



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, den Hofrat Dr. Brenn sowie die Hofrätinnen Mag. Korn und Dr. Weixelbraun-Mohr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei A1 Telekom Austria AG, 1020 Wien, Lassallestraße 9, vertreten durch Hasberger Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 36.000 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 16. Mai 2013, GZ 5 R 4/13i-10, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 25. Oktober 2012, GZ 39 Cg 26/12k-6, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

I. Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).

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

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden hinsichtlich der Spruchpunkte 1. a), b), g) und l) abgeändert, im Übrigen bestätigt.

Das Urteil hat einschließlich der bereits in Rechtskraft erwachsenen Teilabweisung und des Veröffentlichungsbegehrens nunmehr insgesamt zu lauten:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln

c) *„Einvernehmliche Vertragsänderungen: AI kann Änderungen mit dem Kunden auch einvernehmlich vereinbaren.*

Der Kunde erhält ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen in schriftlicher Form, z.B. durch Rechnungsaufdruck oder als Rechnungsbeilage. Darin finden sich alle Änderungen. Auch wenn AI nur einen Teil eines Punktes ändert, sendet AI dem Kunden den gesamten neuen Punkt. Zusätzlich findet der Kunde einen Hinweis auf die Volltext-Version unter www.AI.net. Der Kunde kann die Volltext-Version auch bei der AI Serviceline kostenlos anfordern. Gleichzeitig informiert AI den Kunden über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen.

Das Angebot gilt als angenommen, wenn der Kunde nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widerspricht. AI wird den Kunden in diesem Angebot über diese Frist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren.“

d) *„Der Kunde kann den Vertrag mit AI auf einen Dritten übertragen sofern AI schriftlich zustimmt.“*

e) *„Wird das Vertragsverhältnis oder eine Vereinbarung über eine zusätzliche Leistung beendet, ist der Kunde verpflichtet, sofern er das Vertragsverhältnis durch außerordentliche Kündigung zu Recht beendet hat, das monatliche Grundentgelt bis zum Tag der Beendigung anteilig*

zu bezahlen. In allen anderen Fällen hat der Kunde die vollen Grundentgelte inklusive jenes Monats, in welchem die Kündigung wirksam wurde, zu bezahlen.“

f) „Erst mit der richtigen Zuordnung tritt die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung ein, was allerdings nur dann gilt, wenn sich AI ohne schuldhaftige Verzögerung bemüht, die Zuordnung vorzunehmen.“

h) „Werden Einwendungen nicht binnen drei Monaten nach Zugang der Rechnung bei AI schriftlich erhoben, so gilt die Forderung der AI als anerkannt. AI wird einen Verbraucher durch einen deutlich sichtbaren Hinweis auf der Rechnung nochmals auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

Hat der Kunde fristgerecht Einwendungen gegen die Rechnung von AI erhoben, wird AI die Richtigkeit der beeinspruchten Rechnung entweder bestätigen oder diese korrigieren. Die Entscheidung wird dem Kunden schriftlich zugestellt. AI ist berechtigt, ein standardisiertes Überprüfungsverfahren durchzuführen. In diesem Falle hat der Kunde die Möglichkeit, binnen einem Monat nach Zugang der Überprüfungsentscheidung weitere Überprüfungen zu verlangen, ansonsten die bestrittene Entgeltforderung als anerkannt gilt. AI wird einen Verbraucher in ihrer Entscheidung auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

Lehnt AI die Einwendungen endgültig ab oder trifft sie, sofern der Kunde Unternehmer ist, innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen der Einwendungen bei der für die Verrechnung zuständigen Stelle keine Entscheidung, so kann der Kunde binnen einem Monat nach Zugang der endgültigen Entscheidung oder, sofern er Unternehmer ist,

nach erfolglosem Ablauf der Entscheidungsfrist, eine Streitschlichtung gemäß §§ 121 und 122 TKG 2003 in Anspruch nehmen oder den Rechtsweg beschreiten, anderenfalls bestrittene Entgeltforderungen als anerkannt gelten.

AI wird einen Verbraucher in ihrer Entscheidung auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

Unbeschadet der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ist der Kunde berechtigt, Streit- und Beschwerdefälle nach § 122 TKG 2003 der Regulierungsbehörde vorzulegen. Das Verfahren vor der Regulierungsbehörde erfolgt gemäß der jeweils gültigen Richtlinie, die von der Regulierungsbehörde veröffentlicht wird.“

i) „Hat der Kunde keine geeigneten, üblichen Sicherungsmaßnahmen getroffen, ist die Haftung für Datenverluste und Datenschäden ausgeschlossen.“

j) „Der Ersatz von Schäden ausgenommen Personenschäden ist für jedes schadenverursachende Ereignis gegenüber dem einzelnen Geschädigten für Unternehmer mit EUR 7.000,-, gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten mit EUR 700.000,- beschränkt. Wenn der Gesamtschaden höher ist, verringern sich die Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten anteilig.“

k) „Die Mindestvertragsdauer beginnt mit Ablauf des Tages, an dem die Leistung betriebsfähig bereitgestellt wurde, frühestens jedoch mit Abschluss einer die Mindestvertragsdauer vorsehenden Vereinbarung“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen sechs Monaten zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es binnen sechs Monaten zu unterlassen, sich auf die

vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

2. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei weiters schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln

a) *„Werden Kunden durch die Änderung(en) ausschließlich begünstigt, so kann/können diese Änderung(en) durch A1 bereits an dem Tag der Kundmachung der Änderung(en) angewandt werden. Dies gilt auch für Entgeltänderungen aufgrund einer vereinbarten Indexanpassung.“*

b) *„Werden Kunden durch die Änderung(en) nicht ausschließlich begünstigt, so wird A1 diese Änderung(en) – soweit diese nicht nur für künftige Kunden gelten sollen – zwei Monate vor ihrem Inkrafttreten kundmachen. Der wesentliche Inhalt der den Kunden nicht ausschließlich begünstigende(n) Änderung(en) und der Hinweis auf § 25 Abs 3 TKG 2003 wird dem Kunden in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer Rechnung, zumindest einen Monat vor Inkrafttreten mitgeteilt. Die Mitteilung über den wesentlichen Inhalt der Änderung wird einen Hinweis auf das kostenlose Kündigungsrecht und die Kündigungsfrist enthalten. Auf Ersuchen des Kunden wird der Volltext der aktuellen AGB übermittelt. Entgeltänderungen aufgrund eines vereinbarten Index berechtigten nicht zur außerordentlichen Kündigung.“*

g) *Ist eine Indexanpassung in den Entgeltbestimmungen oder einer Individualvereinbarung ohne*

nähere Festlegung vereinbart, so gelten die nachfolgenden Regelungen.

Wenn sich der (Kalender-)Jahresdurchschnitt des Verbraucherpreisindex („Jahres-VPI“) der Statistik Austria ändert, hat das folgende Auswirkungen auf die Entgelte:

- AI ist berechtigt Entgelte für das folgende Kalenderjahr entsprechend der Steigerung des Jahres-VPI zu erhöhen.

- AI ist verpflichtet Senkungen des Jahres-VPI weiterzugeben und die besagten Entgelte entsprechend der Senkung zu reduzieren.

Über die Anpassungen informiert AI den Kunden in schriftlicher Form (z.B. über Rechnungsaufdruck).

Sofern nicht anders vereinbart ergibt sich der Umfang der Entgeltanpassungen aus dem Verhältnis der Änderung des Jahres-VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahres-VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung (Indexbasis: Jahres-VPI 2010 = 100). Schwankungen von 2 % (Schwankungsraum) gegenüber der Indexbasis berücksichtigt AI nicht. Wird dieser Schwankungsraum allerdings in den Folgejahren insgesamt über- oder unterschritten, passt AI die Entgelte in voller Höhe an. Der neue Wert stellt die neue Indexbasis für zukünftige Anpassungen dar. Eine Verpflichtung zur Entgeltreduktion verringert sich in dem Ausmaß, in dem AI im Vorjahr ein Recht zur Erhöhung der Entgelte nicht ausgeübt hat.

Anpassungen der Entgelte erfolgen im Jahr nach der Änderung der Indexbasis, frühestens jedoch im Folgejahr des Vertragsabschlusses:

- Entgelterhöhung: 1. April bis 31. Dezember.*
- Entgeltreduktion: immer am 1. April.*

Wird der Jahres-VPI nicht mehr veröffentlicht, tritt sein amtlicher Nachfolger an dessen Stelle.“

1) *„Sollte eine der Bestimmungen der AGB von A1 unwirksam sein, so tritt anstelle dieser Bestimmung eine wirksame Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist.“*

m) *„A1 ist berechtigt, bei Vertragsende bestehende Guthaben auch bei anderen zwischen dem Kunden und A1 bestehenden Vertragsverhältnissen zu verrechnen.“*

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen, und sie sei ferner schuldig es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wird abgewiesen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.869,02 EUR (darin 174,48 EUR USt und 822,12 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

4. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

III. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 859,90 EUR (darin 143,31 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens sowie die mit 4.376,41 EUR bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung

und der Kosten des Verfahrens vor dem EuGH (darin 729,40 EUR USt), binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen 769,56 EUR an Barauslagen des Berufungs- und Revisionsverfahrens zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG klagebefugter Verein. Die Beklagte ist die in Österreich bei weitem größte Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen. Sie tritt laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und legt den mit diesen geschlossenen Verträgen Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde, die unter anderem die in den Entscheidungsgründen (soweit im Revisionsverfahren noch gegenständlich) wiedergegebenen Klauseln enthalten.

Gestützt auf §§ 3 und 10 KSchG, § 25 Abs 3 TKG sowie §§ 864a, 879 ABGB begehrt der Kläger, der Beklagten aufzutragen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der aus dem Spruch des angefochtenen Urteils ersichtlichen Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie habe es weiters zu unterlassen, sich auf diese Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen. Hinzu kommt das Begehren auf Veröffentlichung des stattgebenden Urteils binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“, und zwar in der bundesweit erscheinenden Ausgabe.

Das Erstgericht gab in den Punkten 1) lit a) bis lit l) seines Urteils dem Klagebegehren sowie dem Veröffentlichungsbegehren statt.

Das in der Klage als 1) a) 6) bezeichnete Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren wies es im Spruchpunkt 2) ab. Dieser abweisende Teil der Entscheidung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei teilweise Folge und setzte (auch) für das erlassene Verbot, sich auf die inkriminierten Klauseln zu „berufen“, eine Leistungsfrist von sechs Monaten fest. Im Übrigen bestätigte es die Entscheidung des Erstgerichts und erklärte die ordentliche Revision mangels erheblicher Rechtsfragen für nicht zulässig.

Gegen diese Entscheidungen haben beide Parteien eine außerordentliche Revision erhoben.

Der Kläger strebt mit seinem außerordentlichen Rechtsmittel den Entfall einer Leistungsfrist für das Verbot an, sich auf die inkriminierten Klauseln zu „berufen“.

Die Beklagte begehrt die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung. Der Kläger hat nach Freistellung gemäß § 508a Abs 2 ZPO eine Revisionsbeantwortung erstattet.

I. Revision des Klägers

1. Der Rechtsmittelwerber wendet sich gegen die vom Berufungsgericht ergänzte Festsetzung einer Leistungsfrist (auch) für das Verbot des „Sich-Berufens“ auf die inkriminierten Klauseln. Das Berufungsgericht habe seine Auffassung mit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 6 Ob 24/11i (verst. Senat) begründet, obwohl sich diese Entscheidung mit dem von der Revisionswerberin

aufgezeigten Rechtsproblem überhaupt nicht auseinandergesetzt habe. Von einer gesicherten Rechtsprechung könne daher nicht ausgegangen werden. Die Verpflichtung, sich in bereits geschlossenen Verträgen nicht auf die unzulässigen Klauseln berufen zu dürfen, enthalte im Unterschied zu den weiteren Tatbeständen des § 28 Abs 1 KSchG („Vorsehen“ und „Empfehlen“) ein reines Unterlassungsgebot, dessen Befolgung kein aktives Tun voraussetze und bei dem nach ständiger Rechtsprechung keine Leistungsfrist zu setzen sei.

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

2. Immer dann, wenn die Beklagte zu einer Unterlassung verpflichtet ist, die notwendigerweise auch ein positives Tun im Sinne der Änderung eines Zustands (hier: die Anpassung von AGB-Klauseln) erfordert, hat das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen, wobei 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 ist (ua 2 Ob 131/12x ÖBA 2013/1974 (*Bollenberger*) = VbR 2013/29 (*Kolba*); RIS-Justiz RS0041260 [T3], RS0041265 [T4]; vgl 7 Ob 44/13s; 9 Ob 56/13w; 9 Ob 7/15t; 9 Ob 26/15m; 2 Ob 20/15b ua). Nach § 28 Abs 1 letzter Satz KSchG schließt das Verbot, im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Vertragsformblättern die Verwendung von Bedingungen vorzusehen, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde

(10 Ob 70/07b ua). Der Revision ist zuzubilligen, dass sich die der Entscheidung 2 Ob 131/12x folgende Rechtsprechung auf diesen inneren Zusammenhang der Unterlassungspflichten nach § 28 Abs 1 KSchG bezogen hat und die Überlegungen der Revisionswerberin darin noch nicht behandelt wurden.

Der Oberste Gerichtshof hat mittlerweile aber in der Entscheidung 2 Ob 20/15b das in der vorliegenden Revision ausgeführte Argument, dass das Verbot des „sich Berufens“ durch reine Unterlassung befolgt werden könne und vom Verpflichteten keine aktiven konzeptiven oder logistischen Vorkehrungen erfordere, für nicht ausreichend erachtet und die Revision der (auch dort) klagenden Partei zurückgewiesen.

3. Die Revisionsausführungen bieten keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzugehen.

Die Argumentation des Klägers nimmt als notorisch an, dass die Unterlassung, sich auf eine mit einem Bestandskunden vereinbarte, nachträglich für unzulässig erklärte Klausel zu berufen, kein aktives Handeln der Beklagten erfordere. Dies trifft aber im Allgemeinen nicht zu.

Ein Unternehmer beruft sich schon dann auf eine Klausel, wenn sie nur Inhalt oder Kalkulationsgrundlage einer Mitteilung an den Verbraucher ist (4 Ob 265/02b *ecolex* 2003/136, 334 [*Leitner*] = ÖBA 2003/108, 373 [*Iro*]), selbst wenn es sich dabei um eine bloße Wissenserklärung handelt. Die Unterlassungsverpflichtung des „sich Berufens“ umfasst auch das Verbot, bei aktuellen Berechnungen oder Mitteilungen indirekt auf einer Rechtsposition aufzubauen, die als gesetzwidrig erkannt worden ist (vgl 4 Ob 288/02k ÖBA 2003/1107, 371).

Die Beklagte hat daher zur vollständigen Erfüllung des Unterlassungsgebots des „sich Berufens“

gegenüber ihren Bestandskunden alle im Verkehr mit ihnen gebrauchten standardisierten Informations- und Korrespondenzwege (insbesondere Drucksorten und Internetseiten) und ihre Vertragsverwaltungsprogramme (siehe Klausel „1.f.“ über den Beginn der Vertragsbindung) darauf zu überprüfen, ob sich ihr Inhalt auf eine der für unzulässig erklärten Klauseln bezieht oder darauf aufbaut, und erforderlichenfalls Anpassungen vorzunehmen. In jedem Fall ist die Beklagte aufgrund des Verbots zu aktivem Handeln verpflichtet. Die Entscheidung des Berufungsgerichts, dass in diesem Fall eine Leistungsfrist zu setzen war, steht daher mit der herrschenden Rechtsprechung im Einklang (RIS-Justiz RS0041260 [T1; T2; T3], RS0041265 [T1]).

4. Das Revisionsvorbringen, die angefochtene Leistungsfrist stehe in Konflikt mit Art 7 Abs 2 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, vermag ebenfalls nicht zu überzeugen (vgl 7 Ob 44/13s). Die Revision legt nicht näher dar, inwiefern durch die gegenständliche Leistungsfrist die Angemessenheit und Wirksamkeit der vorliegenden Verbandsklage beeinträchtigt und das Ziel der Richtlinie, der Verwendung unzulässiger Klauseln ein Ende zu setzen, verfehlt würde.

5. Die Setzung einer Leistungsfrist im Verbandsprozess wirkt nicht auf die individuellen Rechtspositionen der Kunden der Beklagten ein und behindert nicht deren Rechtsdurchsetzung. Ein Widerspruch zu der vom Kläger angeführten Entscheidungsbegründung des EuGH in der Rechtssache C-618/10 *Banco Español/Camino*, die im Zuge eines Individualverfahrens gegen einen Verbraucher ergangen ist, kann nicht erkannt werden.

Es war daher auch nicht der Anregung auf

Einholung einer Vorabentscheidung zur Klärung der von der Revisionswerberin gestellten Frage zu folgen, ob (zusammengefasst) Art 7 Abs 2 der Richtlinie 93/13/EWG und die in ihm vorgesehene Verpflichtung, angemessene und wirksame Mittel anzuwenden, um der Verwendung missbräuchlicher Klauseln ein Ende zu setzen, dahin auszulegen sei, dass er der Einräumung einer Leistungsfrist für das „sich Berufen“ auf eine unzulässige Klausel entgegensteht.

Mangels Geltendmachung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO war die Revision der klagenden Partei zurückzuweisen.

II. Revision der Beklagten

Die zulässige (vgl 8 Ob 72/13s) Revision ist teilweise berechtigt.

1. Zunächst sind der Behandlung der im Rechtsmittel thematisierten Klauseln folgende grundsätzlichen Ausführungen voranzustellen:

1.1. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt.

Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RIS-Justiz RS0014676). Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners iSd § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine

sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zuge dachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (ua RIS-Justiz RS0016914).

1.2. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.

Dieses sogenannte Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung von AGB sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (zB RIS-Justiz RS0115217 [T8]). Daraus kann sich konkret eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219).

1.3. Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

Im Hinblick auf die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB ist neben ihrem Inhalt auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstexts, also ihre Einordnung in den AGB, maßgebend. Sie darf im Text nicht derart „versteckt“ sein, dass sie der Vertragspartner – ein durchschnittlich sorgfältiger Leser – dort nicht vermutet, wo

sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte. § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (vgl RIS-Justiz RS0014659).

1.4. Im Verfahren nach § 28 f KSchG hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (RIS-Justiz RS0016590 [T1, T15]; RS0038205 [T11]; *Kathrein* in KBB⁴ § 28 KSchG Rz 5; *Bollenberger* in KBB⁴ § 879 ABGB Rz 26 mwN).

2. Die Beklagte wendet sich in ihrer Revision gegen die Bestätigung der erstgerichtlichen Entscheidung in den folgenden Punkten (Anm.: die numerische Aufzählung der Klauseln folgt dem Urteilsspruch des Erstgerichts):

Klauseln 1. a), b) und g):

„4.2. Werden Kunden durch die Änderung(en) ausschließlich begünstigt, so kann/können diese Änderung(en) durch A1 bereits an dem Tag der Kundmachung der Änderung(en) angewandt werden. Dies gilt auch für Entgeltänderungen aufgrund einer vereinbarten Indexanpassung.

4.3. Werden Kunden durch die Änderung(en) nicht ausschließlich begünstigt, so wird A1 diese Änderung(en) – soweit diese nicht nur für künftige Kunden gelten sollen – zwei Monate vor ihrem Inkrafttreten kundmachen. Der wesentliche Inhalt der den Kunden nicht ausschließlich begünstigende(n) Änderung(en) und der Hinweis auf § 25 Abs 3 TKG 2003 wird dem Kunden in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer Rechnung, zumindest einen Monat vor Inkrafttreten mitgeteilt. Die

Mitteilung über den wesentlichen Inhalt der Änderung wird einen Hinweis auf das kostenlose Kündigungsrecht und die Kündigungsfrist enthalten. Auf Ersuchen des Kunden wird der Volltext der aktuellen AGB übermittelt. Entgeltänderungen aufgrund eines vereinbarten Index berechtigten nicht zur außerordentlichen Kündigung.

10.12. Ist eine Indexanpassung in den Entgeltbestimmungen oder einer Individualvereinbarung ohne nähere Festlegung vereinbart, so gelten die nachfolgenden Regelungen.

10.12.1 Wenn sich der (Kalender-) Jahresdurchschnitt des Verbraucherpreisindex ('Jahres-VPI') der Statistik Austria ändert, hat das folgende Auswirkungen auf die Entgelte:

- AI ist berechtigt, Entgelte für das folgende Kalenderjahr entsprechend der Steigerung des Jahres-VPI zu erhöhen.

- AI ist verpflichtet, Senkungen des Jahres-VPI weiterzugeben und die besagten Entgelte entsprechend der Senkung zu reduzieren.

Über die Anpassungen informiert AI den Kunden in schriftlicher Form (z.B. über Rechnungsaufdruck).

10.12.2. Sofern nicht anders vereinbart ergibt sich der Umfang der Entgeltanpassungen aus dem Verhältnis der Änderung des Jahres-VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahres-VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung (Indexbasis: Jahres-VPI 2010 = 100). Schwankungen von 2 % (Schwankungsraum) gegenüber der Indexbasis berücksichtigt AI nicht. Wird dieser Schwankungsraum allerdings in den Folgejahren insgesamt über- oder unterschritten, passt AI die Entgelte in voller Höhe an. Der neue Wert stellt die neue

Indexbasis für zukünftige Anpassungen dar. Eine Verpflichtung zur Entgeltreduktion verringert sich in dem Ausmaß, in dem A1 im Vorjahr ein Recht zur Erhöhung der Entgelte nicht ausgeübt hat.

10.12.3. Anpassungen der Entgelte erfolgen im Jahr nach der Änderung der Indexbasis, frühestens jedoch im Folgejahr des Vertragsabschlusses:

- Entgelterhöhung: 1. April bis 31. Dezember.*
- Entgeltreduktion: immer am 1. April.*

10.12.4. Wird der Jahres-VPI nicht mehr veröffentlicht, tritt sein amtlicher Nachfolger an dessen Stelle.“

Die Vorinstanzen beurteilten diese Klauseln als unzulässig, weil auch eine Indexanpassung eine Entgeltänderung, und zwar in der Regel eine Erhöhung, darstelle und die Rechtsfolgen des § 25 Abs 3 TKG, insbesondere das außerordentliche Kündigungsrecht des Verbrauchers, auslöse. Die Klauseln seien darüber hinaus gröblich benachteiligend iSd § 879 ABGB und aufgrund der Verschleierung der wahren Rechtslage intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Der Oberste Gerichtshof hat in der vorliegenden Rechtssache mit Beschluss vom 28. April 2014, GZ 8 Ob 72/13s, dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Frage betreffend die Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über den Universaldienst und die Nutzungsrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, geändert durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2009 (Universaldienstrichtlinie), zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Ist das in Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie für die Teilnehmer vorgesehene Recht, 'bei der Bekanntgabe von Änderungen der Vertragsbedingungen' den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen, auch für den Fall vorzusehen, dass sich eine Anpassung der Entgelte aus den Vertragsbedingungen ableitet, die bereits bei Vertragsabschluss vorsehen, dass in der Zukunft eine Anpassung der Entgelte (Steigerung/Reduktion) entsprechend den Veränderungen eines objektiven Verbraucherpreisindex, der die Geldwertentwicklung abbildet, zu erfolgen hat?“

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat über dieses Ersuchen mit Urteil vom 26. November 2015, Rechtssache C-326/14, für Recht erkannt: *„Art 20 Abs 2 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass eine Änderung der Entgelte für die Bereitstellung elektronischer Netz- und Kommunikationsdienste gemäß einer Entgeltanpassungsklausel, die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmens, das diese Dienste anbietet, enthalten ist und vorsieht, dass eine solche Änderung anhand eines von einer staatlichen Stelle ermittelten objektiven Verbraucherpreisindex erfolgt, **keine** 'Änderung der Vertragsbedingungen' im Sinne dieser Bestimmung darstellt, die den Teilnehmer berechtigt, seinen Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen.“*

Im Lichte des Ergebnisses und der Begründung der Entscheidung des EuGH kann der Auslegung der

Vorinstanzen, die eine Einhaltung des Verfahrens nach § 25 Abs 3 TKG auch bei Entgelterhöhungen infolge einer vereinbarten Indexklausel für erforderlich erachtet haben, nicht gefolgt werden.

Es kommt auch im Anwendungsbereich des § 25 TKG dem Teilnehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht nicht zu, wenn im Telekommunikationsbereich eine Entgeltänderung aufgrund einer vertraglich vorgesehenen Anpassungsklausel mittels eines von einer staatlichen Stelle ermittelten objektiven Index (hier: Verbraucherpreisindex) erfolgt (vgl auch *Hasberger*, Entgelterhöhung im TKG: ex lege oder „doppelter“ Konsumentenschutz? MR 2012, 55; *Bollenberger*, Geldwert und Vertragsänderung. Bemerkungen zu § 25 TKG aus Anlass des Vorabentscheidungsersuchens 8 Ob 72/13s, RdW 2014/760).

Die gegenständlichen Klauseln begründen daher keinen Verstoß gegen § 25 Abs 3 TKG und keine Verschleierung der wahren Rechtslage iSd § 6 Abs 3 KSchG. Ebensowenig ist in der Anwendung eines objektiven, nicht von der Beklagten einseitig beeinflussbaren Verbraucherpreisindex eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 ABGB zu erblicken.

Der Umstand, dass sich die beklagte Partei die Entscheidung vorbehält, trotz Überschreitens der Indexschwelle keine Entgeltänderung vorzunehmen, ist für den Verbraucher nicht nachteilig. Insbesondere bedeutet die Klausel nicht, wie die Klägerin meint, dass damit eine Einflussnahme der Beklagten auf den Index möglich wäre. Die Freiheit, von der Geltendmachung eines bestehenden Rechts gegenüber dem Vertragspartner keinen Gebrauch zu machen, ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz.

Hinsichtlich der Klauseln 1. a), b) und g) war der Revision daher Folge zu geben.

Klausel 1. c):

„4.4. Einvernehmliche Vertragsänderungen: A1 kann Änderungen mit dem Kunden auch einvernehmlich vereinbaren.

Der Kunde erhält ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen in schriftlicher Form, z.B. durch Rechnungsaufdruck oder als Rechnungsbeilage. Darin finden sich alle Änderungen. Auch wenn A1 nur einen Teil eines Punktes ändert, sendet A1 dem Kunden den gesamten neuen Punkt. Zusätzlich findet der Kunde einen Hinweis auf die Volltext-Version unter www.A1.net. Der Kunde kann die Volltext-Version auch bei der A1 Serviceline kostenlos anfordern. Gleichzeitig informiert A1 den Kunden über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen.

Das Angebot gilt als angenommen, wenn der Kunde nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widerspricht. A1 wird den Kunden in diesem Angebot über diese Frist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren.“

Die Vorinstanzen beurteilten diese Klausel übereinstimmend als intransparent iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, weil damit eine Umgehung des § 25 TKG ermöglicht würde. Das Berufungsgericht billigte auch ausdrücklich die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass die Klausel gegen § 864a ABGB und gegen § 6 Abs 1 Z 2 und Abs 3 KSchG verstoße. Die Beklagte suggeriere mit dieser Klausel, sie nehme mit dem Kunden eine einvernehmliche Vertragsänderung vor, wolle aber dann nach dem weiteren Text bloßes Schweigen als

Zustimmung ansehen. Der Kunde werde auf die Bedeutung dieses Verhaltens nicht hingewiesen, sondern es werde nur in unbestimmter Weise erklärt, dass die Beklagte den Kunden im Angebot über die Frist und die Bedeutung seines Schweigens informieren werde.

Aus § 6 Abs 1 Z 2 KSchG folge nach der herrschenden Rechtsprechung (ua 6 Ob 85/11k; ähnlich auch BGH III ZR 63/07) die Wirkungslosigkeit vertraglicher Erklärungsfiktionen. Einschränkungen seien streng zu Lasten des Unternehmers auszulegen. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten sei die Klausel für den Kunden weder günstig, weil sie ihn davon abhalte, sich nach einem möglicherweise günstigeren Anbieter umzusehen, noch könne die Einschränkung der Verbraucherrechte mit dem organisatorischen Bedürfnis der Beklagten nach einer einfachen Vertragsabwicklung im Massenverkehr gerechtfertigt werden.

Auf diese Ausführungen des Berufungsgerichts kann verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO).

Zwar gilt im hier zu beurteilenden Fall – im Gegensatz zu der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung 7 Ob 84/12x (Klausel 3) – der Widerspruch des Kunden gegen ein „Angebot“ des Unternehmens zur „einvernehmlichen“ Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht als Kündigung des Vertragsverhältnisses. Hier führt der Widerspruch (wegen des Weiterverweises auf die noch unbestimmte Belehrung über die Erklärungsbedeutung im zukünftigen Angebot freilich nicht sicher) lediglich zur Ablehnung des Änderungsanbots und zum Weiterbestehen des unveränderten Vertrags.

Auch wenn die Klausel insoweit den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entsprechen würde

(Hinweis auf die Bedeutung des Verhaltens des Teilnehmers, angemessene Frist zur Abgabe einer Erklärung), so ist doch auch in einem solchen Fall die Zulässigkeit der Klausel unter anderem nach § 6 Abs 3 KSchG zu prüfen (vgl 9 Ob 40/06g; 1 Ob 210/12g).

Unter diesem Gesichtspunkt hat der Oberste Gerichtshof aber bereits in der Entscheidung 1 Ob 210/12g eine vergleichbare Klausel als intransparent untersagt, weil sie Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zuließ (vgl RIS-Justiz RS0128865; zuletzt 6 Ob 17/16t; 6 Ob 233/15f). Auch die vorliegende Klausel räumt der Beklagten das Recht ein, bestehende Verträge in jeder Weise – somit auch hinsichtlich der essentialia negotii – abzuändern.

Die Revisionsausführungen erweisen sich damit als nicht berechtigt.

Klausel 1. d): „6.1. Der Kunde kann den Vertrag mit A1 auf einen Dritten übertragen sofern A1 schriftlich zustimmt.“

Die Vorinstanzen haben diese Klausel als nachteiligen Ausschluss der Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen iSd § 10 Abs 3 KSchG beurteilt. Diese Begründung ist zutreffend (§ 510 Abs 3 ZPO).

Der Oberste Gerichtshof hat bereits in der Entscheidung 7 Ob 84/12x [Klausel 6] ausgeführt, dass die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann. Die Bestimmung des § 10 Abs 3 KSchG soll verhindern, dass der Unternehmer dem Verbraucher mündliche Zusagen macht, deren Gültigkeit er nachträglich unter Berufung auf eine Klausel in den AGB in Abrede stellt (RIS-Justiz RS0121954).

§ 10 Abs 3 KSchG 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 (vgl 4 Ob 59/09v mwN). In diesem Fall ist es für den Verbraucher günstig, wenn nachteilige Rechtsfolgen erst ausgelöst werden, wenn die Willenserklärung des Unternehmers unter Formvorbehalt steht. Die Übertragung der Rechte und Pflichten aus einem Vertrag liegt aber grundsätzlich im Interesse des Verbrauchers und wird behindert, wenn der Unternehmer einen Formvorbehalt setzt (vgl zuletzt 7 Ob 84/12x [Klausel 6]).

Wenn die Revision in diesem Zusammenhang geltend macht, dass die Klausel dem Schutz des Kunden vor einem Missbrauch durch Unbefugte diene, weil es andernfalls ausreichen würde, einen Vertrag etwa durch bloßes Telefonat zu übertragen, unterlegt sie der Klausel eine unzutreffende Bedeutung. Die Möglichkeit des Kunden, formlos den Wunsch nach einem Vertragsübergang zu disponieren bleibt von der Klausel unberührt. Dafür, dass die Beklagte den Kunden schriftlich verständigt, dass seine – in welcher Form auch immer beantragte – Übertragung genehmigt und durchgeführt wurde (wodurch dem Kunden ein allfälliger Missbrauch auffallen würde), ist die Klausel nicht erforderlich.

Nachteilig ist die Klausel für den Kunden auch insoweit, als sie ihm keinen Anspruch auf eine die Vertragssituation klärende schriftliche Verständigung über die

Entscheidung der Beklagten in angemessener Frist einräumt. Insbesondere fehlt auch eine korrespondierende Verpflichtung, den Kunden über eine Ablehnung seines gestellten Übertragungswunsches zu verständigen.

Klausel 1. e): „10.2. Wird das Vertragsverhältnis oder eine Vereinbarung über eine zusätzliche Leistung beendet, ist der Kunde verpflichtet, sofern er das Vertragsverhältnis durch außerordentliche Kündigung zu Recht beendet hat, das monatliche Grundentgelt bis zum Tag der Beendigung anteilig zu bezahlen. In allen anderen Fällen hat der Kunde die vollen Grundentgelte inklusive jenes Monats, in welchem die Kündigung wirksam wurde, zu bezahlen. Bei der anteiligen Berechnung wird für jeden Kalendertag ein Dreißigstel des monatlich gleich bleibenden Entgeltes verrechnet.“

AI ist berechtigt, bei Vertragsende bestehende Guthaben auch bei anderen zwischen dem Kunden und AI bestehenden Vertragsverhältnissen zu verrechnen.“

Die Vorinstanzen haben diese Klausel als gröblich benachteiligend iSd § 879 ABGB beurteilt, weil sie dem Kunden unter Umständen die Zahlung des vollen Grundentgelts auch für Zeiträume auferlege, in denen die Beklagte keine Leistung mehr zu erbringen habe. Da die AGB der Beklagten auch eine ordentliche Kündigung zu anderen Terminen als dem Monatsletzten vorsähen, könne ihrem Vorbringen, die Klausel entfalte nur in jenen Fällen ihre nachteilige Wirkung, in denen der Kunden die vorzeitige Auflösung selbst verschuldet habe, nicht gefolgt werden.

In ihrer Revision wiederholt die Beklagte zu diesem Anfechtungspunkt das bereits in der Berufung enthaltene Vorbringen, die Fortzahlungspflicht treffe nur Kunden, die eine vorzeitige Vertragsauflösung verschuldet

hätten, ohne auf die dieses Argument widerlegenden Ausführungen des Berufungsgerichts mit einem Wort einzugehen. Eine unrichtige rechtliche Beurteilung wird damit nicht aufgezeigt.

Klausel 1. f): „10.7. (...) *Erst mit der richtigen Zuordnung tritt die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung ein, was allerdings nur dann gilt, wenn sich A1 ohne schuldhaftes Verzögerung bemüht, die Zuordnung vorzunehmen.*“

Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, dass es eine gröbliche Benachteiligung der Kunden der beklagten Partei bewirkt, wenn ihnen abweichend von § 1424 ABGB das Risiko einer schwierigen Zuordnung von Überweisungen, die keine näheren Angaben zum Absender oder Vertragskonto enthalten, einseitig angelastet wird, ist nicht korrekturbedürftig. Der Hinweis auf den in § 1 TKG statuierten Zweck der Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen vermag daran nichts zu ändern.

Die Revisionswerberin vermag nicht darzustellen, inwiefern dieser Zweck nur durch eine Verbraucher gegenüber der Gesetzeslage benachteiligende Vertragsgestaltung erreicht werden könnte. Es ist nicht schlüssig nachvollziehbar, dass Kunden, die nicht willens oder fähig sind, nachvollziehbare Zahlungsparameter anzugeben, gerade durch diese Klausel dazu angehalten würden, oder dass der Entfall der Klausel jene Kunden, die ihre Einzahlungen bisher in zuordenbarer Form durchgeführt haben, zur Nachlässigkeit ermuntern könnte.

Klausel 1. h): „14.3. *Werden Einwendungen nicht binnen drei Monaten nach Zugang der Rechnung bei A1*

schriftlich erhoben, so gilt die Forderung der A1 als anerkannt. A1 wird einen Verbraucher durch einen deutlich sichtbaren Hinweis auf der Rechnung nochmals auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

14.4. Hat der Kunde fristgerecht Einwendungen gegen die Rechnung von A1 erhoben, wird A1 die Richtigkeit der beeinspruchten Rechnung entweder bestätigen oder diese korrigieren. Die Entscheidung wird dem Kunden schriftlich zugestellt. A1 ist berechtigt, ein standardisiertes Überprüfungsverfahren durchzuführen. In diesem Falle hat der Kunde die Möglichkeit, binnen einem Monat nach Zugang der Überprüfungsentscheidung weitere Überprüfungen zu verlangen, ansonsten die bestrittene Entgeltforderung als anerkannt gilt. A1 wird einen Verbraucher in ihrer Entscheidung auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

14.5. Lehnt A1 die Einwendungen endgültig ab oder trifft sie, sofern der Kunde Unternehmer ist, innerhalb von sechs Monaten nach Einlangen der Einwendungen bei der für die Verrechnung zuständigen Stelle keine Entscheidung, so kann der Kunde binnen einem Monat nach Zugang der endgültigen Entscheidung oder, sofern er Unternehmer ist, nach erfolglosem Ablauf der Entscheidungsfrist, eine Streitschlichtung gemäß §§ 121 und 122 TKG 2003 in Anspruch nehmen oder den Rechtsweg beschreiten, anderenfalls bestrittene Entgeltforderungen als anerkannt gelten.

A1 wird einen Verbraucher in ihrer Entscheidung auf die Bedeutung seines Verhaltens und die ihm zur Verfügung stehende Frist hinweisen.

14.6. Unbeschadet der Zuständigkeit der

ordentlichen Gerichte ist der Kunde berechtigt, Streit- und Beschwerdefälle nach § 122 TKG 2003 der Regulierungsbehörde vorzulegen. Das Verfahren vor der Regulierungsbehörde erfolgt gemäß der jeweils gültigen Richtlinie, die von der Regulierungsbehörde veröffentlicht wird.“

Die Vorinstanzen haben diese Klausel als intransparent beurteilt, weil sie nicht erkennen lasse, dass die Unterlassung von Einwendungen gegen eine Rechnung der Beklagten lediglich ein deklaratorisches Anerkenntnis begründet (7 Ob 84/12x). Bei der im Verbandsprozess gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung der Bestimmung (vgl ua RIS-Justiz RS0016590) besteht für den Verbraucher in der Tat der Eindruck, dass er sein Klagerecht verliert, wenn er nicht rechtzeitig Einwendungen erhoben hat. Die Revision vermag der Begründung des Berufungsgerichts in diesem Punkt kein substantiiertes Argument entgegenzusetzen.

Soweit die Beklagte ausführt, die Klausel mache ohnehin deutlich, dass dem Kunden der ordentliche Rechtsweg „offen“ stehe (genauer: dass er „den Rechtsweg beschreiten“ könne bzw die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte „unbeschadet“ bleibe) ändert dies nichts an der unklaren Darstellung, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsverfolgung möglich ist und inwiefern der Anspruch durch Versäumen der Frist vernichtet werden kann.

Klausel 1. i) und 1. j): *„27.2. Die Haftung gegenüber Unternehmern ist für höhere Gewalt, Folgeschäden und entgangenen Gewinn ausgeschlossen. Hat der Kunde keine geeigneten, üblichen Sicherungsmaßnahmen getroffen, ist die Haftung für Datenverluste und Datenschäden ausgeschlossen.“*

Der Ersatz von Schäden ausgenommen

Personenschäden ist für jedes schadenverursachende Ereignis gegenüber dem einzelnen Geschädigten für Unternehmer mit EUR 7.000, gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten mit EUR 700.000 beschränkt. Wenn der Gesamtschaden höher ist, verringern sich die Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten anteilig.“

Die Vorinstanzen folgten der Argumentation der Klägerin, dass diese Klauseln gegen § 6 Abs 1 Z 9 und Abs 3 KSchG verstoßen.

Der erste Absatz nehme zwar auf Unternehmer Bezug, der im zweiten Satz normierte Haftungsausschluss für den Fall des Unterlassens geeigneter Sicherungsmaßnahmen durch den „Kunden“ lasse eine solche Einschränkung aber genausowenig erkennen wie die nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unzulässige Haftungsbegrenzung gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten. Hätte die Beklagte diese Klauseln tatsächlich nur auf Unternehmer anwenden wollen, wäre es leicht möglich gewesen, dies unmissverständlich auszudrücken. Intransparent sei auch, was unter „geeigneten und üblichen Sicherungsmaßnahmen“ konkret zu verstehen sei.

Die Revision hält diesen Ausführungen die Ansicht entgegen, dass die beiden Klauseln überhaupt nicht für Verbraucher gelten sollten und dies aus dem Text unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs (das Wort Unternehmer komme auch in weiterer Folge ausdrücklich vor) deutlich erkennbar sei.

Diesen Ausführungen ist nicht zu folgen. Die Auslegung von Klauseln hat im Rahmen der Verbandsklage im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Gerade der Umstand, dass die Klauseln zweimal „Unternehmer“ ausdrücklich erwähnen, im nächsten Satzteil

aber allgemein auf „Kunden“ bzw auf die „Gesamtheit der Geschädigten“ abstellen, lässt für einen durchschnittlich aufmerksamen Leser nicht erkennen, dass die gesamte Bestimmung ausschließlich für Unternehmer gelten soll.

Bei der Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess ist entsprechend der diesbezüglichen Rechtsprechung zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG auf das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden abzustellen (RIS-Justiz RS0126158). Ist eine Regelung – wie hier – so mehrdeutig abgefasst, dass sich ihr Sinn bestenfalls erst nach ausführlicher Analyse des systematischen Zusammenhangs erschließt, verstößt sie gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Klausel 1. k): *„31.1. Die Mindestvertragsdauer beginnt mit Ablauf des Tages, an dem die Leistung betriebsfähig bereitgestellt wurde, frühestens jedoch mit Abschluss einer die Mindestvertragsdauer vorsehenden Vereinbarung.“*

Die Vorinstanzen haben diese Klausel als überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB und als gröblich benachteiligend iSd § 879 ABGB beurteilt. Ohne diese Klausel würde die Mindestvertragsdauer ab dem Datum des Vertragsabschlusses laufen, so wie es dem Verständnis des angesprochenen Durchschnittsverbrauchers entspreche.

Wenn die Revision den Standpunkt vertritt, dass diese Klausel in Wahrheit dem Vorteil des Kunden diene, weil dieser eine nicht bereitgestellte Leistung noch nicht konsumieren könne, macht sie eine unzulässige Neuerung geltend, die überdies im Widerspruch zu ihrem bisherigen Vorbringen steht, dass auch die Entgeltspflicht erst mit der Bereitstellung der Leistung einsetzt.

Die Vereinbarung über die Bindung an eine

Mindestvertragsdauer liegt vorwiegend, wenn nicht sogar ausschließlich im Interesse der beklagten Partei. Es ist daher nicht erkennbar, inwiefern es für den Kunden typischerweise günstig sein sollte, wenn sich seine Vertragsbindung aus Gründen verlängert, die nicht nur in seinem eigenen Einflussbereich, sondern auch in Lieferverzögerungen der Beklagten liegen können.

1. I): „Sollte eine der Bestimmungen der AGB von A1 unwirksam sein, so tritt anstelle dieser Bestimmung eine wirksame Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist.“

Das Berufungsgericht hat diese Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG angesehen, weil sie für den Verbraucher verwirrend wirke. Es sei ihm typischerweise nicht bekannt, was unter einer „wirksamen Bestimmung, die im Falle von Verbrauchern gesetzlich vorgesehen ist“ im Einzelfall zu verstehen sei.

Die Revision weist hier zutreffend darauf hin, dass der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 7 Ob 84/12x eine nahezu wortgleiche Klausel als zulässig beurteilt hat.

Eine sogenannte salvatorische Klausel ist iSd § 6 Abs 3 KSchG dann intransparent, wenn sie beispielsweise den AGB nur soweit Geltung zubilligt, als ihnen nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstünden, oder wenn sich der Verbraucher zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung eines Vertrags verpflichten soll, weil damit die Rechtsposition des Verbrauchers unklar wird und ihm das Risiko aufgebürdet wird, seine Rechte selbst zu erkennen (vgl 7 Ob 173/10g [Klausel 5] mwN; RIS-Justiz RS0122045; *Krejci* in *Rummel* ABGB³ § 30 KSchG Rz 16).

Nach ständiger Rechtsprechung hat die

Nichtigkeit einer Klausel aber nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge (RIS-Justiz RS0016420). Scheidet eine nichtige Bestimmung aus dem Vertragstext aus, hat eine Vertragsanpassung zu erfolgen, die sich anhand des dispositiven Rechts, des hypothetischen Parteiwillens und mangels dessen Feststellbarkeit nach redlicher Verkehrsübung orientiert (7 Ob 84/12x; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³, § 879 Rz 38 mwN).

Die Klausel 1. 1) gibt lediglich die Rechtslage wieder und ist damit entgegen der Rechtsansicht der Vorinstanzen nicht intransparent. Auch in diesem Punkt war der Revision der Beklagten daher Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 43 und 50 ZPO. Der Kläger konnte sich im Verfahren erster Instanz bezüglich 8 von insgesamt 13 bekämpften Klauseln mit seinem Begehren durchsetzen (gerundet 62 %), im Rechtsmittelverfahren mit 8 von noch streitverfangenen 12 Klauseln (2/3 bzw gerundet 67 %).

Die Beklagte hat dem Kläger daher die Kosten des Verfahrens anteilig zu ersetzen, und zwar in erster Instanz 24 % der Vertretungskosten und 62 % der Barauslagen iSd § 43 Abs 1 2. Satz ZPO, für die Berufungsbeantwortung, die Revisionsbeantwortung und die Teilnahme am Verfahren vor dem EuGH jeweils 34 %. Die Kosten des Vorabentscheidungsverfahrens teilen das Schicksal der übrigen Verfahrenskosten, zumal es dem Wesen und Zweck dieses Zwischenverfahrens widersprechen würde, im Hinblick auf die Kosten vom „Obsiegen“ einer Partei auszugehen. Für die Vorlage des ergänzten Kostenverzeichnisses hat der Kläger keine Kosten beansprucht.

Die Beklagte hat Anspruch auf Ersatz von je 33 % der von ihr bezahlten Pauschalgebühren für Berufung

(341,88 EUR) und Revision (427,68 EUR).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 27. Jänner 2017
Dr. S p e n l i n g
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG