



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmaier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Dr. Heinz Kosesnik-Wehrle, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei M***** AG, ***** vertreten durch Dr. Wolfgang W. Richter, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung gemäß § 28 KSchG und Urteilsveröffentlichung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 18. Mai 2000, GZ 1 R 259/99m-9, mit dem das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 1. Oktober 1999, GZ 38 Cg 57/99i-5, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei die mit 16.020 S (darin enthalten 2.670 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Beklagte ist unter den in Österreich zugelassenen Netzbetreibern für Mobiltelefone jene mit der größten Kundenanzahl. Den Teilnehmerverträgen hinsichtlich der beiden von der Beklagten betriebenen Mobilfunknetze werden die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der m***** AG für die Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten und damit im Zusammenhang stehenden Leistungen" ("AGB M*****") zugrunde gelegt. Die

Beklagte bietet zusätzlich ein "Loyalitätsprogramm" an, bei dem die Teilnehmer durch Inanspruchnahme von Leistungen der Beklagten Punkte, sogenannte "M*****points" sammeln können, mit denen nach Erreichen einer bestimmten Punkteanzahl Waren aus einem angebotenen Sortiment gegen eine Aufzahlung unter Eintausch einer definierten Anzahl von "M*****points" erworben werden können. Hiefür verwendet die Beklagte im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern "Teilnahmebedingungen für M*****points (März 1999)", die sie den Verträgen zugrunde legt. Diese Geschäftsbedingungen enthalten unter anderem folgende Klauseln:

Punkt 9. ("Datenschutz"): "... Zu Werbezwecken erfolgt auch ein Datenaustausch mit Konzernunternehmen und eine Datenübermittlung auch an andere Dritte, sofern der Teilnehmer dem nicht bei Teilnahmebeginn oder zu einem späteren Zeitpunkt widerspricht".

Punkt 10. ("Änderungen m*****points"): "M***** behält sich das Recht vor, jederzeit Änderungen oder Ergänzungen der Teilnahmebedingungen oder sonstiger in den Programmunterlagen beschriebener Abläufe vorzunehmen, das gesamte Programm durch ein anderes zu ersetzen oder gänzlich einzustellen...."

Punkt 11. ("AGB M*****"): "Neben den gegenständlichen Bedingungen gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der m***** für die Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten und damit in Zusammenhang stehender Leistungen (AGB M*****) einschließlich der Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen in ihrer jeweils geltenden Fassung."

Nach Aufforderung an die Beklagte zur Unterfertigung einer durch eine Vertragsstrafenvereinbarung gesicherten Unterlassungserklärung (§ 28 Abs 2 KSchG)

begehrte der klagende Verein mit seiner am 28. 5. 1999 eingebrachten Klage, die Beklagte schuldig zu erkennen, die Verwendung dieser oder sinngleicher Klauseln und die Berufung auf diese Klauseln, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden seien, zu unterlassen. Weiters stellte er ein Begehren auf Urteilsveröffentlichung. Er brachte vor:

Die erste Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil für den Kunden nicht zuordenbar sei, welche Unternehmen derzeit und künftig dem Konzern der Beklagten angehören würden. Der Kreis der Datenempfänger sei nicht abschließend bezeichnet. Die Klausel widerspreche daher auch dem § 18 DSGVO.

Diese zweite Klausel beinhalte eine gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unzulässige Ermächtigung zu Leistungsänderungen, die dem Verbraucher unzumutbar seien. Das KSchG finde auch auf derartige Nebenleistungen Anwendung. Auch gegenüber einem bloßen Benutzer, der das Programm ebenfalls in Anspruch nehmen könne, stehe die Gewährung der Leistungen in einem Austauschverhältnis mit dem für die Benützung des Telefonanschlusses zu zahlenden Entgelt. § 18 Abs 2 Telekommunikationsgesetz (TKG) finde - abgesehen von der Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung - nur auf Verträge über Mobiltelefonleistungen im engeren Sinn Anwendung und erfasse nicht Nebenleistungen, deren Gegenstand nicht die Erbringung von Telekommunikationsdiensten sei. Zudem sei eine derartige Klausel deshalb sinnwidrig, weil bei einem Widerspruch des Kunden gegen die Abänderung oder Auflassung dieses Programms das sonstige Vertragsverhältnis aufrecht bleibe, wodurch es zu einer einseitigen Verschiebung der Rechte und Pflichten komme.

Die dritte Klausel verstoße ebenfalls gegen das

Transparenzgebot, weil neben den betreffenden Bedingungen noch andere Allgemeine Geschäftsbedingungen einschließlich Leistungsbeschreibungen in ihrer jeweils geltenden Fassung Vertragsbestandteil werden sollten, die dem Kunden nicht näher bekannt seien. Derartige "Schachtelungen" von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien geradezu ein Musterbeispiel für Verstöße gegen das Transparenzgebot.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein:

Ein allfälliger Datenaustausch erfolge nur unter der Voraussetzung, dass der Kunde nicht widerspreche. Dies bedeute, dass ohnehin keine Datenübertragung erfolge, wenn im Anmeldeformular zum "M*****pointprogramm" keine konkreten Datenempfänger genannt oder solche nicht in der Folge präsentiert würden, weil ansonsten der Teilnehmer keine Möglichkeit zum Widerspruch hätte. Im Anmeldeformular sei hiezu lediglich festgehalten, dass der sich anmeldende Teilnehmer mit der Verwendung seiner Daten für Marketingzwecke einverstanden sei, worunter nur die Verwendung durch die Beklagte selbst gemeint sei. Dadurch komme es zu keinem gesetzwidrigen Datenaustausch.

Bei den Leistungen im Rahmen des Loyalitätsprogrammes handle es sich um Nebenleistungen zu den aus dem Teilnahmevertrag an einem Mobilfunknetz zu erbringen Hauptleistungen, die das rechtliche Schicksal der Hauptleistung teilten. Es gelte daher § 18 Abs 2 TKG, der einseitige Veränderungen bestehender Teilnehmerverträge unter Einhaltung der dort festgelegten Vorgangsweise gestatte. Aus § 29 der AGB M***** ergebe sich ebenfalls, dass zusätzliche Leistungen eingestellt werden könnten. Soweit Teilnehmer am Loyalitätsprogramm als bloßer "Nutzer" nicht Vertragspartner der Beklagten seien, handle es

sich bei den allenfalls gewährten Leistungen um eine reine Schenkung, auf die das KSchG nicht anwendbar sei.

Die AGB M***** seien jedem Vertragspartner schriftlich bekanntgegeben und gesetzeskonform in der Wiener Zeitung kundgemacht worden. Ein bloßer "Nutzer" leite seine Berechtigung vom Vertragspartner der Beklagten her, sodass er sich dessen Wissen zurechnen lassen müsse. Überdies sei er bloßer Begünstigter.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren antragsgemäß statt.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 260.000 S übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Die Vorinstanzen folgten im Wesentlichen der Rechtsansicht des klagenden Vereins, wobei sie sich insbesondere auf 7 Ob 170/98w (= RdW 1999, 458 = ecolex 1999, 464) und auf eine einschlägige Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien (4 R 241/98k = KRES 1 h/25) stützten. Im Einzelnen führte das Berufungsgericht noch aus:

Der Einwand, wonach gesetzwidrige Klauseln in der Praxis anders gehandhabt würden, sei für die Entscheidung über den Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG ohne Bedeutung. Außerdem habe die Auslegung nicht danach zu erfolgen, wie sie die Beklagte gemeint habe, sondern im kundenfeindlichsten Sinn. Für eine geltungserhaltende Reduktion sei bei Teilzulässigkeit kein Raum. Der Umstand, dass das Erstgericht keine Feststellungen im Sinn des Vorbringens des Beklagten zur Auslegung des Punktes 9. im Zusammenhang mit dem Anmeldeformular getroffen habe, könne demnach keinen Verfahrensmangel bilden. Das "M*****pointprogramm" sehe

nicht bloß einen Nachlass auf die für die Hauptleistung vorgeschriebenen Entgelte vor, könnten doch auch Waren gegen Aufzahlung erworben werden. Es bleibe auch offen, weshalb einem "bloßen Nutzer" die Schutzbedürftigkeit fehlen sollte, obwohl gerade er die Leistungen der Beklagten in Anspruch nehme und daher Ziel ihrer verkaufsfördernden Maßnahmen sei. Soweit die Berufung nunmehr den Standpunkt vertrete, es sei für den Teilnehmer durch die regelmäßigen Verständigungen mit den Teilnahmerechnungen in zumutbarer Weise möglich, von Änderungen "AGB M*****" laufend Kenntnis zu nehmen, wobei es sich ausschließlich um den Teilnehmer begünstigende Änderungen handle, werde damit eine im Berufungsverfahren unbeachtliche Neuerung vorgetragen. Zudem sei eine vom kundenfeindlich auszulegenden Klauseltext abweichende Praxis nicht entscheidend.

Die Revision der Beklagten ist im Gegensatz zum Ausspruch des Berufungsgerichtes insbesondere deshalb zulässig, weil eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu Änderungsklauseln in "Loyalitätsprogramme" betreffenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Betreibern von Telekommunikationsdiensten fehlt. Die Revision ist jedoch insgesamt unberechtigt.

Zu der Klausel Punkt 9.:

Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, dass sich nach Fällung des Ersturteiles (1. 10. 1999) und vor Fällung des Berufungsurteiles (18. 5. 2000) die Gesetzeslage insofern geändert hat, als mit Inkrafttreten des DSG 2000 am 1. 1. 2000 (§ 60 DSG 2000) das Schriftlichkeitserfordernis für die Zustimmung des Betroffenen zur Datenverwendung

weggefallen ist und nun auch nicht mehr "ausdrückliche" Zustimmung (wie in § 18 Abs 1 DSG aF) gefordert wird.

§ 8 Abs 1 DSG 2000 bestimmt nunmehr, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung nicht sensibler Daten dann nicht verletzt sind, wenn (Z 2) "der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt...". § 4 Z 14 DSG definiert die "Zustimmung" als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt.

Richtig ist auch, dass das Gericht auf eine Änderung der Rechtslage in jeder Lage des Verfahrens Bedacht zu nehmen hat, sofern die neuen Bestimmungen nach ihrem Inhalt auf das strittige Rechtsverhältnis anzuwenden sind. Ob eine Gesetzesänderung für ein laufendes Verfahren zu beachten ist, ist hiebei grundsätzlich nach den Übergangsbestimmungen zu beurteilen (RIS-Justiz RS0031419). Sofern der Gesetzgeber nicht ausdrücklich anderes verfügt oder der besondere Charakter einer zwingenden Norm deren rückwirkende Anordnung verlangt, ist sie insoweit nicht anzuwenden, als der zu beurteilende Sachverhalt vor Inkrafttreten der neuen Bestimmung endgültig abgeschlossen ist (5 Ob 12/96 = RdW 1996, 312 = Wobl 1997, 43 = ecolex 1998, 218). Bei Dauerrechtsverhältnissen ist im Fall einer Gesetzesänderung mangels abweichender Übergangsregelung der in den zeitlichen Geltungsbereich reichende Teil des Dauertatbestandes nach dem neuen Gesetz zu beurteilen (5 Ob 78/00g mwN).

Dies bedeutet zwar, dass die in der strittigen

Klausel enthaltene Zustimmungserklärung zur Datenübermittlung, deren (weitere) Verwendung durch das Unterlassungsbegehren verboten werden soll, hinsichtlich dieses Unterlassungsbegehrens bereits nach den Bestimmungen des DSG 2000 zu beurteilen ist, weil insoweit keine abweichenden Übergangsbestimmungen vorgesehen sind. Eine Datenschutzverletzung im Sinn des § 61 Abs 3 DSG 2000, bei der für ein Unterlassungsbegehren die Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz zugrundezulegen ist, ist nicht Gegenstand dieses Rechtsstreites. Die dargestellte Gesetzesänderung hat aber auf die Frage, ob die strittige Klausel dem § 6 Abs 3 KSchG widerspricht, keinen entscheidenden Einfluss.

Nach dieser Bestimmung ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Wie in der Entscheidung 7 Ob 170/98w (RdW 1999, 458) ausgeführt wurde, ist das in § 6 Abs 3 KSchG normierte Transparenzgebot bei einer dem Konsumenten abgeforderten Zustimmungserklärung zur Datenübermittlung nur dann erfüllt, wenn die Zustimmungserklärung die zu übermittelnden Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck abschließend bezeichnet. Mit dieser Entscheidung wurde eine Klausel als unwirksam im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG beurteilt, durch die sich der Kunde eines Lebensmittelkonzerns damit einverstanden erklärte, dass seine "oben genannten persönlichen Daten EDV-unterstützt verarbeitet und zum Zwecke der Konsumenteninformation sowie allfälliger Werbemaßnahmen an andere Unternehmen des (näher bezeichneten) Konzerns weitergegeben werden". Die in der

Bestimmung verwendete Bezeichnung des Konzerns sei für den Kunden nicht nachvollziehbar, zumal es sich um einen international tätigen Konzern handle, in dem sich auch die Zugehörigkeit verschiedener Unternehmen ändern könne, was für den Kunden jedoch völlig undurchschaubar sei. St. Korinek (JBl 1999, 149 [161 f]) pflichtete dieser Ansicht insoweit bei, als er in der Klausel auch einen Verstoß gegen § 18 Abs 1 Z 1 DSG (aF) erblickte.

Der Entscheidung 4 Ob 28/01y (= ecolex 2001, 438 = ÖBA 2001, 645), bei der eine Klausel zu beurteilen war, mit der der Kontoinhaber seine Zustimmung zur Übermittlung aller im Zusammenhang mit der Eröffnung und Führung eines Kontos stehenden Daten an eine zentrale Evidenzstelle und/oder an Gemeinschaftseinrichtungen von Kreditunternehmen erteilte, waren bereits die Bestimmungen des DSG 2000 zugrundezulegen. Dort führte der Oberste Gerichtshof aus:

"Mit dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG wurde Art 5 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln im Verbraucherverträgen, 93/13/EWG, umgesetzt. Danach müssen dem Verbraucher in Verträgen unterbreitete und schriftlich niedergelegte Klauseln stets genau und verständlich abgefasst sein. Da sich die Richtlinie bei der Festlegung des Transparenzgebots an der deutschen Rechtsprechung orientiert hat, liegt es nahe, die deutsche Auffassung bei der Auslegung des Transparenzgebots zu beachten. Nach der Rechtsprechung des BGH soll das Transparenzgebot dem Kunden im Rahmen des Möglichen und Überschaubaren ermöglichen, sich aus den AGB zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren, damit er nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden kann und ihm nicht unberechtigt

Pflichten abverlangt werden. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischer Durchschnittskunden. Als Einzelwirkungen des Transparenzgebots werden das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit genannt... Schon nach dem Wortlaut dieser Bestimmung (§ 4 Z 14 DSG 2000) kann eine wirksame Zustimmung nur vorliegen, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen. Nur dann kann davon gesprochen werden, dass er der Verwendung seiner Daten 'in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall' zustimmt."

Aufgrund dieser allgemeinen Ausführungen kam der Oberste Gerichtshof in der zitierten Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die dort beanstandete Klausel dem DSG 2000 widerspreche, weil nicht nur die genauere Bezeichnung des Empfängers offen bleibe, sondern der Kunde über dessen Aufgaben und damit darüber im Unklaren gelassen werde, von wem und zu welchem Zweck auf die Daten zugegriffen werden könne. Nur wenn der Kunde darüber aufgeklärt würde, könnte davon gesprochen werden, dass er "in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall" zustimme. Die Klausel widerspreche damit auch dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die Tragweite der Einwilligung nicht erkennen lasse. Der dargestellten Rechtsauffassung pflichteten auch Koziol (ÖBA 2001, 651) und Rabl (ecolex 2001, 439) bei.

Die Anwendung dieser in der Entscheidung 4 Ob 28/01y dargelegten, auch nach Ansicht des erkennenden

Senates zutreffenden Rechtsgrundsätze führt auch im vorliegenden Fall zu einer Unwirksamkeit der strittigen Klausel wegen ihrer Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Für den Kunden bleibt offen, auf welche konkreten Daten von welchen Dritten zugegriffen werden kann, auch wenn der Zweck des Zugriffes mit dem (wenig aussagekräftigen) Schlagwort "zu Werbezwecken" umschrieben wird. Die Auswirkungen der Erklärung sind wegen der völligen Unbestimmtheit des Inhaltes der Übermittlung und der Empfänger unabsehbar, weshalb sie auch nicht von vornherein bagatellisiert werden können.

Entgegen der Auffassung der Beklagten wird die strittige Klausel auch nicht dadurch klarer, dass in dem für den potentiellen Teilnehmer bestimmten Anmeldeformular ebenfalls eine Einverständniserklärung zur Datenverwendung ("... und erkläre mich ausdrücklich mit meiner Unterschrift mit den Teilnahmebedingungen für m*****points und der Verwendung meiner Daten für Marketingzwecke einverstanden") abverlangt wird. Dass die Zustimmungserklärung im Anmeldeformular nur die Datenverwendung durch die Beklagte selbst betreffe und aus den Formulierungen insgesamt hervorgehe, dass ohnehin kein Datenaustausch erfolge, wenn dem Teilnehmer keine konkreten Datenempfänger bekanntgegeben würden, ist aus der Sicht des mit diesen Bestimmungen konfrontierten Kunden nicht erkennbar. Die in ständiger Rechtsprechung vertretene Auffassung, dass im Rahmen der Verbandsklage die Auslegung von Klauseln im "kundenfeindlichsten" Sinn zu erfolgen hat (RIS-Justiz RS0016590), lässt eine Auslegung im Sinne der Ausführungen der Beklagten nicht zu.

Der in der Klausel enthaltene Hinweis auf das

jederzeitige Widerspruchsrecht des Teilnehmers vermag an der Intransparenz der Bestimmung selbst nichts zu ändern. Das jederzeitige Untersagungsrecht der Datenübermittlung durch den Betroffenen ergibt sich ohnehin aus dem Gesetz (§ 268 Abs 6 erster Satz GewO; nunmehr auch § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000). Mit dem entsprechenden Hinweis in der Klausel wird lediglich der Bestimmung des § 268 Abs 1 zweiter Satz GewO Genüge getan, wonach der Inhaber von Kunden- und Interessendateien auf die Möglichkeit der Untersagung der Datenvermittlung ausdrücklich und schriftlich hinzuweisen hat, wenn Daten schriftlich vom Betroffenen zu ermitteln sind.

Zu der Klausel Punkt 10.:

Gemäß § 6 Abs 2 KSchG sind nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbestimmungen unwirksam, wenn nach ihnen der Unternehmer ohne sachliche Rechtfertigung vom Vertrag zurücktreten kann (Z 1) oder der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, es sei denn, die Änderung bzw Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist (Z 3).

In der zitierten Entscheidung 7 Ob 170/98w waren unter anderem auch Klauseln zu beurteilen, die die Möglichkeit der künftigen Änderungen und Ergänzungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Verbindlichkeit veränderter oder ergänzter Konditionen des "Kundenprogramms" von Einkaufsmärkten vorsahen. Wie in dieser Entscheidung ausgeführt wurde, will § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verhindern, dass sich der Unternehmer das Recht auf weitgehende, den Interessen des Verbrauchers widersprechende einseitige Leistungsänderungen vorbehält. Umfassende und vage Änderungsklauseln indizieren daher

eine Unzumutbarkeit. Die Vorbehalte müssen, damit sie rechtswirksam bleiben, möglichst genau umschrieben und konkretisiert sein. Auch im vorliegenden Fall lässt die Klausel nicht erkennen, welche Änderungen in Frage kommen können. Lediglich die gänzliche Einstellung ist konkret genannt. Diese Möglichkeit widerspricht jedoch - zumindest hinsichtlich des bloßen Benützers, der zur Beklagten in keinem sonstigen Vertragsverhältnis steht - dem § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, zumal die Einstellung an keinerlei Voraussetzung geknüpft ist und somit in das Belieben der Beklagten gestellt wird, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung vorliegen müsste. Auch in der zitierten Entscheidung bezogen sich die strittigen Klauseln auf sein sogenanntes "Loyalitätsprogramm", das dem Kunden im Fall seiner Mitgliedschaft "besondere Vorteile" versprach. Voraussetzung für den hier versprochenen preisgünstigen Bezug von Waren oder der Inanspruchnahme "freier Gesprächszeit" ist, dass vom Teilnehmer oder Benutzer entsprechend viele aktive Gesprächsminuten absolviert werden, für die die Beklagte aber ihrerseits Entgelt bezieht, sodass von einer fehlenden Schutzbedürftigkeit, sei es des Teilnehmers oder auch nur des Benutzers, keine Rede sein kann. Sowohl die Warenbezugsmöglichkeit als auch die Aussicht auf kostenloses Telefonieren sollen zweifelsohne zum Vertragsabschluss über Telekommunikationsdienstleistungen gerade mit der Beklagten und zur vermehrten Inanspruchnahme ihrer - entgeltlichen - Dienste ermuntern. Sogenannte Loyalitätsprogramme, bei denen dem Kunden bestimmte Leistungen "zusätzlich" oder "gratis" zugesagt werden, sind daher in das vertragliche Austauschverhältnis rechtlich einzubeziehen. Es steht dem Unternehmer nicht ohne weiteres frei, derartige Programme, die unter Umständen über

die Entscheidung des Konsumenten, gerade die Leistungen eines bestimmten Unternehmers in Anspruch zu nehmen, entscheidend beeinflussen, einseitig zu reduzieren oder einzustellen (OLG Wien 4 R 241/98k).

Die im weiteren Text des Punktes 10. der Teilnahmebedingungen für M*****points vorgesehene schriftliche Benachrichtigung des Teilnehmers von Änderungen und Ergänzungen und dessen Widerspruchsrecht führt zu keiner anderen Beurteilung, weil ein solcher Widerspruch nach dieser Klausel zur Beendigung der Teilnahme am M*****pointsprogramm und nicht etwa zur Unwirksamkeit der Änderung oder Ergänzung der Teilnahmebedingungen diesem Teilnehmer gegenüber führt. Die bei jedem Dauerschuldverhältnis gegebene, aber mit mehr oder minder großen Nachteilen verbundene faktische Möglichkeit des Verbrauchers, auf weitere Leistungen seines Vertragspartners zu verzichten, muss von seiner vertraglichen Position getrennt werden (4 Ob 28/01y). Auch aus § 29 der AGB M*****, der eine einseitige Beendigung von zusätzlichen Leistungen vorsieht, lässt sich entgegen den Ausführungen der Beklagten eine "kundenfreundlichere" Auslegung der hier strittigen Klausel nicht gewinnen.

§ 18 Abs 2 TKG ordnet an, dass Änderungen der Geschäftsbedingungen oder der Entgelte mindestens zwei Monate vor ihrer Wirksamkeit in geeigneter Form kundzumachen sind und dass Änderungen der den Verträgen zugrunde liegenden Vertragsinhalte die Vertragspartner des Konzessionsinhabers berechtigen, innerhalb von vier Wochen ab Kundmachung der Änderung den Vertrag zu kündigen. Daraus ergibt sich ein gesetzlich normiertes Änderungsrecht betreffend Geschäftsbedingungen des Inhabers einer Konzession für Dienste im Sinn des § 14 TKG. Diese

Bestimmung kann aber zur Rechtfertigung der strittigen Klausel nicht herangezogen werden. Der sachliche Anwendungsbereich des TKG beschränkt sich auf die Regelung der Telekommunikation. Durch die Regulierung soll der Wettbewerb in diesem Bereich gefördert und die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und modernen Telekommunikationsdienstleistungen gewährleistet werden (§§ 1, 32 TKG).

Diesen Zielen haben die vom Konzessionsinhaber gemäß § 18 Abs 1 TKG zu erlassenden Geschäftsbedingungen zu entsprechen, die (ebenso wie die Beschreibung der angebotenen Dienste und die dafür vorgesehenen Entgelte) der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen sind (§ 18 Abs 1 zweiter Satz TKG). Geschäftsbedingungen bedürfen gemäß § 18 Abs 4 TKG unter den dort genannten, auch hier gegebenen Voraussetzungen (marktbeherrschende Stellung des Anbieters von Sprachtelefondiensten über ein Mobilnetz) auch der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Marktbeherrschende Anbieter haben die für die Erlassung von Geschäftsbedingungen mit Verordnung festgelegten Rahmenbedingungen zu beachten (§ 18 Abs 8 TKG).

Das "M*****pointsprogramm" der Beklagten verfolgt ausschließlich Werbezwecke. Es soll zur vermehrten Inanspruchnahme der entgeltlichen Dienste der Beklagten motivieren. Mit den definierten Zielen des TKG - wie insbesondere der umfassenden Versorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen und dementsprechend dem freien Netzzugang (§ 34 TKG) - hat dieses Loyalitätsprogramm nichts zu tun. Die Beklagte hat auch nicht behauptet, dass die Teilnahmebedingungen für

m****points der Regulierungsbehörde angezeigt oder von dieser genehmigt worden wären. Die Bestimmungen des § 18 TKG beziehen sich auch nicht auf derartige "Zusatzangebote", die mit der Aufgabe der Telekommunikationseinrichtungen und der diese betreibenden Unternehmen nichts zu tun haben. § 18 Abs 2 TKG ist daher dahin auszulegen, dass sich die Änderungsmöglichkeit nur auf jene Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw auf jene Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bezieht, die Telekommunikationsleistungen im engeren Sinn betreffen, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben. Auf die Frage der Verfassungskonformität des § 18 Abs 2 TKG ist somit mangels Präjudizialität dieser Bestimmung nicht weiter einzugehen.

Zu der Klausel Punkt 11.:

Ziel der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, 93/13/EWG, deren Art 5, wie bereits ausgeführt, durch § 6 Abs 3 KSchG umgesetzt wurde, ist es, missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen zu vermeiden und den Informationszugang zum Vertragsinhalt für Verbraucher sicherzustellen. Zum einen müssen die Verträge in klarer und verständlicher Sprache abgefasst sein, zum anderen muss der Verbraucher tatsächlich die Möglichkeit haben, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen (St. Korinek aaO 151). Dem trägt die ständige Rechtsprechung des OGH (zu § 864a ABGB) Rechnung: Demnach bedürfen Allgemeine Geschäftsbedingungen, soweit keine besondere Regelung ihrer Geltung durch Gesetz oder Verordnung besteht, zu ihrer Geltung der Einbeziehung in den Vertrag und sind nur anzuwenden, wenn sie durch einen entsprechenden Hinweis im Vertragstext - wie hier - oder zumindest stillschweigend zum Vertragsinhalt gemacht

wurden. Ob vom Vertragspartner der Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich zur Kenntnis genommen wurde oder diese ihm vor Vertragsabschluss ausgehändigt wurden, ist nicht entscheidend. Maßgebend ist vielmehr nur, dass der Vertragspartner die Möglichkeit hatte, von deren Inhalt Kenntnis zu erlangen (RIS-Justiz RS0014506).

Die Frage, ob hinsichtlich der bloßen Benutzer, denen die AGB M***** unstrittig nicht ausgefolgt werden, die in § 18 Abs 1 TKG vorgeschriebene Kundmachung der Geschäftsbedingungen der Beklagten und die nach ihren Behauptungen bestehende Möglichkeit, sie "über eine eigene Hotline kostenlos anzufordern", das Erfordernis der Möglichkeit der Kenntnisnahme erfüllt (bejahend bei im Amtsblatt zur Wiener Zeitung sowie im Amtsblatt der Kammer der Wirtschaftstreuhänder kundgemachten autonomen Honorarrichtlinien: 1 Ob 1/00d = RdW 2001, 147 = EvBl 2001/49 = ecolex 2001, 199), kann hier letztlich dahingestellt bleiben. Da in den AGB M*****, auf die die strittige Klausel verweist, Änderungen und Ergänzungen des Vertrages im Sinn des § 18 Abs 2 TKG vorgesehen sind, die aber, wie zu Punkt 2. ausgeführt wurde, bei einem Loyalitätsprogramm wie dem vorliegenden im Sinn des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG unwirksam sind, ist auch der Verweis auf diese AGB unwirksam.

Zudem widerspricht das vorgesehene Ineinandergreifen der Klauseln für das M*****pointsprogramm und der AGB M***** dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Wie sich aus den zitierten Ausführungen in 4 Ob 28/01y ergibt, verlangt das Transparenzgebot nicht bloß formale Verständlichkeit im Sinn von Lesbarkeit, sondern

auch Sinnverständlichkeit. So kann für sich allein durchaus klaren und verständlichen Klauseln die Sinnverständlichkeit fehlen, wenn zusammenhängende Regelungen und ihre nachteiligen Effekte deshalb nicht erkennbar werden, weil die einzelnen Teile an versteckten oder nur schwer miteinander in Zusammenhang zu bringenden Stellen, etwa in verschiedenen Klauseln, geregelt sind (St. Korinek aaO 153; Wolf/Horn/Lindacher, AGB Gesetz4 § 9 Rz 148).

Im vorliegenden Fall sind die AGB M***** auf Verträge über Telekommunikationsdienste im engeren Sinn zugeschnitten. Welchen Bezug die dementsprechend ausgestalteten einzelnen Bestimmungen auf die Teilnahme am M*****pointsprogramm haben sollen, bleibt weitgehend unverständlich. Der Durchschnittskunde, an dessen Verständnis die Transparenz von Bestimmungen im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG zu messen ist, ist mit dem Herausfiltern jener Bestimmungen aus den umfangreichen AGB M*****, die für die Teilnahme am M*****pointsprogramm überhaupt von Bedeutung sein könnten, überfordert. Dieser Arbeit müsste sich aber der Teilnehmer am M*****pointsprogramm nach der strittigen Klausel unterziehen, weil diese jeden Hinweis darauf vermissen lässt, welche der zahlreichen Einzelbestimmungen nun tatsächlich ergänzend zum Tragen kommen sollen, wenn diese für einen bestimmten Sachverhalt nicht ohne weiteres miteinander in Einklang zu bringen sind.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren daher in allen Punkten zu bestätigen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 13. September 2001
Dr. E h m a y r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: