

(Schein-)Selbständigkeit (Schein-)Abhängigkeit im Arbeitsrecht

Qualifikation von
Gewinnzusagen

Wieder unwirksame AGB in
Mobilfunkverträgen

Kapitalerhaltung bei
GmbH & Co KG

Altersdiskriminierung
Minderjähriger Arbeitnehmer

Kooperationsbeschränkungen für
Freiberufler

Rom I-VO
Europäisches Vertrags-IPR

Erneut unzulässige AGB in Mobilfunkverträgen

Verbandsprozess: OGH beurteilt erneut drei Klauseln als unzulässig. Mobilfunkbetreiber sind bei einer (einvernehmlichen) Vertragsbeendigung nicht berechtigt, das noch ausstehende monatliche Grundentgelt bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer fällig zu stellen und zu verrechnen. Eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten ist hingegen – zumindest bei subventionierten Endgeräten – zulässig (OGH 4 Ob 91/08 y).

CLEMENS PICHLER

A. Einleitung

Der VKI klagte erneut einen Mobilfunkbetreiber wegen der Verwendung von vier Klauseln in seinen AGB auf Unterlassung. In diesem Verbandsprozess beurteilte der OGH drei der beanstandeten Klauseln als rechtswidrig.

Während die beanstandete Mindestvertragsdauer von 24 Monaten als zulässig erachtet wurde, war eine vorbehaltene außerordentliche Kündigungsmöglichkeit bzw Möglichkeit zur Sperre der Dienste durch den Betreiber intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Auch die Fälligkeit und Verrechnung des ausstehenden monatlichen Grundentgelts bei einer (einvernehmlichen) Vertragsauflösung ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Letztlich wurde auch eine außerordentliche Kündigungs- bzw Sperrmöglichkeit des Betreibers bei einem Zuwiderhandeln gegen das Prinzip des *fair use* als Verstoß gegen das Transparenzgebot beurteilt.

Bedauerlicherweise ging der OGH auf die in der Vorinstanz aufgerissenen Fragestellungen auf die Kündigungsmöglichkeit bei Änderungen von AGB gem § 25 TKG 2003 nicht näher ein.¹⁾

B. Mindestvertragsdauer

Mobilfunkverträge zählen nicht zu Verträgen über wiederkehrende Leistungen iSd § 15 KSchG und können daher nicht privilegiert gekündigt werden.²⁾ Eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten ist bei preisgestützten Endgeräten zulässig. Der Betreiber kann sich ein ordentliches Kündigungsrecht vorbehalten. Der OGH weist allerdings explizit darauf hin, dass im Hinblick auf die Fassung des Urteilsbegehrens die Zulässigkeitsprüfung nur iZm preisgestützten Endgeräten erfolgte.

Mit einem einseitigen (!) Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht für 24 Monaten ist die kritische Vertragsdauer in Mobilfunkverträgen gerade noch nicht überschritten. Durch die (teilweise) erhebliche Endgerätesubventionierung soll sich der Betreiber auch ein „Kompensationsgeschäft“ sichern können. Eine längere als 24-monatige Mindestvertragsdauer ist hingegen auch bei größerer Subventionierung bedenklich,³⁾ da der Vertragspartner durch den erheblichen Preisvorteil beim Erwerb seines Endgeräts zu einer immer längeren Vertragslaufzeit bewegt

wird. Der Betreiber beabsichtigt durch Grund- und Verbindungsentgelte die Subventionierung wieder zu refinanzieren. Der Kunde hingegen beurteilt die geplante Mindestvertragsdauer auf Basis der derzeit am Markt bestehenden Tarife. In der Mobilfunkbranche ist in den letzten Jahren eine permanente, teilweise erhebliche Preisbewegung (sowohl bei Endgeräten als auch bei den Tarifen) nach unten feststellbar. Dadurch, dass der Kunde durch die Mindestvertragsdauer de facto nicht von diesen Preisbewegungen profitieren kann, ist mE eine über 24-monatige Mindestvertragsdauer gröblich benachteiligend.⁴⁾

Werden dem Kunden keine Begünstigungen⁵⁾ gewährt, ist ein über ein Jahr hinausgehender Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht unzulässig. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung trifft den Betreiber kein besonderes kaufmännisches Risiko, welches durch einen höheren Preis abgegolten werden müsste.

C. Fair use

Der OGH setzt seine Judikatur zum Transparenzgebot konsequent fort.⁶⁾ Das Verbot eines „*unfairen Gebrauchs – im Sinne eines vom üblichen Telefonieverhalten eines Mobilfunkanschlusses seiner Art nach grob abweichenden Nutzungsverhaltens – von Sprachtelefonie*“ in AGB ist unzulässig iSd § 6 Abs 3 KSchG. Der Verbraucher wird durch diese Textierung darüber im Unklaren gelassen, wann konkret ein „*unfairer Gebrauch*“ vorliegt.

Dr. Clemens Pichler, LL.M., ist Rechtsanwalt in Dornbirn.

- 1) Vgl hierzu aktuell die noch nicht rechtskräftige E des HG Wien v 17. 6. 2008, 19 Cg 46/08 y.
- 2) OGH 6 Ob 69/05 y.
- 3) Vgl Pichler, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Telefonendkundenvertrag, Master Thesis, Universität Wien (2004) 64.
- 4) In der E OGH 3 Ob 121/06 z wird bei einer Telekommunikationsanlage mit einem Wert von € 300.000,- eine Mindestvertragslaufzeit von 120 Monaten als zulässig erachtet. Die dortige Ausgangslage weicht jedoch erheblich von einem typischen Sachverhalt beim Abschluss eines Mobilfunkvertrags ab. Insb könnte der Betreiber erst nach 79 Monaten Vertragslaufzeit Gewinne erzielen. Eine derartig lange Mindestvertragslaufzeit wäre für Mobilfunkgeräte jedenfalls unzulässig.
- 5) Entweder durch eine Endgerätesubventionierung oder vergünstigte Tarife.
- 6) Vgl OGH 4 Ob 227/06 w ua.

Das Transparenzgebot verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgelasster Vertragsklauseln durchschaubar sind. Der Verbraucher muss eine klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhalten.⁷⁾

Missbrauchsfälle von „fair use“ sind viele denkbar.⁸⁾ Die Grenze von intensivem Nutzen zum Missbrauch ist allerdings fließend. Eine objektivierbare und somit für den Verbraucher nachvollziehbare Regelung ist nur die abschließende Aufzählung von „unfairen Gebrauchsarten“ oder eine Deckelung durch Gesprächsminuten. Eine „Generalklausel“ gegen sämtliche noch nicht bedachte Missbrauchsfälle ist im Verbraucherbereich unzulässig.

D. Recht zur Sperre

Dem Betreiber wird durch § 70 TKG 2003 kein (gesetzliches) Recht zur Sperre von Diensten eingeräumt, sondern nur dessen vertragliche Gestaltungsmöglichkeit eingeschränkt.⁹⁾ Unzulässig ist eine demonstrative Aufzählung einzelner Sperrgründe. Der Verbraucher kann dadurch nicht ausreichend beurteilen, wann ihm eine Sperre bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der eigenen Zahlungspflicht droht.

Um dem Transparenzgebot gerecht zu werden, bedarf es auch bei „Sperrklauseln“ einer konkreten und abschließenden Aufzählung der Gründe für eine Sperre. Der OGH sieht keinen Zusammenhang mit dem allgemeinen Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund gekündigt werden können, und einer AGB-Prüfung unter dem Aspekt des § 6 Abs 3 KSchG. Der Zusammenhang zwischen einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit und § 6 Abs 3 KSchG ist aber dennoch relevant:

Der obigen Judikatur folgend dürfte sohin auch nichts anderes bei einer beispielhaften Aufzählung von außerordentlichen Kündigungsmöglichkeiten gelten.¹⁰⁾ Der Verbraucher wird auch hier nicht vorab zuverlässig und abschließend beurteilen können, ob ein solcher außerordentlicher Kündigungsgrund vorliegt. Dennoch kann der Konsument durch eine beispielhafte Aufzählung von außerordentlichen Kündigungsgründen besser beurteilen, wann ein solcher Kündigungsgrund gegeben ist. Die jüngere Judikatur zum Transparenzgebot beurteilt Klauseln nicht nur dann als intransparent, wenn die Textierung unnötig schwer verständlich¹¹⁾ formuliert wird,¹²⁾ sondern bereits dann, wenn dem Verbraucher keine zuverlässige und abschließende Beurteilung der Vertragsklausel möglich ist. Eine solche Auffassung des Transparenzgebots ist mE zu weit gegriffen, da eine abschließende Beurteilung sämtlicher Klauseln in AGB selbst für Juristen oft nur schwer möglich ist. Das Transparenzgebot sollte nicht dahingehend verstanden werden, dem durchschnittlichen Verbraucher Nachhilfeunterricht erteilen zu müssen.¹³⁾

E. Ausstehendes Grundentgelt für die Mindestvertragsdauer

Der Betreiber ist nicht berechtigt, das noch ausstehende monatliche Grundentgelt bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer fällig zu stellen und zu verrechnen,

wenn er das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund auflöst oder wenn das Vertragsverhältnis auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden vor Ablauf einer vereinbarten Mindestvertragsdauer endet. Eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB ergebe sich schon deshalb, da bei der im Verbandsprozess notwendigen kundenfeindlichsten Auslegung auch bei einer einvernehmlichen Vertragsbeendigung eine weitere Zahlungspflicht denkbar sein könne.¹⁴⁾

Bedauerlicherweise geht der OGH nicht näher darauf ein, ob bei einer (berechtigten) Vertragsbeendigung aus wichtigem Grund durch den Betreiber die Fälligkeit und Verrechnung der ausstehenden monatlichen Grundentgelte zulässig ist. Dies wird aber zu bejahen sein.

7) RIS-Justiz RS0122169.

8) Etwa die Verwendung des Handys als Babyfon oder als „Taxifunk“, vgl Die Presse 26. 2. 2007; dennoch kann auch hier die Verbindungsdauer zwischen einigen hundert und ein paar tausend Minuten variieren.

9) *Kronegger in Ruble/Freund/Kronegger/Schwarz*, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht 517; *Pichler*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Telefonendkundenvertrag.

10) Zumindest bei der kundenfeindlichsten Auslegung im Verbandsprozess.

11) Für Durchschnittskunden.

12) Vgl etwa *Apathy in Schwimann*, ABGB³ V § 6 KSchG Rz 88.

13) Zutreffend *Krejci in Rummel*, ABGB³ II/2 § 6 KSchG Rz 210.

14) Siehe bereits OGH 4 Ob 227/06 w; aA *Pichler*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen, M&R 2007, 221.

SCHLUSSSTRICH

Eine Mindestvertragsdauer bei subventionierten Endgeräten von 24 Monaten ist (noch) zulässig. Kann der durchschnittliche Verbraucher selbst bei beispielhafter Aufzählung diverser Gründe nicht beurteilen, wann ihm eine Sperre des Dienstangebots droht, ist dies ein Verstoß gegen das Transparenzgebot. Eine Klausel, die bei einvernehmlicher Vertragsauflösung dennoch eine Zahlungspflicht des Kunden bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer vorsieht, ist gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.