AKTUELL Alle Urheberrechtsverträge gebührenfrei

Albrecht Haller

Bundestag beschließt "Zweiten Korb" zum Urheberrecht

MEDIENRECHT Unschuldsvermutung – Parlamentsberichterstattung

Grenzen der politischen Satire

Zitatrecht

PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ Aktionistische Maßnahmen: Veröffentlichung eines

Fahndungsfotos

Caroline v. Monaco: BGH zur Veröffentlichung von

Bildern prominenter Personen

URHEBERRECHT Urheberrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von

"gebrauchten" Softwarelizenzen in Österreich

Andreas Wiebe/Clemens Appl

Pop-up-Fenster: Urteilsveröffentlichung

MediaSentry I: Filesharing-Systeme – Auskunftsanspruch

WETTBEWERBSRECHT Beinahe in den Graben gefahren: Anschwärzen – Abwehr-

maßnahmen - Widerruf

Fehlendes Impressum: Gesetzesverstoß – Nachfragever-

lagerung

Gerätebeilagen: Wiederholungsgefahr

Architekturbüro II: Führung des Titels "Architekt"

E-COMMERCE-RECHT Auskunftspflicht über Inhaber dynamischer IP-Adressen

contra Verpflichtung zur Löschung von Verkehrsdaten

Reinhard Schanda

FELEKOMMUNIKATIONSRECHT Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen

Clemens Pichler

AGB "3": AGB in Mobilfunkverträgen – Beurteilung nach KSchG

MR

25. Jahrgang/August 2007

Medien und Recht

25
Jahrgang

1983 – 2007

von Clemens Pichler

Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen

In der E 4 Ob 227/06w (siehe S.222 ff dieses Heftes) hat sich der OGH ausführlich mit der Zulässigkeit von 11 AGB-Klauseln in Verbraucherverträgen eines Mobilfunkbetreibers auseinandergesetzt. Ausgangspunkt war eine Verbandsklage des Vereins für Konsumenteninformation (VKI) gem § 28 KSchG. Der Beklagten wurde in der E die weitere Verwendung dieser Klauseln sowie das Berufen auf diese Klauseln untersagt.

1. Einleitung

Der VKI forderte die Beklagte auf, die Verwendung von 11 AGB-Klauseln zu unterlassen. Die Beklagte gab teilweise eine Unterlassungserklärung ab, führte darin aber in geänderter Fassung einige Klauseln an, die mangels Sinngleichheit zulässig seien. Die Beklagte zeigte die beabsichtigte Änderung der Regulierungsbehörde gem § 25 TKG an.1) Bis zum Schluss des dortigen Verfahrens wurden die angezeigten Klauseln teilweise nochmals geändert. Der VKI begehrte der Beklagten zu untersagen, die in der aktuellen Fassung bei der Regulierungsbehörde angezeigten oder sinngleiche Klauseln zu verwenden und sich darauf zu berufen, soweit sie in unzulässiger Weise vereinbart worden seien. Hilfsweise richtete sich das Begehren auf die ursprüngliche Fassung, wiederum hilfsweise auf die bei der Regulierungsbehörde angezeigte Fassung.

Hingewiesen wird darauf, dass im Verbandsprozess die Auslegung der Klauseln im "kundenfeindlichsten" Sinn zu erfolgen hat.²) Eine geltungserhaltende Reduktion ist im Gegensatz zur Vertragsauslegung im Einzelfall nicht möglich.³)

Im gegenständlichen Beitrag werden die Kernpunkte der umfassenden Entscheidung hervorgehoben und auf sich daraus ergebende Konsequenzen hingewiesen.

2. Die einzelnen Klauseln

2.1 Erklärungen von Vertretern

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

Alle Instanzen beurteilten die Klausel als einen Verstoß gegen das Transparenzgebot iSv § 6 Abs 3 KSchG. Die Beklagte gab § 10 Abs 1 KSchG nicht wieder, sondern hatte diesen nur umschrieben. Der durch-

schnittliche Verbraucher sei daher nicht in der Lage, die Rechtsfolgen der Klausel umfassend zu verstehen. Ihm werde insbesondere nicht deutlich, dass ihm nur Kenntnis von der Vollmachtsbeschränkung schadet.

Die Beklagte verwendet in den letztlich der Regulierungsbehörde angezeigten AGB diese Klausel nicht mehr. In der Revision der Beklagten wurden auch keine Gründe angeführt, warum die Rechtsansicht der Vorinstanzen verfehlt sein sollte. Die Beklagte berief sich nur mehr auf eine mangelnde Wiederholungsgefahr. Mangels der Abgabe einer uneingeschränkten Unterlassungserklärung auch für sinngleiche Klauseln ist die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen.

2.2 Freischaltungsfristen

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

In der ursprünglich verwendeten Fassung der AGB der Beklagten war sogar eine Frist für die Freischaltung von 4 Wochen vorgesehen. Die Beklagte berief sich darauf, dass bei einer Rufnummernmitnahme oder bei einer Freischaltung nach einer Sperre eine solche Frist angemessen und aus technischen Gründen erforderlich sei.

Gem § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sind überlange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen während deren der Unternehmer einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann oder während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist, unzulässig. Davon sind auch unangemessen lange Lieferfristen umfasst.4)

Dr. Clemens Pichler, LL.M. ist Rechtsanwaltsanwärter in Vorarlberg. Der Autor hat sich bereits in seiner Master Thesis an der Universität Wien mit der Zulässigkeit von typischen AGB-Klauseln in Mobilfunkverträgen auseinandergesetzt.

- Änderungen der AGB und Entgeltbestimmungen sind gem § 25
 Abs 2 TKG der Regulierungsbehörde anzuzeigen. Es handelt
 sich dabei um eine (zivilrechtliche) Wirksamkeitsvoraussetzung; vgl Pichler, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Telefonendkundenvertrag, Master Thesis, Universität Wien, 2004, 29
 f, abrufbar unter www.rechtsprobleme.at.
- 2) OGH, 4 Ob 130/03a
- Apathy in Schwimann, ABGB³ V §§ 28-30 KSchG Rz 19; Krejci in Rummel³ §§ 28-30 KSchG Rz 15 ua.
- 4) EB zur RV des KSchG, 744 BlgNr 14. GP 22; Apathy aaO § 6 KSchG Rz 6; Krejci aaO § 6 KSchG Rz 21; Mayrhofer, Überlange rechtsgeschäftliche Bindungen des Verbrauchers in FS Welser, 2004, 695 f.

Zutreffend beurteilt der OGH, dass der typische Verbraucher eine unverzügliche Freischaltung erwartet. Für Standardsituationen stehen den Erwartungen des Verbrauchers keine gerechtfertigten Interessen gegenüber, sodass eine unverzügliche Freischaltung, zumindest aber innerhalb der nächsten zwei bis drei Tage möglich sein muss. Es sei jedoch denkbar, dass durchaus auch längere Fristen für Sonderwünsche des Kunden vorgesehen werden können.⁵) Solche Ausnahmesituationen müssen jedoch für den Kunden klar umschrieben werden.

Eine solche Fristeinräumung dient dem Betreiber regelmässig dazu, eine Bonitätsauskunft über den Kunden einholen zu können. Auf die Bedenklichkeit solcher "Freischaltungsklauseln" wurde bereits in der Vergangenheit hingewiesen.⁶) Die Vertragsannahme durch den Mobilfunkbetreiber erfolgt in der Regel nicht ausdrücklich, sondern durch die Freischaltung bzw durch die Aktivierung der SIM-Karte.⁷) Die Frist für die Freischaltung ist daher nicht nur eine Lieferfrist, sondern auch eine Frist zur Vertragsannahme durch den Betreiber.

Unzulässig wäre es in diesem Fall auch, den Kunden sofort freizuschalten, sich aber eine längere Frist für eine Vertragsannahme einzuräumen. Der Verbraucher ginge in diesem Fall davon aus, dass bereits mit der Freischaltung ein gültiger Vertrag zustande gekommen sei, was auch zutrifft. Eine erst später zugehende Erklärung des Betreibers, dass der Vertrag nicht angenommen wird, ist verspätet und hat nach der bereits erfolgten konkludenten Vertragsannahme keine Wirkung. Davon unberührt bleibt selbstredend die Möglichkeit, nach den allgemeinen zivilrechtlichen Prämissen den Vertrag rückabzuwickeln.8)

2.3 Restguthaben bei Wertkartenverträgen

"7.4. [...] Ein allenfalls noch vorhandenes Restguthaben verfällt mit Ende der Vertragslaufzeit, außer der Kunde begehrt Rückforderung desselben. Dies kann frühestens mit Ablauf von zwölf Monaten nach dem letzten Ladevorgang für einen Zeitraum von sechs Monaten begehrt werden. Macht der Kunde hievon keinen Gebrauch, wird dies als Verzicht des Kunden auf Auszahlung des Restguthabens gewertet und verfällt das Guthaben dann unwiderruflich. Macht der Kunde sohin innerhalb des angegebenen Zeitraums sein Rückforderungsrecht nicht geltend, verzichtet er auf die Auszahlung seines Restguthabens. [...]

*** stellt für die Bearbeitung der Rückerstattung eine Gebühr in Rechnung, deren Höhe der Tarifübersicht (gemäß Punkt 20.1. iVm den Punkten 8.4. und 8.5. der AGB) zu entnehmen ist. [...]"

2.3.1 Zum Verfall von Guthaben

Der Verfall eines Wertkartenguthabens mit Ablauf des Vertrages wäre unzulässig.⁹) Eine Verkürzung von Fristen für die Anspruchsdurchsetzung, also für die Rückforderung von Guthaben, ist nicht grundsätzlich sittenwidrig, soweit es sich dabei nicht um eine unsachliche Erschwerung der Anspruchsvoraussetzung handelt.

Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung verweist der OGH auf die Legitimität einer möglichst raschen Abwicklung von Rückforderungsansprüchen. Dem wird jedoch gegenübergestellt, dass dem Verbraucher das letzte Aufladen der Wertkarte in der Regel außer Evidenz gerät. Dadurch werde der Ablauf des Vertrages und somit das Verstreichen einer sechsmonatigen Verfallsfrist übersehen. Wenn der Kunde nicht kurz vor oder bei Vertragsablauf auf die Möglichkeit einer Rückforderung und den drohenden Verfall hingewiesen wird, verstöße dies gegen § 879 Abs 3 ABGB.¹⁰)

Der OGH bejaht aber auch grundsätzlich die Möglichkeit der Vereinbarung einer Erklärungsfiktion iS eines Verzichts der Auszahlung des Guthabens durch den Kunden. Auch in diesem Fall ist aber ein gesonderter Hinweis zu Beginn dieser Frist notwendig. Widrigenfalls würde ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorliegen.¹¹)

2.3.2 Zum Bearbeitungsentgelt

Der OGH bestätigt nochmals, dass die Verrechnung eines Bearbeitungsentgeltes grundsätzlich zulässig ist.¹²) Ein einfacher Querverweis führt noch nicht zur Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG. Das Auffinden einer weiteren Klausel kann dem Kunden in der Regel zugemutet werden. Dies trifft auch auf eine Tarifübersicht oder auf eine Preisliste zu.¹³) Die Bestimmung, auf welche verwiesen wird, wird Bestandteil der verweisenden Bestimmung. Eine getrennte Beurteilung ist daher nicht mehr möglich. Die Rechtsgültigkeit dieser Bestimmung ist daher von der Klausel 20.1 abhängig.¹⁴)

2.4 Risikoverteilung bei Wertkartenverträgen

"7.5. Das Risiko des Missbrauchs, des Verlustes oder Diebstahls der Wertkarte bzw des sonstigen, die Verfügungsmöglichkeit über das Guthaben einräumenden oder symbolisierenden Gegenstandes trägt – soweit dieses Risiko nicht in der Sphäre von *** liegt – der Kunde nach Maßgabe der Bestimmung des Punktes 20.3. der AGB. [...]"

- 5) Etwa bei einer Rufnummernmitnahme.
- 6) Pichler, aaO, 54 ff.
- In den meisten AGB von Mobilfunkbetreibern wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Vertragsannahme auch durch Freischaltung erfolgen kann.
- Zu denken wäre hier insbesondere an die Geltendmachung eines Irrtums auf Grund der Vortäuschung einer ausreichenden Bonität, welche jedoch nicht vorliegt.
- OGH 4 Ob 112/04f; vgl dazu Ertl/Gschweitl, Verfallsregelungen in Mobilfunkverträgen, MR 2005, 404.
- 10) Ein solcher Hinweis könnte nach Ansicht des OGH etwa durch eine automatisch generierte SMS erfolgen. Ein Hinweis beim Vertragsabschluss in den AGB ist nicht ausreichend.
- 11) Vgl dazu Ertl/Gschweitl, aaO.
- 12) Vgl OGH 4 Ob 112/04f.
- 13) Vgl dazu *Schnur* in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang³ § 6 KschG Rz 37.
- 14) Dazu unten.

Nach Klausel 20.3. haftet der Kunde, wenn Dritte die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Dienste in Anspruch nehmen. Für Entgelte "aus darüber hinausgehenden Leistungen" haftet der Kunde, "sofern die Nutzung mit seinem Einverständnis oder seinem Wissen ermöglicht wurde,"

Ein in AGB befindlicher Querverweis führt als solcher noch nicht zur Intransparenz iSv § 6 Abs 3 KSchG. Als problematisch beurteilte OGH jedoch das konkrete Zusammenwirken der beiden Bestimmungen. Ein Verbraucher würde annehmen, dass das Risiko auf den im Voraus bezahlten Betrag beschränkt sei. Demgegenüber wird in einer anderen Klausel ohne weitere Differenzierung von einer Haftung für Leistungsentgelte gesprochen. Dies könne auch dahingehend verstanden werden, dass eine Haftung über das Wertkartenguthaben hinausgehe. Dies führe zur Intransparenz.

Darüber hinaus beurteilte der OGH den Begriff "Sphäre" für Laien im konkreten Zusammenhang als nicht ausreichend deutlich. Da der "Verlust" oder "Diebstahl" der erworbenen Karte nicht in der "Sphäre" des Beklagten liegen könne, müsse sich die "Sphäre" auf den "Missbrauch" beziehen. Da aber selbst für den OGH nicht erkennbar war, welche Formen eines "Missbrauchs" in der Sphäre des Beklagten liegen können bzw von welchen Konstruktionen die Beklagten ausgehen, beurteilte er die Verwendung des Begriffs "Sphäre" im konkreten Fall als nicht ausreichende Leitlinie für die Risikozurechnung und somit als Verstoss gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Die Verwendung des Begriffs "Sphäre" ist mE keineswegs per se intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Bei komplexen Materien wie etwa im Recht der Finanzdienstleister oder im Bauvertragsrecht wurde zur Erhaltung qualifizierter Texte eine gewisse Mindestmündigkeit des Verbrauchers gefordert.15) Der Bereich des Mobilfunks ist sowohl juristisch als auch technisch eine besonders komplexe und anspruchsvolle Materie. Dennoch werden täglich tausende Mobilfunkverträge abgeschlossen. Bei der Gestaltung von AGB für Telekommunikationsdienstleister kann und muss nicht so weit gegangen werden, branchenübliche und -notwendige Termini ausschweifend zu erklären. Im konkreten Fall war jedoch nicht eine branchentypische Diktion für die Rechtswidrigkeit ausschlaggebend, sondern die für den technischen Laien nicht nachvollziehbaren Fälle eines Missbrauchs aus der Sphäre des Betreibers.

2.5 Zulässige Leistungsänderungen

"8.2. Außerdem ist *** berechtigt,

8.2.1. bei betrieblicher oder technischer Notwendigkeit (insbesondere, wenn Änderungen durch die Regulierungsbehörde gemäß §§ 64 bzw 65 TKG erfolgen) die dem Kunden zugewiesenen Nummerierungs- und Adressierungselemente zu ändern, sofern dies dem Kunden zumutbar ist, insbesondere, weil es sich um eine geringfügige und sachlich gerechtfertigte Änderung handelt;

8.2.2. geringfügige, sachlich gerechtfertigte und dem Kunden zumutbare technische Änderungen vorzu-

nehmen, die keine Änderung des Services an sich darstellen (zB *** wählt andere Lieferanten von Inhalten oder nimmt Anpassungen in Zusammenstellung, Auswahl und Umfang von Inhalten vor)."

2.5.1 Zur Änderungen der Nummerierungs- und Adressierungselemente

Durch § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sollen einseitige Änderungen, die den Interessen des Verbrauchers widersprechen, verhindert werden. Allfällige Änderungsmöglichkeiten müssen möglichst genau umschrieben werden. 16)

Der OGH betrachtet die dem Kunden zugewiesene Rufnummer zutreffenderweise als ein wesentliches Element für das Funktionieren des Mobilfunks. Eine Änderung derselben kann dem Kunden daher nur in Ausnahmefällen zugemutet werden. Die gegenständliche Klausel gehe aber über notwendige Änderungen infolge Änderung der Gesetzeslage oder Anordnungen der Regulierungsbehörde hinaus, da diese Fälle schon von Klausel 8.1 der AGB der Beklagten erfasst sind: "eine Änderung der Rechtslage sowie gerichtliche oder behördliche Anordnungen können *** verpflichten, Services abzuändern oder sogar einzustellen [...]."

Die Klausel lasse daher auch technische oder betriebliche "Notwendigkeiten" im Bereich der Beklagten ausreichen. Der Verbraucher könne somit auch nicht beurteilen, ob eine Rufnummernänderung von der Klausel umfasst sei. Darüber hinaus sei unklar, was neben den Nummerierungselementen unter den davon zu unterscheidenden Adressierungselementen zu verstehen sei. Auch das Kriterium der Geringfügigkeit bei einer Rufnummernänderung sei nicht verständlich, da es wohl nicht darauf ankommen könne, inwieweit die neue Rufnummer von der alten abweicht. Dies verstoße gegen das Transparenzgebot.

Zu einer allfälligen Rechtswidrigkeit gem § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nimmt der OGH nicht mehr konkret Stellung. Dies wird aber durch die wörtliche Übernahme dieser Bestimmung zu verneinen sein.

2.5.2 Technische Änderungen

Der OGH betrachtet den zweiten Teil der Klausel als in sich widersprüchlich. Technischen Änderungen werden durch die verwendete Klammernsetzung mit dem Inhalt des Angebotes¹⁷) gleichgesetzt. Für den Verbraucher sei somit nicht erkennbar, welche vertraglich zugesicherten Leistungen die Änderungsbefugnis überhaupt umfassen soll. Wenn nicht klar sei, auf welche Änderungen sich die Klausel bezieht, scheitert diese am Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

¹⁵⁾ Krejci aaO, § 6 KSchG Rz 210; Apathy aaO, § 6 KSchG Rz 88. 16) OGH 7 Ob 170/98w.

^{17) &}quot;andere Lieferanten von Inhalten oder Anpassungen in Zusammenstellung, Auswahl und Umfang von Inhalten".

Bei einseitigen Leistungsänderungsmöglichkeiten in AGB, die den Interessen des Verbrauchers zuwiderlaufen, sei auch hier deren sachliche Rechtfertigung besonders streng zu prüfen. Das Transparenzgebot fordere daher, dass die möglichen Rechtfertigungsgründe bereits in der Klausel konkretisiert werden.

2.6 Einschränkung der Netzabdeckung

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

Der Beurteilung dieser Klausel kommt in der Praxis höchste Bedeutung zu. Für den Kunden sind die tatsächlichen Empfangsverhältnisse von entscheidender Relevanz, da ansonsten die angebotenen Services nicht genutzt werden können. Es handelt sich dabei um eine Hauptleistungspflicht des Betreibers. Häufig wird von Mobilfunkbetreibern auf die aufliegenden Netzabdeckungskarten verwiesen.

Das Berufungsgericht wies das Unterlassungsbegehren ab. Die Klausel konkretisiere nur die zu erbringende Leistung. Die wesentliche Leistungspflicht eines Mobilfunkbetreibers bestehe nur darin, dass er die Kunden sein Funknetz samt den technischen Einrichtungen nutzen lasse.

Auch der OGH schloss sich der Ansicht an, dass durch diese Leistungsbeschreibungsklausel kein formeller Gewährleistungsausschluss vorliege. Leistungsbeschreibungsklauseln sind erst dann unzulässig, wenn sie als Umgehung des Verbotes des Gewährleistungsausschlusses gem § 9 KschG zu qualifizieren sind. 18) Dies ist im Einzelfall zu prüfen. Eine Umgehung liege insbesondere vor, wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspreche 19) oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht werde, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen. 20) In beiden Fällen will der Schuldner in Wahrheit nicht seine Leistungspflicht umschreiben, sondern verhindern, für deren Erfüllung einstehen zu müssen.

Der OGH betrachtet die Klausel ohne nähere Begründung hinsichtlich § 864a ABGB, § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 1 ABGB als unbedenklich. § 879 Abs 3 ABGB sei nicht anwendbar, da sich die Leistungsbeschreibungsklauseln auf eine Hauptleistung beziehen.²¹)

Auch wird eine Umgehung von § 9 KSchG verneint. Es sei gerichtsbekannt, dass gewisse "Funklöcher" nicht zu umgehen seien. Dadurch werde bei den Kunden

das Missverständnis vermieden, dass die Netzabdeckungskarte als Zusage einer örtlichen völlig uneingeschränkten Nutzungsmöglichkeit zu verstehen sei. Durch die Einschränkung, dass die Beklagten die Verfügbarkeit nur dort nicht "garantieren", wo "diese durch außerhalb der Kontrolle von *** liegenden Einflüsse beeinträchtigt ist" ergebe sich, dass objektive Mängel des Netzes – also interne Faktoren – nicht zur Rechtfertigung von Funklöchern herangezogen werden können.

Als Verstoß gegen das Transparenzgebot beurteilte der OGH allerdings den Schlusssatz, dass *** auch bei grundsätzlich vorhandener Netzabdeckung die Verfügbarkeit des Services, insbesondere in Gebäuden, nicht garantieren könne. Dadurch werde dem durchschnittlichen Verbraucher suggeriert, dass die Beklagte nicht für Mängel bei Erreichbarkeit einstehen müsse. Verbrauchern werde dadurch ein unrichtiger Eindruck vom Risiko einer Auseinandersetzung mit der Beklagten vermittelt.

Der OGH stellt somit klar, dass Mobilfunkbetreiber für objektive Mängel des Funknetzes einzustehen haben. Dies ist dann der Fall, wenn mangelnde Erreichbarkeit auf Umstände innerhalb des Einflussbereiches des Betreibers zurückzuführen sind.

Die Beurteilung der Frage, welche "Funklöcher" im Einflussbereich des Betreibers liegen, lässt sich allerdings oft schwer ermitteln, da die Qualität des Funknetzes letztlich von der Anzahl und Qualität der verwendeten Funkzellen abhängt. So kann etwa durch die Verwendung von Pikozellen auch eine Erreichbarkeit in U-Bahn-Stationen erzielt werden.

Jedenfalls außerhalb des Einflussbereiches des Bertreibers sind örtliche Gegebenheiten, bei denen mit vertretbarem technischem und betriebswirtschaftlichem Aufwand kein Mobiltelefonempfang möglich ist. Dies trifft etwa auf Lifte, Triefgaragen oder Wanderwege zu. Ergibt sich jedoch auf Grund der Netzabdeckungskarten, dass in der Region ein problemloser Empfang möglich sein müsste, darf wohl auch vorausgesetzt werden, dass in herkömmlichen Gebäuden und Straßenverkehrswegen ein Mobilfunkempfang besteht. Ist dies nicht der Fall, können Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden. Erst wenn diese gewöhnlich vorausgesetzte Netzabdeckung durch besondere Umstände (etwa ein besonders dickes Mauerwerk, Abschattungen durch andere Gebäude oder besondere atmosphärische Gegebenheiten) hervorgerufen wird, hat der Betreiber nicht für eine mangelnde Funknetzqualität einzustehen.

¹⁸⁾ Apathy aaO § 9 KSchG Rz 3; Eccher in Fenyves/Kerschner/ Vonklich, Klang³ § 9 KschG Rz 9; Kathrein aaO § 9 KSchG Rz 2; Krejci aaO § 9 Rz 5; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, 2001, § 9 Rz 2 f.

¹⁹⁾ Krejci aaO Rz 6; Eccher aaO.

²⁰⁾ Apathy aaO; Krejci aaO Rz 7; Welser/Jud aaO.

²¹⁾ Pichler aaO, 56.

2.7 Gewährleistung für Software

"14.2. *** kann nicht gewährleisten, dass sämtliche Software (gemäß Punkt 14.1. dieser AGB) in Verbindung mit anderer von Kunden verwendeter Software fehlerfrei funktioniert bzw sonst allen Anforderungen des Kunden genügt [...] *** leistet keine Gewähr, dass die Software gänzlich fehlerfrei ist. *** verpflichtet sich jedoch zur Gewährleistung für die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften von Software. [...]"

Die Klausel bezieht sich mangels konkreter Differenzierung auch auf die Software, die auf Seiten des Kunden für die Nutzung des Mobilfunks notwendig ist. Die Klausel betrifft daher eine Hauptleistungspflicht.

Der OGH beurteilt die Klausel als rechtswidrig. Sie widerspreche § 6 Abs 3 KSchG. Durch die Formulierung, die Beklagte könne nicht gewährleisten, dass "die Software allen Anforderungen des Kunden genügt" und "dass die Software gänzlich fehlerfrei ist", werde die Gewährleistung mit ganz allgemeiner Formulierung ausgeschlossen.

Dabei handle es sich nicht um eine Leistungsbeschreibung, sondern um eine Ablehnung für nicht weiter determinierte (objektive) Fehler. Diese Fehler könnten auch Mängel iSd Gewährleistungsrechtes sein. Durch die Hinweise, auf die "gesetzliche Gewährleistung" und die "gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften" könne schon objektiv kein Verstoß gegen § 9 KSchG vorliegen. Für den Kunden werde dadurch aber unklar, welche Risiken sie im Gegensatz dazu selbst zu tragen haben. Verbraucher können daher davon abgehalten werden, die ihnen zustehenden Rechte gem § 9 KSchG geltend zu machen.

Der OGH erwähnt jedoch in diesem Zusammenhang, dass die Klausel auch gesetzeskonform ausgelegt werden könne. Im Verbandsprozess ist jedoch die verbraucherfeindlichste Auslegung massgebend. Eine einschränkende Leistungsbeschreibung sei grundsätzlich zulässig. Wird darin jedoch die Kompatibilität mit Standardsoftware²²) ausgeschlossen, würde darin aber eine Umgehung von § 9 KSchG liegen.²³)

Der OGH lässt durchwegs anklingen, dass die Beurteilung dieser Klausel im Individualprozess anders ausgefallen wäre. Selbst für eine Verbandsklage wird hier ein besonders strenges Maß angelegt. Die Argumentation, dass für den Verbraucher unklar bleibe, was im konkreten Fall unter die "gesetzliche Gewährleistung" und die "gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften" falle, mag zwar zutreffen, eine solche Beurteilung muss der Verbraucher aber in jedem Fall anstellen. Bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen hat der Verbraucher letztlich immer zu beurteilen, welche Risiken er selbst zu tragen hat.

2.8 Nutzung von Mehrwertdiensten durch Minderjährige

"17.8. Der Kunde stellt sicher, dass sonstige Services oder Inhalte Dritter, die nur für Personen ab einem bestimmten Mindestalter geeignet sind (zB Teilnahme an Glücksspiel oder Wetten), nicht von Personen unter diesem Mindestalter benutzt werden. Für die Inanspruchnahme der Dienste haftet der Kunde gemäß Punkt 20.3. der AGB."

Nach Klausel 20.3. haftet der Kunde, wenn Dritte die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Dienste in Anspruch nehmen. Für Entgelte aus "darüber hinausgehenden Leistungen" haftet der Kunde nur, "sofern die Nutzung mit seinem Einverständnis oder seinem Wissen ermöglicht wurde."

Die Vorinstanzen bejahten die Übereinstimmung der Klausel mit der höchstgerichtlichen Judikatur zur Haftung von Anschlussinhabern für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten, stellten aber fest, dass der Verbraucher die Klausel auch als weitergehende Haftung verstehen könne.

Dem widerspricht der OGH. In Klausel 20.3. wird die Haftung des Anschlussinhabers normiert, wenn die Ermöglichung der Nutzung "mit seinem Einverständnis oder seinem Wissen" erfolgt. Der OGH erkennt zutreffend, dass sich bei gegenständlicher Formulierung das Wissen bzw. das Einverständnis nicht auf die Nutzung, sondern auf die Ermöglichung der Nutzung bezieht. Ermöglicht wird die Nutzung aber schon dadurch, dass ein Minderjähriger ein Mobiltelefon verwenden darf. Das Risiko der Geschäfts- bzw. Zahlungsunfähigkeit des minderjährigen Nutzers von Mehrwertdiensten werde so auf den Anschlussinhaber verlagert, ohne dass es auf das Bestehen einer - durch das Überlassen eines Mobiltelefons im Regelfall gerade eben nicht erteilten oder anzunehmenden - Vollmacht ankäme. Die Klausel 20.3. sei daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Der OGH nimmt aus Anlass dazu nochmals zur Haftung für Mehrwertdienste Stellung. Er betont erneut, dass zwei unterschiedliche Verträge vorliegen. Ein Vertrag des Anschlussinhabers mit dem Netzbetreiber und ein zweiter Vertrag zwischen dem Nutzer und dem Mehrwertdiensteanbieter. Die bloße Erlaubnis einen Telefonanschluss zu verwenden, ist nicht als Vollmacht (auch nicht als Anscheinsvollmacht) für den Vertragsabschluss mit einem Mehrwertdiensteanbieter zu qualifizieren.²⁴)

2.9 Entgeltänderungen

"20.1. Die Entgelte sind der Preisliste von *** zu entnehmen, die bei den Verkaufsstellen von *** oder beim Internet unter www.***.at eingesehen werden können und auf Anfrage zugeschickt werden. *** ist berechtigt, diese Entgelte gemäß der Punkte 8.4 und 8.5 der AGB anzupassen, insbesondere wenn sich Parameter ändern, die nicht im Einflussbereich von *** liegen."

²²⁾ Etwa MS Outlook.

²³⁾ Dazu siehe Punkt 2.6.

²⁴⁾ Vgl. OGH 1Ob 244/02t; VwGH 2004/03/0066; Graf, Die verdoppelte AGB-Kontrolle, wbl 2005, 457; Zib, Haftung bei missbräuchlicher Inanspruchnahme von Telefondienstleistungen durch Dritte, MR 2005, 396.

Der OGH beurteilt die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Für den Verbraucher sei durch den Verweis auf die Klausel 8.4 und 8.5 unklar, ob ihm ein Kündigungsrecht im Falle einer Preisanpassung zukommt. Die Beklagte vertrat in der Berufung (im Gegensatz zur Revision) die Ansicht, dass dem Kunden kein Rücktrittsrecht bei der Entgeltanpassung in Folge der Änderung nicht beeinflussbarer Preisparameter zustehe. Für den Kunden sei daher die Klauselkonstruktion noch weniger durchschaubar und verstoße daher gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Weiters sah der OGH in der Klausel einen offenkundigen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Eine Klausel ist dann nicht verbindlich, wenn der Unternehmer ein höheres als das bei Vertragsabschluss bestimmte Entgelt verlangen kann, außer der Vertrag sieht bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vor, die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände sind im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt und ihr Eintritt hängt nicht vom Willen des Unternehmers ab. Generalklauselartige Formulierungen, wie etwa der Verweis auf jeweils geltende Tarife oder Preislisten, reichen keinesfalls aus.25) Preisgleitfaktoren müssen gegebenenfalls auch zu einer Preisminderung verpflichten, um eine ausgewogene Verteilung der Vor- und Nachteile zu gewährleisten und um Regelungen allein zu Lasten des Verbrauchers auszuschließen.26) In der gegenständlichen Klausel fehlen konkrete Kriterien. "Preisparameter" sei eine bloße Generalklausel. Zudem sei durch den Begriff "insbesondere" nicht ausgeschlossen, dass auch andere Gründe als die Änderung der "Preisparameter" zur Preiserhöhung berechtigen könnten.

Der OGH führt diesbezüglich an, dass sich die Beklagten nicht auf ihr Änderungsrecht nach § 25 TKG 2003 berufen. Es müsse daher auch nicht nähr darauf eingegangen werden. Der OGH gibt allerdings zu bedenken, dass die für den § 18 TKG 1997 vertretene Ansicht, dass sie ein einseitiges Änderungsrecht von AGB und Entgeltbedingungen des Betreibers ermöglichen²⁷), durch § 25 TKG 2003²⁸) eingeschränkt worden sein könnte. Sollte daher die bisherige Auffassung nicht aufrecht erhalten bleiben können, bedeutet dies, dass eine einseitige Änderung nur möglich ist, wenn es dafür eine vertragliche Grundlage gibt. Diese Grundlage wäre dann wieder an § 6 Abs 1 Z 5 bzw Abs 2 Z 3 KSchG zu messen.

Der angedeutete Tenor ist meines Erachtens zutreffend. § 25 TKG 2003 ist als Reaktion auf die häufig in AGB von Betreibern beinhalteten Änderungsklauseln zu verstehen. Weder durch § 25 Abs 2 noch durch Abs 3 TKG 2003 wird dem Betreiber ausdrücklich ein (gesetzliches) Änderungsrecht eingeräumt, sondern ein solches (vertragliches) nur vorausgesetzt. Es wird im Gesetzestext klar zum Ausdruck gebracht, dass § 25 TKG 2003 nicht als Reduzierung des Verbraucherschutzes zu sehen ist, sondern ein zusätzliches Kriterium darstellen soll. § 25 TKG 2003 räumt daher dem Betreiber kein gesetzliches Änderungsrecht ein.

2.10 Zahlscheingebühr

"20.10. Bei Zahlung mittels Zahlschein ist *** berechtigt, dem Kunden ein angemessenes Bearbeitungsentgelt laut Preisliste (gemäß Punkt 8.4 und 8.5 iVm Punkt 20.1 dieser AGB) zu verrechnen. [...]"

Die gegenständliche Klausel verweist auf die vom OGH bereits als rechtswidrig beurteilte Klausel. Sie ist daher selbst unzulässig iSv § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 3 KSchG.

2.11 Restentgelt bei Vertragsbeendigung

25.2. [...] Wird der Vertrag vor Ablauf dieses Zeitraums durch außerordentliche Kündigung seitens *** oder durch einvernehmliche Auflösung beendet, dann ist vom Kunden mit Vertragsbeendigung ein Restentgelt zu bezahlen. Berechnung des Restentgelts: Fixes Entgelt, das bei aufrechtem Vertrag für die Zeit zwischen vorzeitiger Vertragsbeendigung und Ende des Kündigungsverzichts angefallen wäre."

Wie auch die Vorinstanzen sah der OGH in der Klausel einen Verstoß gegen § 864a ABGB, da ein Durchschnittsverbraucher bei einer einvernehmlichen Vertragsauflösung annehme, von weiteren Leistungsverpflichtungen befreit zu sein. Ansonsten hätte eine einvernehmliche Auflösung für den Kunden auch keine Vorteile. Der OGH ging davon aus, dass die Zahlungspflicht auch dann bestehe, wenn im Zuge der einvernehmlichen Vertragsbeendigung diese Zahlungspflicht nicht erwähnt werde.

Dies ist mE aber nicht zutreffend. Bei einer einvernehmlichen Vertragsauflösung würde mangels gegenteiliger Vereinbarung auch die Verpflichtung des Kunden zur Zahlung eines Restentgeltes aufgelöst. Diese würde in diesem Fall zusammen mit dem restlichen Vertrag ihre Wirksamkeit verlieren, soweit nichts anderes vereinbart wird, da sie Teil des einvernehmlich beendeten Vertragsverhältnisses ist. Die konkrete Ausgestaltung einer einvernehmlichen Auflösung liegt ohnedies bei den Vertragsparteien, sodass gegen den Willen des Betreibers auch keine einvernehmliche Beendigung möglich ist oder nur unter den konkret vereinbarten Prämissen.

²⁵⁾ OGH 2 Ob 190/01g; 7 Ob 201/05t.

²⁶⁾ OGH 4 Ob 265/02b.

²⁷⁾ vgl. 4 Ob 50/00g zu § 18 TKG 1997; OGH 4 Ob 98/04x zu § 25 TKG 2003; Lehofer, Verbaucherschutzrechtliche Aspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in Blaschek et al (Hrsg) Konsumentenpolitik, 148; Kaufmann/Tritscher, TKG 2002 – Der neue Rechtsrahmen für "elektronische Kommunikation", MR 2003, 272; Polster in Stratil (Hrsg) Telekommunikationsgesetz 2003, § 26 Anm. 6; Kronegger in Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 508 f; aA Pichler aaO 31 ff; kritisch Rabl, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, ecolex 2000, 490.

^{28) § 25} Abs Abs 2 TKG 2003 letzter Satz normiert, dass die Bestimmungen des ABGB sowie des KSchG davon unberührt bleiben.

Bedauerlicherweise wird auf die Fallgestaltung bei einer ausserordentlichen Kündigung des Betreibers mangels Vorbringen nicht näher eingegangen. In AGB werden regelmäßig eine Vielzahl von außerordentlichen Kündigungsmöglichkeiten durch den Betreiber vorgesehen.²⁹) Der Betreiber könnte kurz nach Vertragsabschluss bei Vorliegen einer solchen Voraussetzung den Vertrag außerordentlich kündigen und das Restentgelt für die Mindestvertragslaufzeit verlangen. Daher liegt mE ein Verstoß gegen § 864a ABGB als auch gegen § 879 Abs 3 ABGB vor.

3. Auswirkungen

Die Beklagte wurde nicht nur zur Unterlassung der Verwendung der rechtswidrigen Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verurteilt, sondern auch dazu, sich darauf zu berufen, soweit diese unzulässiger Weise vereinbart wurden. Dies bedeutet, dass sich die Beklagte auch in anhängigen Zivilverfahren nicht auf diese Klauseln berufen darf bzw. ein allfälliges Vorbringen wieder zurückzuziehen hat.

Dem Teilnehmer (Verbrauchern und Unternehmern) sind nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gem § 25 Abs 3 TKG 2003 vor In-Kraft-Treten der Änderung mitzuteilen. Gleichzeitig ist der Teilnehmer auf den Zeitpunkt der Änderung hinzuweisen sowie darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen. Das durch § 25 TKG 2003 normierte Kündigungsrecht ist nicht zwingend dahingehend auszulegen, dass dies nur bei nicht "ausschließlich begünstigenden Änderungen" zusteht. In § 20 Abs 4 Universaldienst-RL wird normiert, dass Änderungen der Vertragsbedingungen den Teilnehmer berechtigen, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu lösen, wenn diese die neuen Bedingungen nicht annehmen. Eine Einschränkung auf "nicht ausschließlich begünstigende Änderungen" besteht nicht.

Unterstellt man der Richtlinie, dass sie auch "neutrale" bzw. begünstigende Änderungen umfasst, wäre § 25 Abs 3 TKG 2003 richtlinienkonform zu interpretieren und als Kündigungsrecht des Teilnehmers bei jeder Änderung der AGB zu verstehen.30) Ein solches Verständnis von § 25 Abs 3 TKG 2003 hätte weitreichende Konsequenzen, da infolge einer (zwingenden) Änderung der AGB den Kunden ein Kündigungsrecht zukäme.

4. Zusammenfassung

Der OGH hat in seiner E deutlich hervorgehoben, dass AGB für den Verbraucher verständlich und sachlich gerechtfertigt sein müssen. Leistungsbeschreibungen sind dann eine Umgehung von § 9 KSchG, wenn anzunehmen ist, dass sie nicht den realen Gegebenheiten entsprechen oder wenn mit umfassender Formulierung versucht wird, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen. Offen lässt der OGH, ob er seine bisherige Auffassung aufrecht erhält, dass durch § 25 TKG 2003 ein gesetzliches, einseitiges Änderungsrecht von AGB und Entgeltbestimmungen des Betreibers besteht, oder ob ein solches vertraglich vereinbart werden muss.

- 29) Etwa die wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, die mangelnde Erfüllung einer Sicherheitsleistung oder auch begründete Zweifel an der Bonität des Kunden.
- 30) Vgl. Lehofer, aaO, 150; differenzierend Pichler, aaO 28f; ablehnend Vartian, Telekommunikationsrecht, 2003, Fn 116; Schütz/Attendorn, Das neue Kommunikationsrecht der EU. Beilage MMR 4/2002, 42; Ertl, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 141 f.

AGB in Mobilfunkverträgen – Beurteilung nach KSchG

OGH 20.03.2007, 4 Ob 227/06w (Vorinstanzen: OLG Wien 11.06.2006, 5 R 42/06t; HG Wien 30.12.2005, 10 Cg 95/05h) - AGB "3"

Deskriptoren: Mobilfunkverträge; Allgemeine Geschäftsbedingungen; gröblich benachteiligende Vertragsklauseln; Transparenzgebot; überraschende Vertragsklauseln; Verbandsprozess; Erklärungen von Vertretern; Frist für Freischaltung; Restguthaben bei Wertkartenverträgen; Guthabensverfall; Bearbeitungsentgelt; Zusammenwirken von Vertragsklauseln; Risikoverteilung bei Wertkartenverträgen; Rufnummernänderung; Gewährleistungsausschluss; Gewährleistung für Software; Mehrwertdienste; Haftung des Anschlussinhabers; Entgeltanpassung; Bindungsfristen

§§ 6, 9, 28 KSchG; §§ 864a, 879 ABGB; § 25 TKG 2003

- 1. Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im "kundenfeindlichsten" Sinn zu erfolgen. Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich.
- 2. Aus § 28 Abs 2 KSchG kann nicht abgeleitet werden, dass der Erfolg einer Unterlassungsklage eine vorangegange Abmahnung voraussetzt.
- 3. Eine zweiwöchige Frist zwischen dem Vertragsabschluss und der Freischaltung eines Mobiltelefonanschlusses verstößt für Standardfälle gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG.
- 4. Eine sechsmonatige Verfallsfrist für Guthaben aus abgelaufenen Wertkartenverträgen verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB, wenn der Kunde nicht kurz vor oder bei Vertragsablauf auf die Möglichkeit einer Rückforderung und den drohenden Verfall hingewiesen wird.