Kündigungstermin) wird aber in der Bestimmung nicht festgelegt (so auch Feiel/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 2003 [2004], 97; Lehofer in FS Mayer [2004], Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, 137 [149]; M. Ertl, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 [142], Forizs, Unzumutbarer Schwebezustand bei Mobilfunkverträgen?, eolex 2009, 298). In den Gesetzesmaterialien wird dazu ebenfalls nichts ausgeführt (vgl ErläutRV 128 BlgNR XXII. GP 8 sowie 1389 BlgNR XXIV. GP 12).

2.2.3 Durch das mittlerweile aufgrund des Vorabentscheidungsersuchens des Obersten Gerichtshofs (8 Ob 72/13s) ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 26. 11. 2015, C-326/14, wurde Art 20 Abs 2 Universaldienst-RL dahin ausgelegt, dass eine Änderung der Entgelte gemäß einer Klausel, welche die Entgeltanpassung nach dem Verbraucherpreisindex vorsieht, keine zum Widerruf des Vertrags berechtigende "Änderung der Vertragsbedingungen" darstellt. Zum hier zu lösenden Problem trifft die Entscheidung keine Aussage. Da aber Art 20 Abs 2 Universaldienst-RL die Modalitäten der Ausübung und des Eintritts der Wirksamkeit des kostenlosen Kündigungsrechts ungeregelt lässt, wäre ein neuerliches Vorabentscheidungsersuchen nicht zielführend.

2.2.4 Nach einigen Autoren soll die rechtzeitig ausgesprochene Kündigung erst mit dem Inkrafttreten der Änderungen eintreten, weil den Teilnehmer bis dahin keine Nachteile treffen, der Vertrag vielmehr mit den alten AGB weiterläuft (M. Ertl aaO; Forizs aaO; ferner Duchkowitz-Pseiner in jusIT 2014/31 und Forizs in jusIT 2015/24 [zu den vorinstanzlichen Entscheidungen des gegenständlichen Verbandsprozesses]; Röhnsner/Gottgeisl, Wege aus der "Handy-Falle": Kunden werden besser informiert, Die Presse 2012/30/02; vgl aber Sodtalbers in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 43a (d)TKG Rz 62 ["zum geplanten Zeitpunkt der Vertragsbeendigung"]). Lust (Gedanken zur Änderung von Telefonverträgen, MR 2014, 163 [166]) geht vor dem unionsrechtlichen Hintergrund hingegen davon aus, dass jeglicher vom Anbieter geäußelter Änderungswunsch den Kunden zum prompten Vertragsausstieg berechtigen soll (ebenso Feiel/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 2003 [2004], 97 ["ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder zu einem vom Kündigenden bestimmten, vor Wirksamwerden der Änderung liegenden Zeitpunkt]; Lehofer, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in FS Mayer [2004] 137 [149 f]; Steinmaurer/Polster in Stratil, TKG4 [2013] § 25 Anm 8 ["offenbar mit sofortiger Wirkung"]; unklar Perner, Kündigung nach § 25 Abs 3 TKG bei nachträglichem Verzicht auf die Vertragsänderung?, ecolex 2008, 622, der einerseits für eine "sofortige Wirkung" eintritt, andererseits aber auf das geplante Inkrafttreten der Änderungen abstellt [FN 18]; ders in Knyrim/Perner/Leitner/Riss, Aktuelles AGB-Recht [2008], Der "Ausschluss" des Kündigungsrechts nach § 25 Abs 3 TKG 2003 in den AGB der Mobilfunkbetreiber, 97 [102 und FN 28]).

2.2.5 Der Oberste Gerichtshof hatte in der Entscheidung 1 Ob 123/09h SZ 2009/116 = EvBl 2010/15 [Kehrer] = jusIT [Gerhartinger] = RIS-Justiz RS0125366, der ebenfalls eine Verbandsklage zugrunde lag, ua folgende Klausel zu beurteilen:

"Gemäß § 25 TKG 2003 zulässige Änderungen bleiben unberührt. Eine gemäß § 25 Abs 3 TKG ausgesprochene außerordentliche Kündigung durch den Teilnehmer wird wirkungslos, falls sich m***** innerhalb von vier Wochen ab Zugang der Kündigung bereit erklärt, gegenüber dem Teilnehmer auf die Kündigung zu verzichten."

Der 1. Senat hielt diese Klausel für gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Begründend führte er im Wesentlichen aus, das Kündigungsrecht des Teilnehmers hänge (nur) von einer bekanntgegebenen Änderung samt Hinweis auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens und auf das Kündigungsrecht, sowie der Ausübung des Kündigungsrechts bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens ab. Nach den allgemeinen Regeln des dispositiven Rechts werde ein derartiges Vertragsverhältnis grundsätzlich durch eine einseitige Kündigungserklärung beendet. Der beklagten Partei sei einzuräumen, dass bei Aufrechterhalten des Vertrags zu den alten AGB keine dem Teilnehmer nachteilige Änderung eintrete und seine Versorgung mit Mobilfunkleistungen garantiert sei. Ein Verbraucher, der sich aufgrund der "drohenden", ihn benachteiligenden Änderung der AGB und Entgeltbedingungen zur Auflösung dieses Vertrags entschließe, könne aber nach den allgemeinen Regeln des dispositiven Rechts nach Zugang seiner Erklärung an den Mobilfunkbetreiber mit einer wirksamen Beendigung des Vertragsverhältnisses rechnen, sich schon vorher über Angebote anderer Mobilfunkbetreiber informieren und dann einen Vertrag abschließen. In der Mobilfunkbranche seien ständig wechselnde Angebote aufgrund der Wettbewerbssituation nicht unüblich, weshalb die einmonatige bzw vierwöchige Phase der Unsicherheit, ob das Vertragsverhältnis weiter aufrecht bleiben soll, die Dispositionsfreiheit des Konsumenten stark einschränke. Die den Teilnehmern seitens der beklagten Partei offensichtlich zugeordnete Rolle von "Testsubjekten" (rentiert sich aufgrund der Anzahl der Widersprüche bzw Kündigungen die Änderung der AGB?) müsse der Konsument nicht

spielen. Ebenso wenig solle er auf die Möglichkeit verwiesen werden, bei anderen Mobilfunkbetreibern Verträge ohne Bindung wie sogenannte "prepaid-Verträge" abzuschließen und so das Risiko zu vermeiden, bei Aufrechterhalten des Vertrags durch die Beklagte und zwischenzeitig erfolgtem Abschluss eines anderen Vertrags an zwei Mobilfunkverträge gebunden zu sein.

2.2.6 Die Entscheidung geht nach vertragsrechtlichen Grundsätzen von einer sofortigen Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung aus. Sie wurde - auch in diesem Punkt - sowohl von Kehrer (aaO; "soweit es sich um eine einseitige Vertragsänderung [§ 25 Abs 2 TKG] handelt"), als auch von Gerhartinger (aaO) im Wesentlichen zustimmend glossiert. Mit ihr wurde im Ergebnis auch Perner (Kündigung nach § 25 Abs 3 TKG bei nachträglichem Verzicht auf die Vertragsänderung?, *ecolex* 2008, 622 [624]; ders in Knyrim/Perner/Leitner/Riss, *Aktuelles AGB-Recht* [2008], Der "Ausschluss" des Kündigungsrechts nach § 25 Abs 3 TKG 2003 in den AGB der Mobilfunkbetreiber, 97 [105]) widersprochen, der eine solche Änderungsverzichtsklausel für zulässig hielt.

2.2.7 Die gegenständliche Klausel hat ein vergleichbares Regelungsziel wie die in 1 Ob 123/09h SZ 2009/116 für unzulässig erklärte Klausel, wie sich auch der Argumentation der beklagten Partei entnehmen lässt ("Käme es aus irgendwelchen Gründen doch nicht zur angekündigten Änderung der AGB, wäre der Kündigung jegliche Rechtfertigung entzogen ..."). Trotz Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts soll es ihr aufgrund der Klausel möglich sein, durch Abstandnahme von den angekündigten Änderungen am Vertrag festzuhalten, die Kündigung wäre "wirkungslos".

2.2.8 Dieser Sichtweise ist nicht zu folgen. Eine "Unberührtheitsklausel", wie sie im letzten Satz des § 25 Abs 2 TKG 2003 normiert ist, fehlt zwar in Abs 3. Da dieser den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung aber nicht regelt, hindert dies die Anwendung allgemeiner vertragsrechtlicher Grundsätze nicht. Der Mobilfunkvertrag wird vom Obersten Gerichtshof als Mischvertrag *sui generis* mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen, somit als Dauerschuldverhältnis qualifiziert (vgl 6 Ob 69/05y; 7 Ob 217/13g; auch Goldbacher/Dama, *Zur Sperrverpflichtung der Kommunikationsanbieter bei Kostenüberschreitung - eine Replik*, MR 2014, 113). Nach ständiger Rechtsprechung können Dauerschuldverhältnisse aus wichtigen Gründen ohne Kündigungsfrist vorzeitig aufgelöst werden (RIS-Justiz RS0018305, RS0020919 ua). Schon die Änderungsmitteilung berechtigt den Teilnehmer zur Kündigung, sie - und nicht erst die Änderung selbst - bildet also den "wichtigen Grund". Das führt dazu, dass die Kündigungserklärung des Teilnehmers mit dem Zugang an den Betreiber wirksam wird, sofern dies noch vor dem mitgeteilten Zeitpunkt des Inkrafttretens erfolgt und der Teilnehmer nicht einen bestimmten Kündigungstermin nennt.

2.2.9 Kein anderes Ergebnis wäre bei autonomer Auslegung des § 25 Abs 3 TKG 2003 zu erzielen. Art 20 Abs 2 *Universaldienst-RL* knüpft das Recht zum "Widerruf" bereits an die Bekanntgabe der vorgeschlagenen Änderungen. Bei richtlinienkonformer Interpretation dieser Bestimmung gibt daher schon die bloße Änderungsmitteilung dem Teilnehmer das Recht, sich mit sofortiger Wirkung vom Vertrag zu lösen (vgl Lust, *Gedanken zur Änderung von Telefonverträgen*, MR 2014, 163 [166]). Die Wirksamkeit der Kündigung von der tatsächlichen Änderung abhängig zu machen hieße, dass es im alleinigen Machtbereich des Betreibers läge, eine ihm zugegangene Kündigung nachträglich einseitig wirkungslos zu machen. Im Hinblick auf das Verbraucherschutzziel der Richtlinie - die Bestimmungen des Art 20 enthaltenden Kapitels IV dienen dem Schutz der Interessen und Rechte der Endnutzer (vgl EuGH 26. 11. 2015, C-326/14 Rn 21; auch Docekal, *TKG-Kündigungsrecht*

bei Indexanpassung, VbR 2014/48, 88 [91]) - ist eine solche Interpretation im Sinne der Erwägungen des ersten Senats abzulehnen.

2.2.10 Die dagegen vorgebrachten Einwände von Duchkowitsch-Pseiner in jusIT 2014/31 und insbesondere von Forizs in jusIT 2015/24, die sich die beklagte Partei in ihrem Rechtsmittel zu eigen macht, vermögen nicht zu überzeugen. Richtig ist zwar, dass bei einem Wechsel des Telekommunikationsanbieters die Übertragung der Rufnummer noch während des aufrechten Vertrags mit dem bisherigen Anbieter eingeleitet werden muss (§ 11 Nummernübertragungsverordnung 2012 - NÜV 2012, BGBl II 2012/48). Der Übertragungsprozess wird durch einen Antrag des Teilnehmers eingeleitet (§ 3 NÜV). Dem Teilnehmer, der aufgrund einer Änderungsmitteilung den Anbieter wechseln möchte, ist es aber ohne größere Schwierigkeiten möglich, entweder den erforderlichen Antrag schon vor dem Zugang seiner Kündigungserklärung zu stellen oder mit dieser gemeinsam, aber unter Nennung eines zeitlich nach dem Zugang der Erklärung liegenden Kündigungstermins.

2.2.11 Auch aus den Erläuternden Bemerkungen zu Art 4 Abs 3 MitV ist für die beklagte Partei nichts zu gewinnen:

(a) Mit der Verordnung der Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der der Detaillierungsgrad, Inhalt und die Form der Mitteilung von nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen nach § 25 Abs 3 TKG 2003 festgelegt werden (Mitteilungsverordnung-MitV, BGBl II 2012/39), wurde der letzte Satz von Art 20 Abs 2 Universaldienst-RL umgesetzt. Ziel der MitV ist die transparente Mitteilung an Teilnehmer über bevorstehende einseitige nicht ausschließlich begünstigende Änderungen der Vertragsbedingungen durch Betreiber von Telekommunikationsdiensten nach § 25 Abs 3 TKG (§ 1). In § 4 Abs 3 MitV ist der Wortlaut der Mitteilung geregelt, mit welcher der Teilnehmer über sein Kündigungsrecht zu informieren ist. Über den Eintritt der Wirksamkeit der Kündigung enthält diese Bestimmung nichts. Dennoch findet sich in den Erläuternden Bemerkungen zu dieser Vorschrift der Hinweis, dass eine "allfällige rechtmäßige Kündigung" des Teilnehmers mit dem Inkrafttreten der Änderungen wirksam werde, sodass ab diesem Zeitpunkt keine weiteren Entgelte, zB monatliche Grundentgelte verrechnet werden dürften. Damit wird offenbar eine gängige Praxis wiedergegeben (vgl Forizs, jusIT 2015/24, 60 [62]). In den Wortlaut des § 4 Abs 3 MitV hat diese Auslegung freilich keinen Eingang gefunden.

(b) Gemäß § 5 ABGB wirken Gesetze nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluss. § 8 ABGB sieht jedoch die Möglichkeit vor, dass der Gesetzgeber den normativen Sinn eines (unklaren) Gesetzes durch ein neuerliches Gesetz erklärt. Diese Aufklärung hat - sofern keine andere Regelung erfolgt - rückwirkende Kraft, da sie ab dem Inkrafttreten des "erklärten Gesetzes" gilt (2 Ob 237/07b mwN). Die authentische Interpretation eines Gesetzes kann nur durch eine - unter Umständen auch schlüssige - Erklärung des Gesetzgebers vorgenommen werden, die sich als Gesetz darstellt und auch als Gesetz kundgemacht worden ist; bloßen Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren kommt aber diese Eigenschaft nicht zu (vgl 2 Ob 237/07b mwN). Die Aussage über die authentische Interpretation muss demnach, auch wenn sie schlüssig erfolgt, stets (zumindest auch) im kundgemachten Text des "erklärenden Gesetzes" enthalten sein (2 Ob 237/07b mwN; RIS-Justiz RS0008908).

(c) Die MitV ist als Rechtsverordnung ein Gesetz im materiellen Sinn (vgl 2 Ob 173/12y). Der Verordnungsgesetzgeber ist allerdings mit dem Gesetzgeber des TKG nicht identisch, sodass eine authentische Interpretation des § 25 Abs 3 TKG schon deshalb ausscheidet. Dazu kommt, dass die Äußerungen des Verordnungsgesetzgebers im kundgemachten Text der MitV

nicht enthalten sind. Gesetzesmaterialien können aber nur zur Auslegung des Gesetzes, dessen Vorarbeiten sie sind, herangezogen werden. Es ist nicht zulässig, allein aus den Erläuternden Bemerkungen darauf zu schließen, welche Absicht der Gesetzgeber bei Erlassung des früheren Gesetzes verfolgt hat (RIS-Justiz RS0008771).

2.2.12 Aus den vorstehenden Überlegungen ist an den Grundsätzen der Entscheidung 1 Ob 123/09h SZ 2009/116 festzuhalten, wonach die auf § 25 Abs 3 TKG 2003 gestützte außerordentliche Kündigung - vorbehaltlich der Nennung eines Kündigungstermins - mit dem Zugang der Erklärung an den Betreiber wirksam wird. Davon ausgehend gibt die beanstandete Klausel die wahre Rechtslage nicht richtig wieder, sie lässt den Verbraucher darüber im Unklaren. Die Klausel verstößt gegen § 6 Abs 3 KSchG und ist daher unzulässig.

2.3 Klausel 3 (§ 4 Abs 3 zweiter Satz Z 5 und Z 9 AGB):

(3) A***** ist berechtigt, für alle b***** Vertragstarife alle nötigen Angaben über die Identität sowie die Rechts- und Geschäftsfähigkeit des Kunden durch Vorlage von amtlichen Dokumenten, wie Lichtbildausweis und Meldezettel sowie den Nachweis für das Vorliegen einer Zeichnungs- oder Vertretungsbefugnis vom Kunden zu fordern. A***** ist insbesondere dann nicht verpflichtet, ein Vertragsverhältnis mit einem Kunden zu begründen oder fortzusetzen,

[...]

5. wenn keine aufrechte inländische Bankverbindung besteht, eine Einziehung der Rechnungsbeträge tatsächlich nicht möglich ist oder A***** keine schriftliche Einzugsermächtigung zwecks Einzug der Rechnungsbeträge erteilt wird oder die Kreditwürdigkeit aus anderen Gründen nicht gegeben ist,

[...]

9. der ohne vorherige schriftliche Zustimmung von A***** Dritten entgeltlich oder kommerziell die ständige und alleinige Inanspruchnahme von Leistungen, etwa die ständige und alleinige Benutzung eines Anschlusses, gestattet,

[...].

Die klagende Partei bemängelte, dass durch die Verwendung des Wortes "insbesondere" nicht klar sei, unter welchen Voraussetzungen die beklagte Partei den Vertrag sonst noch auflösen könne. Die Klausel sei deshalb intransparent. Z 5 verstoße mit der Forderung nach einer inländischen Bankverbindung gegen § 9 Abs 2 SEPA-VO. Z 9 verstoße gegen § 10 Abs 3 KSchG.

Die beklagte Partei widersprach. Der Vorbehalt der Schriftlichkeit in Z 9 sei angesichts der Bedeutung einer Schuldübernahme nicht nur üblich und nachvollziehbar, sondern auch zum Vorteil des Verbrauchers.

Die Vorinstanzen teilten die Rechtsansicht der klagenden Partei.

Zur - im Revisionsverfahren allein noch relevanten - Z 9 führte das Berufungsgericht aus, eine vereinbarte Schriftform könnte zwar für Erklärungen des Unternehmers zulässig sein, die ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen würden, dies sei hier

aber nicht der Fall. Es könne nämlich durchaus dem (wirtschaftlichen) Interesse des Teilnehmers entsprechen, einen Dritten die von der beklagten Partei erbrachten Leistungen in Anspruch nehmen zu lassen. Eine Zustimmung der beklagten Partei dazu löse daher nicht ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Teilnehmer aus. Der Formvorbehalt sei unzulässig.

Dagegen führt die beklagte Partei in der Revision (nur) ins Treffen, aus der zweitinstanzlichen Begründung sei nicht ersichtlich, worin das Interesse eines Teilnehmers an der ständigen und alleinigen kommerziellen Benutzung seines Anschlusses durch Dritte liegen solle.

Hierzu wurde erwogen:

2.3.1 Die beanstandete Klausel enthält mehrere materiell eigenständige Regelungsbereiche, die an sich einer gesonderten Prüfung zugänglich wären. Diese wurde von den Vorinstanzen auch vorgenommen, wobei das Rechtsmittel auf die angenommene Intransparenz des Einleitungssatzes und die Gesetzwidrigkeit von Z 5 der Klausel nicht mehr eingeht.

2.3.2 Die Rechtsansicht der Vorinstanzen zur Z 9 der Klausel ist zutreffend:

§ 10 Abs 3 KSchG untersagt es, die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich auszuschließen (RIS-Justiz RS0121435). Die Bestimmung soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Abrede stellt (RIS-Justiz RS0121954). Sie wendet sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen des Unternehmers. Der Inhalt und die Rechtsfolgen der vom Formerfordernis betroffenen Erklärung sind in diesem Zusammenhang nur in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Nachteiligkeit erheblich; eine vereinbarte Schriftform könnte etwa für Erklärungen des Unternehmers zulässig sein, die ausschließlich nachteilige Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen. Als Beispiel wurde der Fall genannt, dass dem Verbraucher die Vertragsauflösung erklärt oder angedroht wird. In diesem Fall ist es für den Verbraucher günstig, wenn nachteilige Rechtsfolgen erst ausgelöst werden, wenn die Willenserklärung des Unternehmers ein Formerfordernis hat (4 Ob 59/09v [Klausel 1]; 7 Ob 84/12 SZ 2012/115 [Klausel 6]).

2.3.3 Mit ihrem in der Revision erhobenen Einwand missversteht die beklagte Partei diese Rechtslage. Die Klausel erweist sich vielmehr aus den schon vom Berufungsgericht genannten Gründen wegen Verstoßes gegen § 10 Abs 3 KSchG als unzulässig. Eine geltungserhaltende Reduktion kommt nicht in Betracht (RIS-Justiz RS0038205).

2.4 Klausel 4 (§ 7 Abs 3 zweiter und dritter Satz AGB):

(3) A***** wird mit der Behebung von Störungen am Anschluss ohne schuldhafte Verzögerung innerhalb von 72 Stunden beginnen, wobei der Lauf der Frist außerhalb der Regelentstörungszeit gehemmt ist. Regelentstörungszeit ist die Zeit von 7.00 Uhr bis 23.00 Uhr. Erfolgt die Herstellung oder die Entstörung eines b*****-Anschlusses um mehr als zwei Kalendertage verspätet und ist diese Verspätung von A***** zu vertreten, so erhält der Kunde in einer der nächsten Rechnungen eine Gutschrift in der Höhe von Euro 15,-- (inkl. USt.). Entstörungen zu besonderen Bedingungen führt A***** jeweils nach Vereinbarung und gegen gesondertes Entgelt durch.

Nach Ansicht der klagenden Partei verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Die Klausel sehe eine Beschränkung des Schadenersatzes der Höhe nach vor. Erleide der Konsument durch schuldhaftes Verhalten der beklagten Partei bei der Durchführung der Entstörung einen höheren Schaden als 15 EUR, müsse für den tatsächlichen Schaden gehaftet werden. Da in der Klausel auf diese weitergehende Ersatzpflicht nicht hingewiesen werde, verstoße sie auch gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Für die beklagte Partei ist nicht erkennbar, wie durch diese Klausel die gesetzlichen Ansprüche des Kunden beschränkt werden sollten. Vielmehr erhalte der Kunde aus Kulanz zusätzlich zu seinen Ansprüchen eine Gutschrift, sollte eine Herstellung oder Entstörung verspätet erfolgen.

Das Erstgericht meinte, dass der Klausel bei verbraucherfeindlicher Auslegung eine Schadenpauschalierung zu entnehmen sei. Dass der Kunde die Gutschrift zusätzlich zu einem Schaden erhalte, ergebe sich aus ihr nicht eindeutig.

Das Berufungsgericht ging ebenfalls davon aus, dass die Klausel Schadenersatzansprüche des Kunden auf die Pauschale (Gutschrift) beschränke, müsse sie doch aufgrund ihrer Formulierung und systematischen Einordnung bei kundenfeindlichster Auslegung als abschließende Regelung dieser Ansprüche angesehen werden.

Die beklagte Partei hält in ihrer Revision diese Begründung mit dem Hinweis auf ihr erstinstanzliches Vorbringen für verfehlt. Die Klausel sei für den Teilnehmer ausschließlich vorteilhaft.

Hierzu wurde erwogen:

2.4.1 § 6 Abs 1 Z 9 KSchG beschränkt die Befugnis des Unternehmers, sich vertraglich von der ihn nach dem Gesetz treffenden schadenersatzrechtlichen Verantwortung zu befreien oder diese Haftung zu begrenzen (Kathrein/Schoditsch in KBB4 § 6 KSchG Rz 15). Unwirksam sind daher auch solche Vertragsbestimmungen, die eine gesetzlich unbeschränkte Haftung der Höhe nach begrenzen soll (vgl 4 Ob 130/03a SZ 2003/115 [Klausel 8] Kathrein/Schoditsch aaO Rz 16).

2.4.2 Bei kundenfeindlichster Auslegung (RIS-Justiz RS0016590) kann die Klausel dahin verstanden werden, dass die "Gutschrift" von 15 EUR sämtliche Nachteile des Teilnehmers decken soll, die ihm aus einer vom Betreiber "zu vertretenden", im ungünstigsten Fall also etwa auch grob schuldhaft verursachten Verzögerung der Entstörung erwachsen sind. Eine solche Haftungsbegrenzung ist aber, schon weil sie auch Fälle grob schuldhafter Schädigung umfasst, für den Teilnehmer nicht verbindlich iSd § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Die Klausel ist daher unzulässig.

2.5 Klausel 5 (§ 7 Abs 4 AGB):

(4) Wird A***** zur Störungsbehebung aufgefordert und ist die Störungsursache vom Kunden zu vertreten, so sind A***** von ihr erbrachte Leistungen sowie ihr erwachsene Aufwendungen vom Kunden nach Aufwand zu bezahlen.

Die klagende Partei brachte vor, bei kundenfeindlichster Auslegung hätten die Kunden den Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er von ihnen unverschuldet herbeigeführt worden sei.

Die beklagte Partei vertrat eine gegenteilige Rechtsansicht.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als intransparent, weil sich aus ihr nicht ergebe, dass der Verbraucher die Aufwendungen nur bei Verschulden zu bezahlen habe.

Das Berufungsgericht pflichtete dieser Auffassung mit Hinweis auf die Entscheidung 7 Ob 84/12x SZ 2012/115 bei.

Die beklagte Partei bekämpft in ihrer Revision die Rechtsansicht der Vorinstanzen allein unter dem Gesichtspunkt, dass die in der zitierten Entscheidung beurteilte Klausel mit der gegenständlichen Klausel nicht vergleichbar sei. Im Gegensatz zu jener enthalte die vorliegende Klausel lediglich verschuldensabhängige Zurechnungskriterien.

Hierzu wurde erwogen:

2.5.1 Auch nach dem Verständnis der beklagten Partei setzt der in der Klausel geregelte Anspruch auf Aufwandsersatz ein vom Teilnehmer zu vertretendes Verschulden voraus. Dies wird nicht ausreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, wie sich bereits aus der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung 7 Ob 84/12x SZ 2012/115 [Klausel 9] ergibt.

2.5.2 Die damals geprüfte Klausel lautete:

"Werden wir auf Grund einer von Ihnen gemeldeten Störung tätig und stellt sich heraus, dass gar keine Störung vorliegt oder eine vorliegende Störung von Ihnen zu vertreten ist, dann sind wir berechtigt, den uns entstandenen Aufwand zu verrechnen."

Der Oberste Gerichtshof erachtete die Klausel ua deshalb als intransparent, weil sie eine Verpflichtung des Verbrauchers zum Schadenersatz vorsehe, ohne diesen darauf hinzuweisen, dass eine solche Verpflichtung nur bei Verschulden des Verbrauchers bestehen könne.

2.5.3 Entgegen der Auffassung der beklagten Partei sind die beiden Klauseln insoweit durchaus vergleichbar. Demnach ist auch die gegenständliche Klausel wegen Verstoßes gegen § 6 Abs 3 KSchG unzulässig.

2.6 Klausel 6 (§ 8 Abs 5 erster Satz AGB):

(5) A***** haftet für von ihren Organen oder Beauftragten verursachte Schäden - soweit diese nicht Schäden an der Person betreffen - nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. [...]

Die klagende Partei erachtet den generellen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Die beklagte Partei wandte ein, eine Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit hätte ein Ausufern ihrer Haftungsverpflichtung zur Folge und wäre unverhältnismäßig. Die Klausel sei daher sachlich gerechtfertigt.

Das Erstgericht folgte dem Standpunkt der klagenden Partei.

Das Berufungsgericht teilte diese Rechtsansicht mit dem Hinweis auf die Entscheidung 7 Ob 84/12x, in der eine vergleichbare Klausel als gröblich benachteiligend beurteilt worden sei.

Die beklagte Partei argumentiert in der Revision - wie schon in erster Instanz - mit der allgemeinen Lebenserfahrung, der es entspreche, dass IT-Leistungen nicht völlig fehlerfrei erbracht werden könnten. Das Geschäftsfeld der beklagten Partei sei derart technisch komplex, dass gewisse Fehler und Pannen nicht ausgeschlossen werden könnten. Aus diesem Grund wäre eine Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit ausufernd und unverhältnismäßig.

Hierzu wurde erwogen:

2.6.1 Der Oberste Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die grundsätzliche Zulässigkeit einer Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht den Schluss rechtfertigt, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG lasse die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit - auch über Personenschäden hinausgehend - ganz generell zu (1 Ob 105/14v mwN). Freizeichnungserklärungen als Vorausverzicht auf Schadenersatzansprüche werden vielmehr, wenn sie generell erfolgen, als anstößig empfunden. Eine so weitgehende Abweichung vom dispositiven Gesetz kann unter den besonderen Verhältnissen von AGB rechtlich nicht toleriert werden und ist im Zweifel auch nicht als vereinbart anzusehen (vgl 7 Ob 84/12x SZ 2012/115; RIS-Justiz RS0016567).

2.6.2 In der Entscheidung 7 Ob 84/12x SZ 2012/115 wurden vergleichbare Klauseln in den AGB eines Telekommunikationsanbieters (Klauseln 11 bis 13) wegen Verstoßes gegen § 879 Abs 3 ABGB als unzulässig beurteilt, desgleichen in 1 Ob 105/14v mwN eine Klausel der AGB eines Kreditkartenunternehmens (Klausel 7). Die beklagte Partei vermag keine stichhaltigen Argumente vorzubringen, aus denen eine abweichende Beurteilung der gegenständlichen Klausel sachlich gerechtfertigt wäre. Sie übersieht, dass sie auch ihre Hauptleistungspflicht - dem Kunden das Funknetz samt technischer Einrichtungen zum Gebrauch zur Verfügung zu stellen (6 Ob 69/05y; 7 Ob 217/13g) - in einem "technisch komplexen Geschäftsfeld" zu erbringen hat. Der generelle Ausschluss der Haftung für leicht fahrlässig verschuldete Sach- und Vermögensschäden der Kunden würde einen weitestgehenden Haftungsausschluss zur Folge haben, für den eine sachliche Rechtfertigung nicht ersichtlich ist (idS auch 1 Ob 105/14v).

2.6.3 Die angefochtene Entscheidung bedarf daher auch in diesem Punkt keiner Korrektur.

2.7 Klausel 7 (§ 10 Abs 5 sechster bis achter Satz AGB):

(5) [...] Der Einzug vom angegebenen Konto erfolgt frühestens zum Fälligkeitstermin. In Fällen des § 13 dieser AGB kann A***** eine sofortige Bezahlung der Rechnung verlangen. Allfällige Überweisungskosten gehen zu Lasten des Kunden. Sofern durch die mangelnde Abbuchbarkeit vom Konto des Kunden Spesen und Mehraufwendungen, insbesondere Spesen für einen gescheiterten Einziehungsversuch entstehen, sind diese vom Kunden zu tragen und ist A***** berechtigt, für jede Rechnung ein gesondertes Bearbeitungsentgelt zu verlangen.

Die klagende Partei brachte vor, die Klausel sei schon deshalb nach § 6 Abs 3 KSchG unzulässig, weil sie einen Verweis auf § 13 AGB (Inkasso für andere Anbieter und Betreiber) enthalte, diese Vertragsbestimmung allerdings ebenfalls als unzulässig zu qualifizieren sei. Überdies lege die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung fest, dass die Kunden Überweisungskosten auch im Falle, dass sie nicht von ihnen verursacht und verschuldet seien, zu tragen hätten, was eine gröbliche Benachteiligung bedeute. Der letzte Satz, der den Schuldnerverzug regle, verstoße gegen § 1333 Abs 2 ABGB. Die Klausel gehe davon aus, dass der Kunde verschuldensunabhängig ein gesondertes, der Höhe nach nicht bestimmtes -

insoweit sei die Klausel auch intransparent - Bearbeitungsentgelt zu entrichten habe, und sei daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Die beklagte Partei erwiderte, § 13 AGB sei zulässig. Das dort vorgesehene Inkasso beziehe sich hauptsächlich auf "Entgeltforderungen ausländischer Mobilfunknetzbetreiber im Falle von Roaming" und anderer Dienste. Die erwähnten Überweisungskosten hätten naturgemäß Fälle, in denen der Kunde ausländische Dienste in Anspruch genommen habe, zum Gegenstand. Es sei nicht ersichtlich, bei welcher Konstellation Überweisungskosten anfallen könnten, die nicht vom Kunden zu vertreten seien. Der letzte Satz der Klausel betreffe nur Fälle des Schuldnerverzugs mangels ausreichender Kontodeckung und somit jedenfalls nur Fälle, die vom Kunden zu vertreten seien. Es sei selbstverständlich, dass bei neuerlicher Rechnungsstellung ein zusätzliches Bearbeitungsentgelt anfalle.

Das Erstgericht folgte allen Argumenten der klagenden Partei.

Das Berufungsgericht teilte diese Rechtsansicht. Die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen werde (§ 13 AGB), führe zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung. § 13 Abs 1 AGB erwähne die Entgeltforderungen ausländischer Mobilfunknetzbetreiber im Falle von "Roaming" nur beispielhaft ("etwa"). Daher könnten die Überweisungskosten auch die Entgeltforderungen von "anderen Betreibern" (§ 13 Abs 1 AGB) betreffen. Das führe dazu, dass die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung Überweisungskosten ungeachtet des Grundes für ihr Entstehen einseitig dem Kunden anlaste. Sie würde es zB auch decken, dass sich die beklagte Partei gegenüber einem dritten Betreiber vertraglich zur Tragung von Überweisungskosten verpflichte, die sie in der Folge dem Kunden anlaste. Die klagende Partei beanstande somit zu Recht das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung für diese Abweichung vom dispositiven Recht. Die Klausel sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Soweit die Klausel im letzten Satz dem Kunden Spesen, Mehraufwendungen und Bearbeitungsentgelte anlaste, verstoße sie gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil sie ausschließlich am Umstand der mangelnden Abbuchbarkeit ansetze, die aber mit mangelnder Kontodeckung nicht gleichzusetzen sei. Die beklagte Partei übergehe, dass auch andere, vom Kunden nicht verschuldete und ihm auch im Wege der Erfüllungsgehilfenhaftung nicht zurechenbare Umstände, wie etwa nicht vermeidbare technische Gebrechen, die Abbuchbarkeit verhindern könnten. § 1333 Abs 2 ABGB knüpfe Schadenersatzansprüche des Gläubigers bei Zahlungsverzug des Schuldners aber (auch) daran, dass der Verzug verschuldet worden sei. Das bringe die Klausel nicht hinreichend klar zum Ausdruck. Sie verstoße damit gegen das Vollständigkeitsgebot.

Die beklagte Partei hält dem in ihrer Revision entgegen, auch bei kundenfeindlichster Auslegung sei nicht ersichtlich, wie erhöhte Überweisungskosten anfallen sollten, wenn es sich nicht um bewusst in Anspruch genommene Dienstleistungen eines ausländischen Mobilfunknetzbetreibers handeln sollte. Die These, die beklagte Partei könnte sich gegenüber einem dritten Betreiber vertraglich zur Tragung von Überweisungskosten verpflichtet haben, sei fingiert, unüblich und nicht nachvollziehbar. Auch die zum letzten Satz der Klausel vertretene Ansicht des Berufungsgerichts sei unrichtig. Sie setze voraus, dass die Ursache für einen gescheiterten Einziehungsversuch dem Bankinstitut der beklagten Partei zuzurechnen wäre (§ 907a Abs 2 letzter Satz ABGB). Sollte dies aber zutreffen, wäre die Annahme lebensfremd, dass dieses Bankinstitut dann - wegen des von ihm selbst verursachten Fehlers - auch noch Spesen verrechnen würde. Daraus folge zwingend, dass die Klausel nur einen vom Kunden zu vertretenden Umstand betreffe.

Hierzu wurde erwogen:

2.7.1 Die Klausel enthält zwei materiell eigenständige Regelungsbereiche, die einer gesonderten Prüfung unterliegen, nämlich einerseits die als Einheit zu beurteilenden Sätze 6 und 7, andererseits Satz 8 des § 10 Abs 5 AGB.

2.7.2 § 13 AGB, auf den die Sätze 6 und 7 verweisen, trägt die Überschrift "Inkasso". Abs 1 erster Satz dieser Bestimmung lautet:

"Entgeltforderungen von anderen Betreibern, welche aufgrund des Vertrages oder einer Vereinbarung über eine zusätzliche Leistung dem Kunden auf Rechnung der A***** vorgeschrieben werden - etwa Entgeltforderungen ausländischer Mobilfunknetzbetreiber im Falle von Roaming oder Entgeltforderungen anderer in § 3 angeführter Unternehmen im Falle der Inanspruchnahme von mit Telefondiensten in Zusammenhang stehenden Leistungen (Erbringung des handvermittelten Verkehrs, der Herausgabe des Telefonbuches, des Auskunfts- und des Auftragsdienstes) - stehen Entgeltforderungen von A***** gleich."

Der zweite Satz des Abs 1 bildet die Klausel 10, Abs 2 die Klausel 11. Letztere regelt die Berechtigung der beklagten Partei, bei ihren Kunden die ausgewiesenen Entgeltforderungen anderer Betreiber mit deren Zustimmung einzuziehen. Die Klausel 11 ist, wie noch zu zeigen ist, für die Kunden gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, ihr letzter Satz verstößt gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Sie ist daher insgesamt unzulässig.

2.7.3 Der im sechsten und siebenten Satz der gegenständlichen Klauselbestimmung enthaltene Querverweis beschränkt sich nicht auf den unbedenklichen § 13 Abs 1 AGB, sondern bezieht sich auf die gesamte verwiesene Vertragsbestimmung, insbesondere deren unzulässigen Abs 2. Die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, führt aber zwingend zur Unzulässigkeit auch der verweisenden Bestimmung. Denn durch den Verweis wird die Bestimmung, auf die verwiesen wird, zu einem Teil der verweisenden Bestimmung, sodass eine getrennte Beurteilung nicht mehr möglich ist (2 Ob 1/09z SZ 2010/41 mwN; RIS-Justiz RS0122040).

2.7.4 Was den letzten Satz der Vertragsbestimmung anlangt, hält es auch die beklagte Partei für denkbar, dass die "mangelnde Abbuchbarkeit" vom Konto des Kunden auch andere als vom Kunden schuldhaft zu vertretende Ursachen haben kann. Ihr Argument, das Bankinstitut der beklagten Partei würde keine Spesen verrechnen, wäre ihm der gescheiterte Einziehungsversuch zuzurechnen (wodurch auch keine neue Rechnung, somit auch kein zusätzliches Bearbeitungsentgelt anfielen), ist nicht überzeugend, weil die Ursache des Scheiterns durchaus strittig sein kann. Bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel ist der Kunde vielmehr auch dann zur Zahlung eines zusätzlichen Bearbeitungsentgelts verpflichtet, wenn ihn an diesem Mehraufwand der beklagten Partei kein Verschulden trifft.

2.7.5 Der Anspruch auf Ersatz eines durch den Zahlungsverzug verursachten Schadens iSd § 1333 Abs 2 ABGB setzt jedoch Verschulden voraus (RIS-Justiz RS0109502; Danzl in KBB4 § 1333 Rz 6). Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach Klauseln als gröblich benachteiligend beurteilt, in welchen dem Verbraucher für den Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung ohne Bezugnahme auf ein Verschulden Mahnspesen auferlegt worden sind (vgl 7 Ob 12/84 SZ 2012/115 [Klausel 17]; 1 Ob 105/14v [Klausel 5]; je mwN).

2.7.6 Diese Wertung trifft auch auf die vorliegende Klausel zu. Sie ist daher nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig. Da sie den Kunden über die Höhe des anfallenden Bearbeitungsentgelts völlig im Unklaren lässt, verstößt sie überdies gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

2.8 Klausel 8 (§ 10 Abs 6 AGB):

(6) Erfolgt eine Zahlung nicht mittels Kontoeinzahlung und ohne Angabe der richtigen Verrechnungsnummer oder Rufnummer, so tritt die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung erst mit Zuordnung zur richtigen Verrechnungsnummer ein und ist vom Kunden ein angemessenes Bearbeitungsentgelt zu bezahlen.

Die klagende Partei hält die Klausel als für den Verbraucher überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB. Sie weiche auch in sachlich nicht gerechtfertigter Form von § 1424 ABGB ab, weshalb die Klausel auch gröblich benachteiligend sei. Die Klausel sei ferner intransparent, weil der Eintritt der schuldbefreienden Wirkung für den Verbraucher unklar bleibe. Das gelte auch für die Höhe des Bearbeitungsentgelts, der Terminus "angemessen" sei unbestimmt. Schließlich würde die Klausel die zwingende Regelung des § 6a Abs 2 KSchG unterlaufen. Überweise der Schuldner rechtzeitig, so könne auch eine Zuordnung des Gläubigers die schuldbefreiende Wirkung nicht verhindern.

Die beklagte Partei widersprach diesen Vorwürfen. Bei Unternehmen von der Größe der beklagten Partei sei es Standard, die Kunden- bzw Rechnungsnummer bei der Zahlung anzuführen. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Einzahlung ohne Angabe jeglicher Zuordnungsparameter nur unter extrem hohem Aufwand zugeordnet werden könne. Dies sei den Kunden auch bewusst. Im Vergleich zu diesem Aufwand bedeute die Anführung etwa der Verrechnungsnummer für den Kunden keinerlei Mehraufwand.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als überraschend und gröblich benachteiligend, weil sie die Organisation interner Buchungsvorgänge auf den Kunden übertrage. Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum Einzahlungen unter dem Namen eines Kunden, der mehrere Anschlüsse habe, nicht den ihn betreffenden fälligen Verpflichtungen zugeordnet werden könnten, zumal die Anrechnung mangels Widmung auf die älteste Schuld zu erfolgen habe.

Das Berufungsgericht führte aus, die beanstandete Klausel verstoße - im Fall der heute üblichen Banküberweisung - gegen § 6a Abs 2 KSchG, indem sie die schuldbefreiende Wirkung einer nicht entsprechend gekennzeichneten Zahlung des Verbrauchers bis zur internen Klärung der Zuordnung hinausschiebe. Bereits aus diesem Grund sei die Klausel unzulässig. Sie verstoße aber auch gegen § 864a ABGB, weil der Verbraucher nach den Umständen vernünftigerweise nicht damit zu rechnen brauche, dass die vermeintliche Rechtzeitigkeit seiner Zahlung durch - von der inkriminierten Klausel im Übrigen zeitlich in keiner Weise determinierte, wodurch die Klausel auch intransparent sei - administrative Vorgänge bei seinem Gläubiger hinausgeschoben werde. Die von der beklagten Partei ins Treffen geführte, angeblich weite Verbreitung sei nicht geeignet, sie aus der Sicht des Kunden als im redlichen Verkehr üblich anzusehen. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, vor allem, weil der Kunde keinen Einfluss darauf nehmen könne, wie lange die Schuldbefreiung hinausgeschoben werde. Zu Recht verweise die klagende Partei darauf, dass die beklagte Partei ab der Zahlung den Nutzen (Verzinsung) aus dieser ziehe.

Die beklagte Partei nimmt in der Revision zu den ihr angelasteten Verstößen gegen § 6a Abs 2 und § 6 Abs 3 KSchG nicht Stellung. Sie bestreitet nur die Verstöße gegen § 864a und § 879 Abs 3 ABGB, wobei sie ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt.

Hierzu wurde erwogen:

2.8.1 Die beanstandete Klausel scheidet zwar nicht an der Geltungskontrolle des § 864a ABGB, weil sie in dem mit "Zahlungsbedingungen" überschriebenen Abschnitt für einen durchschnittlich sorgfältigen Leser leicht auffindbar ist (vgl 2 Ob 198/10x mwN [Klausel 13]; RIS-Justiz RS0014646 [T4], RS0105643). Sie ist aber aus den folgenden Gründen dennoch unwirksam:

2.8.2 Eine Verbindlichkeit wird durch Leistung des Geschuldeten erfüllt (§ 1412 ABGB). Die Leistung muss an den Gläubiger oder dessen Machthaber erbracht werden. Der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit befreit, wenn er auf das ihm vom Gläubiger benannte Bankkonto überweist (Koziol in KBB4 § 1424 Rz 3). Mit dem Zahlungsverzugsgesetz - ZVG, BGBl I 2013/50, wurde § 6a KSchG ("Erfüllung einer Geldschuld") eingefügt, nach dessen Abs 2 für die Rechtzeitigkeit der Erfüllung der Geldschuld eines Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer durch Banküberweisung die Erteilung des Überweisungsauftrags am Tag der Fälligkeit reicht. Nach der Übergangsregelung des § 41a Abs 28 KSchG ist diese Bestimmung auf Verträge anzuwenden, die ab dem 16. 3. 2013 geschlossen werden. Auf Verträge, die vor diesem Stichtag geschlossen wurden, sind zwar die bisherigen Bestimmungen weiter anzuwenden; sehen solche Verträge aber wiederholte Geldleistungen vor, gelten die neuen Bestimmungen für diejenigen Zahlungen, die ab dem 16. 3. 2013 fällig werden.

2.8.3 Da, wie eingangs ausgeführt wurde, die Wiederholungsgefahr generell zu bejahen ist, ist auch die gegenständliche Klausel an der neuen Verbraucherschutznorm zu messen. Diese ist gemäß § 2 Abs 2 KSchG zugunsten des Verbrauchers einseitig zwingend. Soweit in Vereinbarungen von ihr zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen wird, sind sie unwirksam.

2.8.4 Die Fiktion einer späteren, noch dazu zeitlich völlig ungewissen Schuldbefreiung widerspricht im Falle einer Banküberweisung § 6a Abs 2 KSchG und macht die Klausel unzulässig. Dies hat das Berufungsgericht richtig erkannt und wird in der Revision nicht mehr bezweifelt. Die Rechtsmittelausführungen zu § 879 Abs 3 ABGB können daher auf sich beruhen.

2.9 Klausel 9 (§ 10 Abs 7 AGB):

(7) Die Höhe der Verzugszinsen beträgt 12 %, zumindest jedoch 3 % über dem Basiszinssatz der Österreichischen Nationalbank (Zinssatz der Hauptrefinanzierungsgeschäfte der Europäischen Zentralbank) per anno. Die im Fall des Verzuges für das Einschreiten von Inkassobüros gemäß Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Höchstsätze der Inkassoinstituten gebührenden Vergütungen, BGBl. Nr. 141/1996 in der geltenden Fassung anfallenden Kosten und die Kosten von einschreitenden Rechtsanwälten sind, soweit sie zweckdienlich und notwendig waren, vom säumigen Kunden zu tragen.

Die klagende Partei beanstandete diese Klausel wegen Intransparenz, weil sie unverständlich sei. Die Formulierung erwecke den Eindruck, dass der Basiszinssatz zumindest 10 % betragen könnte, was außerhalb jeglicher Lebenserfahrung liege. Auch werde suggeriert, dass der Basiszinssatz der Österreichischen Nationalbank mit jenem der Hauptrefinanzierungsgeschäfte der Europäischen Zentralbank gleichzusetzen sei. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend, weil Verzugszinsen in Höhe von 12 % das Dreifache der gesetzlichen Zinsen betragen würden. Hingegen behalte sich die beklagte Partei das Recht vor, nur die gesetzlichen Zinsen zu zahlen, wenn zu viel vom Kunden eingehoben worden sei.

Im Hinblick auf die Inkassokosten verstoße die Klausel ebenfalls gegen § 6 Abs 3 KSchG. Darüber hinaus werde nicht auf die in § 1333 Abs 2 ABGB geforderte Angemessenheit der Betreuungskosten abgestellt.

Die beklagte Partei hält die behauptete Unverständlichkeit der Klausel für nicht nachvollziehbar. Für jeden Kunden sei klar, dass der Zinssatz im Regelfall 12 % betrage und dieser nur in Ausnahmefällen zumindest 3 % über dem Basiszinssatz liege. Damit sei für jeden Kunden auch dieser Zinssatz bestimmbar, da der Basiszinssatz der Österreichischen Nationalbank für jedermann leicht eruiert sei. Auch hinsichtlich der Inkassokosten und der Kosten von einschreitenden Rechtsanwälten widersprach die beklagte Partei der klägerischen Rechtsansicht.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als intransparent, da der Basiszinssatz der Österreichischen Nationalbank und der Zinssatz der Hauptrefinanzierungsgeschäfte der Europäischen Zentralbank unterschiedlich seien. Auf die übrigen Einwände sei nicht einzugehen.

Das Berufungsgericht vertrat zu der - im Revisionsverfahren allein relevanten - Zinsenregelung die Ansicht, nach dem relevanten Verständnis des Durchschnittskunden stelle der 12 %-Satz einen Mindestzinssatz dar. Werde ein bestimmter Zinssatz genannt, zugleich aber ein nicht bestimmter Mindestzinssatz festgelegt, so müsse der Kunde davon ausgehen, dass - regelmäßig - ein über dem bestimmt angeführten Zinssatz liegender Zinssatz zur Verrechnung gelange, weil andernfalls die Wortfolge "zumindest jedoch" keinen Sinn ergäbe. Schon aus diesem Grund sei die Klausel unzulässig, weil intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Auch der zweite Teil der Klausel widerspreche dem Transparenzgebot.

In der Revision wiederholt die beklagte Partei nur mehr ihr Vorbringen zur Zinsenregelung. Auf die Ausführungen zum letzten Satz der Klausel geht sie nicht mehr ein.

Hierzu wurde erwogen:

2.9.1 Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verlangt eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB, um sicherzustellen, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung informiert wird. Es soll verhindert werden, dass er von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (9 Ob 26/15m mwN; RIS-Justiz RS0122169 [T7]; Kathrein in KBB4 § 6 KSchG Rz 32).

2.9.2 Diesen Anforderungen wird der die Zinsenregelung enthaltende erste Satz der Klausel nicht gerecht. Für den durchschnittlichen Verbraucher bleibt unverständlich, mit welchen Verzugszinsen er zu rechnen hat. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO). Die Klausel verstößt demnach gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und ist unwirksam.

2.9.3 Letzteres gilt nach den Ausführungen der Vorinstanzen auch für den gesondert zu beurteilenden zweiten Satz der Klausel. Da diese Ausführungen in der Revision unwidersprochen bleiben, bedarf es keiner weiteren Überprüfung dieses Klauselteils in dritter Instanz.

2.10 Klausel 10 (§ 13 Abs 1 letzter Satz AGB):

(1) [...] Einwendungen gegen die Höhe dieser Entgeltforderungen sind bei A***** zu erheben.

Hinsichtlich dieser Klausel wurde das Klagebegehren bereits vom Erstgericht rechtskräftig abgewiesen.

2.11 Klausel 11 (§ 13 Abs 2 AGB):

(2) A***** ist weiters berechtigt, bei ihren Kunden die ausgewiesenen Entgeltforderungen anderer Anbieter mit deren Zustimmung einzuziehen. Zahlungen des Kunden gelten in diesem Fall vorrangig für Entgeltforderungen von A***** geleistet, es sei denn, der Kunde beanstandet ausdrücklich die Entgeltforderungen von A*****. Einwendungen und Ansprüche des Kunden, die Leistungen des anderen Anbieters betreffen, sind nicht A*****, sondern dem anderen Anbieter und dessen Forderung entgegenzuhalten, sofern A***** diese Forderung nicht mehr selbst geltend macht.

Die klagende Partei machte geltend, ein Konsument gehe in der Regel davon aus, dass mit entsprechender Widmung für den anderen Anbieter die Zahlungen diesem auch zugehen würden. Die Klausel sei überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB sowie gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Nach Ansicht der beklagten Partei müsse ein Kunde aufgrund des mit der beklagten Partei geschlossenen Vertragsverhältnisses davon ausgehen, dass zuerst die gegenüber der beklagten Partei bestehende Schuld getilgt werde. Sollte er vom Nichtbestehen der Forderung ausgehen, müsse er dies kundtun. Nichts anderes enthalte die beanstandete Klausel, sie sei daher rechtmäßig.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als "überraschend und benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB", weil die beklagte Partei gegen eine Widmung des Kunden Zahlungen auf eigene, etwa jüngere oder noch nicht eingeklagte Rechnungen buchen könne. Der im letzten Satz enthaltene Hinweis auf die Geltendmachung von Einwendungen lasse nicht erkennen, wann und unter welchen Umständen welche Einwendungen gegen andere Anbieter an die beklagte Partei oder an den anderen Anbieter zu richten seien und sei daher intransparent. Der Zeitpunkt, zu dem die beklagte Partei eine Forderung nicht mehr selbst geltend mache, sei nicht definiert.

Das Berufungsgericht bejahte einen Verstoß gegen § 864a ABGB. Der Kunde brauche vernünftigerweise nicht damit zu rechnen, dass er zusätzlich zu einer (allfälligen) Widmung seiner Zahlung zugunsten eines dritten Anbieters die Entgeltforderung der beklagten Partei auch noch ausdrücklich beanstanden müsse, bringe er doch bereits mit der Widmung hinreichend klar zum Ausdruck, gerade nicht die Entgeltforderung der beklagten Partei bedienen zu wollen. Das - nicht näher begründete - Argument der beklagten Partei, der Kunde müsse aufgrund des Vertragsverhältnisses von einer vorrangigen Tilgung der ihr gegenüber bestehenden Schuld ausgehen, überzeuge schon deswegen nicht, weil auch zum dritten Anbieter regelmäßig ein Vertragsverhältnis bestehe. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend. Entgegen der Widmung des Kunden bliebe nämlich nicht nur die Forderung des dritten Anbieters ungetilgt, sondern es würde eine Forderung der beklagten Partei befriedigt, gegen deren Tilgung der Kunde sich - schlüssig, nämlich durch seine Widmung - ausgesprochen habe. Somit liege auch ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB vor.

In der Revision wird dazu ausgeführt, die Konstruktion, dass der Teilnehmer selbst bei ausdrücklicher Widmung seiner Zahlung dennoch die Entgeltforderung der beklagten Partei beanstanden müsse, schieße über das Gebot einer objektiven Auslegung hinaus. Leicht erkennbarer Hintergrund der Klausel sei, dass, sofern kostenpflichtige Zusatzdienste anderer Anbieter abonniert werden würden, die beklagte Partei zwar berechtigt sei, diese zusätzlichen Entgeltforderungen mit einzuziehen, jedoch vorrangig die unweigerlich damit verknüpften eigenen Entgeltforderungen tilge. Auch bei kundenfeindlichster Auslegung sei es geboten, sich an den tatsächlichen Abläufen des geschäftlichen Verkehrs zu orientieren und nicht lebensfremde Geschäftsvorgänge zu fingieren. Es sei daher nicht davon auszugehen, dass der Durchschnittsverbraucher bei Bezahlung seiner monatlichen Mobilfunkrechnung eine Widmung seiner Zahlung vornehme. Es sei weiters zu bedenken, dass auch bei zusätzlichem Abschluss eines Vertragsverhältnisses zu einem dritten Anbieter der Hauptvertragspartner für den Teilnehmer die beklagte Partei bleibe. Die Klausel sei daher weder überraschend noch gröblich benachteiligend oder intransparent.

Hierzu wurde erwogen:

2.11.1 Als Erfüllung iSd § 1424 ABGB ist grundsätzlich nur die Leistung des Schuldners an den Gläubiger anzusehen. Leistet der Schuldner an einen anderen als an den Gläubiger, wird er nur dann von seiner Verbindlichkeit befreit, wenn dieser Dritte Vertreter oder ermächtigte Empfangsperson des Gläubigers ist oder wenn der Gläubiger den Schuldner ermächtigt, an den Dritten zu leisten (2 Ob 142/07b SZ 2008/72; RIS-Justiz RS0033503; vgl auch Koziol in KBB4 § 1424 Rz 3).

Die gegenständliche Klausel berechtigt den Betreiber, auch Entgeltforderungen anderer Anbieter mit deren Zustimmung gegen den Kunden einzuziehen. Der einziehende Betreiber übernimmt damit die Stellung eines Machthabers iSd § 1424 ABGB, an den der Teilnehmer nach obigen Grundsätzen mit schuldbefreiender Wirkung gegenüber den anderen Anbietern leisten kann.

2.11.2 Leistet ein Schuldner mehrerer Gläubiger Zahlung an einen gemeinsamen Empfänger, so ist die Bestimmung des Gläubigers, der die Leistung erhalten soll, allein Sache des Schuldners. Er kann frei entscheiden, welchen der Gläubiger er befriedigen will. Über die Verrechnung der geleisteten Zahlungen entscheidet in erster Linie die vom Schuldner bei der Zahlung abgegebene Widmungserklärung, die ausdrücklich oder schlüssig - wenn etwa die Höhe der Zahlung keinen Zweifel über den Gläubiger lässt - erfolgen kann (3 Ob 261/99z SZ 73/100; 4 Ob 20/09h; RIS-Justiz RS0033523 [T2 und T3]). Fehlt eine Widmungserklärung, ist regelmäßig von einer verhältnismäßigen Tilgung auszugehen (4 Ob 20/09h mwN).

2.11.3 Der Klauselinhalt weicht von der dispositiven Regelung ganz wesentlich ab. Sie unterscheidet nicht zwischen gewidmeten und ungewidmeten Zahlungen und sieht jedenfalls, also auch ungeachtet einer allfälligen Widmung, die vorrangige Anrechnung einer Zahlung auf Entgeltforderungen der beklagten Partei vor, es sei denn, dass der Kunde diese Forderung beanstandet. Dass dem Kunden dadurch im Verhältnis zu den anderen Anbietern erhebliche Nachteile entstehen können, hat schon das Berufungsgericht richtig aufgezeigt.

2.11.4 Die Klausel hält allerdings entgegen der Meinung des Berufungsgerichts der - der Inhaltskontrolle vorgeschalteten (RIS-Justiz RS0037089) - Geltungskontrolle des § 864a ABGB stand. Sie ist zwar ungewöhnlichen Inhalts und für den Kunden auch nachteilig (vgl 6 Ob 684/85 [Abweichung von der Tilgungsregel des § 1416 ABGB]), entscheidend ist aber auch ihre Stellung im Vertragsgefüge. Ihre Einordnung muss einen Überrumpelungseffekt

haben und die Klausel versteckt an einer Stelle eingeordnet sein, wo ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nach den Umständen mit ihr nicht rechnen muss (2 Ob 198/10x mwN [Klausel 13]; RIS-Justiz RS0014646 [T4], RS0105643).

Die gegenständliche Klausel findet sich in dem mit "Inkasso" überschriebenen Abschnitt der AGB, der nur für Kunden auch von weiteren Betreibern von Bedeutung ist. Die Gestaltung der gesamten Vertragsbestimmung ermöglicht ein leichtes Auffinden der Regelung, weshalb nicht alle Kriterien des § 864a ABGB gegeben sind.

2.11.5 Die Klausel ist jedoch für Teilnehmer mit Vertragsverhältnissen auch zu anderen Betreibern, für welche die beklagte Partei mit Einziehungsbefugnis ausgestattet ist, gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Insoweit kann auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO). Die Revisionsargumente übersehen, dass die Widmung einer Zahlung auch schlüssig erfolgen kann. Eine sachliche Rechtfertigung für das gravierende Abweichen von der dispositiven Rechtslage kann ihnen nicht entnommen werden. Die Klausel wurde daher von den Vorinstanzen zu Recht als unzulässig bewertet.

2.11.6 Zum letzten Satz der Vertragsbestimmung, der einen materiell eigenständigen Regelungsbereich aufweist und daher einer gesonderten Prüfung zugänglich wäre, führt die beklagte Partei - wie schon in der Berufung - inhaltlich nichts mehr ins Treffen. Es bleibt daher bei der Beurteilung des Erstgerichts, wonach dieser Teil der Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG verstößt.

2.12 Klausel 12 (§ 14 Abs 1 und 2 AGB):

(1) Der Kunde hat Änderungen seines Namens oder der Bezeichnung, unter der er in den Betriebsunterlagen von A***** geführt wird, sowie jede Änderung seiner Anschrift, seiner E-Mailadresse, der Zahlstelle, den Verlust seiner Geschäftsfähigkeit und seiner Bankverbindung sofort, spätestens jedoch innerhalb eines Monats ab der Änderung A***** schriftlich anzuzeigen.

(2) Gibt der Kunde eine Änderung seiner Anschrift oder E-Mailadresse nicht fristgerecht bekannt und gehen ihm deswegen an die von ihm zuletzt bekannt gegebene Anschrift oder E-Mailadresse gesandte, rechtlich bedeutsame Erklärungen von A***** tatsächlich nicht zu, so gelten die Erklärungen trotzdem als zugegangen.

Die klagende Partei brachte vor, es sei für den Kunden überraschend und nachteilig, dass er Änderungen auch solcher Anschriften und E-Mail-Adressen melden müsse, die er der beklagten Partei nicht zum Zweck der Zustellung bekannt gegeben habe. Der Kunde rechne nicht damit, dass der Eintritt wesentlicher Vertragsänderungen davon abhängen könnte, dass seine eventuell nur für Werbung zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse auch für einseitige Vertragsänderungen des Unternehmers verwendet werde. Zudem wäre die Verpflichtung des Kunden, E-Mails immer empfangen zu können, gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Zusätzlich werde eine gemäß § 6 Abs 1 Z 3 KSchG unzulässige Zugangsfiktion vereinbart. Die Klausel verstoße ferner gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG, weil sie nicht nur das Risiko der nicht rechtzeitigen Kenntnisnahme einer rechtlich bedeutsamen Erklärung auf den Verbraucher überwälze, sondern auch die Beweislast deren Zugangs an ihn. Die Klausel sei schließlich auch intransparent, weil sie verschleierte, dass nicht an jegliche bekannt gegebene E-Mail-Adresse zugestellt werden könne. Die Klausel kläre auch darüber nicht auf, dass der

Unternehmer die Zusendung von Änderungserklärungen in Papierform nicht ausschließen dürfe.

Die beklagte Partei entgegnete, in § 10 Abs 5 AGB werde dezidiert darauf hingewiesen, dass der Kunde zwischen elektronischen Rechnungen und jenen in Papierform wählen könne. Allein aus dem systematisch-fortlaufenden Aufbau der AGB sei somit klar ersichtlich, dass der Kunde nur dann rechtlich bedeutsame Erklärungen per E-Mail übermittelt bekomme, wenn er dies auch ausdrücklich wünsche. Benachrichtigungen über eine aktuell verfügbare Rechnung, Mahnung etc seien überdies absolut branchen- und verkehrüblich. In der Regel würden Kunden solche elektronischen Benachrichtigungen sogar erwarten und fordern. Aufgrund der Tatsache, dass ein durchschnittlicher Mobilfunkkunde den elektronischen Posteingang häufiger kontrolliere als seinen Briefkasten, bestehe auch kein Grund zur Besorgnis, dass derartige Benachrichtigungen seitens des Kunden übersehen werden könnten.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als gröblich benachteiligend, soweit rechtlich bedeutsame Erklärungen ohne Einschränkung an die E-Mail-Adresse des Kunden gerichtet werden könnten. Es werde nicht darauf abgestellt, ob der Kunde die Anschrift zu diesem Zweck bekannt gegeben habe.

Das Berufungsgericht hielt fest, dass § 10 AGB die "Zahlungsbedingungen" behandle, während § 14 AGB mit "Weitere Anzeigepflichten, Zugang von Erklärungen" überschrieben sei. Schon dieser grundlegend unterschiedliche Regelungsinhalt stehe der Annahme eines "systematisch-fortlaufenden" Aufbaus der AGB entgegen. Dazu komme, dass die Zusendung einer Rechnung (§ 10 Abs 5) nicht die einzig denkbare "rechtlich bedeutsame Erklärung" der beklagten Partei darstelle. Warum daher die Entscheidung des Kunden zu Gunsten der E-Mail-Rechnung zugleich auch die Festlegung dieses Kommunikationsweges für (alle anderen) Erklärungen iSd § 14 AGB darstellen solle, sei nicht zu erkennen. Ferner wolle die beanstandete Klausel die Zugangsfiktion bei unterlassener Bekanntgabe der Änderung der E-Mail-Adresse unabhängig davon festsetzen, ob der Kunde seine E-Mail-Adresse zum Zweck der Abwicklung der elektronischen Kommunikation mit der beklagten Partei oder (etwa) nur für Werbezwecke bekannt gegeben habe. Letzterenfalls treffe ihn aber keine Obliegenheit zur Bekanntgabe einer Änderung, weshalb insoweit auch kein Fall einer zulässigen Zugangsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG vorliegen könne. Die Klausel sei somit nichtig.

Die beklagte Partei hält dem in der Revision entgegen, in den gesamten AGB sei die Bekanntgabe der E-Mail-Adresse durch den Teilnehmer für reine Werbezwecke nicht vorgesehen. Der Teilnehmer werde seine E-Mail-Adresse im Einklang mit § 10 AGB daher nur bekannt geben, wenn er den Erhalt einer elektronischen Rechnung wünsche. Die Konstruktion des Berufungsgerichts schieße über das Ziel einer objektiven Auslegung hinaus. In § 25 Abs 3 TKG 2003 sei außerdem vorgesehen, dem Teilnehmer rechtlich bedeutsame Erklärungen mittels Aufdruck auf eine periodisch erstellte Rechnung zukommen zu lassen. Der Teilnehmer habe daher bei Entscheidung zugunsten einer E-Mail-Rechnung sehr wohl davon auszugehen, gleichzeitig auch andere rechtlich bedeutsame Erklärungen übermittelt zu erhalten.

Hierzu wurde erwogen:

2.12.1 Die Klausel umfasst zwei gesondert beurteilbare Regelungsbereiche. Einerseits geht es um die Frage, welche Datenänderungen der beklagten Partei mitgeteilt werden müssen (Abs 1); andererseits normiert die Klausel eine Zugangsfiktion (Abs 2).

2.12.2 Zum ersten Teil der Klausel:

(a) Gegen die den Kunden auferlegte Pflicht zur Anzeige der Änderung von Anschrift und E-Mail-Adresse - nur gegen diese wendet sich die klagende Partei - bestehen keine Bedenken. Damit eine elektronische Erklärung rechtswirksam zugestellt werden kann, muss der elektronische Geschäftsverkehr zwischen den beiden Geschäftspartnern zulässig sein. Dafür ist eine - zumindest schlüssige - Zulässigkeitserklärung des Kunden oder eine entsprechende Vereinbarung erforderlich (8 Ob 58/14h [Vorabentscheidungsersuchen]; Brenn, ECG [2002] 25 f). Tritt der Verbraucher mit seiner E-Mail-Adresse im Geschäftsverkehr auf, so erteilt er dadurch (in der Regel) die Zustimmung zur elektronischen Kommunikation mit ihm (vgl Brenn aaO 26).

(b) Der durchschnittlich verständige Kunde, der dem Betreiber seine Anschrift und seine E-Mail-Adresse bekannt gibt, ist regelmäßig einverstanden und rechnet damit, dass der Betreiber diese Adressen zur (elektronischen) Kommunikation mit ihm nützt. Es bedeutet für ihn daher keinen Nachteil, dass er den Betreiber von Änderungen dieser Adressen zu verständigen hat. Das vom Berufungsgericht übernommene Argument der klagenden Partei, der Kunde könnte die E-Mail-Adresse eventuell nur für Werbung zur Verfügung gestellt haben (vgl Tichy, Zugang elektronischer Willenserklärungen, Verbraucherschutz und E-Commerce-Gesetz, RdW 2001/548, 518), betrifft einen selbst bei kundenfeindlichster Sichtweise vernachlässigbaren Ausnahmefall.

(c) Der erste Teil der Klausel ist somit weder überraschend noch nachteilig und auch nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Eine Verpflichtung des Kunden, E-Mails immer empfangen zu können, regelt die Klausel nicht. Der Revision ist in diesem Punkt daher Folge zu geben.

2.12.3 Zum zweiten Teil der Klausel:

(a) Nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln löst erst der Zugang einer Erklärung beim Empfänger die an die Erklärung knüpfenden Rechtsfolgen aus (Zugangs- bzw Empfangstheorie; vgl § 862a ABGB). Die Erklärung wird mit dem Zugang wirksam (vgl Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB4 IV § 862a Rz 1 f). Der Zugang einer Erklärung setzt ihr Einlangen im Machtbereich des Empfängers voraus. Sobald dieser sich unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann, jedenfalls aber mit tatsächlicher Kenntnisnahme, gilt die Erklärung als zugegangen (9 Ob 56/13w [Klausel 1]; RIS-Justiz RS0014071, RS0014076). Für elektronische Erklärungen stellt § 12 ECG darauf ab, wann die Erklärungen von der Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufbar sind (9 Ob 56/13w [Klausel 1]; 8 Ob 58/14h [Vorabentscheidungs-ersuchen]; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB4 IV § 862a Rz 6).

(b) Zweck des Verbots der Zugangsfiktion des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG ist es zu verhindern, dass das Risiko des Zugangs von Unternehmererklärungen auf den Verbraucher überwältzt wird (7 Ob 131/06z SZ 2007/2 mwN [Klausel 5]; 9 Ob 56/13w [Klausel 1]). Daher ist eine Vertragsbestimmung für den Verbraucher nicht verbindlich, nach der eine für ihn rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen ist, als ihm trotzdem zugegangen gilt, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift des Verbrauchers gesendeten Erklärung für den Fall handelt, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift pflichtwidrig nicht bekannt gegeben hat.

Der zweite Teil der gegenständlichen Klausel bezieht sich auf den zuletzt erwähnten Ausnahmefall.

(c) Die in der Entscheidung 7 Ob 84/12x SZ 2012/115 = jusIT 2013/42 [Forizs] beurteilte Klausel 4 hatte folgenden Wortlaut:

"Wenn Sie uns über die Änderung Ihrer Anschrift oder E-Mail Adresse nicht informieren, dann gelten Mitteilungen von uns an Ihre zuletzt bekannt gegebene Anschrift innerhalb von drei Werktagen ab Versanddatum als zugestellt. Eine Mitteilung per E-Mail gilt mit dem Zeitpunkt als zugegangen, an dem diese unter gewöhnlichen Umständen unter der zuletzt bekannt gegebenen E-Mail Adresse abrufbar ist."

Der Oberste Gerichtshof ließ zwar die Frage offen, ob § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, der ganz offensichtlich nur von der Postanschrift ausgehe, analog auch auf eine E-Mail-Adresse angewendet werden könne (ebenso 9 Ob 56/13w). Selbst unter der Annahme analoger Anwendung sah er in der Klausel aber einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, weil die beklagte Partei die Zugangsfiktion auch dadurch erreichen wollte, dass sie nach ihrer Wahl nur an eine der beiden "zuletzt" bekannt gegebenen Adressen (Anschrift oder E-Mail-Adresse) zustellt. Die Zugangsfiktion, so der 7. Senat, könne aber nur eintreten, wenn an beide zuletzt bekannt gegebenen (Arten von) Adressen die Zustellung veranlasst werde (dieser Rechtsansicht offenbar zustimmend Forizs, jusIT 2013/42, 87 [88]; Riss, Vertragliche Regelung des Zugangs von Mitteilungen und Informationen an den Verbraucher - insbesondere nach dem VKrG und ZaDiG, ÖBA 2013, 802 [810 f]).

(d) Die vorstehenden Überlegungen treffen auch auf die hier zu beurteilende Klausel zu. Sie soll es etwa dem Betreiber, dem eine Änderung der E-Mail-Adresse pflichtwidrig nicht bekannt gegeben wurde, ermöglichen, an der "alten" E-Mail-Adresse mit Zugangswirkung zuzustellen, ohne dass auch eine Zustellung an der Postanschrift des Kunden versucht werden muss. In diesem Fall widerspricht die Zugangsfiktion jedoch nach der klaren Aussage der Entscheidung 7 Ob 84/12x SZ 2012/115 dem gesetzlichen Verbot.

(e) Der zweite Teil der Klausel verstößt somit gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG und ist für den Verbraucher iSd § 879 ABGB nicht verbindlich. Auf die weiteren Beanstandungen der klagenden Partei muss nicht eingegangen werden.

2.13 Klausel 13 (§ 14 Abs 3 AGB):

(3) Nichtbescheinigt zugesandte Erklärungen der A***** gelten innerhalb Österreichs mit dem zweiten Werktag (montags bis freitags) nach der Übergabe zur postalischen Beförderung als zugegangen, es sei denn, der Kunde gibt an, die Zustellung wäre nicht oder später erfolgt. Die Zustellfiktion des Abs 2 bleibt hiervon unberührt.

Nach Auffassung der klagenden Partei ist die Vereinbarung einer Frist von zwei Werktagen ab Übergabe zur Post für die Zugangsfiktion an die physische Anschrift gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Eine solche Frist sei nach der Lebenserfahrung nicht realistisch, vom Verbraucher allfällig einzuhaltende Fristen würden dadurch verkürzt. Im Übrigen werde auf die Ausführungen zur Zugangsfiktion in Klausel 12 verwiesen.

Die beklagte Partei ist gegenteiliger Ansicht. Sollte eine Postsendung dennoch einmal verspätet beim Kunden eintreffen, werde schon in der Klausel selbst festgelegt, dass in so einem Fall das tatsächliche Zustelldatum gelte. Die Klausel diene lediglich der

kostensparenden Vereinfachung von internen Abläufen und sei damit indirekt für den Kunden vorteilhaft.

Nach der Rechtsansicht des Erstgerichts ist die Klausel gröblich benachteiligend, weil Zustellungen durch die Post binnen zwei Werktagen nicht gewährleistet seien. Außerdem überwälze die Klausel entgegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG die Beweislast für den Nichterhalt auf den Kunden.

Das Berufungsgericht teilte diese Auffassung. Die Argumentation der beklagten Partei, die Klausel diene lediglich der kostensparenden Vereinfachung interner Abläufe und sei "damit indirekt auch für den Kunden vorteilhaft", ändere an der gröblichen Benachteiligung und dem Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nichts.

Die beklagte Partei führt in der Revision dagegen ins Treffen, die Vorinstanzen hätten ihre pauschale Annahme nicht begründet, wonach Zustellungen durch die Post binnen zwei Tagen nicht gewährleistet seien. Die beklagte Partei sei österreichischer Marktführer und stehe naturgemäß mit einer großen Anzahl von Teilnehmern im aufrechten Vertragsverhältnis. Ein pauschal angenommener Postlauf von insgesamt drei Werktagen (inklusive Tag der Übergabe) diene jedenfalls der Vereinfachung, was wiederum auch für den Teilnehmer eine Kostenersparnis bedeute.

Hierzu wurde erwogen:

2.13.1 Die Klausel verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, weil sie eine weitere unzulässige Zugangsfiktion enthält:

Hierzu kann zunächst auf die Ausführungen zur Klausel 12 verwiesen werden. Das Verbot von Zugangsfiktionen bezieht sich auch auf die Frage des Zeitpunkts des Zugangs (Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 Abs 1 Z 3 KSchG Rz 1; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB4 Va § 6 KSchG Rz 15). Es darf keinen Unterschied machen, ob festgeschrieben wird, dass eine überhaupt nicht zugegangene Erklärung als zugegangen gilt, oder ob ihr Zugang bloß früher eintreten soll, als dies nach allgemeinen Regeln der Fall wäre (Riss, Vertragliche Regelung des Zugangs von Mitteilungen und Informationen an den Verbraucher - insbesondere nach dem VKrG und ZaDiG, ÖBA 2013, 802 [809]).

2.13.2 Der letzte Satz der Klausel verweist auf die unzulässige Zugangsfiktion in § 14 Abs 2 AGB (zweiter Teil der Klausel 12) und ist daher ebenfalls unzulässig (RIS-Justiz RS0122040).

2.14 Klausel 14 (§ 14 Abs 4 AGB):

(4) Rechtlich bedeutsame Erklärungen von A*****, insbesondere Rechnungen, Mahnungen und Kündigungsandrohungen, können dem Kunden auch mittels SMS-Nachrichten oder anderer elektronischer Medien übermittelt werden.

Die klagende Partei beanstandete diese Klausel mit der Begründung, sie verstoße gegen das in § 100 TKG 2003 normierte Wahlrecht des Konsumenten zwischen Papierrechnung und elektronischer Rechnung. Entscheide sich der Kunde für eine Papierrechnung, habe die Rechnungslegung postalisch zu erfolgen. Wähle er die elektronische Rechnung, sei nach allgemeiner Verkehrssitte die Online-Rechnungslegung gemeint, nicht jedoch die

Übermittlung einer Rechnung per SMS. Insofern verstoße die Klausel auch gegen § 864a ABGB. Es sei für den Kunden überraschend und nachteilig, eine Rechnung oder andere wichtige Mitteilungen per SMS übermittelt zu bekommen. Zugleich werde die Rechtslage falsch dargestellt, sodass die Klausel auch intransparent sei.

Die beklagte Partei verwies abermals auf § 10 Abs 5 AGB, worin dem Kunden die Wahl zwischen elektronischer Rechnung und Rechnung in Papierform ermöglicht werde. Ein Verstoß gegen § 100 TKG 2003 liege somit schon deshalb nicht vor. Die Klausel konkretisiere nur den Erhalt von rechtlich bedeutsamen Erklärungen in elektronischer Form, selbstverständlich aber auch nur für jene Fälle, in denen der Kunde dies ausdrücklich gewählt habe. Bei anderer Sichtweise würden die beiden Klauseln ja im Widerspruch zueinander stehen. Auch eine Zusendung von derartigen Erklärungen per SMS sei heutzutage in der Mobilfunkbranche Standard und werde von Kundenseite gewünscht und erwartet.

Das Erstgericht vertrat die Ansicht, bei verbraucherfeindlichster Auslegung werde der beklagten Partei eingeräumt, Rechnungen auch gegen den Kundenwunsch in elektronischer Form bzw per SMS zu übermitteln. Es erscheine zumindest zweifelhaft, ob letztere Übermittlungsart unter "elektronische Form" iSd § 100 TKG 2003 zu subsumieren sei.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts scheitere das Argument, die inkriminierte Klausel diene lediglich der Konkretisierung der elektronischen Form, schon daran, dass der Klammerausdruck in § 10 Abs 5 AGB die Rechnung in elektronischer Form näher als "Online-Rechnung im Internet" bezeichne. Die in der inkriminierten Klausel als mögliche Zustellungsart genannte SMS-Nachricht erfülle aber weder den Begriff "online", noch würden SMS-Nachrichten üblicherweise über das Internet versandt werden. Es treffe auch nicht zu, dass die beiden Klauseln (§ 10 Abs 5 und § 14 Abs 4 AGB) einander widersprechen würden. Das dem Kunden in § 10 Abs 5 AGB zugestandene Wahlrecht werde nicht (ausdrücklich) mit einer Verpflichtung der beklagten Partei verknüpft, dem Kunden (nur) auf dem gewählten Weg zuzustellen. Mit der vorliegenden Klausel räume die beklagte Partei sich hingegen das Recht ein, entgegen dem ausgeübten Wahlrecht tatsächlich eine andere Zustellart anzuwenden. Damit verstoße die inkriminierte Klausel gegen § 100 Abs 1 TKG 2003. § 14 AGB finde im Gegensatz zu § 10 Abs 5 AGB auch nicht ausschließlich auf Rechnungen Anwendung. Für die beklagte Partei wäre aber auch dann nichts gewonnen, wenn man ihrer Argumentation betreffend die Konkretisierung der elektronischen Form folgen würde. § 14 AGB sei nämlich mit "Weitere Anzeigepflichten, Zugang von Erklärungen" betitelt. Der Kunde müsse nicht damit rechnen, dass in diesem Abschnitt der AGB Bestimmungen enthalten seien, die die bereits in § 10 AGB geregelten Zahlungsbedingungen, insbesondere den Rechnungsversand, beträfen. Die Klausel sei insoweit überraschend. Sie sei außerdem für den Kunden nachteilig, weil sie der beklagten Partei die Wahl zwischen unterschiedlichen Zustellarten einräume, wodurch aber das Risiko des Kunden steige, eine rechtlich bedeutsame Erklärung nicht wahrzunehmen. Somit verstoße die Klausel auch gegen § 864a ABGB. Letztlich sei die Klausel im Sinne der Ausführungen der klagenden Partei auch intransparent.

Die beklagte Partei hält in der Revision an ihrem erstinstanzlichen Standpunkt fest. Der in Verbindung mit elektronischer Rechnung angeführte Begriff "Online-Rechnung im Internet" habe hierbei klar exemplarische Funktion. Die Übermittlung mittels SMS sei zweifelsohne als elektronische Form iSd § 100 TKG 2003 zu qualifizieren.

Hierzu wurde erwogen:

2.14.1 Die beklagte Partei erbringt Kommunikationsdienste und mit diesen Diensten im Zusammenhang stehende Leistungen (§ 1 Abs 1 Z 1 AGB). Sie ist als "Dienstleister" daher ihren Kunden gegenüber zur Rechnungslegung verpflichtet. Das Leistungsentgelt von "Dienstleistern" wird in der Regel erst mit Zumittlung der Rechnung an den Kunden fällig (4 Ob 141/11f mwN).

2.14.2 Gemäß § 100 Abs 1 TKG 2003 idF BGBl I 2011/102 musste der Teilnehmer bei Vertragsabschluss zwischen einer Rechnung in elektronischer oder Papierform wählen können. Die Möglichkeit des Teilnehmers, eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, durfte vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Nach der Wertung dieser Bestimmung lag es allein am Kunden, die Vor- und Nachteile einer elektronischen Rechnung gegenüber einer Papierrechnung abzuwägen und danach eine Entscheidung zu treffen (4 Ob 117/14f).

2.14.3 Dieser Rechtslage entspricht der von der klagenden Partei nicht beanstandete Teil des § 10 Abs 5 AGB, dessen dritter und vierter Satz lauten:

"Der Kunde kann wählen, ob er die Rechnungen in elektronischer Form (Online-Rechnung im Internet) oder in Papierform erhalten möchte. Wenn der Kunde sich für eine Rechnung in Papierform entschieden hat, dann stehen diesem die Online-Rechnung und die damit verbundenen Vorteile nicht zur Verfügung."

Abweichend von dieser Vertragsbestimmung regelt nun die gegenständliche Klausel, dass (ua) Rechnungen dem Kunden "auch mittels SMS-Nachrichten oder anderer elektronischer Medien" übermittelt werden können.

2.14.4 Die beanstandete Klausel hält zwar der Geltungskontrolle des § 864a ABGB stand, weil sie in dem mit "Weitere Anzeigepflichten, Zugang von Erklärungen" überschriebenen Abschnitt für einen durchschnittlich sorgfältigen Leser leicht auffindbar ist (vgl schon zu den Klauseln 8 und 11). Sie ist aber aus den folgenden Gründen dennoch unwirksam:

2.14.5 Die Klausel verstößt gegen § 100 Abs 1 TKG 2003 idF BGBl I 2011/102, nimmt sie doch keine Rücksicht auf die vom Teilnehmer bei Vertragsabschluss ausgeübte - und für die beklagte Partei bindende (vgl 4 Ob 117/14f) - Wahl. Selbst wenn sich der Teilnehmer für eine Rechnung in Papierform entschieden hat, kann ihm die Rechnung nach dem Wortlaut der Klausel "auch" auf dem dort beschriebenen Weg zugestellt werden. Zu Recht hat das Berufungsgericht darauf verwiesen, dass auch dann kein anderes Auslegungsergebnis erzielt werden kann, wenn man die Klausel im Zusammenhalt mit dem oben wiedergegebenen Teil des § 10 Abs 5 AGB liest. Die dort vorgenommene Präzisierung "Online-Rechnung im Internet" lässt - jedenfalls aus der Sicht eines durchschnittlichen Kunden - darauf schließen, dass es sich bei der Übermittlung mittels SMS-Nachrichten um eine weitere, von ihm keinesfalls gewählte Rechnungsform handeln muss.

Damit wird letztlich der beklagten Partei ein Wahlrecht eingeräumt, das dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zuwiderläuft (vgl 4 Ob 117/14f mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien). Ob, wie die beklagte Partei in ihrem Rechtsmittel meint, die Übermittlung mittels SMS "zweifelsehne" als elektronische Form iSd § 100 TKG 2003 idF BGBl I 2011/102 zu qualifizieren ist, muss nicht weiter untersucht werden.

2.14.6 Mittlerweile wurde § 100 TKG 2003 neuerlich novelliert (BGBl I 2015/134). In der seit 27. 11. 2015 geltenden Neufassung wurde nach dem unveränderten Abs 1 der Bestimmung folgender Abs 1a eingefügt:

"Für Verträge, die nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 134/2015 von Unternehmen im Sinn des § 1 KSchG abgeschlossen werden, kann grundsätzlich eine Rechnung in elektronischer Form vorgesehen werden. Diese ist in einem speicherfähigen Format, wie z.B. im pdf-Format, an eine vom Teilnehmer bekannt gegebene elektronische Adresse zu übermitteln und vom Anbieter für einen Zeitraum von sieben Jahren unentgeltlich zur Verfügung zu halten. Die Möglichkeit des Teilnehmers, eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, darf vertraglich nicht ausgeschlossen werden."

Demnach wurde nunmehr die elektronische Rechnung als Standard festgelegt. In den Erläuternden Bemerkungen wird ua festgehalten, dass es dem Teilnehmer bei Vertragsabschluss und während der Laufzeit des Vertrags auch nur für einzelne zukünftige Rechnungsperioden möglich sein müsse, Rechnungen auf gesondertes Verlangen entgeltfrei in Papierform übermittelt zu erhalten (ErläutRV 845 BlgNR XXV. GP 11).

2.14.7 Wie der Oberste Gerichtshof in vergleichbaren Fällen, in denen während des Rechtsmittelverfahrens eine Rechtsänderung eingetreten ist, bereits mehrfach aussprach, ist die Berechtigung des Unterlassungsgebots auch am neuen Recht zu messen, weil dieses Gebot seinem Wesen nach ein in der Zukunft liegendes Verhalten erfassen soll und nur dann aufrecht bleiben kann, wenn das darin umschriebene Verhalten schon im Zeitpunkt des Verstoßes verboten war und nach neuer Rechtslage weiterhin verboten ist (vgl 4 Ob 141/11f; 7 Ob 84/12x SZ 2012/115; je zu § 100 TKG 2003).

2.14.8 Die Klausel lässt sich auch mit der neuen, erst auf ab dem 27. 11. 2015 abgeschlossene Verträge anzuwendenden Bestimmung des § 100 Abs 1a TKG 2003 nicht vereinbaren. Stellt der Teilnehmer, der nun selbst aktiv werden muss, das Verlangen nach einer Papierrechnung, darf ihm keine Rechnung in elektronischer Form übermittelt werden. Der beklagten Partei steht kein Wahlrecht zu. Die Ausführungen in 2.14.5 gelten daher auch für die neue Rechtslage. Weiterführende Überlegungen, insbesondere ob die Übermittlung rechtlich bedeutsamer Erklärungen mittels SMS-Nachrichten den Anforderungen der neu gefassten Bestimmung überhaupt entsprechen kann, erübrigen sich.

2.14.9 Aus den genannten Erwägungen verstößt die Klausel in Bezug auf die darin erwähnten Rechnungen gegen § 100 TKG 2003 und ist daher gesetzwidrig. Da auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit - die nicht geprüft werden muss - keine Rücksicht genommen werden kann (RIS-Justiz RS0038205), ist die Klausel insgesamt unwirksam. Die Revision ist auch in diesem Punkt nicht berechtigt.

2.15 Klausel 15 (§ 14 Abs 5 zweiter Satz AGB):

(5) A***** wird den Kunden über die Online-Verfügbarkeit von Rechnungen und anderer Informationen per SMS informieren. Rechnungen und andere Informationen gelten dem Kunden mit dem auf die SMS-Information über die Online-Verfügbarkeit folgenden Tag als zugestellt, sofern der Kunde nach gewöhnlichen Umständen Kenntnis von der SMS-Information nehmen konnte.

Die klagende Partei verweist auf ihre Ausführungen zu den Klauseln 12 und 14 betreffend die Zugangsfiktion sowie die grobliche Benachteiligung des Kunden und bemängelt einen

Verstoß gegen § 12 ECG. Die wahre Rechtslage werde insoweit verschleiert, die Klausel sei deshalb auch intransparent.

Die beklagte Partei bestritt den behaupteten Verstoß gegen § 12 ECG. Die Klausel lege ungeachtet dessen den Zustellzeitpunkt erst mit dem Tag nach Erhalt der SMS-Nachricht fest. Auch wenn man fälschlicherweise auf die Kenntnisnahme des Inhalts der Erklärung abstellen wolle, wäre die Annahme lebensfremd, dass eine SMS-Nachricht nach einem Tag noch immer nicht abgerufen werde. Selbst für diesen unwahrscheinlichen Fall werde in der Klausel eine Ausnahme normiert. Im Übrigen verwies auch die beklagte Partei auf ihr Vorbringen zur Klausel 14. Das Erstgericht qualifizierte die Klausel, die im Zusammenhang mit Klausel 14 zu lesen sei, als unzulässig. Die Verständigung über die Online-Verfügbarkeit der Rechnung gelte bei verbraucherfeindlichster Auslegung auch für Kunden, die eine Papierrechnung gewünscht hätten. Die Vereinbarkeit mit § 12 ECG sei zweifelhaft, weil die Abrufbarkeit der elektronischen Information nicht notwendigerweise mit der Möglichkeit gegeben sei, die SMS-Information darüber nach gewöhnlichen Umständen empfangen zu haben.

Das Berufungsgericht verwies auf die seiner Ansicht nach wegen Verstoßes gegen § 100 Abs 1 TKG 2003 vorliegende Unzulässigkeit der Klausel 14, die auch auf die Klausel 15 durchschlage. Die Frage eines allfälligen Verstoßes gegen § 12 ECG könne daher auf sich beruhen.

Die beklagte Partei führt in der Revision ins Treffen, in der Klausel werde von der Online-Verfügbarkeit der Rechnung gesprochen, weshalb der angenommene Verstoß gegen § 100 Abs 1 TKG 2003 nicht nachvollziehbar sei. Sollte der Teilnehmer den Erhalt einer Papierrechnung gewünscht haben, schließe dies die Online-Verfügbarkeit naturgemäß aus. Es bleibe ferner unbeachtet, dass es sich bei der in der Klausel geregelten SMS-Verständigung um einen freiwilligen Zusatzdienst der beklagten Partei handle. Würde sich der Teilnehmer für den Erhalt einer elektronischen Rechnung entscheiden, so gelte diese ohnehin mit Abrufbarkeit im Internet als zugestellt. Der beklagten Partei werde durch diese Klausel lediglich ermöglicht, den Teilnehmer darauf hinzuweisen.

Hierzu wurde erwogen:

2.15.1 Anzuschließen ist an die Ausführungen zum zweiten Teil der Klausel 12 (2.12.3). Es geht auch hier primär um die Frage, ob die Klausel eine unzulässige Zugangsfiktion enthält.

2.15.2 Der Oberste Gerichtshof hatte bereits mehrfach Klauseln zu prüfen, in welchen die Zugangsvoraussetzungen für Erklärungen an den Kunden abweichend vom Normalfall festgelegt worden sind (4 Ob 28/01y SZ 74/52; 6 Ob 253/07k; 7 Ob 84/12x SZ 2012/115; 3 Ob 158/12w; vgl dazu auch die eingehende Analyse von Riss, Vertragliche Regelung des Zugangs von Mitteilungen und Informationen an den Verbraucher - insbesondere nach dem VKrG und ZaDiG, ÖBA 2013, 802). Er gelangte mit unterschiedlicher Begründung, immer aber auf § 6 Abs 1 Z 3 KSchG rekurrierend, in allen Fällen zur Unzulässigkeit der jeweils geprüften Klausel. Deren Regelungsinhalte waren aber mit jenem der gegenständlichen Klausel nicht ganz vergleichbar. Lediglich die Entscheidung 4 Ob 141/11f hatte eine der nunmehrigen sehr ähnliche Klausel zum Gegenstand ("Die elektronische Rechnung gilt mit Zustellung der SMS, die sie über die Abrufbarkeit der Rechnung informiert, als zugestellt."), die in zweiter Instanz als unzulässige Zugangsfiktion beurteilt worden war. Der Oberste Gerichtshof musste sich dazu mangels entsprechender Revisionsausführungen nicht äußern.

2.15.3 Nach § 12 ECG gehen rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen dem Empfänger rechtswirksam zu, wenn sie dieser - unter gewöhnlichen Umständen - abrufen kann. Es kommt somit allgemein auf die Abrufbarkeit der elektronischen Erklärungen an. Eine E-Mail-Nachricht ist grundsätzlich immer dann abrufbar, wenn sie in der E-Mail-Box des Empfängers eingelangt ist und dort gespeichert wird (8 Ob 58/14h [Vorabentscheidungs-ersuchen]). In diesem Sinn hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass eine E-Mail für den Empfänger in jenem Zeitpunkt abrufbar ist, in dem sie in seiner E-Mail-Box eingelangt und gespeichert ist und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden kann (2 Ob 108/07g SZ 2007/190).

2.15.4 § 14 Abs 5 erster Satz AGB sieht die Verständigung des Kunden über die "Online-Verfügbarkeit" von Rechnungen und anderen Informationen per SMS vor. Dieser Teil der Vertragsbestimmung wurde von der klagenden Partei nicht bemängelt. Der Zugang der elektronischen Erklärung wird aber im (beanstandeten) zweiten Teil der Klausel nicht an die Abrufbarkeit der elektronischen Erklärung geknüpft, sondern an den Zugang der SMS-Information, welche die Behauptung der Abrufbarkeit der elektronischen Erklärung, nicht aber diese selbst enthält. Damit wird der Zugang der Erklärung in unzulässiger, § 6 Abs 1 Z 3 KSchG widersprechender Weise fingiert, weil die Behauptung auch unrichtig sein kann und die Erklärung tatsächlich noch gar nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist.

Selbst wenn der Begriff "Online-Verfügbarkeit" auf eine Erweiterung des Machtbereichs des Kunden abzielen sollte, käme man zu keinem anderen Ergebnis, weil eine damit verbundene Vorverlagerung des nach allgemeinen Regeln anzunehmenden Zugangszeitpunkts jedenfalls als unzulässig iSd § 6 Abs 1 Z 3 KSchG zu beurteilen ist (Riss, Vertragliche Regelung des Zugangs von Mitteilungen und Informationen an den Verbraucher - insbesondere nach dem VKrG und ZaDiG, ÖBA 2013, 802 [810] und 884 [895]).

2.15.5 Die Klausel verstößt somit gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG und ist für den Verbraucher iSd § 879 ABGB nicht verbindlich. Auf die weiteren Beanstandungen der klagenden Partei muss auch hier nicht eingegangen werden.

2.16 Klausel 16 (§ 15 Abs 2 erster Satz AGB):

(2) Stamm- und Verkehrsdaten im Sinne der Bestimmungen des TKG 2003 werden für Zwecke der Besorgung von Kommunikationsdiensten und damit in Zusammenhang stehenden Leistungen und für ihre Erbringung erforderlicher Leistungen verwendet. Der Kunde erteilt die jederzeit widerrufbare Zustimmung zur Verwendung seiner Stamm- und Verkehrsdaten zur bedarfsgerechten Angebotslegung und Servicierung und zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen sowie zur Unterbreitung persönlicher Handy- sowie Produkt- und Serviceangebote durch A***** auch mittels SMS, E-Mail und Telefon. [...]

Die klagende Partei hält die Klausel für unzulässig. Eine wirksame Zustimmung zur Verwendung von nicht sensiblen Daten setze voraus, dass der Betroffene wisse, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Dies bleibe hier unklar.

Die beklagte Partei verteidigt die Klausel mit dem Hinweis auf die in § 15 Abs 1 AGB enthaltenen Definitionen von Stammdaten, Verkehrsdaten und personenbezogenen Daten, aus denen sich ergebe, welche Daten sie verwende. In der gegenständlichen Klausel werde der Zweck der Verwendung festgelegt. Sowohl der Umfang der Datenverarbeitung als auch deren Zweck seien für den Kunden klar ersichtlich. Eine Intransparenz liege nicht vor.

Das Erstgericht verneinte eine wirksame Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSGVO, die nur vorliege, wenn der Betroffene wisse, welche Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Die Klausel lasse dies allerdings offen. Sie zähle die Daten nur beispielsweise auf und auch der Zweck sei unbestimmt.

Das Berufungsgericht führte aus, § 15 Abs 1 AGB erkläre zwar die Begriffe, die Definitionen blieben allerdings unbestimmt. Die Kriterien für personenbezogene Daten seien nur beispielhaft aufgezählt ("insbesondere"). Die zu den Stammdaten angeführten Begriffe "Kontaktinformationen für die Nachricht, Informationen über Art und Inhalt des Vertragsverhältnisses und Bonität" ließen nicht erkennen, um konkret welche Daten es sich hierbei handeln soll. Dasselbe gelte für die hinsichtlich der Verkehrsdaten verwendeten Begriffe "Daten, die zum Zweck der Weiterleitung an ein Kommunikationsnetz oder zum Zweck der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden", weil daraus nicht hervorgehe, welche konkreten Daten diesen Zwecken dienen sollen. Die beanstandete Klausel, die die Begriffe Stamm- und Verkehrsdaten voraussetze, sei dadurch intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Auch den Umfang der Verwendung von Daten determiniere die gegenständliche Klausel nicht hinreichend deutlich, bleibe doch offen, was unter der "Besorgung von Kommunikationsdiensten" zu verstehen sei.

Die beklagte Partei hält dem in der Revision entgegen, dass in Anlage 1 der Standard- und Musterverordnung 2004, BGBl II 312/2004, unter SA001 Rechnungswesen und Logistik beispielhaft Datenfelder wie "Daten zur Bonität", "Daten zum Zahlungs- und Leistungsverhalten des Betroffenen" und "Leistungsspezifische Aufwände und Erträge" angeführt seien. Bei der in Anlage I der Verordnung kundgemachten Datenanwendung handle es sich um nicht meldepflichtige Standardanwendungen, die gemäß § 17 Abs 2 DSGVO von der Meldepflicht befreit seien. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Berufungsgericht von der beklagten Partei ein höheres Maß an Determinierung verlange, als sich der Gesetzgeber bei Erlass nicht meldepflichtiger Daten zumute.

Hierzu wurde erwogen:

2.16.1 § 8 Abs 1 Z 2 DSGVO bestimmt, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung nicht sensibler Daten dann nicht verletzt sind, wenn der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt. § 4 Z 14 DSGVO definiert die "Zustimmung" als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwillige. Eine wirksame Zustimmung kann demnach nur vorliegen, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen. Nur dann kann davon gesprochen werden, dass er der Verwendung seiner Daten "in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall" zustimmt (2 Ob 1/09z SZ 2010/41 mwN [Klausel 38]; 7 Ob 84/12x SZ 2012/115 [Klausel 19]; 1 Ob 105/14v [Klausel 9]; RIS-Justiz RS0115216).

2.16.2 Der 12. Abschnitt des TKG 2003 (§§ 92 ff) sieht eine Reihe spezieller Datenschutzvorschriften vor, die den Bestimmungen des DSGVO vorgehen (§ 92 Abs 1 TKG 2003). § 96 TKG 2003 regelt, dass ua Stammdaten und Verkehrsdaten nur für Zwecke der Besorgung eines Kommunikationsdienstes verarbeitet werden dürfen. § 97 TKG 2003 regelt die Voraussetzungen für die Ermittlung und Verarbeitung von Stammdaten durch Betreiber. § 99 TKG 2003 sieht vor, dass Verkehrsdaten außer in den gesetzlich geregelten Fällen nicht gespeichert werden und vom Betreiber nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen sind (vgl 6 Ob 119/11k).

2.16.3 Der beanstandete Teil des § 15 Abs 2 AGB soll nach dem übereinstimmenden Verständnis der Streitparteien darüber Auskunft geben, welche Daten des Kunden zu welchem Zweck verwendet werden.

(a) Zur ersten Frage (welche Daten?) verweist die Bestimmung auf "Stamm- und Verkehrsdaten im Sinne der Bestimmungen des TKG 2003". Der davor stehende Absatz enthält Definitionen von Stammdaten und Verkehrsdaten, die den Gesetzeswortlaut des § 92 Abs 2 Z 3 und Z 4 TKG 2003 unter Anführung der gesetzlichen Vorschrift vollständig wiedergeben. Die vom Berufungsgericht teilweise als unklar bezeichneten Formulierungen sind solche des Gesetzgebers. Der Senat teilt die im Schrifttum vertretene Ansicht, dass der Unternehmer den Gesetzgeber an Formulierungskunst nicht übertrumpfen muss (Bollenberger, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 [31]). Dazu kommt, dass selbst die klagende Partei § 15 Abs 1 AGB nicht als intransparent bemängelt hat. Das macht auch die zu prüfende Klausel ausreichend transparent, soweit es um die Konkretisierung der verwendeten Daten geht. Der Verbraucher wird insoweit über die wahre Rechtslage informiert.

(b) Zur zweiten Frage (welcher Zweck?) bezieht sich die Klausel inhaltlich deutlich erkennbar auf § 1 Abs 1 AGB, in welchem die von der beklagten Partei ihren Kunden aufgrund des Vertrags zu erbringenden Leistungen ua mit "Kommunikationsdienste und mit diesen Diensten im Zusammenhang stehende Leistungen" umschrieben sind. Auch diese Vertragsbestimmung blieb seitens der klagenden Partei unbeanstandet. Für den verständigen Durchschnittsverbraucher, der sich für eben diese Dienstleistungen der beklagten Partei interessiert, wird daher auch der in der gegenständlichen Klausel angesprochene Zweck der Verwendung seiner Daten (nämlich zur Erbringung der vertraglichen Leistungen) klar oder zumindest leicht klärbar sein. Dass der Inhalt der Klausel den Datenschutzvorschriften §§ 92 ff TKG 2003 widerspräche, behauptet selbst die klagende Partei nicht.

2.16.4 Allerdings meint die klagende Partei in ihrer Revisionsbeantwortung, die Unzulässigkeit der Klausel sei durch die Entscheidung 4 Ob 28/01y SZ 74/52 abschließend geklärt. Das ist unzutreffend, weil es dort vor allem um die ungenaue Bezeichnung eines dritten Datenempfängers ging (dazu hier Klausel 17). Auch der Hinweis auf die bloß demonstrative Bestimmung der Kriterien für personenbezogene Daten und die Umschreibung dieser Daten im (unbekämpften) § 15 Abs 1 AGB schlägt fehl, weil der beanstandete Teil der Klausel darauf nicht verweist.

2.16.5 Es bleibt somit festzuhalten, dass die Klausel nicht gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstößt. Die Revision erweist sich in diesem Punkt als berechtigt.

2.17 Klausel 17 (§ 15 Abs 2 dritter Satz AGB):

A***** ist berechtigt, Stammdaten und andere für die Identität maßgebliche personenbezogene Daten, die für die Überprüfung der Kreditwürdigkeit des Kunden oder für die Eintreibung von Forderungen notwendig sind, an Dritte zu übermitteln. Der Kunde erteilt seine jederzeit widerrufbare Zustimmung zur Übermittlung solcher Daten auch an die in § 3 genannten Unternehmen und an den Kreditschutzverband von 1870 sowie an die D***** Gesellschaft mbH zum Zweck des Gläubigerschutzes sowie an die S***** GmbH & Co KG zum Zweck der Eintreibung von Forderungen, weiters zur Übermittlung von Stammdaten an die in § 3 genannten Unternehmen auch zum Zweck der Werbung für deren Kommunikations- und Finanzdienstleistungen.

Die klagende Partei bemängelt die Klausel als intransparent, weil sie den Empfängerkreis der Daten nicht genau bezeichne. Der Betroffene müsse wissen, wer welche Daten zu welchem Zweck erhalte.

Die beklagte Partei ist der Ansicht, im Zusammenhalt mit dem folgenden Satz sei für den Kunden durchaus erkennbar, an wen seine Daten im Bedarfsfall übermittelt werden.

Nach Auffassung des Erstgerichts lasse die Klausel nicht ausreichend deutlich erkennen, dass die Übermittlung nur an bestimmte Unternehmen erfolge, weil der beklagten Partei zunächst die generelle Berechtigung zur Weiterleitung an Dritte eingeräumt werde und der Kunde in der Folge seine Zustimmung zur Übermittlung "auch" an die konkret genannten Unternehmen erteile. Bei kundenfeindlicher Auslegung liege daher keine taxative Aufzählung vor.

Das Berufungsgericht führte ua aus, das Wort "auch" lasse im Zusammenhang mit bestimmt bezeichneten Unternehmen nur den Rückschluss zu, dass das der beklagten Partei unmittelbar davor eingeräumte Recht zur Datenübermittlung an nicht bestimmt bezeichnete "Dritte" gerade nicht die bestimmt bezeichneten Unternehmen betreffe, sondern solche, deren Identität dem Kunden verborgen bleibe.

Die beklagte Partei vertritt in ihrer Revision den Standpunkt, in der Klausel sei abschließend aufgezählt, an wen welche Daten des Teilnehmers übermittelt werden. Der Begriff "auch" erkläre sich damit, dass in der Klausel nicht nur die Weiterleitung von Daten zu Werbezwecken vorgesehen sei, sondern "auch" zum Zweck der Eintreibung von Forderungen.

Hierzu wurde erwogen:

Die Revisionsausführungen vermögen nicht zu überzeugen. Der Senat folgt vielmehr der zutreffenden Auslegung des Berufungsgerichts (§ 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO). Der Empfängerkreis bleibt für den Kunden unbestimmt, weshalb die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstößt.

2.18 Klausel 18 (§ 16 Abs 1 Z 5, 7 und 9 AGB):

(1) A***** ist berechtigt, die Erbringung von Leistungen ganz oder teilweise zu verweigern (Sperre), wenn

[...]

5. die Höhe des laufenden Verbindungsentgeltes das Kreditlimit des Kunden, welches sich aus dem siebenfachen Mindestumsatz gemäß den jeweils gültigen Entgeltbestimmungen ergibt oder - falls in den jeweils gültigen Entgeltbestimmungen kein Mindestumsatz verrechnet wird - den Betrag von Euro 35,-- (inkl. USt.) übersteigt,

[...]

7. der Kunde trotz Verlangen A***** keine gültige inländische Zustellanschrift oder gültige inländische Kontoverbindung bekannt gibt oder keine gültige Einziehungsermächtigung vorliegt,

[...]

9. der [Kunde] ohne vorherige schriftliche Zustimmung von A***** Dritten entgeltlich oder kommerziell die ständige Inanspruchnahme von Leistungen, etwa die ständige Benutzung seines Anschlusses, gestattet,

[...].

Die klagende Partei brachte zu Z 5 der Klausel vor, es sei überraschend und nachteilig, die Leistung schon bei dem Kunden angefallenen Verbindungsentgelten von 35 EUR einzustellen. Es liege außerhalb jeder Lebenserfahrung, dass bei Erreichen eines derartigen Entgeltstandes eine Sperre verhängt werden könne. Noch dazu könne der siebenfache Mindestumsatz gemäß den jeweils gültigen Entgeltbestimmungen (EB) sogar unter diesem Betrag liegen. Indem auf die jeweils gültigen EB abgestellt werde, könne die beklagte Partei die Höhe des Limits durch Änderung der EB willkürlich festsetzen. Da für diese Vorgehensweise keine sachliche Rechtfertigung gefunden werden könne, sei die Klausel auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sowie aufgrund der Unbestimmtheit und der jederzeitigen Abänderbarkeit des Kreditlimits auch noch intransparent. Z 7 verstoße gegen § 9 Abs 2 SEPA-VO (siehe Klausel 3). Z 9 verstoße gegen § 10 Abs 3 KSchG.

Die beklagte Partei erwiderte den Klagebehauptungen zur Z 5, ein Umsatz von 35 EUR entspräche nach den gültigen EB einem Umfang von 700 Gesprächsminuten bzw ca 230 Textnachrichten. Der siebenfache Mindestumsatz betrage 34,30 EUR. Die Regelung sei als Schutzklausel für den Kunden vorgesehen, sie sei für den Kunden vorteilhaft. Die behauptete Intransparenz wegen jederzeitiger Abänderbarkeit der EB sei schon aufgrund von § 25 Abs 3 TKG nicht möglich. Zu Z 7 und Z 9 verwies die beklagte Partei auf ihr Vorbringen zur Klausel 3. Das Erstgericht meinte, die Klausel sei überraschend, weil der Kunde nicht damit rechnen könne, dass die beklagte Partei bei einem derart geringen Verbindungsentgelt die Vertragserfüllung ohne vorherigen Hinweis und Androhung einstellen könne. Für den Schutz des Kunden vor unerwartet hohen Verbindlichkeiten würde ein entsprechender Hinweis genügen, bzw würde der Kunde mangels einzelvertraglicher anderer Vereinbarung eine wesentlich höhere Grenze erwarten. Hinsichtlich der inländischen Kontoverbindung und des Formvorbehalts verwies das Erstgericht auf seine Ausführungen zur Klausel 3. Das Berufungsgericht trat der Beurteilung des Erstgerichts betreffend die - im Revisionsverfahren allein noch relevante - Z 5 der Klausel bei. Bekanntermaßen würden am Markt für Mobiltelefonie Tarifmodelle mit monatlichen Pauschalen in diesem Preisbereich und auch darüber angeboten. Die Berechtigung des - wenn auch im Billigsegment operierenden - Anbieters zur Sperre bei Überschreitung eines insoweit vergleichsweise geringfügigen Betrags sei daher überraschend. Die Nachteiligkeit der Regelung für den Kunden liege auf der Hand, weil ihn die Sperre (vorerst) an der weiteren Nutzung der vertragsgemäßen Dienstleistungen der beklagten Partei hindere. Die Klausel sei daher aufgrund Verstoßes gegen § 864a ABGB nichtig. Zu Z 7 und Z 9 verwies das Berufungsgericht ebenfalls auf die Ausführungen zu Klausel 3. Die beklagte Partei betont in ihrer Revision, dass es sich bei den ihren AGB zugrundeliegenden Leistungen um das Billigsegment handle, weshalb ein genereller Verweis auf den allgemeinen Mobilfunkmarkt nicht zulässig sei. Die festgesetzte Grenze in Höhe von 35 EUR sei in Anbetracht der in diesem Billigsegment verrechneten Leistungen jedenfalls angemessen.

Hierzu wurde erwogen:

2.18.1 § 16 Abs 1 AGB zählt die Tatbestände, die der beklagten Partei das Recht zur gänzlichen oder teilweisen Verweigerung ihrer Leistungen einräumt - anders als im Fall der

Entscheidung 4 Ob 91/08y - taxativ auf Z 5 ermöglicht eine Sicherheitssperre bei Erreichen einer bestimmten Höhe des "laufenden Verbindungsentgeltes", die grundsätzlich dem Schutz des Kunden dienen soll (vgl. Goldbacher/Dama, Zur Sperrverpflichtung des Kommunikationsanbieters bei Kostenüberschreitung - eine Replik, MR 2014, 113).

Überlegungen zu der in Umsetzung der Verordnungsermächtigung des § 25a TKG 2003 ("Kostenbeschränkung") kundgemachten und am 1. 5. 2012 in Kraft getretenen Kostenbeschränkungsverordnung - KostbeV, BGBl II 2012/45, erübrigen sich im gegebenen Zusammenhang, weil die darin geregelte Warn- und Sperrpflicht des Betreibers nur für die Nutzer "mobiler Datendienste", nicht aber für die Nutzer mobiler Sprachdienste gilt (vgl. F. Klicka, Die Kostenbeschränkungsverordnung, MR 2012, 306; Hasberger/Wagner, Zur Sperrverpflichtung des Kommunikationsanbieters bei Kostenüberschreitung, MR 2013, 346 [FN 7]).

2.18.2 Entgegen der Auffassung der klagenden Partei und des Berufungsgerichts liegen die Voraussetzungen des § 864a ABGB nicht vor. Die Einordnung der Klausel unter dem mit "Sperrung" überschriebenen Abschnitt macht dem durchschnittlich sorgfältigen Leser ihr Auffinden leicht möglich, sodass es an einem Überraschungs- oder Überrumpelungseffekt fehlt. Auf den Inhalt der Klausel allein kommt es nicht an (vgl. schon zu den Klauseln 8, 11 und 14).

2.18.3 Als gröblich benachteiligend und intransparent hat die klagende Partei die Klausel ferner (nur) unter dem Aspekt bemängelt, dass sie auf die "jeweils" gültigen EB verweist. Dem ist nicht zu folgen:

(a) Dem durchschnittlichen Kunden eines Telekommunikationsunternehmens ist es durchaus zumutbar, im Bedarfsfall den sich aus diesen EB ergebenden Mindestumsatz durch Nachschau zu klären. § 1 Abs 4 AGB gibt dem Kunden (im Fettdruck) darüber Auskunft, wo er die EB einsehen kann. Die Transparenz dieser Vertragsbestimmung wurde von der klagenden Partei nicht in Frage gestellt.

(b) Dass die beklagte Partei ihre AGB und EB (einseitig) ändern kann, wurde bereits ausführlich erörtert (Klausel 1 und 2). Das dabei einzuhaltende Prozedere des § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 macht die Änderung für den Kunden transparent.

(c) Nicht ausschließlich begünstigende Änderungen der EB muss sich der Kunde nicht aufdrängen lassen. Er kann sich vielmehr nach § 25 Abs 3 TKG 2003 vom Vertrag lösen (zur "Ausgleichsfunktion" des Kündigungsrechts vgl. Klausel 2). Darin, dass bei der Festsetzung des Limits für die Sperrung auf die "jeweils" gültigen EB abgestellt wird, liegt daher auch keine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB.

2.18.4 Auf die Ausführungen der Vorinstanzen zu Z 7 und Z 9 der Klausel geht die Revision nicht mehr ein, weshalb es bei der (zu Recht) angenommenen Unzulässigkeit dieser selbständig beurteilbaren Vertragsbestimmungen zu bleiben hat. In Bezug auf die Z 5 der Klausel erweist sich die Revision hingegen als berechtigt.

2.19 Klausel 19 (§ 16 Abs 2 zweiter Satz AGB):

(2) A***** wird den Teilnehmer auf Verlangen über den Grund der Sperrung informieren. Die Sperrung ist ohne schuldhaftes Verzögerung aufzuheben, soweit die Gründe weggefallen sind

und der Kunde die Kosten der Sperre und der Wiedereinschaltung auf Verlangen ersetzt hat.
[...]

Die klagende Partei machte geltend, dem Kunden dürfe kein Entgelt für die Sperre bzw deren Aufhebung in Rechnung gestellt werden, wenn sich der gegen ihn gerichtete Verdacht (§ 16 Abs 1 Z 10 und 11 AGB) letztlich nicht erhärte. Die unpräzise Formulierung verschleierte die wahre Rechtslage und sei somit intransparent. Sie sei auch gröblich benachteiligend, weil der Kunde dazu angehalten werde, für Sperr- bzw Entsperrgebühren aufzukommen, selbst wenn er die Sperre nicht zu vertreten habe.

Die beklagte Partei wandte ein, der Kunde habe, wenn sich ein Verdacht als unbegründet herausstellen sollte, auch die Kosten der Sperre nicht zu bezahlen. Aus diesem Grund sehe die Klausel vor, dass der Kunde derartige Kosten nur auf Verlangen zu ersetzen habe. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG liege nicht vor.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als intransparent und gröblich benachteiligend, weil bei kundenfeindlicher Auslegung auch die unverschuldete und unbegründete Sperre den Kunden kostenpflichtig mache.

Das Berufungsgericht war der Ansicht, die von der beklagten Partei argumentierte Lesart der Klausel sei ihrem Wortlaut tatsächlich nicht zu entnehmen, stelle dieser doch auf den Ersatz der Kosten der Sperre (und der Wiedereinschaltung) durch den Kunden ohne Differenzierung dahin ab, ob der Kunde die Sperre verschuldet habe oder nicht. Der Umstand, dass der Kostenersatz "nur auf Verlangen" zu erfolgen habe, ändere an der fehlenden Differenzierung nichts. Die Klausel sei daher intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil sie eine Schadenersatzverpflichtung des Verbrauchers ohne Hinweis darauf festlege, dass diese nur bei Verschulden bestehen könne.

Die beklagte Partei wiederholt in ihrer Revision dazu lediglich ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Hierzu wurde erwogen:

2.19.1 § 16 Abs 10 und 11 AGB berechtigen den Betreiber auch bei einem Kunden zur Sperre,

"10. bei dem 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 von A***** leiten, oder

11. bei dem der begründete Verdacht besteht, dass die Leistungen von A***** überwiegend durch einen Dritten im Sinne eines Umgehungsgeschäftes in Anspruch genommen werden sollen, bei dem die Ablehnungsgründe der Z 1 bis 10 vorliegen."

2.19.2 Die beklagte Partei geht selbst davon aus, dass der Kunde, sollte sich der in diesen Vertragsbestimmungen beschriebene "begründete Verdacht" als substanzlos erweisen, mit den Kosten der Sperre und der Wiedereinschaltung nicht belastet werden soll. Das Berufungsgericht verweist zutreffend darauf, dass dies im Wortlaut der beanstandeten Klausel

nicht ausreichend klar zum Ausdruck kommt. Die Klausel lässt den Kunden insoweit über seine Vertragsposition im Unklaren und verstößt daher gegen § 6 Abs 3 KSchG.

2.20 Klausel 20 (§ 19 Abs 1 AGB):

(1) Das Vertragsverhältnis ist bei Vorliegen der Voraussetzungen nach den Abs 2 u. 3 für beide Parteien zum Ende jeden Werktages unter Einhaltung einer sechs Werktage umfassenden Frist kündbar. Die Kündigung muss der anderen Vertragspartei mindestens sechs Werktage vor dem Tag, an dem sie wirksam werden soll, schriftlich zugehen. Bei späterem Zugang wird sie am sechsten Werktag nach ihrem Zugang wirksam. Der Samstag, der Karfreitag sowie der 24. und 31. Dezember gelten nicht als Werktage.

Die klagende Partei beanstandete diese Klausel mit der Begründung, sie finde sich unter der Überschrift "Außerordentliche Kündigung", sodass der Konsument nicht mit einer Kündigungsfrist von sechs Werktagen rechnen müsse. Die Klausel sei daher überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB. Darüber hinaus gebe es für die Einhaltung einer Kündigungsfrist im Falle des Vorliegens von Gründen, die zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, keine sachliche Rechtfertigung, weshalb die Klausel auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die beklagte Partei wandte ein, für den in der Regel rechtsunkundigen Konsumenten habe die Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung keine Aussagekraft. Die Klausel selbst sei völlig klar.

Das Erstgericht wertete die sechstägige Kündigungsfrist als überraschend und gröblich benachteiligend, weil § 19 Abs 3 AGB Fälle enthalte, die den Kunden zur fristlosen Auflösung berechtigen würden.

Das Berufungsgericht führte aus, § 18 Abs 1 AGB ("Ordentliche Kündigung") enthalte Regelungen zum Kündigungstermin und zur Kündigungsfrist. Zugleich statuiere diese Bestimmung, dass die Kündigungsregelung Anwendung finde, soweit nicht (ua) die Voraussetzungen des § 19 AGB zuträfen. Ein durchschnittlich sorgfältiger Leser müsse angesichts dieser Gliederung und der ausdrücklichen Differenzierung zwischen den beiden Arten der Kündigung nicht damit rechnen, dass auch eine im Abschnitt über die "Außerordentliche Kündigung" geregelte Vertragsauflösung fristgebunden sei. Es bedürfe keiner besonderen juristischen Vorbildung, um aus dem Begriff "außerordentlich" im Gegensatz zu "ordentlich" eine Beendigungsmöglichkeit abzuleiten, die an keine Fristen und Termine gebunden sei. Dies vor allem dann, wenn der Abschnitt über die ordentliche Kündigung im Wesentlichen nur der Regelung genau dieser Inhalte (Frist, Termin) und damit zusammenhängend der Rechtzeitigkeit einer Kündigungserklärung diene. Der Nachteil der Bestimmung liege in der längeren Bindung des Verbrauchers an den außerordentlich aufgelösten Vertrag. Die Klausel sei daher wegen Verstoßes gegen § 864a ABGB unwirksam.

Die beklagte Partei führt in der Revision zur Begründung ihrer gegenteiligen Rechtsansicht ins Treffen, es sei "extrem unwahrscheinlich", dass der Durchschnitts-verbraucher allein aufgrund der Überschriften der §§ 18 und 19 AGB für die außerordentliche Kündigung eine Beendigungsmöglichkeit ohne Fristen und Termine ableiten würde. Vielmehr stelle sich der Unterschied derart dar, dass in § 18 AGB eine einmonatige, in § 19 AGB jedoch eine wesentlich kürzere Kündigungsfrist vorgesehen sei.

Hierzu wurde erwogen:

2.20.1 Die beklagte Partei zieht nicht in Zweifel, dass der Abschluss eines Mobilfunkvertrags zwischen den Vertragsparteien ein Dauerschuldverhältnis begründet (dazu bereits in 2.2.8). Dauerschuldverhältnisse können aber nicht nur ordentlich gekündigt werden, sondern aus wichtigen Gründen auch ohne Kündigungsfrist und Kündigungstermin vorzeitig aufgelöst werden, wobei die Kündigungserklärung mit dem Zugang beim Erklärungsempfänger wirksam wird (vgl. RIS-Justiz RS0018305, RS0020919 ua).

2.20.2 Nun mag es zutreffen, dass dem typischen, rechtsunkundigen Verbraucher der Unterschied zwischen "ordentlicher" und "außerordentlicher" Kündigung tatsächlich nicht geläufig ist, sodass er von der Anordnung einer sechstägigen Kündigungsfrist in dem mit "Außerordentliche Kündigung" überschriebenen Abschnitt nicht überrascht sein wird. Doch selbst wenn aus diesem Grund die Voraussetzungen des § 864a ABGB (abermals) zu verneinen sein sollten, ist für die beklagte Partei nichts gewonnen. Für den Verbraucher ist es nämlich gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, wenn er bei Vorliegen wichtiger Gründe, die ihn nach allgemeinen Regeln zur Auflösung des Vertrags mit sofortiger Wirkung berechtigen würden, weiterhin an den Vertrag gebunden sein soll.

2.20.3 Gemäß § 19 Abs 3 AGB ist das Vertragsverhältnis für den Teilnehmer kündbar, wenn der in den Leistungsbestimmungen enthaltene Leistungsumfang in einem wesentlichen Punkt trotz Aufforderung von der beklagten Partei über einen Zeitraum von mindestens zwei Wochen nicht eingehalten wird. Das bedeutet, dass der Teilnehmer unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist auch nach zweiwöchiger grundloser Leistungsverweigerung durch den Betreiber noch weitere sechs Tage an den Vertrag gebunden wäre. Dafür gibt es keine sachliche Rechtfertigung. Die Klausel ist daher nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig.

2.21 Klausel 21 (§ 19 Abs 2 AGB):

(2) Das Vertragsverhältnis ist für A***** kündbar, wenn die Voraussetzungen für eine Sperre gemäß § 16 vorliegen oder ein gemäß den in den Entgeltbestimmungen enthaltenen Bedingungen festgelegter Mindestumsatz nicht erreicht wird. A***** ist berechtigt, Kündigungserklärungen per SMS oder E-Mail dem Kunden wirksam zu übermitteln.

Die klagende Partei begründete ihr Unterlassungsbegehren dahin, dass es für den Kunden überraschend und nachteilig sei, wenn sich die beklagte Partei nun die Kündigung vorbehalte, während in den AGB zuvor bei Setzung einer Sperre deren kostenpflichtige Aufhebung vorgesehen sei (Klausel 19). Im Zeitpunkt der Setzung der Sperre sei oftmals noch unklar, ob sich etwa die zuvor erwähnten Verdachtsmomente überhaupt erhärten würden. Es fehle auch an einer sachlichen Rechtfertigung dafür, dass in jedem Fall einer Sperre der Vertrag von Seiten der beklagten Partei sofort gekündigt werden könne, während es für den Kunden keine entsprechende Kündigungsmöglichkeit gebe, wenn die beklagte Partei nicht sofort ihre vertraglichen Leistungen erbringe. Im Übrigen verweise die Klausel auf § 16 AGB (Sperre), die jedoch ebenfalls unzulässig sei (Klausel 18). Dies führe auch zur Unzulässigkeit der gegenständlichen Klausel, die somit intransparent sei. Zum letzten Satz der Klausel verwies die klagende Partei ferner auf ihre Ausführungen zu den Klauseln 12 und 14. Die beklagte Partei verwies auf einzelne der laut § 16 AGB zur Sperre berechtigenden Tatbestände, welche die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses mit dem Kunden für die beklagte Partei unzumutbar machen würden. Dies könne für den Kunden keinesfalls überraschend und nachteilig sein. Eine Sperre könne, müsse aber einer außerordentlichen Kündigung nicht vorgeschaltet werden. Im Übrigen verwies die beklagte Partei auf ihre Ausführungen zu Klausel 18 und - hinsichtlich des letzten Satzes - zu Klausel 12. Das Erstgericht qualifizierte

die Klausel, soweit sich diese (auch) auf § 16 Z 5, 7 und 9 AGB beziehe, als überraschend und verwies insoweit auf seine Ausführungen zur Klausel 18 und damit auch zur Klausel 3. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend, weil dem Kunden bei vergleichbar geringen Verstößen der beklagten Partei kein Kündigungsrecht eingeräumt werde.

Das Berufungsgericht erinnerte daran, dass seiner Ansicht nach § 16 AGB teilweise nichtig sei (Klausel 18). Die Unzulässigkeit dieser Bestimmungen bedinge auch jene der verweisenden Bestimmung. Bereits aus diesem Grund sei die beanstandete Klausel ebenfalls unwirksam. Mit der im letzten Satz eingeräumten Berechtigung der beklagten Partei, dem Kunden eine Kündigungserklärung wirksam per SMS oder E-Mail zu übermitteln, statuiere die beanstandete Klausel eine Zugangsfiktion, die aus den bereits zur Klausel 12 angestellten Überlegungen gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG verstoße.

Dem hält die beklagte Partei in ihrer Revision ihr in erster Instanz erstattetes Vorbringen sowie ihre Ausführungen zur Klausel 12 entgegen.

Hierzu wurde erwogen:

2.21.1 Die in § 16 Abs 1 Z 7 und 9 AGB geregelten Gründe für eine Sperre des Leistungsangebots der beklagten Partei wurden von den Vorinstanzen wegen Verstoßes gegen § 9 Abs 2 SEPA-VO bzw § 10 Abs 3 KSchG - in der Revision inhaltlich unbekämpft - als gesetzwidrig beurteilt (Klausel 8 iVm Klausel 3). Der in der gegenständlichen Klausel enthaltene Querverweis beschränkt sich nicht auf die unbedenklichen Tatbestände des § 16 AGB, sondern bezieht sich auf die gesamte verwiesene Vertragsbestimmung (RIS-Justiz RS0122040; vgl schon 2.7.3 und 2.13.3).

2.21.2 Die Unzulässigkeit umfasst auch den letzten Satz der Klausel. Dieser steht mit dem den Querverweis enthaltenden Satz in untrennbarem Zusammenhang, weil er sich nach dem Regelungskonzept der AGB ausschließlich auf die dort beschriebene außerordentliche Kündigungsmöglichkeit des Betreibers beziehen kann. Eine eigenständige Beurteilung des letzten Satzes kommt daher nicht in Betracht (vgl RIS-Justiz RS0121187).

2.21.3 Schon aus diesen Erwägungen ist die Klausel unzulässig. Der Revision kommt auch in diesem Punkt keine Berechtigung zu.

2.22 Klausel 22 (§ 22 Abs 3 zweiter und dritter Satz AGB):

(3) Der Kunde hat die Möglichkeit, die Schlichtungsstelle der Regulierungsbehörde anzurufen, falls ein Streitfall nicht zu seiner Zufriedenheit gelöst werden kann. Kann kein Fehler in der Verrechnung, der sich zum Nachteil des Kunden ausgewirkt haben könnte, festgestellt werden, kann A*****, Verzugszinsen gemäß dieser AGB in Rechnung stellen. Sollte sich im Streitbeilegungsverfahren jedoch ergeben, dass A***** vom Kunden zu viel eingehoben hat, zahlt A***** dem Kunden diese Beträge samt gesetzlichen Zinsen ab Inkassotag zurück.

Die klagende Partei beanstandete die Klausel wegen eines Verstoßes gegen § 71 Abs 3 TKG 2003. Danach dürften nach einem unberechtigten Einspruch gegen die Rechnung nur die gesetzlichen Verzugszinsen ab Fälligkeit verrechnet werden. Die beklagte Partei wolle sich aber einen höheren Verzugszinssatz ausbedingen als gesetzlich vorgesehen. Demgegenüber stehe dem Kunden nur das Recht auf die gesetzlichen Zinsen zu, weshalb die Klausel für den

Kunden gröblich benachteiligend sei. Soweit die Klausel auf die Regelung der "Verzugszinsen gemäß dieser AGB" verweise, verstoße sie überdies gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil auch die verwiesene Klausel (§ 10 Abs 7 AGB) unzulässig sei (Klausel 9).

Die beklagte Partei erwiderte, aus § 71 Abs 3 TKG 2003 sei nicht abzuleiten, dass abseits von dem darin geregelten Sonderfall, der durch die Klausel nicht berührt werde, nur der gesetzliche Zinssatz verlangt werden dürfe. Ungeachtet dessen sei nicht erkennbar, weshalb der Kunde Anspruch auf höhere als die gesetzlich vorgesehenen Zinsen haben sollte.

Das Erstgericht erachtete die Klausel wegen der Ungleichbehandlung der Vertragspartner ohne sachliche Rechtfertigung als gröblich benachteiligend.

Das Berufungsgericht hielt die Klausel schon wegen des inhaltlichen Verweises auf den als unzulässig qualifizierten § 10 Abs 7 AGB ebenfalls für unzulässig. Davon abgesehen sei die Klausel auch gröblich benachteiligend.

Die beklagte Partei hält in der Revision an ihren Argumenten fest.

Hierzu wurde erwogen:

Art 10 Abs 7 AGB enthält die Regelung über die Höhe der Verzugszinsen, die gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstößt und daher unwirksam ist (Klausel 9). Die gegenständliche Klausel verweist auf diese Regelung und ist daher aus den schon genannten Gründen (vgl 2.21.1) ebenfalls unzulässig. Auf die weiteren Beanstandungen muss nicht eingegangen werden.

2.23 Klausel 23 (§ 24 AGB):

Vereinbarter Erfüllungsort und Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist - unbeschadet der Bestimmungen des § 14 Konsumentenschutzgesetz - Wien, Innere Stadt.

Die klagende Partei hält diese Klausel für intransparent, da für den Konsumenten durch den bloßen Verweis auf § 14 KSchG die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen unklar blieben.

Die beklagte Partei ist der Ansicht, ein durchschnittlicher Verbraucher werde den Gesetzestext nachlesen und sich vollständig und umfassend über seine Rechte informieren. Einem rechtskundigen Verbraucher werde die Bestimmung ohnehin bekannt sein; der rechtsunkundige Verbraucher werde bei drohenden Streitigkeiten juristische Beratung in Anspruch nehmen.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als intransparent. Aus dem Verweis sei Verbrauchern nicht erkennbar, dass sie von der Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfasst werden und welche Rechtsfolgen sich aus § 14 KSchG ergeben würden. Einem durchschnittlichen Verbraucher werde der ihn begünstigende Inhalt dieser Gesetzesstelle nicht geläufig sein.

Das Berufungsgericht teilte die Auffassung des Erstgerichts. Die beanstandete Klausel vermittele dem Verbraucher ein unrichtiges Bild von der Rechtslage, indem sie als grundsätzlich zur Anwendung gelangenden Gerichtsstand "Wien, Innere Stadt" festsetze, ohne den § 14 KSchG betreffenden Vorbehalt näher zu erläutern. Weder könne beim Kunden das Wissen um den Inhalt dieser Bestimmung vorausgesetzt werden, noch könne er auf die

Einholung juristischen Rats verwiesen werden, würde dies doch das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG geradezu ad absurdum führen.

Die beklagte Partei hält dem in ihrer Revision entgegen, der Vorteil, den der Teilnehmer von einer Information über den Inhalt des § 14 KSchG in der Klausel selbst haben könnte, sei nicht erkennbar. Eine Klage gegen den Teilnehmer würde von der beklagten Partei ohnehin unter Berücksichtigung dieser Bestimmung erhoben werden.

Hierzu wurde erwogen:

2.23.1 Nach § 14 Abs 1 KSchG kann für die Klage gegen einen Verbraucher, der im Inland seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, durch Vereinbarung des Erfüllung

2.16 Klausel 16 (§ 15 Abs 2 erster Satz AGB):

*(2) Stamm- und Verkehrsdaten im Sinne der Bestimmungen des TKG 2003 werden für Zwecke der Besorgung von Kommunikationsdiensten und damit in Zusammenhang stehenden Leistungen und für ihre Erbringung erforderlicher Leistungen verwendet. Der Kunde erteilt die jederzeit widerrufbare Zustimmung zur Verwendung seiner Stamm- und Verkehrsdaten zur bedarfsgerechten Angebotslegung und Servicierung und zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen sowie zur Unterbreitung persönlicher Handy- sowie Produkt- und Serviceangebote durch A***** auch mittels SMS, E-Mail und Telefon. [...]*

Die klagende Partei hält die Klausel für unzulässig. Eine wirksame Zustimmung zur Verwendung von nicht sensiblen Daten setze voraus, dass der Betroffene wisse, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Dies bleibe hier unklar.

Die beklagte Partei verteidigt die Klausel mit dem Hinweis auf die in § 15 Abs 1 AGB enthaltenen Definitionen von Stammdaten, Verkehrsdaten und personenbezogenen Daten, aus denen sich ergebe, welche Daten sie verwende. In der gegenständlichen Klausel werde der Zweck der Verwendung festgelegt. Sowohl der Umfang der Datenverarbeitung als auch deren Zweck seien für den Kunden klar ersichtlich. Eine Intransparenz liege nicht vor.

Das Erstgericht verneinte eine wirksame Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSGVO, die nur vorliege, wenn der Betroffene wisse, welche Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Die Klausel lasse dies allerdings offen. Sie zähle die Daten nur beispielsweise auf und auch der Zweck sei unbestimmt.

Das Berufungsgericht führte aus, § 15 Abs 1 AGB erkläre zwar die Begriffe, die Definitionen blieben allerdings unbestimmt. Die Kriterien für personenbezogene Daten seien nur beispielhaft aufgezählt („insbesondere“). Die zu den Stammdaten angeführten Begriffe „Kontaktinformationen für die Nachricht, Informationen über Art und Inhalt des Vertragsverhältnisses und Bonität“ ließen nicht erkennen, um konkret welche Daten es sich hierbei handeln soll. Dasselbe gelte für die hinsichtlich der Verkehrsdaten verwendeten Begriffe „Daten, die zum Zweck der Weiterleitung an ein Kommunikationsnetz oder zum Zweck der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden“, weil daraus nicht hervorgehe, welche konkreten Daten diesen Zwecken dienen sollen. Die beanstandete Klausel, die die

Begriffe Stamm- und Verkehrsdaten voraussetze, sei dadurch intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Auch den Umfang der Verwendung von Daten determiniere die gegenständliche Klausel nicht hinreichend deutlich, bleibe doch offen, was unter der „Besorgung von Kommunikationsdiensten“ zu verstehen sei.

Die beklagte Partei hält dem in der Revision entgegen, dass in Anlage 1 der Standard- und Musterverordnung 2004, BGBl II 312/2004, unter SA001 Rechnungswesen und Logistik beispielhaft Datenfelder wie „Daten zur Bonität“, „Daten zum Zahlungs- und Leistungsverhalten des Betroffenen“ und „Leistungsspezifische Aufwände und Erträge“ angeführt seien. Bei der in Anlage I der Verordnung kundgemachten Datenanwendung handle es sich um nicht meldepflichtige Standardanwendungen, die gemäß § 17 Abs 2 DSGVO von der Meldepflicht befreit seien. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Berufungsgericht von der beklagten Partei ein höheres Maß an Determinierung verlange, als sich der Gesetzgeber bei Erlass nicht meldepflichtiger Daten zumute.

Hierzu wurde erwogen:

2.16.1 § 8 Abs 1 Z 2 DSGVO bestimmt, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung nicht sensibler Daten dann nicht verletzt sind, wenn der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt. § 4 Z 14 DSGVO definiert die „Zustimmung“ als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Eine wirksame Zustimmung kann demnach nur vorliegen, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen. Nur dann kann davon gesprochen werden, dass er der Verwendung seiner Daten „in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall“ zustimmt (2 Ob 1/09z SZ 2010/41 mwN [Klausel 38]; 7 Ob 84/12x SZ 2012/115 [Klausel 19]; 1 Ob 105/14v [Klausel 9]; RIS-Justiz RS0115216).

2.16.2 Der 12. Abschnitt des TKG 2003 (§§ 92 ff) sieht eine Reihe spezieller Datenschutzvorschriften vor, die den Bestimmungen des DSGVO vorgehen (§ 92 Abs 1 TKG 2003). § 96 TKG 2003 regelt, dass ua Stammdaten und Verkehrsdaten nur für Zwecke der Besorgung eines Kommunikationsdienstes verarbeitet werden dürfen. § 97 TKG 2003 regelt die Voraussetzungen für die Ermittlung und Verarbeitung von Stammdaten durch Betreiber. § 99 TKG 2003 sieht vor, dass Verkehrsdaten außer in den gesetzlich geregelten Fällen nicht gespeichert werden und vom Betreiber nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen sind (vgl 6 Ob 119/11k).

2.16.3 Der beanstandete Teil des § 15 Abs 2 AGB soll nach dem übereinstimmenden Verständnis der Streitparteien darüber Auskunft geben, welche Daten des Kunden zu welchem Zweck verwendet werden.

(a) Zur ersten Frage (welche Daten?) verweist die Bestimmung auf „Stamm- und Verkehrsdaten im Sinne der Bestimmungen des TKG 2003“. Der davor stehende Absatz enthält Definitionen von Stammdaten und Verkehrsdaten, die den Gesetzeswortlaut des § 92 Abs 2 Z 3 und Z 4 TKG 2003 unter Anführung der gesetzlichen Vorschrift vollständig wiedergeben. Die vom Berufungsgericht teilweise als unklar bezeichneten Formulierungen sind solche des Gesetzgebers. Der Senat teilt die im Schrifttum vertretene Ansicht, dass der Unternehmer den Gesetzgeber an Formulierungskunst nicht übertrumpfen muss (Bollenberger, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 [31]). Dazu kommt, dass selbst die klagende Partei § 15 Abs 1 AGB nicht als intransparent bemängelt hat. Das macht auch die zu prüfende Klausel ausreichend transparent, soweit es um die Konkretisierung der verwendeten Daten geht. Der Verbraucher wird insoweit über die wahre Rechtslage informiert.

(b) Zur zweiten Frage (welcher Zweck?) bezieht sich die Klausel inhaltlich deutlich erkennbar auf § 1 Abs 1 AGB, in welchem die von der beklagten Partei ihren Kunden aufgrund des

Vertrags zu erbringenden Leistungen ua mit „Kommunikationsdienste und mit diesen Diensten im Zusammenhang stehende Leistungen“ umschrieben sind. Auch diese Vertragsbestimmung blieb seitens der klagenden Partei unbeanstandet. Für den verständigen Durchschnitts-verbraucher, der sich für eben diese Dienstleistungen der beklagten Partei interessiert, wird daher auch der in der gegenständlichen Klausel angesprochene Zweck der Verwendung seiner Daten (nämlich zur Erbringung der vertraglichen Leistungen) klar oder zumindest leicht klärbar sein. Dass der Inhalt der Klausel den Datenschutzvorschriften §§ 92 ff TKG 2003 widerspräche, behauptet selbst die klagende Partei nicht.

2.16.4 Allerdings meint die klagende Partei in ihrer Revisionsbeantwortung, die Unzulässigkeit der Klausel sei durch die Entscheidung 4 Ob 28/01y SZ 74/52 abschließend geklärt. Das ist unzutreffend, weil es dort vor allem um die ungenaue Bezeichnung eines dritten Datenempfängers ging (dazu hier Klausel 17). Auch der Hinweis auf die bloß demonstrative Bestimmung der Kriterien für personenbezogene Daten und die Umschreibung dieser Daten im (unbekämpften) § 15 Abs 1 AGB schlägt fehl, weil der beanstandete Teil der Klausel darauf nicht verweist.

2.16.5 Es bleibt somit festzuhalten, dass die Klausel nicht gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstößt. Die Revision erweist sich in diesem Punkt als berechtigt.

2.17 Klausel 17 (§ 15 Abs 2 dritter Satz AGB):

*A***** ist berechtigt, Stammdaten und andere für die Identität maßgebliche personenbezogene Daten, die für die Überprüfung der Kreditwürdigkeit des Kunden oder für die Eintreibung von Forderungen notwendig sind, an Dritte zu übermitteln. Der Kunde erteilt seine jederzeit widerrufbare Zustimmung zur Übermittlung solcher Daten auch an die in § 3 genannten Unternehmen und an den Kreditschutzverband von 1870 sowie an die D***** Gesellschaft mbH zum Zweck des Gläubigerschutzes sowie an die S***** GmbH & Co KG zum Zweck der Eintreibung von Forderungen, weiters zur Übermittlung von Stammdaten an die in § 3 genannten Unternehmen auch zum Zweck der Werbung für deren Kommunikations- und Finanzdienstleistungen.*

Die klagende Partei bemängelt die Klausel als intransparent, weil sie den Empfängerkreis der Daten nicht genau bezeichne. Der Betroffene müsse wissen, wer welche Daten zu welchem Zweck erhalte.

Die beklagte Partei ist der Ansicht, im Zusammenhalt mit dem folgenden Satz sei für den Kunden durchaus erkennbar, an wen seine Daten im Bedarfsfall übermittelt werden.

Nach Auffassung des Erstgerichts lasse die Klausel nicht ausreichend deutlich erkennen, dass die Übermittlung nur an bestimmte Unternehmen erfolge, weil der beklagten Partei zunächst die generelle Berechtigung zur Weiterleitung an Dritte eingeräumt werde und der Kunde in der Folge seine Zustimmung zur Übermittlung „auch“ an die konkret genannten Unternehmen erteile. Bei kundenfeindlicher Auslegung liege daher keine taxative Aufzählung vor.

Das Berufungsgericht führte ua aus, das Wort „auch“ lasse im Zusammenhang mit bestimmt bezeichneten Unternehmen nur den Rückschluss zu, dass das der beklagten Partei unmittelbar davor eingeräumte Recht zur Datenübermittlung an nicht bestimmt bezeichnete „Dritte“ gerade nicht die bestimmt bezeichneten Unternehmen betreffe, sondern solche, deren Identität dem Kunden verborgen bleibe.

Die beklagte Partei vertritt in ihrer Revision den Standpunkt, in der Klausel sei abschließend aufgezählt, an wen welche Daten des Teilnehmers übermittelt werden. Der Begriff „auch“ erkläre sich damit, dass in der Klausel nicht nur die Weiterleitung von Daten zu Werbezwecken vorgesehen sei, sondern „auch“ zum Zweck der Eintreibung von Forderungen.

Hierzu wurde erwogen:

Die Revisionsausführungen vermögen nicht zu überzeugen. Der Senat folgt vielmehr der zutreffenden Auslegung des Berufungsgerichts (§ 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO). Der Empfängerkreis bleibt für den Kunden unbestimmt, weshalb die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstößt.

gsorts (§ 88 JN) oder der Zuständigkeit des Gerichts (§ 104 Abs 1 JN) nur die Zuständigkeit jenes Gerichts begründet werden, in dessen Sprengel sein Wohnsitz, sein gewöhnlicher Aufenthalt oder der Ort seiner Beschäftigung liegt.

Der Hinweis "unbeschadet der Bestimmungen des § 14 KSchG" klärt den rechtsunkundigen Verbraucher nicht ausreichend auf und verschleiert die wahre Rechtslage. Zwar erfordert das Transparenzgebot in aller Regel nicht die vollständige Wiedergabe des Gesetzestextes samt dessen Erläuterungen; der bloße Hinweis auf eine in einem bestimmten Paragraphen geregelte Ausnahme kann aber den aus dem Transparenzgebot abzuleitenden Geboten der Erkennbarkeit, Verständlichkeit und Vollständigkeit der Regelung nicht Genüge tun (4 Ob 221/06p [Klausel 16]; RIS-Justiz RS0121951).

2.23.2 In der Entscheidung 4 Ob 221/06p wurde mit dieser Begründung eine Klausel als intransparent bewertet, die den einschränkenden Hinweis "soweit nicht § 18 KSchG Platz greift" enthielt. Die dort angestellten Überlegungen sind uneingeschränkt auf den gegenständlichen Fall übertragbar. Der typische, juristisch ungebildete Kunde eines Mobilfunkbetreibers wird aus der gewählten Formulierung die tatsächliche Rechtslage nicht erkennen; es besteht die Gefahr, dass er dadurch an der Ausübung seiner prozessualen Rechte, etwa der Erhebung einer Unzuständigkeitseinrede, gehindert wird.

2.23.3 Die Klausel verstößt somit gegen § 6 Abs 3 KSchG. Auch insoweit muss die Revision erfolglos bleiben.

3. Zur Leistungsfrist:

Die beklagte Partei beharrt darauf, dass ihr eine Leistungsfrist von zumindest sechs Monaten einzuräumen sei. Die Fristen des § 25 TKG 2003 seien "absolute Minimumfristen". Der beklagten Partei müsse für die Überarbeitung ihrer AGB eine gewisse Vorbereitungszeit eingeräumt werden.

Hierzu wurde erwogen:

3.1 Der Oberste Gerichtshof hat für die Umsetzung von Unterlassungsurteilen, die aufgrund einer Verbandsklage im Bereich der Telekommunikation ergangen sind, schon mehrfach eine nur dreimonatige Leistungsfrist für ausreichend erachtet (vgl 5 Ob 118/13h mwN). In der Entscheidung 7 Ob 84/12x SZ 2012/115 wurde unter ausdrücklichem Hinweis auf die für Änderungen der AGB nach (richtig) § 25 Abs 2 TKG aF und nF bestehende Kundmachungspflicht (vgl 2.1) eine Leistungsfrist von vier Monaten als angemessen angesehen.

3.2 Entgegen der Meinung der beklagten Partei ist auch im vorliegenden Fall die von den Vorinstanzen bestimmte Leistungsfrist von vier Monaten sachgerecht:

Soweit die beklagte Partei mit "den Fristen" des § 25 TKG 2003, also der zweimonatigen Frist in Abs 2 zweiter Satz und der einmonatigen Frist in Abs 3 erster Satz dieser Bestimmung

argumentiert, übersieht sie, dass diese Fristen hier nicht relevant sein können. Gelten sie doch nur bei den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen, wovon aber bei Änderungen aufgrund eines gegen die beklagte Partei mit Klage nach § 28 KSchG erwirkten Unterlassungsurteils gerade nicht ausgegangen werden kann. Zu berücksichtigen bleibt somit nur, dass die beklagte Partei gemäß § 25 Abs 2 erster Satz TKG 2003 die Änderungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen hat. Dieser Verpflichtung wird, wie schon in 7 Ob 84/12x SZ 2012/115, mit der Bestimmung einer Leistungsfrist von vier Monaten ausreichend Rechnung getragen. Dazu kommt, dass die beklagte Partei ihrem eigenen Vorbringen zufolge die Mehrheit der Klauseln ohnedies bereits überarbeitet und geändert hat.

4. Zum Veröffentlichungsbegehren:

Die Berechtigung des Veröffentlichungsbegehrens bedarf keiner Überprüfung in dritter Instanz, weil die beklagte Partei die Entscheidung der Vorinstanzen insoweit nicht mehr in Frage stellt.

III. Kosten:

Die neu zu fassende Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 43 Abs 1 und 2 erster Fall, § 50 ZPO.

Die klagende Partei hat im Verfahren erster Instanz (Streitwert: 36.000 EUR) mit 20,17 von 23 Klauseln sowie in entsprechendem Umfang mit dem Veröffentlichungsbegehren obsiegt, das entspricht einer Quote von rund 88 %. Im Verfahren über die Berufung und die Revision der beklagten Partei (Rechtsmittelinteresse jeweils: 34.434,78 EUR) ist die klagende Partei mit 20,17 von 22 Klauseln erfolgreich geblieben, was einer Quote von rund 92 % entspricht, wobei das geringfügige zusätzliche Obsiegen der beklagten Partei in zweiter Instanz (Leistungsfrist beim Tatbestand des Sich-Berufens) vernachlässigt werden kann. Die aus den jeweiligen Obsiegsquoten resultierenden Ersatzansprüche samt jenem für die Revisionsbeantwortung der beklagten Partei - diese hat auf die Unzulässigkeit der Revision der klagenden Partei hingewiesen - ergeben saldiert den der klagenden Partei zu ersetzenden Kostenbetrag.

Anmerkung*

I. Das Problem

Der Verein für Konsumenteninformation (VKI) beanstandete in einem Verbandsprozess gegen die A1 Net Telekom Austria AG, ein Mobilfunkbetreiber iSd TKG 2003, der ua Handynetzverträge massenhaft verwendet, insgesamt 23 Klauseln ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen als gesetz- bzw sittenwidrig. Darunter befand sich auch folgende Klausel 16 (als § 15 Abs 2 S 1 der zu prüfenden AGB): *„Stamm- und Verkehrsdaten im Sinne der Bestimmungen des TKG 2003 werden für Zwecke der Besorgung von Kommunikationsdiensten und damit in Zusammenhang stehenden Leistungen und für ihre Erbringung erforderlicher Leistungen verwendet. Der Kunde erteilt die jederzeit widerrufbare Zustimmung zur Verwendung seiner Stamm- und Verkehrsdaten zur*

* RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

*bedarfsgerechten Angebotslegung und Servicierung und zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen sowie zur Unterbreitung persönlicher Handy- sowie Produkt- und Serviceangebote durch AI***** auch mittels SMS, E-Mail und Telefon. [...].“*

Der VKI hielt die Klausel für unzulässig, da unklar bliebe, welche Daten des Betroffenen zu welchem Zweck verwendet würden. Das Telekom-Unternehmen verteidigte die Klausel mit dem Hinweis auf die in § 15 Abs 1 AGB enthaltenen Definitionen von Stammdaten, Verkehrsdaten und personenbezogenen Daten; eine Intransparenz läge nicht vor.

Das Erstgericht verneinte eine wirksame Zustimmung iSd § 4 Z 14 DSGVO 2000; das Berufungsgericht teilte diese Auffassung, da die Kriterien für personenbezogene Daten nur beispielhaft aufgezählt wären („insbesondere“). Die zu den Stammdaten angeführten Begriffe „Kontaktinformationen für die Nachricht, Informationen über Art und Inhalt des Vertragsverhältnisses und Bonität“ ließen nicht erkennen, um welche Daten es sich hierbei konkret handeln sollte. Da die beanstandete Klausel die Begriffe Stamm- und Verkehrsdaten voraussetzte, wäre sie schon dadurch intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Auch den Umfang der Verwendung von Daten determinierte die gegenständliche Klausel nicht hinreichend deutlich, bleibe doch offen, was unter der „Besorgung von Kommunikationsdiensten“ zu verstehen sei.

Die Beklagte führte in ihrer Revision an den OGH demgegenüber aus, dass in Anlage 1 der Standard- und Musterverordnung 2004 (BGBl II 312/2004) unter SA001 Rechnungswesen und Logistik beispielhaft Datenfelder wie „Daten zur Bonität“, „Daten zum Zahlungs- und Leistungsverhalten des Betroffenen“ und „Leistungsspezifische Aufwände und Erträge“ angeführt seien. Bei der in Anlage I der Verordnung kundgemachten Datenanwendung handelt es sich um nicht meldepflichtige Standardanwendungen, die gem § 17 Abs 2 DSGVO 2000 von der Meldepflicht befreit seien.

Das Höchstgericht hatte sich letztlich damit zu befassen, ob und inwieweit von einem datenschutzrechtlichen Auftraggeber ein höheres Maß an Determinierung für Einwilligungserklärungen iSv § 4 Z 14 DSGVO 2000 verlangt werden könnte, als dies der Verordnungsgeber bei nicht meldepflichtigen Daten vorsieht.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der 2. Senat kam zu dem Schluss, dass die beanstandete Klausel 16 insgesamt weder gegen das DSGVO 2000 noch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoße. Zwar müsse eine wirksame Zustimmung „in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall“ erfolgen, doch waren die Datenarten durch Zitierung der „Stamm- und Verkehrsdaten im Sinne der Bestimmungen des TKG 2003“ ausreichend definiert. Für den verständigen Durchschnittsverbraucher, der sich für eben diese Dienstleistungen der beklagten Partei interessiert, wurde auch der in der gegenständlichen Klausel angesprochene Zweck der Verwendung seiner Daten (nämlich zur Erbringung der vertraglichen TK-Leistungen) klar oder zumindest leicht klärbar dargelegt.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Anders noch als das Berufungsgericht lässt der OGH die Verwendung der bloßen verba legalia genügen: Die von der Beklagten gegebenen Definitionen von „Stammdaten und Verkehrsdaten“ geben nämlich den Gesetzeswortlaut des § 92 Abs 2 Z 3 und Z 4 TKG 2003 unter Anführung der gesetzlichen Vorschrift vollständig wieder. Die vom Berufungsgericht teilweise als unklar bezeichneten Formulierungen sind daher solche des Gesetzgebers. Der 2. Senat teilt die im Schrifttum¹ vertretene Ansicht, dass der Unternehmer den Gesetzgeber an

¹ Bollenberger, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26 (31).

Formulierungskunst nicht übertrumpfen muss. Dazu kommt, dass selbst die klagende Partei die Definition der „Stamm- und Verkehrsdaten“ in den AGB – wohl wissend – nicht als intransparent bemängelt hat. Das macht auch die zu prüfende Klausel ausreichend transparent, soweit es um die Konkretisierung der verwendeten Daten geht. Der Verbraucher wird nämlich nach Ansicht des OGH insoweit lediglich über die wahre Rechtslage informiert.

Bemerkenswert sind auch die um Abgrenzung bemühten Ausführungen zur Vorjudikatur.² Demzufolge ging es damals vor allem um die ungenaue Bezeichnung eines dritten Datenempfängers, also um eine doppelte Einwilligung in Verwendung und Weitergabe. Im nunmehrigen Fall trennte die Beklagte die Verwendungs- von der Weitergabestimmung. Allerdings mit dem „Erfolg“, dass der OGH die Einwilligung in die Weitergabe der Daten, also die Klausel 17 (als § 15 Abs 2 dritter Satz der zu prüfenden AGB) für unwirksam, weil intransparent kassierte: *„A1**** ist berechtigt, Stammdaten und andere für die Identität maßgebliche personenbezogene Daten, die für die Überprüfung der Kreditwürdigkeit des Kunden oder für die Eintreibung von Forderungen notwendig sind, an Dritte zu übermitteln. Der Kunde erteilt seine jederzeit widerrufbare Zustimmung zur Übermittlung solcher Daten auch an die in § 3 genannten Unternehmen und an den Kreditschutzverband von 1870 sowie an die D***** Gesellschaft mbH zum Zweck des Gläubigerschutzes sowie an die S***** GmbH & Co KG zum Zweck der Eintreibung von Forderungen, weiters zur Übermittlung von Stammdaten an die in § 3 genannten Unternehmen auch zum Zweck der Werbung für deren Kommunikations- und Finanzdienstleistungen.“*

Der Empfängerkreis bleibt für den Kunden unbestimmt. Das Wort „auch“ lässt im Zusammenhang mit bestimmt bezeichneten Unternehmen nur den Rückschluss zu, dass das der beklagten Partei unmittelbar davor eingeräumte Recht zur Datenübermittlung an nicht bestimmt bezeichnete „Dritte“ gerade nicht die bestimmt bezeichneten Unternehmen betreffe, sondern solche, deren Identität dem Kunden verborgen bleibt.³

Ausblick: Zur datenschutzrechtlichen Zustimmung im Rahmen eines Seminarvertrages hat kürzlich der 7. Senat⁴ ebenfalls festgehalten, dass die vermutete oder fiktive Einwilligung des Kunden zur Datenverarbeitung ebenso unwirksam ist wie die Zustimmungsklausel eines Zeitungsverlages, der an seine Abonnenten für die Teilnahme an einer Lottogemeinschaft wirbt.⁵

IV. Zusammenfassung

Es ist große Sorgfalt auf die Bestimmtheit der personenbezogenen Daten zu legen, deren Verarbeitung den Gegenstand der Einwilligungserklärung nach § 4 Z 14 DSGVO bildet. Nach der Rsp kann dabei durchaus auf *verba legalia* zurückgegriffen werden, da der Auftraggeber den Gesetzgeber an Formulierungskunst nicht übertrumpfen muss.

² OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y (Kontoführungsentgelte) = ecolx 2001/147, 438 (Rabl) = ÖBA 2001/977, 645 (Kozio); dazu Apathy, Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737; Riss, Vertragliche Regelung des Zugangs von Mitteilungen und Informationen an den Verbraucher – insbesondere nach dem VKrG und ZaDiG, ÖBA 2013, 802.

³ OGH 14.11.2012, 7 Ob 84/12x (TK-Vertrag) = jusIT 2013/13, 26 (Thiele) = jusIT 2013/42, 87 (Forizs); näher Thiele, Rechtssichere Zustimmungserklärungen in Online AGB – Eine Empfehlung der DSK, ZIR 2013, 16.

⁴ OGH 2.7.2015, 7 Ob 73/15h (Seminarvertrag) = VbR 2015/129, 193 (Leupold/Gelbmann).

⁵ OGH 22.9.2015, 4 Ob 135/15d (Lottospielgemeinschaft).