



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen und Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Dehn, Dr. Hargassner, Mag. Korn und Dr. Stefula in der Rechtssache der klagenden Partei V\*, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei S\*, vertreten durch Mag. Heinz Heher, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (5.500 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 7. Februar 2019, GZ 133 R 113/18t-17, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 26. Juli 2018, GZ 29 Cg 31/17d-11, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt und beschlossen:

Den Revisionen beider Parteien wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahingehend abgeändert, dass die Klage in Hinsicht auf die Klauseln 5, 17 und 18 im klagsstattgebenden Sinn abgeändert wird. Die Frist, binnen welcher die beklagte Partei schuldig ist, die Verwendung der als unzulässig erkannten oder sinngleicher Klauseln in AGB und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen oder sich auf diese zu berufen, wird mit sechs Monaten bestimmt, die Frist zur Unterlassung der als unzulässig erkannten Geschäftspraktik mit einem Monat.

Im Übrigen wird die angefochtene Entscheidung bestätigt.

Die Entscheidung über die Kosten des

Revisionsverfahrens bleibt dem Erstgericht vorbehalten.

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

Der Kläger ist ein klageberechtigter Verein im Sinne des § 29 KSchG. Die Beklagte ist eine in Wien ansässige GmbH, die in ganz Österreich Privatfernsehen als Bezahlfernsehen („Pay-TV“) anbietet, somit Fernsehinhalte gegen Entgelt zur Verfügung stellt. Ihr Programm kann sowohl über Satellit als auch über Kabelnetze empfangen werden. Die Beklagte hat in Österreich rund 400.000 Kunden und schließt auch Verträge mit Verbrauchern ab. Sie legt den Verträgen ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und Entgeltbestimmungen zugrunde.

Das vorliegende Verfahren betrifft das Begehren des Klägers, der Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern a) 29 Klauseln ihrer AGB bzw – Klauseln 25 und 26 – Entgeltbestimmungen oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich auf diese zu berufen (Unterlassungsbegehren gemäß § 28 KSchG) und b) „sich auf telefonische Vertragsabschlüsse über Dienstleistungen nach vom Unternehmer eingeleiteten Anrufen zu berufen und Forderungen geltend zu machen, obwohl Verbraucher der Beklagten keine schriftlichen Erklärungen über die Annahme des Anbots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt haben, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden“ (Unterlassungsbegehren gemäß § 28a KSchG). Weiters begehrt der Kläger, ihn zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs im Umfang der Unterlassungsbegehren und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“ zu ermächtigen.

Die wechselseitigen Vorbringen und die getroffenen Feststellungen werden in der Folge im Zusammenhang mit den einzelnen Klauseln dargelegt. Die Revisionen der Parteien werden aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht getrennt, sondern anlässlich der (der Reihenfolge nach dargestellten) jeweiligen Klausel behandelt.

Das **Erstgericht** wies das Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Klauseln 12 und 17 ab; im Übrigen gab es ihm und dem Urteilsveröffentlichungsbegehren statt und verurteilte die Beklagte zum Kostenersatz. Hinsichtlich des Verbots der Verwendung der Klauseln oder sinngleicher Klauseln sowie der Berufung auf sie setzte es der Beklagten jeweils eine dreimonatige Leistungsfrist, nicht hingegen hinsichtlich der untersagten Geschäftspraktik.

Das **Berufungsgericht** gab der gegen den klagsabweisenden Urteilsteil und die teilweise gewährte dreimonatige Leistungsfrist gerichteten Berufung des Klägers nicht Folge. Über Berufung der Beklagten änderte es das Ersturteil hingegen dahingehend ab, dass das Unterlassungsbegehren auch hinsichtlich der Klauseln 5, 9 und 18 abgewiesen und auch hinsichtlich des auf § 28a KSchG gestützten Unterlassungsbegehrens (untersagte Geschäftspraktik) der Beklagten eine dreimonatige Leistungsfrist gesetzt wurde. Insofern die Beklagte mit ihrer Berufung eine jeweils zwölfmonatige Leistungsfrist anstrebte, wurde der Berufung nicht Folge gegeben. Die Kostenentscheidung änderte das Berufungsgericht in einen Kostenvorbehalt bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache ab. Die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt.

In der **Revision des Klägers** wird beantragt, das Berufungsurteil dahingehend abzuändern, dass dem

Unterlassungsbegehren hinsichtlich aller Klauseln stattgegeben wird und die gesetzten Leistungsfristen entfallen, sofern sich die Leistungsfrist nicht auf die Verwendung der untersagten oder sinngleicher Klauseln bezieht. Die Beklagte beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision des Klägers nicht Folge zu geben.

In der **Revision der Beklagten** wird eine Abänderung des Berufungsurteils im gänzlich klagsabweisenden Sinn beantragt, in eventu, die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Hierzu wiederum hilfsweise wird beantragt, die gesetzten dreimonatigen Leistungsfristen auf zwölf Monate zu erhöhen. Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, die Revision der Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Beide Revisionen sind zulässig und teilweise berechtigt.

**a) Zu den einzelnen Klauseln (Unterlassungsbegehren nach § 28 KSchG):**

Zur Klausel 1:

*„S\* weist darauf hin, dass bei einer Änderung des Verschlüsselungssystems oder technischer Standards die Empfangsgeräte und Smartcards möglicherweise nicht mehr für den Empfang der Programminhalte geeignet sind und ausgetauscht werden müssen.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel lasse unklar, worum es sich bei den „technischen Standards“ handle, ob die Beklagte den Austausch selbst vornehme oder dies dem Konsumenten überlasse und wer die Kosten hierfür übernehme. Auch aus anderen Klauseln ergäbe sich nicht, dass

der Konsument im Rahmen einer Änderung des Verschlüsselungssystems oder technischer Standards kostenlos ein Empfangsgerät („Leihgerät“) bzw eine Smartcard erhalte und er die Kosten für den Austausch nicht tragen müsse. Nach der kundenfeindlichsten Auslegung der inkriminierten Klausel sei wegen des Fehlens einer Regelung dessen, wer im betreffenden Fall den Austausch vornehme bzw die Kosten hierfür übernehme, davon auszugehen, dass der Austausch vom Verbraucher vorzunehmen sei bzw er die Kosten hierfür zu tragen habe. Die Klausel widerspreche dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Die **Beklagte** bestritt und wandte ein, es liege in der Natur der Sache, dass in diesem Bereich Empfangsgeräte nicht für alle Zeit zum Empfang geeignet seien und das Verschlüsselungssystem dem jeweiligen Stand der Technik angepasst werden müsse. Die Klausel enthalte lediglich einen Hinweis für den Verbraucher, dass ein Austausch der Empfangsgeräte allenfalls notwendig werden könnte. Aus ihr lasse sich auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht ableiten, dass der Austausch vom Verbraucher vorzunehmen wäre bzw er die Kosten hierfür tragen müsste. Darüber hinaus ergebe sich aus einer anderen Klausel, wonach der Kunde von der Beklagten während aufrechten Abonnementvertrags ein Empfangsgerät („Leihreceiver“) kostenlos leihen könne, dass die Kosten für den Austausch des Empfangsgeräts nicht vom Verbraucher zu tragen seien. Auch in einer weiteren Klausel werde darauf hingewiesen, dass bei einer allfälligen Änderung des Verschlüsselungssystems der Austausch der Smartcard oder des Empfangsgeräts durch die Beklagte erfolge.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 1 folgende weitere Feststellungen:

*„Die von der Beklagten ins Treffen geführten Klauseln lauten:*

*'1.2.4 Soweit dem Abonnenten bei Vertragsabschluss die Möglichkeit eingeräumt wird, kann der Abonnent von S\* bis zur Beendigung seines Abonnements einen Digital-Receiver gegebenenfalls samt Festplatte leihen (nachfolgend „Leih-Receiver“). Die Auswahl des Geräts (insbesondere Hersteller und Farbe) wird von S\* bestimmt.'*

*'1.5.2 Falls eine Änderung des Verschlüsselungssystems gemäß 1.5.1 erfolgt, ist S\* berechtigt, die dem Abonnenten überlassene Smartcard und/oder die geliehenen Empfangsgeräte auszutauschen, sofern die Änderung des Verschlüsselungssystems dies notwendig macht.'* [= Klausel 9; Anm]

*Hintergrund dieser Regelungen ist, dass das Programm der Beklagten verschlüsselt ausgestrahlt wird; für die Entschlüsselung ist eine Smartcard der Beklagten erforderlich samt entsprechender Software sowie ein Empfangsgerät wie ein Receiver oder ein CI-Plus-Modul samt kompatibelem TV-Gerät. Es wird vielfach versucht, die Verschlüsselung der Beklagten durch verschiedene hard- und softwaretechnische Maßnahmen zu umgehen, um deren Programme ohne entsprechenden Abonnementvertrag sehen zu können; dem versucht die Beklagte durch regelmäßige Änderungen ihrer Verschlüsselungstechnologie bzw der Hardware beizukommen. Des weiteren kann eine Änderung der Technologie auch etwa durch eine Umstellung des Fernsehsignals erforderlich werden.“*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, zwar sei ein berechtigtes Interesse der Beklagten an einer regelmäßigen Adaptierung ihrer Verschlüsselungstechnologie und der Hardware zu bejahen, allerdings sei die Formulierung

„technische Standards“ völlig unbestimmt und könne daher zu Ungunsten der Kunden auch sehr weit verstanden werden. Der Klausel sei bei kundenfeindlichster Auslegung – auch in Verbindung mit den Punkten 1.2.4 und 1.5.2 der AGB – der Inhalt zu unterstellen, dass sich der Kunde selbst um einen Austausch der Smartcard und/oder des Empfangsgeräts kümmern müsse, widrigenfalls er Ansprüche verlieren könnte, und dass er zumindest die Kosten für den Versand zu tragen habe, sogar wenn der Tausch nicht in seinem Interesse sei, etwa weil dieser nur aufgrund der Änderung der Verschlüsselungstechnologie erforderlich sei. Die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Das **Berufungsgericht** bestätigte die Qualifikation der Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Aus der Klausel 1.2.4 ergebe sich, dass ein Anspruch auf einen Leihreceiver nur dann bestehe, wenn dem Abonnenten bei Vertragsabschluss dieses Recht eingeräumt worden sei. Selbst bei solchen Leihgeräten lasse sich aus der Klausel 1.5.2 kein Recht des Kunden auf einen Austausch ableiten (argumento: „ist S\* *berechtigt*“). Auch bleibe die Frage der Kostentragung völlig ungeregelt, weshalb die Beklagte den Austausch der Geräte von einer Kostenübernahme abhängig machen könnte. Bei kundenfeindlichster Auslegung sei die beanstandete Klausel dahin zu verstehen, dass die Beklagte jederzeit zur Änderung des Verschlüsselungssystems oder technischer Standards berechtigt wäre und der Kunde sein Empfangsgerät und die Smartcard dann auf eigene Kosten tauschen müsste, um das Programm der Beklagten weiterhin empfangen zu können.

In ihrer **Revision** wiederholt die **Beklagte** ihren bereits referierten Rechtsstandpunkt und hält insbesondere



daran fest, aus der (gemeint) Klausel 1.5.2 ergäbe sich, dass nicht der Verbraucher sondern die Beklagte den Austausch vorzunehmen habe.

Dazu ist auszuführen:

Die Beklagte übergeht, dass der Wortlaut der Klausel 1.5.2 sie lediglich dazu berechtigt, nicht aber dazu verpflichtet, die dem Abonnenten überlassene Smartcard und/oder die geliehenen Empfangsgeräte auszutauschen. Wer bei einer Änderung des Verschlüsselungssystems oder technischer Standards die Empfangsgeräte austauschen muss, kann auch nicht der beanstandeten Klausel oder der Klausel 1.2.4 entnommen werden.

Das in § 6 Abs 3 KSchG grundlegende „Transparenzgebot“ soll dem Verbraucher ermöglichen, sich aus den AGB oder dem Vertragsformblatt zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren, damit er nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird und ihm nicht unberechtigte Pflichten abverlangt werden (RS0037107 [T3]; RS0115217 [T8, T41]). Auch darf er über die aus einer Regelung resultierenden Rechtsfolgen nicht getäuscht oder im Unklaren gelassen werden (*Kathrein/Schoditsch*, KBB<sup>5</sup> § 6 KSchG Rz 32; vgl RS0115219 [T21]).

Weil dem Verbraucher durch die beanstandete Klausel bloß mitgeteilt wird, dass im betreffenden Fall die genannten Gerätschaften „ausgetauscht werden müssen“, eine klare Regelung, wer hierzu verpflichtet ist und damit auch die Kosten des Austauschs zu tragen hätte, aber fehlt, wird der Verbraucher über die Rechtsfolgen der in der Klausel genannten Situation im Dunkeln gelassen. Die Klausel ist damit jedenfalls intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Zur Klausel 2:

*„In Verbindung mit Abonnements ermöglicht S\* ggf. Empfangsgeräte zu reduzierten Preisen zu erwerben. Die Kaufangebote sind in diesen Fällen untrennbar mit dem Abonnementabschluss verbunden. Erwirbt der Abonnent das Empfangsgerät, bleibt dieses bis zur Bezahlung aller Abonnementbeiträge für die vereinbarte Mindestvertragslaufzeit im Eigentum von S\*. Der Erwerb kann auch an eine Erweiterung eines bestehenden Abonnements und/oder eine Mindestvertragslaufzeit gebunden sein. Im letztgenannten Fall gilt der Eigentumsvorbehalt bis zur Bezahlung aller Abonnementbeiträge für die vereinbarte Mindestvertragslaufzeit.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil der in ihr für ein zu reduzierten Preisen erworbenes Empfangsgerät vereinbarte Eigentumsvorbehalt auf die Bezahlung aller Abonnementbeiträge erweitert werde. Bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel könnte die Reduktion des Kaufpreises auch nur sehr gering sein; trotzdem werde der Kunde nach der Klausel erst nach Bezahlung aller Abonnementbeiträge Eigentümer des zu reduzierten Preisen erworbenen Empfangsgeräts. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür sei nicht ersichtlich. Die Klausel sei zudem überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB, da der Kunde, wenn er etwas kaufe und dafür einen – wenn auch reduzierten – Kaufpreis bezahle, nicht damit rechnen müsse, dass er erst bei Bezahlung aller Abonnementbeiträge Eigentümer werde. Im Übrigen sei nach der Entscheidung 1 Ob 40/73 ein derartiger erweiterter Eigentumsvorbehalt unzulässig.

Die **Beklagte** bestritt und wandte ein, die Erweiterung des Eigentumsvorbehalts auf die Bezahlung sämtlicher Abonnementbeiträge sei sachlich gerechtfertigt,

weil Verbraucher bei Aktionen der Beklagten Empfangsgeräte mitunter deutlich unter deren Wert erwerben könnten. Zu beachten sei, dass sich der Eigentumsvorbehalt lediglich auf Forderungen aus einem einzigen, mit dem Kauf untrennbar verbundenen Vertragsverhältnis, nämlich dem Abonnementvertrag beziehe. Die Klausel sei daher weder gröblich benachteiligend noch überraschend.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 2 folgende weitere Feststellungen:

*„Die Beklagte räumte derartige Kaufoptionen, gebunden an bestimmte Mindestlaufzeiten, bei bestimmten Aktionen bis ca August 2014 ein. Sowohl die Kaufoption, als auch der Kaufpreis, der je nach Modell 9,90 EUR oder 49 EUR betrug, wurden bei Vertragsabschluss bekanntgegeben.“*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass die Vereinbarung eines erweiterten Eigentumsvorbehalts in Lehre und Rechtsprechung als rechtsunwirksam beurteilt werde, weil sie zwingenden sachenrechtlichen Grundsätzen widerspreche und das Zug-um-Zug-Prinzip verletze. Für einen Konsumenten sei es auch überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB, dass er nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit und Zahlung des Kaufpreises nicht Eigentum an dem Empfangsgerät erwerbe, sondern erst nach Begleichung aller Abonnementbeiträge für die Mindestlaufzeit. Insofern läge es an der Beklagten im Vorhinein klarzustellen, wenn bzw dass die Abonnementbeiträge als zusätzliche Kaufpreistraten zu verstehen seien. Die Klausel stelle eine untrennbare Einheit dar und sei daher insgesamt zu verbieten.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Dass sich der Eigentumsvorbehalt

ausschließlich auf den mit dem Kauf des Empfangsgeräts untrennbar verbundenen Abonnementvertrag beziehe und die Preisnachlässe bei den Empfangsgeräten so hoch seien, dass sie selbst durch die Abonnementgebühren während der Mindestlaufzeit nicht abgedeckt würden, ändere nichts an der Unzulässigkeit der Klausel. Selbst wenn die Preisgestaltung der Beklagten nicht kostendeckend sein sollte, bedeute die Klausel doch, dass der auf das Abonnement entfallende Anteil des Gesamtentgelts durch den Eigentumsvorbehalt am Empfangsgerät gesichert sei. Bei der einheitlichen Bestellung zusammengesetzter Leistungen sei die Bedingung für den Übergang des vorbehaltenen Eigentums an einer Sache, in Ansehung der ein Eigentumsvorbehalt vereinbart sei, bereits dann erfüllt, wenn nur das Teilentgelt für diese Sache gezahlt sei. Der Oberste Gerichtshof habe bereits zu 1 Ob 40/73 (= SZ 46/38) ausgesprochen, dass eine Vereinbarung, wonach der Eigentumsvorbehalt erst erlöschen solle, wenn alle oder ein bestimmter Teil von Forderungen aus einer Geschäftsverbindung beglichen seien, nach österreichischem Recht den pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften widerspreche und deshalb unwirksam sei. Die Klausel sei damit gesetzwidrig.

In ihrer **Revision** wiederholt die **Beklagte** ihre bereits in der Berufung vorgetragene Ansicht, die Klausel sei zulässig, weil Verbraucher für die Empfangsgeräte im Rahmen der Aktion einen so hohen Preisnachlass erhielten, dass eine betragsmäßige Abdeckung während der Mindestlaufzeit des Abonnements nicht erfolgen könne.

Dazu ist auszuführen:

Es fehlt an einer gesetzmäßigen Ausführung der Rechtsrüge in einer Revision, wenn sich der Revisionswerber mit den Argumenten des Berufungsgerichts gar nicht

auseinandersetzt (RS0043603 [T9]). Zumal die Beklagte jede Replik auf die verschiedenen Argumente des Berufungsgerichts vermissen lässt, ist ihre Rechtsrüge in diesem Punkt nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Zur Klausel 3:

*„Der Abonnent ist verpflichtet, innerhalb von 14 Tagen nach Beendigung des Abonnements den von S\* zur Verfügung gestellten Leih-Receiver an S\* zurückzusenden. Für den Fall, dass der Abonnent das Abonnement ohne wichtigen Grund kündigt oder den Abonnenten ein Verschulden an der Auflösung des Abonnements trifft, erfolgt die Rücksendung auf Kosten und Gefahr des Abonnenten. Kommt der Abonnent dieser Verpflichtung nicht nach, so ist S\* berechtigt nach eigener Wahl entweder bis zur ordnungsgemäßen Rückgabe als pauschalen Schadenersatz eine monatliche, angemessene Nutzungsentschädigung für den Leih-Receiver oder aber nach Aufforderung zur Rückgabe und fruchtlosem Verstreichen der festgesetzten Frist Schadenersatz entsprechend dem Wert des Leih-Receivers zu fordern. Gibt der Abonnent den Leih-Receiver nicht in ordnungsgemäßem Zustand zurück, behält sich S\* vor, entsprechenden Schadenersatz geltend zu machen. Es ist beiden Parteien unbenommen geltend zu machen, dass ein höherer, niedrigerer oder überhaupt kein Schaden entstanden ist.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel widerspreche § 879 Abs 3 ABGB und dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Sie solle den Konsumenten zur Zahlung eines pauschalen Schadenersatzes im Sinne einer „monatlichen angemessenen Nutzungsentschädigung“ verpflichten, die Höhe der Nutzungsentschädigung gehe aber aus ihr nicht hervor. Weiters werde der Konsument verpflichtet, den

Receiver in ordnungsgemäßem Zustand zurückzugeben, ohne dass klar sei, was „in ordnungsgemäßem Zustand“ genau bedeute. Dadurch könne die Beklagte willkürlich argumentieren, dass sich der Receiver bei der Rückgabe in keinem „ordnungsgemäßen Zustand“ befunden habe. Eine normale Abnutzung sei bei Mietverträgen vom Vermieter hinzunehmen. Auch könne die Beklagte nach der Klausel, welche von einer „monatlichen, angemessenen Nutzungsentschädigung“ spreche, bis zur Rückgabe des Leihreceivers in jedem Fall eine monatliche Nutzungsentschädigung fordern, also eine Entschädigung ohne anteilige Kürzung im Falle einer Rückstellung vor Ablauf eines Monats.

Die **Beklagte** bestritt und wandte ein, sie wäre auch nach den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Regeln dazu berechtigt, ein angemessenes Benützungsentgelt zu fordern, wenn sich ein Kunde weigere, nach Vertragsbeendigung das leihweise zur Verfügung gestellte Empfangsgerät zurückzustellen. Die Klausel orientiere sich hieran. Die Verpflichtung zur Zurückgabe des leihweise zur Verfügung gestellten Empfangsgeräts „in ordnungsgemäßem Zustand“ impliziere, dass normale Abnutzungen noch toleriert würden. Aus der Formulierung der Klausel gehe hervor, dass von der Beklagten keinesfalls die Rückgabe eines unbenützten oder gar neuen Empfangsgeräts gefordert werden könnte. Ein verständiger Verbraucher gehe auch nicht davon aus, dass „ordnungsgemäß“ bedeute, dass der Receiver absolut neu und ohne geringste Gebrauchsspuren zurückgegeben werden müsse. Die Klausel sei weder intransparent noch gröblich benachteiligend.

Das **Erstgericht** qualifizierte die Klausel als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil für den

Kunden nicht ableitbar sei, was eine „monatliche, angemessene Nutzungsentschädigung für den Leih-Receiver“ „bis zur ordnungsgemäßen Rückgabe“ sei. Es frage sich, ob diese der Abonnementbeitrag oder mehr oder weniger sei und für welchen Zeitraum die Nutzungsentschädigung gebühre sowie in welchem Verhältnis diese zum angesprochenen Schadenersatz bei Rückgabe in „nicht ordnungsgemäßigem Zustand“ stehe. Bei kundenfeindlichster Auslegung gehe der Begriff „ordnungsgemäß“ über „betriebstauglich“ bzw „altersentsprechend“ hinaus und könnte auch einen Zustand wie bei Auslieferung und zusätzliche Pflichten wie eine Rückgabe der Originalverpackung, Anleitung und dergleichen beinhalten, was wiederum gröblich benachteiligend wäre.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Die Verpflichtung zur Zahlung einer „monatlichen, angemessenen Nutzungsentschädigung“ bedeute bei kundenfeindlichster Auslegung, dass auch ein Verzug von bloß einem Tag die Verpflichtung zur Zahlung eines Monatsentgelts zur Folge hätte, was gröblich benachteiligend sei. Ein Entlehner hafte nach §§ 978 f ABGB nur für den durch sein Verschulden verursachten oder jenen zufälligen Schaden, den er durch eine widerrechtliche Handlung, den vereinbarungswidrigen Gebrauch oder die eigenmächtige Überlassung der Sache an einen Dritten verursacht habe. Demgegenüber verleihe die Klausel der Beklagten einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch, wenn die Rückgabe des Leihreceivers nicht mehr möglich sei oder sich das Gerät nicht mehr in „ordnungsgemäßigem Zustand“ befinde. Eine Abweichung vom dispositiven Gesetz wäre unter den besonderen Verhältnissen der AGB nur zulässig, wenn eine besondere Rechtfertigung vorliege; eine solche sei hier nicht ersichtlich. Da der „ordnungsgemäße Zustand“

möglicherweise altersbedingte Abnutzungserscheinungen zulasse, aber jedenfalls die Funktionsfähigkeit des Geräts voraussetze, bedeute die Klausel, dass der Verbraucher selbst dann für den Zustand des Leihgeräts hafte, wenn es aufgrund eines nicht von ihm zu vertretenden technischen Mangels funktionsunfähig geworden sei.

In ihrer **Revision** führt die **Beklagte** ins Treffen, dass die Klausel einen Schadenersatzanspruch der Beklagten lediglich im Rahmen der gesetzlichen Beschränkungen der §§ 978 f ABGB vorsehe und der Begriff „ordnungsgemäßer Zustand“ den Fall der Funktionsunfähigkeit des Receivers aufgrund eines nicht vom Verbraucher zu vertretenden technischen Mangels nicht umfasse. Hinsichtlich des Begriffs der „angemessenen Nutzungsentschädigung“ wiederholt die Beklagte ihren Standpunkt, dass sie bereits nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ein angemessenes Nutzungsentgelt für verspätet zurückgegebene Receiver verlangen könnte. „Angemessen“ sei ein auch im Bereicherungsrecht verwendeter und geläufiger Begriff, dem selbst bei kundenfeindlichster Auslegung kein Inhalt unterstellt werden könne, wonach auch bei bloß einem Tag Verzug ein Monatsentgelt zu bezahlen wäre.

Dazu ist auszuführen:

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RS0016590).

Die Beklagte übergeht, dass die Klausel „eine *monatliche*, angemessene Nutzungsentschädigung für den Leihreceiver“ vorsieht, somit (zumindest im kundenfeindlichsten Sinn) eine Entschädigung von zumindest einem Monatsentgelt für auch nur geringfügig begonnene



Monatszeiträume festlegt, also gerade nicht eine bloß angemessene Entschädigung im Sinne des dispositiven Bereicherungsrechts. Für diese Abweichung vom dispositiven Recht wurde keine sachliche Rechtfertigung vorgebracht. Im Übrigen überzeugt es nicht, wenn die Beklagte meint, die Klausel sehe einen Schadenersatzanspruch der Beklagten lediglich im Rahmen der gesetzlichen Beschränkungen der §§ 978 f ABGB vor; solches ist von ihrem Wortlaut nicht gedeckt, weshalb dem Berufungsgericht beizupflichten ist, dass die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung der Beklagten einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch verleiht. Ebenso wenig überzeugt die Ansicht der Beklagten, der Begriff „ordnungsgemäßer Zustand“ erfasse nicht den Fall der Funktionsunfähigkeit des Receivers aufgrund eines nicht vom Verbraucher zu vertretenden technischen Mangels. Ein nicht funktionierender Receiver befindet sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht „in ordnungsgemäßem Zustand“, mag auch die Funktionsuntüchtigkeit unverschuldet eingetreten sein. Die Argumentation in der Revision der Beklagten zeigt keine Unrichtigkeit der Beurteilung des Berufungsgerichts auf.

Zur Klausel 4:

*„S\* behält sich vor, die Software eines Digital-Receivers oder darauf gespeicherte Daten jederzeit kostenfrei zu aktualisieren. Der Abonnent erkennt an, dass es in diesem Zusammenhang zum Verlust und/oder zur Löschung von Daten/Inhalten, die der Abonnent im Digital-Receiver gespeichert hat, kommen kann.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend und daher unwirksam im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da der Konsument nach der Klausel keine Möglichkeit habe, von der Aktualisierung zeitgerecht

Kenntnis zu erlangen und so rechtzeitig seine Daten zu sichern bzw sich die auf dem Digital-Receiver befindlichen Inhalte rechtzeitig vor ihrer möglichen Löschung anzusehen. Ob die Klausel in der Praxis so gehandhabt werde, dass es zu keinem Datenverlust komme, sei im Verbandsprozess irrelevant, weil es hier auf eine vom Wortlaut der Klausel abweichende praktische Handhabung nicht ankomme.

Die **Beklagte** bestritt und erwiderte, dass die regelmäßige Aktualisierung der Software aus technischen und lizenzrechtlichen Vorgaben für ihre Leistungserbringung unbedingt notwendig sei. Es sei schlichtweg nicht möglich, den Verbraucher von jeder einzelnen Aktualisierung gesondert zu verständigen. Ein Verlust von Daten durch die Aktualisierung komme nur in den seltensten Fällen vor. Die Klausel sei sachlich gerechtfertigt und nicht gröblich benachteiligend.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 4 folgende weitere Feststellungen:

*„Eine regelmäßige Softwareaktualisierung ist einerseits für den Empfang des Programmes der Beklagten und andererseits aufgrund lizenzrechtlicher Vorgaben der Rechteinhaber erforderlich und muss bei einem technischen Notfall kurzfristig erfolgen. Bis dato sind durch eine derartige Aktualisierung noch keine größeren Datenmengen verloren gegangen. Bei Receivern ist zu unterscheiden zwischen reinen Zapping-Receivern und sog Festplatten-Receivern, mit denen Inhalte auch aufgezeichnet werden können. Aufgrund urheber- und lizenzrechtlicher Vorgaben ist eine Kopie digital gespeicherter Inhalte der Beklagten vom Festplattenreceiver auf ein anderes, nicht dafür zugelassenes Medium (wie einen PC oder eine externe Festplatte) nicht zulässig.“*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, es sei zwar nicht zu beanstanden, dass sich die Beklagte ein Recht auf Aktualisierung der Software vorbehalte, sehr wohl aber, dass sie faktisch einen umfassenden, allgemein gültigen Haftungsausschluss für einen Datenverlust normiere, ohne dass sie eigene Handlungspflichten treffen würden. Bei kundenfeindlichster Auslegung könnte dies dazu führen, dass ein Festplatten-Receiver de facto wertlos sei, weil die Inhalte regelmäßig gelöscht würden, bevor sie vom Kunden angesehen werden könnten, und er daraus keine Gewährleistungs- oder Kündigungsrechte ableiten könne. Die Bestimmung sei daher gröblich benachteiligend.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Die Klausel verleihe bei kundenfeindlichster Auslegung der Beklagten das Recht, Softwareaktualisierungen ohne Rücksicht auf die von den Kunden gespeicherten Daten durchzuführen, obwohl die Abonnenten ein berechtigtes Interesse hätten, die von ihnen zulässigerweise auf ihren Festplatten-Receivern gespeicherten Daten weiter zu behalten. Da das Leistungsangebot der Beklagten auch die Möglichkeit umfasse, die Programminhalte zu speichern, bedeute die uneingeschränkte Befugnis, die Daten im Rahmen von Softwareaktualisierungen jederzeit und ohne Vorankündigung zu löschen, eine Aushöhlung dieses Leistungsversprechens.

In ihrer **Revision** vertritt die **Beklagte** die Ansicht, die Klausel sei jedenfalls sachlich gerechtfertigt und damit zulässig, weil es der Beklagten schlichtweg weder möglich sei, einen durch eine notwendige Softwareaktualisierung verursachten Datenverlust gänzlich auszuschließen, noch, den Abonnenten von einer durchzuführenden Aktualisierung vorher zu verständigen, weil diese in technischen Notfällen kurzfristig erfolgen müsse.

Dazu ist auszuführen:

Die Beklagte übergeht, dass die Klausel nicht auf die in ihrer Revision ins Zentrum gestellten Notfälle beschränkt ist, sondern ihr pauschal das Recht einräumt, „jederzeit“ und somit ohne jegliche Voraussetzung die Software eines Digital-Receiver oder darauf gespeicherte Daten zu aktualisieren. Damit geht – zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung (RS0016590) –, wie vom Erstgericht zutreffend erkannt, ein umfassender, allgemein gültiger Haftungsausschluss für einen Datenverlust und, wie vom Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben, eine drohende Aushöhlung des Leistungsversprechens, dass der Kunde Programminhalte speichern kann, einher. Die Qualifikation der Klausel als gröblich benachteiligend durch die Vorinstanzen ist damit nicht zu beanstanden.

Zur Klausel 5:

*„S\* leistet in der Weise Gewähr, dass das CI Plus-Modul geeignet ist, die Sendesignale von S\* zu entschlüsseln. S\* bietet keine Gewähr, dass die S\* Programminhalte über das CI Plus-Modul in Verbindung mit einem vom Abonnenten bereit gestellten CI Plus-Modul kompatiblen Endgerät (TV, Bildschirm, etc.) vollständig empfangen oder vollumfänglich genutzt werden können. Soweit der Abonnent die S\* Programminhalte über das CI Plus-Modul daher nicht empfangen oder vollumfänglich nutzen kann, berechtigt ihn das nicht zu einer Kündigung des Abonnements.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die Klausel § 9 KSchG widerspreche, da sie bei kundenfeindlichster Auslegung die Gewährleistung auf eine bestimmte Funktion des CI Plus-Moduls einschränke. Auch bei einem fehlerhaften von der Beklagten beigestellten CI Plus-Modul, dh in

Kombination mit einem vom Verbraucher beigestellten voll funktionsfähigen Endgerät, werde jegliche Gewährleistung hinsichtlich der Programminhalte der Beklagten ausgeschlossen. Da die Beklagte selbst bei einem „CI Plus-Modul kompatiblen Endgerät“ des Abonnenten keine Gewähr dafür biete, dass die S\*-Programminhalte vollständig empfangen oder vollumfänglich genutzt werden könnten, benachteilige die Klausel zudem den Konsumenten gröblich im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Ebenso stelle der vertragliche Ausschluss der vorzeitigen Auflösung bei Nichtempfang oder Unmöglichkeit der vollumfänglichen Nutzung der S\*-Programminhalte über das CI Plus-Modul eine Verschlechterung der rechtlichen Möglichkeiten der Verbraucherseite und damit eine gröbliche Benachteiligung dar. Die Klausel sei zudem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da sie dem Konsumenten ein falsches Bild von seinen Gewährleistungsrechten vermittele, da bei Dauerschuldverhältnissen eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund nach umfassender Interessensabwägung dann möglich sei, wenn die Einhaltung des Vertrags nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden könne.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, dass sich die Klausel selbst bei kundenfeindlichster Auslegung nicht auf den Fall eines fehlerhaften CI Plus-Moduls sondern lediglich auf den Fall beziehe, dass ein Kunde ein fehlerhaftes Endgerät (TV, Bildschirm, etc) verwende und deshalb ihre Programminhalte nicht empfangen könne. Die Klausel betreffe somit nicht die von der Beklagten geschuldeten Leistungen, weshalb § 9 KSchG nicht verletzt sei. Der Verbraucher habe es in der Hand, zB durch Austausch des fehlerhaften Endgeräts den Empfang der Programminhalte der Beklagten zu ermöglichen. Anderenfalls könnte er durch missbräuchliche

Verwendung eines fehlerhaften Endgeräts den Abonnementvertrag vorzeitig kündigen. Die Klausel sei weder intransparent noch gröblich benachteiligend.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 5 folgende weitere Feststellungen:

*„Die Beklagte stellt die Smartcard und über Wunsch alternativ zu einem Leih-Receiver ein CI-Plus-Modul zur Verfügung (quasi ein Adapter, der den Zapping-Receiver ersetzt, und in einen bereits vorhandenen Receiver oder ein TV-Gerät mit entsprechendem Slot eingesetzt werden kann). Nicht jedes Gerät mit einem CI-(Plus)-Slot ist allerdings auch für eine Nutzung der Programme der Beklagten geeignet; Informationen dazu erteilt der Hersteller und/oder Verkäufer.“*

Rechtlich qualifizierte das Erstgericht die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und als Verstoß gegen § 9 KSchG. Die Beklagte schließe mit ihr sowohl die Gewährleistung als auch ein Kündigungsrecht für den Fall aus, dass das vom Kunden zur Verfügung gestellte Endgerät grundsätzlich CI-Plus-Modul kompatibel sei, aber ihr Programm dennoch nicht empfangen werden könne. Dies werde für einen Kunden, insbesondere wenn er das Endgerät nicht neu anschaffe, in der Regel vor einem Inbetriebnahmeversuch nicht erkennbar sein.

Das **Berufungsgericht** änderte das Urteil in diesem Punkt im klagsabweisenden Sinne ab. Gewährleistungsrechte des Verbrauchers könnten nach § 9 Abs 1 KSchG vor der Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Ein Gewährleistungsanspruch nach § 922 ABGB setze aber eine mangelhafte Leistung voraus. Eine Leistung sei nur dann mangelhaft, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem

vertraglich Geschuldeten zurückbleibe. Die Klausel beziehe sich nur auf die Kompatibilität des vom Kunden bereitgestellten Endgeräts, das von der Leistungspflicht der Beklagten nicht umfasst sei. Deshalb stelle es keine Einschränkung gesetzlicher Gewährleistungsansprüche dar, wenn die Klausel Ansprüche aus der mangelnden Kompatibilität eines beim Kunden bereits vorhandenen Endgeräts ausschließe. Die Ansicht des Klägers, dass die Klausel die tatsächliche Rechtslage verschleierte, weil der Kunde jedenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht habe, nachdem ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses in einem solchen Fall unzumutbar sei, überzeuge nicht. Richtig sei, dass Dauerschuldverhältnisse nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen auch vor Ablauf der vereinbarten Zeit aus wichtigem Grund aufgelöst werden könnten. Ein solches außerordentliches Kündigungsrecht bestehe jedoch nicht, wenn der geltend gemachte Grund ausschließlich in der Risikosphäre des Gläubigers gelegen sei. Die Überprüfung der Kompatibilität des bei ihm bereits vorhandenen Endgeräts falle jedenfalls in die Risikosphäre des Kunden. Diesem sei zudem die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht unzumutbar, weil er die Leistungen der Beklagten weiterhin in Anspruch nehmen könne, indem er ein kompatibles Empfangsgerät verwende. Dass die Beklagte keine Gewährleistung für die technischen Funktionen der bereits beim Kunden befindlichen Endgeräte übernehme, sei auch nicht ungewöhnlich oder benachteiligend.

In seiner **Revision** hält der **Kläger** dem Berufungsgericht entgegen, dass der Kunde der Beklagten nichts davon habe, die Signale lediglich „entschlüsseln“ zu können, wenn er sie anschließend nicht im Sinne des tatsächlichen Betrachtens der TV-Programme auch nutzen

könne. Die Klausel nehme ausdrücklich darauf Bezug, dass der Kunde ohnedies ein kompatibles Endgerät bereitstelle. Für den Kunden der Beklagten sei eine Differenzierung zwischen der „Entschlüsselung“ der Sendesignale (für die die Beklagte Gewähr leiste) und dem Empfangen der Programminhalte (wofür nicht Gewähr geleistet werden solle) nicht nachvollziehbar. Die Programminhalte seien für den Kunden entweder zu empfangen oder nicht, ob der Empfang für den Kunden, der ein kompatibles Gerät verwende, auf der Ebene der Entschlüsselung des Signals oder seiner Darstellung auf dem Gerät scheitere, mache für ihn keinen Unterschied.

Dazu ist auszuführen:

Die Rechtsrüge des Klägers überzeugt hinsichtlich der Relevanz einer gröblichen Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 oder eines Verstoßes gegen § 9 KSchG nicht. Nach dem festgestellten Sachverhalt ist gerade nicht jedes Empfangsgerät mit einem CI-(Plus-)Slot für eine Nutzung der Programme der Beklagten geeignet. Informationen dazu werden vom Hersteller und/oder Verkäufer, nämlich des Empfangsgeräts, erteilt. Ob der Kunde ein geeignetes oder ungeeignetes Empfangsgerät mit einem CI-(Plus-)Slot besitzt oder erwirbt, ist ihm nach den Feststellungen also auch erkennbar. Vor diesem Hintergrund ist die grundsätzliche Stoßrichtung der Klausel, dass die Beklagte nur dafür Gewähr leistet, dass ihre Signale vom CI-Plus-Modul entschlüsselt werden, nicht aber auch dafür, dass sie vom jeweiligen – ihr auch gar nicht bekannten, vom Kunden selbst beigestellten – Endgerät richtig dargestellt werden, und dass, wenn es an letzterem scheitert, dies nicht zur Kündigung des Abonnements berechtigt, unbedenklich.

Die Klausel weist aber eine Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG auf. Indem einerseits von einem



„CI Plus-Modul kompatiblen Endgerät“ gesprochen wird, andererseits trotz dessen Verwendung Gewährleistung und auch eine Kündigung des Abonnements ausgeschlossen sein soll, erscheint die Klausel aus Sicht eines durchschnittlichen, nicht technisch versierten Kunden widersprüchlich. Dem Kunden wird nicht klar vermittelt, dass die Verwendung eines CI Plus-Modul kompatiblen Endgeräts für den erfolgreichen Empfang der Sendesignale der Beklagten bloß eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung ist. Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RS0115219). Die Klausel suggeriert, dass der Kunde lediglich darauf zu achten habe, dass sein Endgerät CI Plus-Modul kompatibel ist; insofern ist sie unvollständig. Der Revision des Klägers war daher im Ergebnis Folge zu geben und die Beklagte zur Unterlassung auch dieser Klausel zu verurteilen.

Zur Klausel 6:

*„Für den Fall, dass der Abonnent eine Smartcard zum Empfang des S\* Programmes außerhalb des Haushalts, auf den das Abonnement angemeldet ist, privat nutzt, ist S\* berechtigt, vom Abonnenten eine Vertragsstrafe in Höhe von € 1.000,00 zu fordern.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Konventionalstrafe sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil sie sich nicht am durchschnittlichen Schaden orientiere, der nach der Schätzung eines redlichen Beobachters bei der vorgefallenen Vertragsverletzung normalerweise eintrete. Der Betrag von 1.000 EUR stehe in einem unangemessenen Verhältnis zum Schaden, den die Beklagte durch das vertragswidrige Verhalten des Konsumenten im Einzelfall erleide. Allfällige Vereinbarungen zwischen der Beklagten

und ihren Lizenzgebern könnten nicht im Wege von unverhältnismäßig hohen Konventionalstrafen auf die Verbraucher überwältzt werden. Angesichts der Höhe der Konventionalstrafe liege es nahe, dass sich diese nicht am durchschnittlichen Schaden orientiere, sondern massiv überhöht sei, zumal die private (nach der kundenfeindlichsten Auslegung auch bloß einmalige) Nutzung einer Smartcard durch den Verbraucher außerhalb des Haushalts, auf den das Abonnement angemeldet sei, wohl niemals zu einem Schaden in einer derartigen Höhe führen könne.

Die **Beklagte** erwiderte, die Höhe der Konventionalstrafe ergebe sich insbesondere aus vertraglichen Vorgaben ihrer Lizenzgeber. Die Klausel sei angesichts der Rechtsverletzung des Kunden sachlich gerechtfertigt. Falls der durch den Kunden verursachte Schaden tatsächlich geringer als die Konventionalstrafe sei, unterliege diese dem richterlichen Mäßigungsrecht nach § 1336 Abs 2 ABGB.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 6 folgende weitere Feststellungen:

*„Die Beklagte hat sich selbst vertraglich gegenüber ihren Lizenzgebern zur Umsetzung derartiger Vertragsstrafen verpflichtet. Nicht festgestellt werden kann, was bzw wie hoch Schäden aus einer privaten Nutzung einer Karte durchschnittlich sind.“*

Rechtlich qualifizierte das Erstgericht die Konventionalstrafe als unverhältnismäßig und gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Natürlich solle insbesondere etwa die Nutzung eines günstigen Privatabonnements für ein Geschäftslokal verhindert werden, etwa eine Fußballübertragung in einem Restaurant, um Kundschaft zu generieren; insofern läge aber eine gewerbliche Nutzung vor. Hier sei völlig unklar, wie ein Schaden von

1.000 EUR pro privater Nutzung außerhalb des Haushalts, auf den das Abonnement angemeldet sei, entstehen solle. Denkbar seien lediglich die Kosten für eine ersparte Zweitkarte, die aber unter dem regulären monatlichen Abonnementbeitrag lägen.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Beurteilung. In der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe könne eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners liegen. Bei der Angemessenheitskontrolle einer Konventionalstrafe nach § 879 Abs 3 ABGB komme es darauf an, ob sich die Höhe des Vergütungsbetrags an jenem durchschnittlichen Schaden orientiere, der nach der Schätzung eines redlichen Beobachters bei der damit sanktionierten Vertragsverletzung normalerweise eintrete. In diesem Zusammenhang habe der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass eine Vertragsstrafe in der Höhe des Jahresmitgliedsbeitrags eines Fitnessstudios gröblich benachteiligend sei, wenn sie schon bei einem einmaligen Verstoß und unabhängig davon anfalle, wie oft das Verbot zur Weitergabe einer Mitgliedskarte verletzt worden sei. Auch im vorliegenden Fall würde die Vertragsstrafe von 1.000 EUR schon bei einer einmaligen privaten Nutzung der Smartcard außerhalb des eigenen Haushalts anfallen, wodurch sie in keinem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Schaden der Beklagten stehe. Zudem würde bei kundenfeindlichster Auslegung die Vertragsstrafe für jeden einzelnen Verstoß anfallen, was angesichts der Multiplikation bei mehrfachen Verstößen die Unangemessenheit zur Folge habe. Dass die Vertragsstrafe dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliege, ändere nach der Rechtsprechung nichts an der Unzulässigkeit der Vereinbarung, weil es im Verbandsprozess nicht darum gehe, unangemessene Vertragsbestimmungen im Einzelfall

nachträglich zu korrigieren, sondern Klauseln mit unangemessenen Regelungen von vornherein auszuschneiden. Auch dass sich die Beklagte gegenüber ihren Lizenzgebern zur Vereinbarung solcher Vertragsstrafen verpflichtet habe, ermächtigt sie nicht dazu, von ihren Kunden unangemessene Vertragsstrafen einzufordern.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** dem Berufungsgericht entgegen, dass ihr aufgrund der zahlreichen Möglichkeiten hinsichtlich des Ausmaßes derartiger Rechtsverletzungen durch Abonnenten eine genauere Kalkulierung des Schadens ex ante nicht möglich sei. Daher sei eine Pauschalierung in Höhe von 1.000 EUR sachlich gerechtfertigt.

Dazu ist auszuführen:

Die Argumentation der Beklagten in ihrer Revision zeigt keine Unrichtigkeit der – selbstständig tragfähigen (vgl. RS0118709) – Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klausel sei auch deshalb gröblich benachteiligend, weil die Vertragsstrafe bei kundenfeindlichster Auslegung für jeden einzelnen Verstoß anfiere und sie sich daher bei mehrfachen Verstößen unangemessen multipliziere. Wird auf eine ebenso tragende Begründung des Berufungsgerichts in der Revision überhaupt nicht eingegangen, ist die Rechtsrüge insoweit nicht gesetzmäßig ausgeführt ist (vgl. RS0043603 [T4, T16]). Im Übrigen scheidet die Rechtfertigung der konkreten Höhe der Vertragsstrafe schon daran, dass der Beklagten nicht gelang unter Beweis zu stellen, worin der Schaden bei einer solchen Vertragsverletzung liege und wie hoch er sein könne (vgl. die erstinstanzliche Negativfeststellung). Die Festsetzung eines Minimums an zu leistendem Schadenersatz ganz unabhängig davon, ob überhaupt ein Aufwand anfällt, wird in der

Rechtsprechung als gröblich benachteiligend angesehen (7 Ob 173/10g [Klausel 27]; 4 Ob 110/17f [Pkt 3.] = RS0123253 [T1]).

Zu den Klauseln 7 und 10:

*„Der Abonnent ist verpflichtet, S\* über alle Schäden an einer durch S\* bereit gestellten Smartcard oder deren Verlust unverzüglich zu informieren. Diese Pflicht trifft ihn auch, wenn sonstige Empfangsstörungen auftreten und diese länger als drei Tage andauern.“*

*„Der Abonnent ist verpflichtet, S\* über alle Schäden an einem von S\* zur Verfügung gestellten Empfangsgerät samt Zubehör oder dessen Verlust unverzüglich zu unterrichten. Die gleiche Pflicht trifft ihn, wenn sonstige Empfangsstörungen auftreten und diese länger als drei Tage andauern.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klauseln verstießen gegen § 9 KSchG, weil sie nach kundenfeindlichster Auslegung eine Rügepflicht des Verbrauchers vorsähen. Sie widersprächen zudem § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG, da der Begriff „sonstige Empfangsstörung“ unbestimmt sei und den Kunden nach der Klausel, die nicht nachvollziehbare Verpflichtung treffe, derartige Empfangsstörungen zu melden. Es sei dem Kunden nicht zumutbar, zB bei urlaubsbedingter Abwesenheit, dafür zu sorgen, dass Empfangsstörungen, die länger als drei Tage andauern, der Beklagten gemeldet werden. Wenn der Kunde die Dienstleistungen der Beklagten nutzen wolle, werde es in seinem Interesse sein, Empfangsstörungen und Schäden an der Smartcard bzw dem zur Verfügung gestellten Empfangsgerät samt Zubehör an die Beklagte zu melden. Es sei nicht ersichtlich, aus welchem Grund es einen Vertragsbruch darstellen solle, wenn der Kunde Empfangsstörungen oder

Schäden an der Smartcard nicht unverzüglich melde. Die Beklagte könnte bei einem Verstoß gegen die Meldepflicht – auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung hinsichtlich einzelner Rechtsfolgen – aufgrund der Klausel Schadenersatzansprüche gegen den Kunden geltend machen. Ebenso sei denkbar, dass die Beklagte aufgrund der Verletzung der in der Klausel vorgesehenen „Mängelrüge“ versuche, berechnete Gewährleistungsansprüche – insbesondere die damit einhergehende Entgeltminderung – abzuwehren.

Die **Beklagte** brachte vor, die Klausel verstoße nicht gegen § 9 KSchG, weil die Gewährleistungsrechte des Kunden nicht eingeschränkt würden. Überdies sehe die Klausel keine Rechtsfolgen vor, wenn der Kunde eine Empfangsstörung nicht melde, weshalb sie auch nicht gröblich benachteiligend oder intransparent sei. Die Klausel solle sicherstellen, dass allfällige Empfangsstörungen seitens der Beklagten ehestmöglich behoben werden könnten; sie sei aufgrund der angestrebten, im Interesse des Kunden liegenden Qualitätssicherung sachlich gerechtfertigt. Die Beklagte habe nie die vom Kläger ins Treffen geführten Schadenersatzansprüche gegen einen Kunden geltend gemacht. Im Übrigen werde die Smartcard bzw das Empfangsgerät dem Kunden unentgeltlich überlassen, nämlich im Rahmen einer Leihe für die Dauer des Vertragsverhältnisses. Mangels Entgeltlichkeit des Leihvertrags sei Gewährleistungsrecht nicht anwendbar.

Das **Erstgericht** führte rechtlich aus, dass die Klausel, je nachdem, welchen Bedeutungsinhalt man ihr unterstelle und ob man Rechtsfolgen aus ihr ableite, entweder gröblich benachteiligend oder intransparent sei. Eine unverzügliche, pönalisierte Rügepflicht des Konsumenten für

jegliche „Schäden“ und „Empfangsstörungen“ ab drei Tagen sei sachlich nicht mit einer Qualitätskontrolle durch die Beklagte rechtfertigbar. Wenn man aber im Sinne der Beklagten davon ausgehe, dass eine Verletzung der Bestimmung keine nachteiligen Folgen für den Kunden haben könne, dann werde dies dem Kunden verschleiert im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, sei hier doch von einer „Pflicht“ die Rede, sodass er schon durch den Wortlaut davon abgehalten werden könnte, Entgeltminderungs- oder Kündigungsrechte geltend zu machen, wenn eine Empfangsstörung vorlag, er diese aber nicht „unverzüglich“ gemeldet habe.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Nach der Klausel treffe die Abonnenten ausdrücklich eine diesbezügliche „Pflicht“. Das Erstgericht habe im Übrigen zu Recht darauf hingewiesen, dass die Qualitätssicherung nicht die Belastung des Kunden mit einer unverzüglichen Meldepflicht rechtfertigen könne. Die Qualitätssicherung liege im Aufgabenbereich der Beklagten und dürfe nicht auf ihre Kunden überwältigt werden. Es sei sachlich nicht gerechtfertigt, dass die mangelhafte Leistung der Beklagten Handlungspflichten ihrer Kunden auslöse. Einem Kunden müsse es überlassen bleiben, untätig zu bleiben und die mangelhafte Leistung zu akzeptieren.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** ihre Ansicht aufrecht, eine gröbliche Benachteiligung der Klausel könne bereits deshalb nicht vorliegen, weil die Klausel keinerlei Rechtsfolgen im Falle der Nichtmeldung vorsehe. Die Wahrnehmung von Schäden an den sich bei den Abonnenten befindenden Smartcards bzw Empfangsgeräten könne nur durch diese erfolgen.

Dazu ist auszuführen:

Die Beurteilung durch das Berufungsgericht ist

zutreffend (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO). Selbst wenn mit der Nichterfüllung der in der Klausel genannten Meldepflicht keine negative Rechtsfolge für den Kunden verbunden sein sollte, es sich bei der Klausel also um eine *lex imperfecta* handeln sollte, könnte sich doch ein Kunde aufgrund ihres Wortlauts verhalten sehen, stets seiner Meldepflicht zu entsprechen. Die Pflichterfüllung würde ihn aber bereits deshalb gröblich benachteiligen, weil die Qualitätssicherung, der die Klausel dienen soll, nicht seine Aufgabe, sondern jene der Beklagten ist.

Zur Klausel 8:

*„Der Abonnent ist verpflichtet, die durch S\* bereitgestellten Smartcards spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Beendigung des Abonnements (unabhängig ob ordentlich oder außerordentlich gekündigt oder auf sonstige Weise beendet) auf eigene Kosten und Gefahr an S\* zurückzusenden, sofern S\* nicht aufgrund von gesetzlichen Widerrufsbestimmungen zur Kosten- und Gefahrtragung verpflichtet ist. Im Fall einer während des Gewahrsams des Abonnenten eingetretenen und von ihm zu vertretenden Beschädigung oder bei einem von ihm zu vertretenden Verlust der Smartcard hat der Abonnent Schadenersatz in der Höhe von € 35,00 zu leisten.“*

Der **Kläger** brachte vor, dass die Inanspruchnahme der Smartcards die Beziehung des kostenpflichtigen S\*-Abonnements voraussetze und in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Abonnement stehe. Die Übergabe des Leihgeräts werde durch die Zahlung des Abonnementbeitrags mitabgegolten. Die Klausel verpflichte den Abonnenten auch bei einer von der Beklagten verschuldeten außerordentlichen Kündigung, auf eigene Kosten und Gefahr die Smartcard an die Beklagte zu



retournieren, sodass sie gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei. Sie sei auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie dem Abonnenten eine Schadenersatzpflicht bei „von ihm zu vertretenden Verlust oder Beschädigung“ auferlege, ohne auf das notwendige Verschulden des Abonnenten hinzuweisen; für diesen sei nicht klar, was „zu vertretend“ bedeute. Die Smartcard könnte in der Sphäre des Kunden auch ohne sein Verschulden in Verlust geraten sein, etwa durch Diebstahl oder höhere Gewalt, zB durch einen Brand. Von einem juristisch nicht versierten Verbraucher könne nicht verlangt werden, den „richtigen“ Sinngehalt zu erkennen.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, dass die Klausel für den Verbraucher nicht gröblich benachteiligend sei, weil ihm die Smartcard im Rahmen eines Leihvertrags unentgeltlich überlassen werde. Der Passus „*bei einem von ihm zu vertretenden Verlust*“ könne nur als Hinweis auf ein schuldhaftes Verhalten verstanden werden, weshalb die Bestimmung auch nicht intransparent sei.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 8 folgende weitere Feststellung:

*„Die Smartcard, die der Entschlüsselung des Programmes der Beklagten dient, wird von dieser leihweise zur Verfügung gestellt. Die Verpflichtung zur Retournierung soll auch Missbrauch durch unberechtigte Zugriffe mittels Hard- und Softwaremanipulationen verhindern.“*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, eine Verpflichtung des Konsumenten, die Smartcard bei jeder Art der Vertragsbeendigung binnen 14 Tagen auf eigene Gefahr und Kosten zurücksenden zu müssen (sofern nicht gesetzliche Widerrufsbestimmungen etwas anderes vorsähen), sei gröblich benachteiligend, vor allem wenn der Kündigungszeitpunkt

und -grund nicht vom Kunden beeinflussbar sei und die Vertragsbeendigung gar auf ein Verschulden der Beklagten zurückgehe. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei ein vom Kunden zu vertretender Verlust (Beschädigung) auch weiter zu verstehen als ein verschuldeter. Der zweite Teil der Klausel sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar sei, unter welchen Voraussetzungen der Kunde hafte, bzw gröblich benachteiligend, wenn zB auch ohne verschuldeten Verzug bei der Rückstellung für die untergegangene Sache Schadenersatz geleistet werden müsste.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Zwar sei eine Verpflichtung zur Rückstellung der Smartcard nicht gröblich benachteiligend, weil sie dem Kunden nur leihweise zur Verfügung gestellt werde. Die Klausel sei aber intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie dem Verbraucher seine tatsächliche Rechtsstellung verschleierte. Durch den Verweis auf „gesetzliche Widerrufsbestimmungen zur Kosten- und Gefahrtragung“ verschleierte sie dem Kunden jene Fälle, in denen die Beklagte zur Kosten- und Gefahrtragung verpflichtet sei. Darüber hinaus bleibe für den Kunden unklar, unter welchen Voraussetzungen eine Beschädigung von ihm „zu vertreten“ sei. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs verstießen Klauseln, die eine Haftung des Verbrauchers für Schadensfälle vorsähen, die von ihm „zu vertreten“ seien, ihn aber nicht darauf hinwiesen, dass diese Verpflichtung Verschulden voraussetze, gegen das Transparenzgebot.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die Klausel sei intransparent, für unrichtig, weil ein Durchschnittsverbraucher „zu vertretender Verlust“ als „schuldhaftes Verhalten“ verstehen und keine darüber

hinausgehenden Interpretationen anstellen werde. Ebenso sei für einen durchschnittlich verständigen Verbraucher durchschaubar, was unter „gesetzliche Widerrufsbestimmungen“ zu verstehen sei.

Dazu ist auszuführen:

Die Argumentation in der Revision überzeugt nicht. Auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts für die Unzulässigkeit der Klausel wegen Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG kann verwiesen werden (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

Zur Klausel 9:

*„Falls eine Änderung des Verschlüsselungssystems gemäß Pkt. 1.5.1 erfolgt, ist S\* berechtigt, die dem Abonnenten überlassene Smartcard und/oder die geliehenen Empfangsgeräte auszutauschen, sofern die Änderung des Verschlüsselungssystems dies notwendig macht.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG und jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Sie regle nicht, wer die Kosten für den Austausch übernehme. Im Übrigen verwies der Kläger auf seine Ausführungen zur Klausel 1.

Die **Beklagte** replizierte, selbst bei kundenfeindlichster Auslegung lasse sich der Klausel nicht entnehmen, dass der Konsument die Kosten für den Austausch der Smartcard oder des geliehenen Empfangsgeräts tragen müsse. Es ergäbe sich vielmehr eindeutig, dass der Austausch von der Beklagten und auf deren Kosten vorgenommen werden könne, zumal sowohl die Smartcard als auch die Empfangsgeräte leihweise und somit kostenlos von der

Beklagten dem Kunden zur Verfügung gestellt würden. Die Klausel sei weder intransparent noch gröblich benachteiligend. Im Übrigen verwies auch die Beklagte auf ihre Ausführungen zur Klausel 1.

Das **Erstgericht** verwies auf seine Erwägungen zu Klausel 1. Aus der Regelung ergäbe sich nicht, dass die Beklagte den Austausch auf ihre Kosten durchzuführen, also auch die Versandkosten zu tragen habe, selbst wenn der Tausch alleine in ihrem Interesse liegen sollte. Die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Das **Berufungsgericht** änderte in diesem Punkt die Entscheidung im klagsabweisenden Sinne ab. Der Klausel könne auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht entnommen werden, dass der Kunde die Kosten des Austauschs zu tragen hätte. Die Klausel verleihe der Beklagten ein Recht zum Austausch, sehe aber keine Kostenersatzansprüche vor. Für einen Kostenersatzanspruch der Beklagten im Fall der Änderung des Verschlüsselungssystems bestehe auch keine vertragliche oder gesetzliche Grundlage. Es sei durchaus sachlich gerechtfertigt, wenn sich die Beklagte das Recht zum Austausch der Smartcard und der geliehenen Empfangsgeräte vorbehalte, weil sie nur so eine allenfalls erforderliche Modernisierung ihres Verschlüsselungssystems umsetzen könne. Die Klausel sei auch nicht unklar oder unverständlich abgefasst.

In seiner **Revision** vertritt der **Kläger** die Ansicht, dass so wie die Klausel 1 auch die Klausel 9 dahin zu verstehen sei, dass der Kunde sein Empfangsgerät und die Smartcard auf eigene Kosten tauschen müsste, um das Programm weiter empfangen zu können. Aus dem Wortlaut der

Klausel ergäbe sich nicht, dass die Beklagte den Austausch auf ihre Kosten durchführen würde, sondern vielmehr, dass der Kunde hier mit Versandkosten belastet werden könnte, selbst wenn der Austausch allein im Interesse der Beklagten gelegen wäre. Die Klausel sähe nämlich die Berechtigung der Beklagten zum Austausch der Smartcard und/oder der Endgeräte vor. Smartcard und Endgeräte befänden sich beim Kunden der Beklagten, sodass dieser Austausch nur so vor sich gehen könne, dass die bisherige Smartcard und das bisherige Endgerät räumlich vom Kunden zur Beklagten gelangten. Dementsprechend sei die Klausel entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sehr wohl so zu verstehen, dass die Kunden der Beklagten hier mit Versandkosten belastet würden.

Dazu ist auszuführen:

Die Beurteilung durch das Berufungsgericht ist zutreffend (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO). Es besteht auch keine Inkonsistenz zur Beurteilung der Klausel 1, da dort lediglich geregelt ist, dass die Beklagte ihr Verschlüsselungssystem ändern dürfe, die Frage des Austauschs dort aber völlig offen bleibt, sodass sich bei Klausel 1 möglicherweise der Kunde (auf seine Kosten) darum kümmern müsste. Demgegenüber ist bei Klausel 9 ein Austauschrecht der Beklagten geregelt, ohne dass eine Kostentragungspflicht des Kunden vorgesehen wäre. Hat eine Vertragspartei ein Recht, so trägt sie für dessen Ausübung die Kosten, sofern keine Kostentragung durch den Vertragspartner vorgesehen ist. Aus dem „Fehlen“ einer Kostentragungsregel ergibt sich diesbezüglich somit keine Unklarheit. Eine Kostentragung durch den Kunden ergibt sich auch nicht bei der im Verbandsprozess gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (RS0016590) der Klausel. Auch die kundenfeindlichste Auslegung ist immer noch

Auslegung, weshalb sie sich an den §§ 914 f ABGB zu orientieren hat (*P. Bydlinski*, Thesen zur praktischen Handhabung des „Transparenzgebots“ [§ 6 Abs 3 KSchG], JBl 2011, 141 [142]; vgl auch *Koziol*, Auslegung und Beurteilung der Sittenwidrigkeit von AGB-Klauseln im Verbandsprozess, RdW 2011, 67 [69]: Irrelevanz einer Auslegung, die so fern liegt, dass sie nach den Grundsätzen des § 914 ABGB überhaupt nicht mehr in Betracht kommt). Dass der Abonnent (Kunde), wenn die Beklagte von ihrem Recht, die dem Abonnenten überlassene Smartcard und/oder die geliehenen Empfangsgeräte auszutauschen, Gebrauch macht, irgendwelche Kosten tragen müsste, ist nicht nur dem Wortlaut der Klausel nicht zu entnehmen, für eine Kostentragung des Kunden spricht auch nicht irgendeine denkbare, anhand der §§ 914 und 915 ABGB erfolgende Auslegungsvariante der Klausel. Aus dem Umstand, dass sich Smartcard und Endgerät beim Kunden befinden, kann entgegen der Revision keine Verpflichtung des Kunden zu deren Übersendung an die Beklagte bzw zur Tragung der damit einhergehenden Kosten abgeleitet werden; die Beklagte könnte die Objekte auch beim Kunden abholen.

Zur Klausel 11:

*„Falls der Abonnent S\* nicht über Änderungen der Anschrift informiert, dann gelten Mitteilungen auch dann, wenn sie dem Abonnenten tatsächlich nicht zugegangen sind, als zugegangen, wenn S\* diese Mitteilungen an die vom Abonnenten zuletzt bekannt gegebene Anschrift übermittelt hat. In diesem Fall gilt die Zustellung an eine innerhalb von Österreich gelegene Adresse am 3. Werktag ab Versanddatum als bewirkt.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel lasse die faktische Übermittlung einer Nachricht genügen. Die

Übermittlung sei bei kundenfeindlichster Auslegung nicht mit dem Zugang gleichzusetzen, welcher vom Unternehmer aber nachgewiesen werden müsse, um die Zugangsfiktion des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG in Anspruch nehmen zu können. Darüber hinaus entspreche die Festlegung, wonach die Zustellung an eine innerhalb von Österreich gelegene Adresse am dritten Werktag ab Versanddatum jedenfalls bewirkt sei, nicht den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Die Klausel sei zudem gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da nach ihr selbst beispielsweise bei einem Verlust des zuzustellenden Schriftstücks auf dem Postweg die Zustellung am dritten Werktag ab Versanddatum bewirkt wäre, wofür keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich sei.

Die **Beklagte** bestritt und erwiderte, unter Übermittlung sei laut „Duden“ unter anderem „etwas an jemanden gelangen lassen“ bzw „zukommen“ zu verstehen. Bereits aus dem Wortlaut der Klausel ergäbe sich somit, dass unter Übermittlung die Versendung samt Zugang einer Mitteilung zu verstehen sei.

Das **Erstgericht** qualifizierte die Klausel sowohl als Verletzung des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG als auch als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Nach ihrem Wortlaut greife die Zugangsfiktion drei Werktage ab dem Versand durch die Beklagte, und zwar unabhängig davon, wie lange die Postzustellung gebraucht habe und ob die Sendung überhaupt jemals an der zuletzt bekannten Adresse zugestellt werden konnte. Der Gedanke hinter § 6 Abs 1 Z 3 KSchG – sowie der Empfangstheorie generell – sei aber, dass die Sendung in den Machtbereich des Adressaten gelange und er sich dadurch zumindest Kenntnis vom Inhalt verschaffen könnte. Dies werde auch im Falle eines Wohnortwechsels unterstellt, sei aber nicht gewährleistet, wenn nicht einmal

der Zugang an die alte Adresse erfolgen müsse. Fingiert werde nur der Schritt „Zustellung – Zugang Empfänger“, nicht der vorgelagerte Schritt „Aufgabe Versender – Zustellung“. Zweck des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG sei es zu verhindern, dass das Risiko des Zugangs von Unternehmererklärungen auf den Verbraucher überwältzt werde.

Das **Berufungsgericht** bestätigte die Verletzung des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Danach seien solche Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen sei, als ihm zugegangen gelte, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekanntgegebene Anschrift des Verbrauchers „gesendeten“ Erklärung für den Fall handle, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift nicht bekanntgegeben habe. Der Oberste Gerichtshof interpretiere diese Vorschrift dahingehend, dass die Zustellungsfiktion voraussetze, dass der Unternehmer die Zustellung an die letzte bekanntgegebene Adresse beweisen könne. Das Verbot von Zugangsfiktionen beziehe sich dabei auch auf die Frage des Zeitpunkts des Zugangs. Wenn die Klausel die Zugangsfiktion davon abhängig mache, dass die Beklagte die Mitteilung an die zuletzt genannte Adresse „übermittelt“ habe, und das Zustelldatum mit dem dritten Werktag „ab Versanddatum“ fingiere, so müsse die Beklagte zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung nur das Versenden des Schriftstücks, nicht aber den Zugang an der angegebenen Adresse beweisen, um sich gegenüber ihren Kunden auf den Zugang des Schriftstücks berufen zu können.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** ihren



Standpunkt aufrecht, dass die Klausel nur jene Fälle erfasse, in denen die Postsendung in den Machtbereich des Abonnenten gelangt und diesem damit zugestellt worden sei.

Dazu ist auszuführen:

Synonyme von „übermitteln“ sind „schicken“ und „senden“ (Duden, Bedeutungswörterbuch<sup>4</sup> 954). Bei der im Verbandsprozess gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (RS0016590) ist damit davon auszugehen, dass übermitteln hier bloß „absenden“ bedeutet, zumal die Beklagte in ihrer Klausel nicht auf den Zugang ihrer Mitteilung an der zuletzt bekannt gegebenen Anschrift, sondern auf das bloße Verstreichen einer bestimmten Zeitspanne ab Versanddatum abstellt. Dass ausgehend hiervon – wie vom Berufungsgericht dargelegt – nach der Rechtsprechung ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG vorliegt, zieht die Beklagte in der Revision nicht in Zweifel.

Zur Klausel 12:

*„Die unaufgeforderte Rückgabe einer Smartcard oder eines Leih-Empfangsgeräts während aufrechtem Abonnement entbindet den Abonnenten nicht von der Zahlungspflicht der vertraglich vereinbarten monatlichen Beiträge. Dies gilt nicht bei der fristgerechten Ausübung des gesetzlichen Widerrufsrechts.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sei nach kundenfeindlichster Auslegung gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Sie spreche von einer unaufgeforderten Rückgabe, ohne nach deren Grund zu differenzieren. Eine solche könne jedoch auch etwa im Fall einer außerordentlichen Kündigung durch den Abonnenten bzw im Fall bestrittener Gewährleistungsmängel erfolgen. Für diese Fälle würde nach der Klausel unzulässigerweise die Zahlungspflicht weiterhin bestehen.

Die **Beklagte** erwiderte, diese Klausel habe lediglich das *unbegründete* Rücksenden der leihweise zur Verfügung gestellten Smartcard oder des Empfangsgeräts *während aufrechten Abonnementvertrags* vor Augen. Damit sei der Fall einer Rücksendung bei außerordentlicher Kündigung durch den Verbraucher nicht von ihr umfasst. Darüber hinaus würden die Smartcards und die Empfangsgeräte von der Beklagten kostenlos leihweise dem Verbraucher zur Verfügung gestellt, sodass die Gewährleistungsregeln nicht anzuwenden seien und der vom Kläger angeführte Fall bestrittener Gewährleistungsmängel nicht eintreten könne.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 8 folgende weitere Feststellung:

*„Retoursendungen werden bei der Beklagten grundsätzlich automatisch abgewickelt, sodass jegliche Abweichung bzw Änderung der Klausel auch Änderungen im abwicklungstechnischen Bereich nach sich ziehen müsste. Vertragskündigungen sind im Abschnitt 9 der AGB geregelt; Pkt 9.1. der AGB idF 22. 2. 2016 und 2. 11. 2016 sieht ein Schriftformgebot für Kündigungen durch den Kunden vor.“*

Rechtlich beurteilte das Erstgericht die Klausel als zulässig. Sie stehe in Einklang mit den Kündigungsvorschriften, nach denen eine Kündigung durch den Kunden schriftlich erfolgen müsse, was nach § 6 Abs 1 Z 4 KSchG zulässig vereinbart werden könne. Da die Klausel ausdrücklich auf eine Rückgabe „während aufrechem Abonnement“ abstelle, verstoße sie auch nicht gegen § 864 Abs 2 ABGB. Die Klausel sei als bloßer Hinweis zu verstehen, dass mit der faktischen (unaufgeforderten) Rückgabe der Geräte keine Rechtsfolgen verbunden seien, sondern Kündigungen oder Gewährleistungsansprüche explizit

geltend gemacht werden müssten.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Der Klausel sei auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht zu entnehmen, dass der Kunde trotz einer berechtigten Kündigung oder der Geltendmachung gewährleistungsrechtlicher Ansprüche die monatlichen Entgelte weiter zahlen müsste. Die Klausel mache den Kunden lediglich darauf aufmerksam, dass ihn die unaufgeforderte Rückgabe der Geräte „während aufrechem Abonnements“ nicht von seiner Zahlungspflicht befreie, was der dispositiven Rechtslage entspricht.

Der **Kläger** hält in seiner **Revision** seinen Rechtsstandpunkt aufrecht und führt ergänzend aus, die Klausel ordne bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung schlicht an, dass im Fall jeder Rückgabe, die nicht auf einer Aufforderung durch die Beklagte beruhe, das Entgelt weiter zu zahlen wäre. Als Ausnahme, die von der Zahlungspflicht entbinde, werde nur die fristgerechte Ausübung des gesetzlichen Widerrufsrechts genannt. Nur diese solle den Abonnenten nach der Klausel von der Zahlungspflicht der vertraglich vereinbarten monatlichen Beiträge entbinden. E contrario könne hieraus abgeleitet werden, dass in den Fällen, in denen eine Rückgabe aufgrund einer außerordentlichen Kündigung durch den Abonnenten und/oder im Fall bestrittener Gewährleistungsmängel stattfinde, der Kunde nicht von der Pflicht zur Zahlung der vereinbarten monatlichen Beiträge entbunden sei.

Dazu ist auszuführen:

Die Revision des Klägers überzeugt in diesem Punkt nicht. Die Klausel regelt allein, ob die unaufgeforderte Rückgabe einer Smartcard oder eines Leih-Empfangsgeräts während aufrechem Abonnement den Abonnenten von seiner

Zahlungspflicht entbindet. Sie normiert ausschließlich, dass die Rücksendung alleine – mit der in der Klausel genannten Ausnahme – noch nicht die Zahlungspflicht entfallen lässt; dass also der Rücksendung kein Erklärungswert beigemessen wird. Aus der Klausel kann – auch bei kundenfeindlichster Auslegung – nicht im Umkehrschluss geschlossen werden, dass jede unaufgeforderte Rückgabe eine Zahlungspflicht zur Folge haben soll, selbst wenn diese sonst entfallen würde. Erfolgt die Rücksendung im Zusammenhang mit einer ausdrücklich erklärten (berechtigten) außerordentlichen Kündigung (abgesehen davon, dass es sich dann nicht mehr um einen aufrechten Vertrag handelt) oder sonst in einem Fall, in den die Zahlungspflicht entfällt (etwa zeitweise Preisminderung wegen notwendigen Austauschs des defekten Geräts im Gewährleistungsfall), lebt die Zahlungspflicht also nicht bloß deshalb wieder auf, weil das Gerät unaufgefordert zurückgesendet wird. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen verwiesen werden (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

Zur Klausel 13:

*„Die Zahlungen im Rahmen der Geschäftsbeziehung, insbesondere der Abonnementbeiträge sowie der Entgelte für abgerufene kostenpflichtige Programminhalte im Rahmen von Zusatzdiensten, erfolgen über Kreditkarte, PayPal oder im SEPA Basislastschriftverfahren.“*

Der **Kläger** brachte vor, durch die Einschränkung auf die drei genannten Zahlungsarten liege eine gröbliche Benachteiligung des Abonnenten im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vor, weil es nicht im Interesse eines Konsumenten liege, dass Barzahlungen oder Überweisungen, also ganz alltägliche und gebräuchliche Zahlungsarten, zur Gänze

ausgeschlossen seien. Nach der Klausel sei für Konsumenten, die keine Kreditkarte hätten und PayPal nicht verwendeten, das SEPA-Lastschriftverfahren de facto die einzig zulässige Zahlungsart. Auch wenn das Lastschriftverfahren in vielen Fällen zahlreiche Vorteile mit sich bringe, könne dennoch keine Rede davon sein, dass der Ausschluss insbesondere der Zahlungsart Überweisung absolut branchenüblich sei.

Die **Beklagte** erwiderte, es sei absolut branchenüblich, dass insbesondere die Bezahlung der Abonnementbeiträge in bar ausgeschlossen werde, weil dies bei der Vielzahl an Abonnenten administrativ nicht möglich sei. Die vom Konsumenten in aller Regel bevorzugte Zahlungsart sei das Lastschriftverfahren. Nach der vom Kläger ins Treffen geführten Entscheidung 7 Ob 151/07t läge eine grobe Benachteiligung des Konsumenten dann vor, wenn das Lastschriftverfahren die einzig zulässige Zahlungsart wäre, was hier aber nicht der Fall sei.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 13 folgende weitere Feststellungen:

*„Neben den drei gängigen Zahlungsarten Kreditkarte, PayPal oder SEPA Basislastschriftverfahren vereinbart die Beklagte im Einzelfall Zahlungen mittels Überweisung. Bei Überweisungen durch Kunden kommt es aber oftmals zu Komplikationen, wenn zu hohe oder zu niedrige Beträge überwiesen werden, was einen Mahnlauf in Gang setzen kann, jedenfalls aber zu einem erhöhten Aufwand für alle Beteiligten führt. Barzahlungen sind für die Beklagte schwer administrierbar, weil die Abonnementbeiträge monatlich fällig sind, nicht bloß geringfügig, und es keine Zahlstellen wie Geschäftsräume oder Shops gibt.“*

Rechtlich beurteilte das Erstgericht die Beschränkung auf die drei Zahlungsarten als gröblich

benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Eine monatliche Barzahlung für Kunden eines internationalen Pay-TV-Anbieters sei zwar kein gängiges Instrument und wäre für die Beklagte mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Es sei aber nicht einsichtig, warum den Kunden nicht die Möglichkeit einer Überweisung zugestanden werde, sei diese doch nicht mehr oder weniger fehleranfällig als eine Zahlung mittels PayPal. Nach der Klausel müsse der Kunde entweder über eine Kreditkarte oder ein PayPal-Konto verfügen, welches aufgrund der Kosten und Risiken des bargeldlosen Zahlungsverkehrs nicht jeder habe bzw wolle, oder der Beklagten den Einzug erlauben. Bei einer Belastung durch die Beklagte mittels Bankeinzug bzw Kreditkarte bestehe zudem die Gefahr, dass der Kunde bei der Durchsetzung von Ansprüchen in die schlechtere Position gerate, weil er zu unrecht eingezogene Beträge zurückfordern müsse und nicht etwa bei aus seiner Sicht falschen Vorschreibungen die Überweisung unterlassen könne.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Beurteilung. Der Oberste Gerichtshof habe bereits entschieden, dass es eine gröbliche Benachteiligung sei, wenn das Lastschriftverfahren als einzig zulässige Zahlungsart vereinbart werde. Es widerspreche nämlich den Interessen des Konsumenten, wenn Barzahlungen oder Überweisungen als alltägliche und gebräuchliche Zahlungsarten gänzlich ausgeschlossen würden und er mit den grundsätzlichen Vorteilen des Einzugsverfahrens gleichsam „zwangsbeglückt“ werde. Hier würden den Kunden zwar drei Zahlungsarten zur Auswahl gestellt, die Klausel schließe aber Banküberweisungen aus, obwohl es sich dabei um eine weit verbreitete Zahlungsart handle. Dies bedeutet für den Kunden, dass er die Leistungen der Beklagten nur in Anspruch nehmen

könne, wenn er entweder der Beklagten oder zumindest dem PayPal-Anbieter die Verfügungsberechtigung über sein Konto einräume oder aber die mit einem Kreditkartenvertrag verbundenen Kosten auf sich nehme. Dies benachteilige den Kunden erheblich und werde auch durch den Umstand, dass es bei Banküberweisungen zu gelegentlichen Fehlbuchungen kommen könne, nicht gerechtfertigt. Da die Banküberweisung eine gebräuchliche und nach der Verkehrssitte allgemein akzeptierte Zahlungsart sei, sei ihr Ausschluss im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

In ihrer **Revision** führt die **Beklagte** ins Treffen, dass die feststehende Fehleranfälligkeit von Banküberweisungen häufig zu Nachteilen für die Kunden führe, etwa durch Ingangsetzung des Mahnlaufs. Gerade diesen für den Verbraucher nachteiligen Folgen versuche die Klausel durch Ausschluss von Banküberweisungen zugunsten des jeweiligen Verbrauchers entgegenzuwirken. Darüber hinaus beziehe sich die von den Vorinstanzen zitierte Entscheidung 7 Ob 151/07t auf Fälle, in welchen das Lastschriftverfahren die einzige zulässige Zahlungsart sei, wohingegen hier dem Verbraucher drei Alternativen zur Verfügung stünden. Das SEPA-Lastschriftverfahren biete im Vergleich zu anderen angebotenen Zahlungsmethoden Vorteile für Verbraucher, nämlich ein Schutz vor Fristversäumnissen, keine Gefahr von Mahngebühren wegen verspäteter Zahlung, ein Rückbuchungsrecht bei der Einzugsermächtigung innerhalb der sechswöchigen Widerspruchsfrist, keine Festlegung auf einen bestimmten Betrag und keine Bankgebühren für Lastschriftrückgaben. Es möge zutreffen, dass die Banküberweisung grundsätzlich eine gebräuchliche und allgemein akzeptierte Zahlungsart sei;

gerade in Fällen wie diesen, in welchen es sich nicht um eine einmalige Zahlung, sondern um typischerweise monatlich zu bezahlende Abonnementbeiträge handle, sei allerdings die Gefahr von Überweisungsfehlern durch den Verbraucher und für diesen damit verbundenen Nachteilen besonders hoch. Darüber hinaus wäre insbesondere bei „Pay-per-view“-Angeboten eine Zahlung mittels Banküberweisung faktisch nicht möglich. Der Zuschauer zahle dabei nämlich im Vorhinein für Sendungen, die zu einem fixen Termin von der Beklagten „freigeschaltet“ würden, wie zB Live-Sport-Übertragungen. Eine Bezahlung mittels Banküberweisung wäre dabei nicht möglich, weil sich der Zuschauer im Regelfall erst kurz vor der Live-Sendung entschieße, das Angebot in Anspruch zu nehmen.

Dazu ist auszuführen:

Der Oberste Gerichtshof sprach in 4 Ob 50/00g (= RS0113222) aus, dass mit dem Einzugsermächtigungsverfahren, zumal es grundsätzlich allen Beteiligten Vorteile bietet, eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners auch dann noch nicht verbunden sei, wenn der Schuldner zum Ausgleich für die mit der Nichterteilung einer Einzugsermächtigung verbundenen Kostennachteile des Gläubigers diesem eine mäßige Zahlscheingebühr („Barzahleraufschlag“) zu entrichten habe.

Bezugnehmend auf diese Entscheidung führte der Oberste Gerichtshof in 7 Ob 151/07t [zu Klausel 7] aus, dass eine grobe Benachteiligung des Konsumenten im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB aber dann vorliege, wenn das Lastschriftverfahren die einzig zulässige Zahlungsart sein soll. Es liege nämlich keinesfalls im Interesse eines Konsumenten, dass alltägliche und gebräuchliche Zahlungsarten wie Barzahlung oder Überweisung zur Gänze



ausgeschlossen seien.

Wie in 7 Ob 151/07t hatte auch in der jüngst ergangenen Entscheidung 1 Ob 124/18v [Klausel 5] der Oberste Gerichtshof eine Klausel zu beurteilen, die die Lastschrift als einzige Zahlungsart zuließ. Der Oberste Gerichtshof führte aus, dass zwar das Lastschriftverfahren vereinbart werden dürfe, dies aber nicht heiße, dass dem Verbraucher eine andere Zahlungsart abgeschnitten werden dürfe. § 6a KSchG solle dem Verbraucher nur das Recht auf Zahlung mittels Banküberweisung gewährleisten. Nach dispositivem Recht könnten verschiedene Zahlungsarten vereinbart werden. Ließen die AGB von vornherein nur eine bestimmte Zahlungsart zu, so entspreche die Klausel nicht dem dispositiven Recht, sondern schränke im Vergleich dazu die rechtlichen Möglichkeiten des Verbrauchers ein; sie weiche also vom dispositiven Recht ab. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs könne ein Abweichen vom dispositiven Recht unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sein, wenn sich dafür keine sachliche Rechtfertigung ins Treffen führen lasse, jedenfalls aber dann, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen stehe. Auch wenn es zutreffen möge, dass das Lastschriftverfahren für den Verbraucher besonders vorteilhaft sein könne, sei die Klausel gröblich benachteiligend, weil sie ihm die Wahl der Zahlungsart weitgehend einschränke. Die gröbliche Benachteiligung liege in der Beschneidung der Wahlmöglichkeit.

Der Senat hat erwogen:

Gemäß der durch das Zahlungsverzugsgesetz (BGBl I 2013/50) eingefügten Bestimmung des § 907a Abs 1

Satz 1 ABGB ist eine Geldschuld am Wohnsitz oder an der Niederlassung des Gläubigers zu erfüllen, indem der Geldbetrag dort übergeben bzw dorthin übermittelt oder auf ein vom Gläubiger bekanntgegebenes Bankkonto überwiesen wird. Das Wahlrecht zwischen den Modalitäten Barzahlung und Überweisung hat der Schuldner (ErläutRV 2111 BlgNR 24. GP 11; *Bollenberger* in KBB<sup>5</sup> § 907a Rz 1). § 907a Abs 1 Satz 1 ABGB ist dispositives Recht (ErläutRV 2111 BlgNR 24. GP 13; *Kietaibl/Ladler* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 907a Rz 7, 18). Er gestattet daher grundsätzlich die Vereinbarung, dass dem Schuldner nur die eine oder andere Zahlungsweise zusteht (*Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>4</sup> § 907a Rz 13). Den Parteien steht es aber auch frei, andere Erfüllungsarten als die in Abs 1 genannten zu vereinbaren, wie beispielsweise Zahlung mittels Kreditkarte oder im Wege der Einziehung durch den Gläubiger (ErläutRV 2111 BlgNR 24. GP 14; *Kietaibl/Ladler* aaO Rz 18; *Stabentheiner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> [ErgBd; 2017] § 907a Rz 35).

Für den Anwendungsbereich des § 1 KSchG bestimmt die gleichfalls mit dem Zahlungsverzugsgesetz eingefügte Bestimmung des § 6a Abs 1 Satz 1 KSchG, dass der Unternehmer dem Verbraucher für die Erfüllung von dessen Geldschuld ein verkehrsübliches Bankkonto bekanntzugeben hat, sofern nicht nach der Natur des Vertragsverhältnisses – wie etwa bei Zug um Zug zu erfüllenden Verträgen – Barzahlung verkehrsüblich ist. Durch die Verpflichtung des Unternehmers zur Bekanntgabe einer verkehrsüblichen Bankverbindung soll gewährleistet werden, dass dem Verbraucher zur Erfüllung seiner Geldschuld der einfache Weg einer Banküberweisung offensteht (ErläutRV 2111 BlgNR 24. GP 32), ihm also die Wahlmöglichkeit des

§ 907a ABGB (Geldübergabe oder Geldüberweisung) sicherzustellen (*Kietaibl/Ladler* aaO Rz 57).

Dies gilt nach Satz 2 *leg cit* jedoch nicht, „*wenn eine bestimmte andere Art der Erfüllung – etwa im Weg der Einziehung oder mittels Kreditkarte – vereinbart wurde*“. Durch diesen erst von ihm eingefügten Satz wollte der Justizausschuss klarstellen, „*dass vertragliche Vereinbarungen über eine andere Art der Geldschulderfüllung als durch Banküberweisung weiterhin zulässig sind, dass also auch im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis weiterhin beispielsweise Erfüllung im Einziehungsverfahren oder Kreditkartenzahlung wirksam vereinbart werden kann*“ (JAB 2178 BlgNR 24. GP 2).

Im streitgegenständlichen Bereich von Bezahlfernsehen (Pay-TV) liegt auf der Hand, dass Barzahlung nicht verkehrüblich ist. Die Beklagte wäre daher nach § 6a Abs 1 Satz 1 KSchG grundsätzlich verpflichtet, ihren Kunden – um ihnen die Wahlmöglichkeit des § 907a ABGB (Übergabe oder Überweisung) sicherzustellen – ein Bankkonto zu benennen. Dies gilt aber nicht, „*wenn eine bestimmte andere Art der Erfüllung – etwa im Weg der Einziehung oder mittels Kreditkarte – vereinbart wurde*“.

Bei Vorliegen einer (gültigen) Vereinbarung im Sinne des § 6a Abs 1 Satz 2 KSchG ist es daher zulässig, wenn der Unternehmer dem Verbraucher nicht die Möglichkeit einräumt, seine Schuld durch Überweisung zu begleichen; er hat ja bei Vorliegen einer solchen Vereinbarung gerade keine Pflicht, dem Verbraucher ein Bankkonto bekanntzugeben (*Kietaibl/Ladler* aaO Rz 57). Aus dem Fehlen der Möglichkeit der Banküberweisung kann damit noch nicht die Ungültigkeit einer Vereinbarung nach § 6a Abs 1 Satz 2 KSchG abgeleitet werden. Ansonsten läge nämlich ein Zirkelschluss vor: Man

begründete die Ungültigkeit einer Vereinbarung im Sinne des § 6a Abs 1 Satz 2 KSchG mit dem Fehlen der Möglichkeit einer Überweisung, obgleich der Gesetzgeber den Unternehmer von der Verpflichtung zur Bekanntgabe eines Kontos zwecks Geldüberweisung befreit, wenn eine gültige Vereinbarung im Sinne des § 6a Abs 1 Satz 2 KSchG vorliegt.

Die Ungültigkeit einer Vereinbarung im Sinne des § 6a Abs 1 Satz 2 KSchG kann daher nur aus anderen Aspekten als jenen des Fehlens einer Überweisungsmöglichkeit abgeleitet werden.

Bei all dem ging der Gesetzgeber aber wohl vom Vorliegen eines Zielschuldverhältnisses aus. Hier liegt demgegenüber ein Dauerschuldverhältnis vor, bei dem die Höhe der vom Verbraucher zu begleichenden Schuld je nach Konsum weiterer – im vereinbarten Normalangebot nicht enthaltener – Sendungen regelmäßig schwankt. Gerade in einem solchen Fall geht mit dem automatischen Einzug des (bloß) aus Sicht der Beklagten vom Verbraucher geschuldeten Entgelts für diesen ein erheblicher Nachteil einher, zumal es an ihm liegt, bei einem zu hohen Einzug aktiv zu werden und fristgerecht die Rückzahlung zu begehren. Auch bei Hinterlegung der Kreditkartendaten liegt diese Last beim Verbraucher, ohne dass er die Höhe seiner Schuld selbstbestimmt vor Zahlung einschätzen könnte. Daneben ist die Zahlungsmöglichkeit mittels „PayPal“ im Vergleich zum etablierten Institut der Überweisung weniger gebräuchlich. Verbraucher, die damit keine Erfahrung haben, keinen weiteren Account unter Offenlegung ihrer Daten errichten wollen und daher vor dieser ihnen neuen Zahlungsmöglichkeit zurückschrecken, werden dadurch faktisch gezwungen, Einzüge von ihrem Konto – sei es im Wege des SEPA-Lastschriftverfahrens, sei es im Wege der Kreditkarte –

zunächst hinzunehmen. Die Klausel ist für den Verbraucher – ungeachtet dessen, dass ihm durchaus nicht wie in 7 Ob 151/07t und 1 Ob 124/18v nur eine einzige Zahlungsart verbleibt – gröblich benachteiligend.

Zur Klausel 14:

*„Der Einzug von Entgelten im SEPA Basislastschriftverfahren erfolgt mindestens ein Mal monatlich zu Beginn des Folgemonats. Bei Bankeinzügen im SEPA Basislastschriftverfahren kann S\* dem Kontoinhaber den Lastschrifteinzug mit einer verkürzten Ankündigungsfrist von mindestens 5 Tagen mitteilen. Wird ein Bankeinzug durch einen vom Abonnenten zu vertretenden Umstand zurückgerufen, ist S\* berechtigt, vom Abonnenten ein Bearbeitungsentgelt in der Höhe von € 10,00 pro Rückbuchung einzuheben, sowie den Bearbeitungsaufwand, den die Bank S\* vorschreibt, zu verrechnen.“*

Der **Kläger** beanstandete die Klausel zum einen als intransparent, weil sie offenlasse, wann genau welche Beträge abgebucht würden, und unklar sei, was ein vom Abonnenten „zu vertretender Umstand“, ein „Zurückrufen des Bankeinzuges“ und der Begriff „Entgelt“ genau bedeuten. Die Klausel räume der Beklagten zudem das Recht ein, innerhalb eines Monats beliebig oft nicht näher bestimmte Entgelte vom Konto des Konsumenten einzuziehen und sei daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Auch handle es sich beim Bearbeitungsentgelt von 10 EUR um einen pauschalierten Schadenersatz, der aber zum konkreten Aufwand in keinem angemessenen Verhältnis stehe.

Die **Beklagte** bestritt und wandte ein, dass die Klausel den Zeitpunkt des Bankeinzugs möglichst genau beschreibe. Sie stelle lediglich dar, dass der monatliche Abonnementbeitrag im Folgemonat abgebucht werde und

allfällige zusätzliche Entgelte für beispielsweise vom Verbraucher in Anspruch genommene Pay-per-view“-Dienste ebenfalls gesondert abgebucht werden könnten. Die Wendung „zu vertretender Umstand“ impliziere, dass lediglich bei Verschulden des Verbrauchers ein Bearbeitungsentgelt eingehoben werden dürfe. Das Bearbeitungsentgelt von 10 EUR stehe in einem angemessenen Verhältnis zum konkreten Aufwand.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 14 folgende weitere Feststellungen:

*„Neben dem Abonnementbeitrag gibt es weitere Beträge, die dem Kunden verrechnet werden können, wie einmalige Aktivierungsgebühren oder Logistikpauschalen, sowie Entgelte für Zusatzdienste wie gesondert kostenpflichtige 'pay per view'-Inhalte; diese werden uU zu unterschiedlichen Zeitpunkten fällig und daher auch unterschiedlich eingezogen. Bei einer Rücklastschrift muss der Fall bei der Beklagten manuell bearbeitet werden, wobei nicht festgestellt werden kann, welchen konkreten Aufwand dies hervorruft. Die Beklagte verrechnet diesfalls de facto kein Bearbeitungsentgelt, sondern nur eine Mahngebühr (wenn überhaupt gemahnt werden muss), die ebenfalls 10 EUR pro Mahnung beträgt. Der Mahnlauf bei der Beklagten ist sehr komplex und wird grundsätzlich standardisiert edv-technisch abgewickelt. Im System der Beklagten sind unterschiedliche Kundengruppen definiert, auf die jeweils die Mahnungen abgestimmt sind. Diese Mahnschreiben werden idR vom System automatisch befüllt und versandt, wofür auch die im System hinterlegten Mahnkosten berechnet werden. Ist dies nicht möglich, etwa auch aufgrund von Systemfehlern, müssen die Mahnungen manuell bearbeitet werden. Bei einer Änderung der*

*Regelungen über die Mahngebühren müsste daher auch der technische Ablauf im System geändert werden.“*

Rechtlich beurteilte das Erstgericht die Klausel als insgesamt intransparent und gröblich benachteiligend. Das Erstgericht verwies auf seine Ausführungen zur Klausel 6 und darauf, dass nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs die Festsetzung eines Minimums an zu leistendem Schadenersatz, ganz unabhängig davon, ob überhaupt ein Aufwand anfalle, gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei. Die hier in jedem Fall vorgesehene Einhebung von pauschal 10 EUR zuzüglich allfälliger Bankspesen sei daher unzulässig. Ob diese Spesen realiter tatsächlich vorgeschrieben würden, sei im Verbandsprozess unbeachtlich. Weiters verwies das Erstgericht auf seine Erwägungen zur Klausel 8; weil ein „zu vertretender Umstand“ etwas anderes sein könne als ein „verschuldeter“ und die Voraussetzungen für die Schadenersatzpflicht nicht klar definiert seien, sei die Klausel intransparent bzw gröblich benachteiligend, sofern Schadenersatz ohne Verschulden geleistet werden solle. Bei kundenfeindlichster Auslegung räume die Klausel der Beklagten zudem das Recht ein, die Einziehung ohne sachlich nachvollziehbare Gründe beliebig aufzuteilen. Dadurch könne der Kunde benachteiligt werden, etwa wenn er Kontoführungsgebühren pro Transaktion bzw Buchungszeile zahle.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Der Rechtfertigung der Beklagten in der Berufung für die Berechtigung zu mehrfachen Abbuchungen, die Entgelte würden zu unterschiedlichen Zeitpunkten fällig, hielt es entgegen, dass die Klausel dennoch gröblich benachteiligend sei, weil die Beklagte dadurch das Recht für sich beanspruche, die von ihrem Kunden geschuldeten

Entgelte in Teilbeträgen sowohl unmittelbar nach Fälligkeit als auch „zu Beginn des Folgemonats“ einzuziehen. Dies könne nicht nur unnötige Kontoführungsgebühren verursachen sondern dem Verbraucher auch die Überprüfung der Abbuchungen erheblich erschweren. Die Klausel sei auch deshalb gröblich benachteiligend, weil der Verbraucher nach einem von ihm zu vertretenden Widerruf des Bankeinzugs zusätzlich zum pauschalierten Bearbeitungsentgelt auch jenen Bearbeitungsaufwand, den „die Bank“ der Beklagten vorschreibe, ersetzen solle. Die Höhe und die Berechtigung dieser Vorschreibungen seien für den Verbraucher nicht vorhersehbar. Wenn das Erstgericht die Klausel zudem als intransparent qualifizierte, weil sie auf „von Abonnenten zu vertretende Umstände“ abstelle, ohne darauf hinzuweisen, dass diese Zahlungspflicht nur bei Verschulden des Verbrauchers bestehen könne, so entspreche dies der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs.

In ihrer **Revision** führt die **Beklagte** aus, weil die in den Feststellungen des Erstgerichts aufgezählten Entgelte zu unterschiedlichen Zeitpunkten fällig würden, sei ein Einzug derselben „mindestens ein Mal monatlich“ erforderlich. Auch sei es sachlich gerechtfertigt, dass die Kunden jenen Bearbeitungsaufwand begleichen müssten, den die Bank der Beklagten vorschreibe. Dass die Beklagte diesen Aufwand leisten müsse, obwohl es sich um von dem jeweiligen Kunden zu vertretende Rückbuchungen handelte, könne von ihr nicht erwartet werden. Für einen durchschnittlich verständigen Verbraucher sei auch klar, dass mit einem „vom Abonnenten zu vertretenden Umstand“ sein „schuldhaftes Verhalten“ gemeint sei.

Dazu ist auszuführen:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass maßgeblich



für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig im Sinne des § 6 KSchG nicht die Gliederung des Klauselwerks ist. Es können vielmehr auch zwei (oder gar mehr) unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGB enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (6 Ob 140/06s mwN).

In diesem Sinne enthält die Klausel 14 drei eigenständige Regelungen, zum einen jene des Zeitpunkts bzw der Häufigkeit des Einzugs (Satz 1), zum anderen jene der Mitteilung des Lastschrifteinzugs mit einer verkürzten Ankündigungsfrist bei Bankeinzügen im SEPA-Basislastschriftverfahren (Satz 2), und letztlich jene eines Bearbeitungsentgelts und der Verrechnung eines Bearbeitungsaufwands (Satz 3).

Hinsichtlich des Satzes 3 der Klausel übergeht die Beklagte den Umstand, dass es danach bereits ausreicht, dass die Bank der Beklagten einen Bearbeitungsaufwand vorschreibt, um den Kunden zum Ersatz dieses Aufwands zu verpflichten. Selbst bei exorbitantem, der Beklagten von der Bank vorgeschriebenem Arbeitsaufwand, bestünde damit bei der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (RS0016590) eine Ersatzpflicht des Kunden, was die Regelung nach Satz 3 gröblich benachteiligend macht. Die Stattgebung der Klage hinsichtlich dieser Regelung erweist sich daher jedenfalls als zutreffend.

Gleiches gilt für die Regelung in Satz 1 der Klausel. Diese ist bereits deshalb intransparent, weil aus ihr nicht ersichtlich ist, unter welchen Voraussetzungen zusätzlich zum Einzug zu Beginn des nächsten Monats weitere Einzüge erfolgen könnten. Damit wird aber der Verbraucher

über einen ganz wesentlichen Aspekt, nämlich wie oft er mit Einzügen der Beklagten von seinem Konto rechnen muss, im Unklaren gelassen (vgl. RS0037107 [T3]; RS0115217 [T8, T41]).

Auf die Regelung des Satzes 2 geht die Beklagte in ihrer Revision nicht ein, weshalb ihre Rechtsrüge in diesem Punkt nicht gesetzmäßig ausgeführt ist.

Zur Klausel 15:

*„Für Mahnungen infolge Zahlungsverzugs verrechnet S\* dem Abonnenten die angefallenen, notwendigen, zweckdienlichen und angemessenen Spesen entsprechend den gesetzlichen Vorschriften. Ungeachtet dessen verpflichtet sich der Abonnent, soweit die Einforderung der ausstehenden Beiträge durch ein von S\* beauftragtes Inkassobüro oder einen Rechtsanwalt erfolgt, die Kosten, welche zur zweckentsprechenden Betreuung oder Einbringung notwendig waren, zu ersetzen.“*

Der **Kläger** beanstandete die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Sie widerspreche den Vorgaben des § 1333 Abs 2 ABGB, wonach nur die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen bei verschuldetem Zahlungsverzug verlangt werden dürften, die in einem angemessenen Verhältnis zur Kapitalforderung stünden. Die Mahnkosten sollten nach der Klausel jedoch ohne Rücksicht darauf zustehen, ob der Konsument den konkreten Zahlungsverzug verschuldet habe. Zudem fehle der Hinweis, dass sich die Mahnspesen in einem angemessenen Verhältnis zur Hauptforderung befinden müssten. Der Hinweis darauf, dass die Spesen entsprechend den gesetzlichen Vorschriften verrechnet würden, könne vom Verbraucher als ein bloßer Verweis auf die Ansätze der Verordnung über die

Höchstsätze der Inkassoinstituten gebührenden Vergütungen (BGBl 1996/141) aufgefasst werden, auch ohne dass Verschulden vorliege. Dass hier von der Beklagten bewusst eine Abweichung vom § 1333 Abs 2 ABGB gewünscht sei, ergebe sich auch daraus, dass sie in der Klausel 21 im Gegensatz zu der gegenständlichen Klausel ausdrücklich auf ein Verschulden des Abonnenten beim Zahlungsverzug Bezug nehme. Die Klausel verschleierte im Übrigen dem Kunden die wahre Rechtslage und sei daher auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** replizierte, die behaupteten Rechtsverstöße lägen nicht vor, weil die Klausel ausdrücklich darauf hinweise, dass die angefallenen, notwendigen, zweckdienlichen und angemessenen Spesen nur „entsprechend den gesetzlichen Vorschriften“ verrechnet werden dürften. Die Beklagte sei somit nicht berechtigt, Spesen bei fehlendem Verschulden des Konsumenten geltend zu machen. Anderes ergäbe sich auch nicht aus einem Vergleich zur Klausel 21, weil dort zwar das Verschulden des Konsumenten angeführt, aber im Gegensatz zur gegenständlichen Klausel gerade nicht auf die gesetzlichen Bestimmungen verwiesen werde.

Das **Erstgericht** bejahte unter Hinweis auf das Rechtsvorbringen des Klägers, dem es sich anschloss, die gröbliche Benachteiligung der Klausel im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB wegen Widerspruchs zu § 1333 Abs 2 ABGB. Wenn die Beklagte ohnedies dessen Vorgaben (Verschulden, angemessenes Verhältnis zur Kapitalforderung) einhalten wollte, dann sei dies für den Kunden aus dem bloßen Verweis auf „gesetzliche Vorschriften“ und dem Beisatz „ungeachtet dessen“ nicht erkennbar, sodass er durch die Formulierung der Klausel zudem über die wahre Rechtslage im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG getäuscht werde, zumal die Klausel 21

ausdrücklich auf ein Verschulden abstelle.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Der Gläubiger könne nach § 1333 Abs 2 ABGB auch den „Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen“, verlangen. Die Klausel gehe klar über diese „gesetzlichen Vorschriften“ hinaus, weil die Beklagte „ungeachtet dessen“ den Ersatz außergerichtlicher Betreuungskosten auch im Fall des unverschuldeten Verzugs und unabhängig vom Vorliegen eines angemessenen Verhältnisses zur betriebenen Forderung für sich in Anspruch nehme. Diese sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht begründe eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB. Ein Verständnis der Klausel als bloßer Verweis auf die gesetzlichen Vorgaben würde zu ihrer Intransparenz nach § 6 Abs 3 KSchG führen, weil der Verweis auf nicht näher bestimmte „gesetzliche Vorschriften“ dem Verbraucher seine Rechtsposition nur unklar vermittele. Die vorliegende Klausel sei damit jedenfalls unzulässig.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** ihren Rechtsstandpunkt gegen den Vorwurf der gröblichen Benachteiligung aufrecht. Auch eine Intransparenz liege nicht vor, weil für einen durchschnittlich verständigen Verbraucher durch den Verweis auf die „gesetzlichen Vorschriften“ hervorgehe, dass sich die Klausel ausschließlich auf einen von ihm verschuldeten Zahlungsverzug beziehe.

Dazu ist auszuführen:

Satz 1 der Klausel verpflichtet den Kunden, für Mahnungen infolge Zahlungsverzugs „die angefallenen,

notwendigen, zweckdienlichen und angemessenen Spesen entsprechend den gesetzlichen Vorschriften“ zu bezahlen. Wird in einer Kostenregel wie der vorliegenden auf nicht näher genannte „gesetzliche Vorschriften“ verwiesen, wird damit – wie bereits von den Vorinstanzen erkannt – dem Verbraucher seine Rechtsposition nur unklar vermittelt, sodass eine Verletzung von § 6 Abs 3 KSchG vorliegt (6 Ob 140/18h [Punkt 3.4.]). Satz 2 der Klausel knüpft durch die Worte „ungeachtet dessen“ an den Satz 1 an, sodass beide Sätze eine Einheit bilden. Die Stattgebung der Klage in Hinsicht auf die gesamte Klausel erweist sich daher jedenfalls als zutreffend.

Zur Klausel 16:

*„Der Abonnent ist berechtigt, bei einem vollständigen oder teilweisen Programmausfall die Abonnementbeiträge entsprechend der Schwere der Störung anteilig zu mindern. Eine solche Minderung ist ausgeschlossen, wenn der Programmausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung nur geringfügig ist oder dieser durch eine Softwareaktualisierung gem. Pkt. 1.2.7 auf dem Digital Receiver und/oder der Smartcard verursacht wird, sofern die Empfangsgeräte von S\* zur Verfügung gestellt werden.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel verstoße gegen § 9 KSchG, nach dem gesetzliche Gewährleistungsbehelfe des Konsumenten vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen werden dürften. Die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen der §§ 922 ff ABGB sprächen nicht davon, dass bei geringfügigen Mängeln gar keine Gewährleistung geltend gemacht werden könne. Indem die Klausel die Gewährleistung bei geringfügigen Mängeln ausschließe, sei sie darüber hinaus gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Bei einer

Softwareaktualisierung werde die Gewährleistung des Abonnenten für den Programmausfall im Übrigen zur Gänze ausgeschlossen, ohne dass es hier auf eine Geringfügigkeit ankomme; bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel könnte ein solcher Programmausfall auch länger sein. Weil unklar sei, was genau „geringfügig“ bedeute, wie oft Softwareaktualisierungen durchgeführt würden und wie lange die dadurch bedingten Programmausfälle dauern könnten und weil die Klausel dem Kunden die wahre Rechtslage verschleierte, widerspreche sie zudem dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** wandte ein, dass ihren Leistungen komplexe hochtechnische Vorgänge zugrunde lägen, die unabdingbar von nicht beeinflussbaren Bedingungen, wie Satelliten und Wetter, abhängen, sodass geringfügige Ausfälle unvermeidbar seien. Die Verfügbarkeit der Programme der Beklagten betrage jährlich 99,9995 %. Bezogen auf die Jahresgesamtleistung sei ein Leistungsentfall von höchstens 0,0005 % jedenfalls geringfügig. Einem Durchschnittsverbraucher sei klar, dass es sich nur um eine im Verhältnis zur Gesamtleistung nicht ins Gewicht fallende Störung handeln könne, und bewusst, dass ein geringfügiger Ausfall nur einige Stunden pro Jahr betragen könne. Die Einschränkung hinsichtlich der Programmausfälle bei Softwareaktualisierungen sei durch deren Unvermeidbarkeit sachlich gerechtfertigt. Die Klausel nehme daher keine unzulässige Einschränkung der Gewährleistungsrechte über das gebotene Maß vor und sei auch nicht intransparent.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 16 folgende weitere Feststellung:

*„Die Verfügbarkeit der Programme der Klägerin beträgt 99,95–100 %; Programmausfälle kommen wenn, dann*

*nur für ein paar Stunden vor.“*

Das Erstgericht führte rechtlich aus, dass die Klausel nach ihrem Wortlaut jegliche Gewährleistung für den Fall einer Softwareaktualisierung ausschließe unabhängig davon, wie lange eine solche dauere bzw wie oft sie statfinde und in welchem Verhältnis der dadurch bedingte Ausfall zur Gesamtleistung stehe, weshalb sie jedenfalls gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei bzw gegen § 9 KSchG verstoße. Es seien auch Softwareaktualisierungen denkbar, die allein im Interesse der Beklagten lägen. Des weiteren sei die Formulierung „Programmausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung“ intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil insbesondere nicht klar sei, ob sich dies auf die vom Kunden konkret bezogenen Programme bzw Programmpakete oder das Gesamtangebot der Beklagten beziehe.

Das **Berufungsgericht** verwarf die Rechtsrüge der Beklagten. Nach der Klausel könnte der Kunde selbst dann keine Ansprüche geltend machen, wenn er aufgrund einer fehlgeschlagenen Softwareaktualisierung über mehrere Wochen kein Programm empfangen könne. Auch der Gewährleistungsausschluss für den Fall, dass der Programmausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung nur geringfügig sei, sei eine Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach §§ 922 bis 933 ABGB, zumal § 932 Abs 4 ABGB ein Preisminderungsrecht ausdrücklich auch für geringfügige Mängel vorsehe. Die Klausel verstoße daher gegen § 9 Abs 1 KSchG.

In ihrer **Revision** führt die **Beklagte** unter Hinweis auf die erstgerichtliche Feststellung aus, jeder Durchschnittskunde müsse bereits bei Vertragsabschluss damit rechnen, dass es aufgrund der notwendigen und von der

Beklagten nicht zu vermeidenden Softwareaktualisierungen unter Umständen zu geringen Programmausfällen kommen könne, die nicht zu einer Minderung des Abonnementbeitrags berechtigten. Die Zulässigkeit einer Entgeltminderung aufgrund jedes noch so minimalen Programmausfalls wäre für die Beklagte wirtschaftlich unzumutbar.

Dazu ist auszuführen:

Die Revision ist nicht gesetzmäßig ausgeführt, weil die Klausel eine Minderung sowohl bei aktualisierungsbedingten als auch bei verhältnismäßig geringfügigen Störungen zulässt (und nicht nur bei Zusammentreffen beider Voraussetzungen), weshalb die Revisionswerberin auf die Argumentation des Berufungsgerichts nicht eingeht. Soweit sich die Revisionswerberin darauf beziehen sollte, dass unwesentliche bzw unerhebliche Mängel („Schönheitsfehler“, RS0018653) auch nach geltendem Gewährleistungsrecht (ungeachtet des Entfalls des § 932 Abs 2 ABGB aF, vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 932 Rz 64) nicht zur Gewährleistung berechtigten, ist die Klausel insofern intransparent, da sie nicht deutlich macht, wann der Programmausfall im Verhältnis zur Gesamtleistung so geringfügig ist, dass von einer Unerheblichkeit auszugehen wäre. Eine bloße „Geringfügigkeit“ führt jedenfalls – wie sich aus § 932 Abs 4 ABGB ergibt – noch nicht zum Entfall von Gewährleistung, sondern schließt lediglich eine Wandlung aus. Die festgestellte 99,95%ige Verfügbarkeit der Dienste der Beklagten ist schon deshalb unerheblich, da im Verbandsverfahren im kundenfeindlichsten Sinn (RS0016590) ohne Rücksicht auf die tatsächliche Handhabung (RS0121943) zu prüfen ist.

Auch wenn dies im Verfahren nicht thematisiert



wurde, so verweist der erste Satz der Klausel den Kunden generell auf Preisminderung und schließt eine Wandlung selbst unter den Voraussetzungen des § 932 Abs 4 ABGB aus, sodass auch diesbezüglich ein Verstoß gegen § 9 KSchG vorliegt.

Zur Klausel 17:

*„Für Programmausfälle und -störungen von Rundfunkprogrammen, die der Abonnent im Rahmen der 'Österreich Freischaltung' (Pkt. 1.1.9) kostenfrei bezieht, haftet S\* nicht.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel schließe die Haftung der Beklagten entgegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG aus, da sie einen unzulässigen generell formulierten Haftungsausschluss beinhalte. Sie sei auch gemäß § 879 Abs 3 ABGB unwirksam, weil es sachlich nicht gerechtfertigt und daher gröblich benachteiligend sei, wenn Schadenersatzansprüche ausgeschlossen würden. Die „Österreich Freischaltung“ könne nicht als unentgeltlich bezeichnet werden, da sie die Beziehung eines kostenpflichtigen S\*-Abonnements voraussetze. Bei kundenfeindlichster Auslegung ziele die Klausel auf eine Einschränkung bzw einen Ausschluss von Gewährleistungsrechten ab, wodurch auch ein Verstoß gegen § 9 Abs 1 KSchG vorliege. Die Klausel sei zudem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da dem Konsumenten die geltende Rechtslage verschleiert und der Eindruck erweckt werde, durch die Klausel würden dem Konsumenten gesetzlich zustehende Rechte ausgeschlossen.

Die **Beklagte** brachte vor, sie stelle die „Österreich Freischaltung“ unentgeltlich zur Verfügung. Dass hierfür das Bestehen eines Abonnements Voraussetzung sei ändere daran nichts, weil keinerlei Verpflichtung der

Beklagten bestehe, die „Österreich-Programme“ freizuschalten. Aufgrund der Unentgeltlichkeit finde das Gewährleistungsrecht keine Anwendung und liege auch kein unzulässiger Haftungsausschluss vor. Die Klausel sei, transparent, weil aufgrund der Formulierung die Rechtslage für den Verbraucher erkennbar sei und nicht verborgen bleibe, und für den Verbraucher nicht gröblich benachteiligend, weil die Freischaltung kostenlos erfolge.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 17 folgende weitere Feststellungen:

*„Die Beklagte hat eine vertragliche Einigung mit dem ORF bzw den österreichischen Privat-TV-Anbietern, wonach deren Programme bei einer entsprechenden Freischaltung durch die Beklagte, die kostenlos erfolgt, von deren Kunden über die S\*-Smartcard empfangen werden können, sodass die Kunden keine zusätzliche DVBT-Box odgl benötigen. Eine allfällige Störung dieser freigeschalteten Programme wird daher von der Beklagten 1:1 weitergegeben. Bei einer Änderung der Klausel müsste die Beklagte gegebenenfalls ihre vertraglichen Vereinbarungen mit den anderen Anbietern nachverhandeln.“*

Das Erstgericht führte rechtlich aus, dass die Klausel nach ihrem insofern eindeutigen Wortlaut nicht auf eine Störung der von der Beklagten vorgenommenen Freischaltung abstelle, sondern auf Störungen bzw Ausfälle der freigeschalteten Programme von Drittanbietern, auf die sie keinen Einfluss habe. Da sie dafür auch kein Entgelt verlange, seien diese Programme nicht Inhalt ihrer Leistungszusage, sodass der Haftungsausschluss zulässig sei.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Es verwies ergänzend auf Punkt 1.1.9 der AGB der Beklagten (*„Während der Laufzeit des Abonnements*

*ist der Abonnent jederzeit berechtigt, seine Smartcard für den Empfang von verschlüsselten, digital ausgestrahlten, unentgeltlichen Rundfunkkanälen (z.B. ORF, ATV) kostenfrei freischalten zu lassen, soweit dies über die technische Plattform von S\* möglich ist und die rechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind (nachfolgend 'Österreich Freischaltung'). S\* hat keine Verpflichtung, für den Empfang dieser Kanäle zu sorgen oder den Empfang, in welcher Form auch immer, sicherzustellen.“)* und folgerte daraus, dass sich die Beklagte gegenüber ihren Abonnenten zur „Freischaltung“ dieser Programme verpflichte, aber natürlich keine Haftung für die tatsächlich störungsfreie Ausstrahlung der Programme übernehmen könne. Der in der Klausel enthaltene Haftungsausschluss für „Programmausfälle und -störungen von Rundfunkprogrammen“ betreffe dementsprechend von Drittanbietern ausgestrahlte und nicht vom Leistungsversprechen der Beklagten umfasste Programme. Im Ergebnis verstoße der Haftungsausschluss somit weder gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG noch gegen § 9 KSchG und sei auch nicht gröblich benachteiligend oder intransparent.

In seiner **Revision** hält der **Kläger** die Beurteilungen der Vorinstanzen für rechtsirrig, weil diese übersähen, dass die Zurverfügungstellung der „Österreich Freischaltung“ keinesfalls als unentgeltlich anzusehen sei, da sie den Bezug eines kostenpflichtigen Abonnements bei der Beklagten voraussetze. Wer nicht im Rahmen eines Abonnements bei der Beklagten an diese Zahlungen erbringe, komme gar nicht in den Genuss der Freischaltung jener Programme, um die es in der Klausel gehe. Die Leistungen betreffend des Bezugs dieser Programme seien damit Teil dieser Leistungszusage der Beklagten, auch wenn kein gesondertes Entgelt für diese Programme verlangt werde.

Vielmehr sei der Bezug dieser Programme durch den an die Beklagte zu leistenden Abonnementpreis abgegolten. Es gelangten damit die Gewährleistungsregeln zur Anwendung. Der im Verbandsprozess maßgebliche Wortlaut der Klausel stelle rein auf den Empfang dieser Kanäle ab, ohne danach zu differenzieren, aus welchen Gründen es allenfalls beim Empfang dieser Kanäle zu Problemen oder Ausfällen komme. Nach kundenfeindlichster Auslegung der Klausel könne zu den in der Klausel geregelten „Programmausfällen und -störungen von Rundfunkprogrammen“ beispielsweise auch eine technische Störung führen, die in der Sphäre der Beklagten liege und eine Weiterleitung des Signals verhindere, gleiches gelte für eine aus Verschulden der Beklagten unterbliebene Freischaltung. Es könnten daher sehr wohl auch Ausfälle und Störungen auftreten, auf die die Beklagte Einfluss habe, weshalb unabhängig davon, dass die Beklagte nicht das ursprüngliche Signal dieser Programme erstelle, der Haftungs- und Gewährleistungsausschluss unzulässig sei.

Dazu ist auszuführen:

Das Vertragsverhältnis der Beklagten zu ihren Kunden ist entgeltlicher Natur. Auch wenn für die „Österreich Freischaltung“ als Leistung der Beklagten kein (weiteres) Entgelt vorgesehen ist, erbringt die Beklagte diese Leistung doch im Rahmen der entgeltlichen Vertragsbeziehung und nicht aus altruistischer Freigiebigkeit. Die Leistung „Österreich Freischaltung“ wird ihr mit dem vom Kunden zu entrichtenden, sich nach welchen Parametern auch immer der Höhe nach ergebenden Entgelt mitabgegolten. Die Leistung „Österreich Freischaltung“ der Beklagten unterliegt damit aufgrund ihrer (Mit-)Entgeltlichkeit den Regelungen der Gewährleistung.

Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass die Beklagte nicht dafür einzustehen hat, wenn ein von der „Österreich Freischaltung“ erfasster Kanal aufgrund eines Umstands, den der betreffende fremde Kanalanbieter zu vertreten hat, nicht empfangen werden kann, etwa dieser aufgrund eines technischen Gebrechens nicht senden kann. Der Programmausfall kann aber, wie vom Kläger in seiner Revision mit Grund releviert, auch dadurch verursacht sein, dass der fremde Kanalanbieter sein Programm sendet, dieses aber aufgrund eines technischen Gebrechens allein im Bereich der Beklagten nicht an deren Kunden weitergeleitet wird. Bei kundenfeindlichster Auslegung hat ein Kunde gegenüber der Beklagten nach der Klausel auch bei einem solchen Programmausfall keine Gewährleistungsansprüche. Die Klausel verletzt damit § 9 Abs 1 KSchG, wonach Gewährleistungsrechte des Verbrauchers (§§ 922 bis 933 ABGB) vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können. Schon aus diesem Grund erweist sich das Unterlassungsbegehren des Klägers in Hinsicht auf die Klausel als berechtigt; der Revision des Klägers war insofern Folge zu geben.

Zur Klausel 18:

*„Die vom Abonnenten angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Art und Häufigkeit seiner Nutzung der von S\* erbrachten Leistungen werden von S\* erhoben, gespeichert, genutzt – soweit dies für die Bearbeitung der Abonnements, für die Durchführung des Kundenservices sowie die Vergütungsabrechnung erforderlich ist, und für Zwecke der Auftragsdatenverarbeitung gem. § 11 Datenschutzgesetz 2000 an beauftragte Unternehmen übermittelt.“*

Der **Kläger** brachte vor, der Konsument werde

entgegen § 4 DSG darüber im Unklaren gelassen, an welche – von der Beklagten beauftragte – Unternehmen seine Daten weitergegeben werden könnten, weshalb die Klausel intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG sei. Der Abonnent werde auch nicht darauf hingewiesen, dass er die weitere Verwendung seiner Daten jederzeit untersagen könne; er werde nicht auf das in § 8 Abs 1 Z 2 DSG verankerte Widerrufsrecht hingewiesen. Die Klausel erwecke den falschen Eindruck, dass das Unternehmen jedenfalls während der gesamten Dauer des Vertragsverhältnisses berechtigt sei, die Daten ihres Kunden wie in den Klauseln geregelt zu nutzen und sei auch deshalb intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** erwiderte, die Regelung gebe dem Verbraucher in umfassender Weise Informationen über eine mögliche Verwendung seiner Daten. Die in der Klausel genannten Daten seien für die Leistungserbringung durch die Beklagte absolut notwendig, deren Erhebung und Überlassung diene ausschließlich der Gewährleistung eines bestmöglichen Kundenservices. Die Beklagte sei gemäß § 10 Abs 1 DSG 2000 dazu berechtigt, bei ihrer Datenanwendung Dienstleister in Anspruch zu nehmen. Eine Verpflichtung, dem Verbraucher diese Dienstleister bekannt zu geben, könne aus § 4 DSG 2000 nicht abgeleitet werden. Die Klausel entspreche daher den Vorgaben des DSG und sei nicht intransparent.

Das **Erstgericht** führte aus, der Oberste Gerichtshof habe im Zusammenhang mit Klauseln, mit denen der Kunde einer Verwendung bzw Weitergabe von Daten zustimme, schon mehrfach ausgesprochen, dass eine wirksame Zustimmung nur dann vorliegen könne, wenn der Betroffene wisse, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollten, dass er über eine bestehende

Widerrufsmöglichkeit aufgeklärt werden müsse, um ihm ein zutreffendes und klares Bild seiner vertraglichen Position zu vermitteln, und dass auch in der Klausel bereits klargestellt werden müsse, welche konkreten Daten welchen konkreten Dritten weitergegeben werden würden. Die Klausel verstoße daher gegen das insofern noch anwendbare DSG 2000 und das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten Folge und wies die Klage hinsichtlich dieser Klausel ab. Aufgrund des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz vor dem 25. 5. 2018 seien die EU-Datenschutzverordnung (VO [EU] 2016/679) und das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018, BGBl I 2017/120, noch nicht anwendbar. Nach § 7 Abs 1 DSG 2000 dürften Daten nur verarbeitet werden, soweit Zweck und Inhalt der Datenanwendung die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzen. Nach § 8 Abs 3 Z 4 und 5 DSG 2000 seien schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen insbesondere dann nicht verletzt, wenn die Verwendung der Daten zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen Auftraggeber und Betroffenen oder zur Geltendmachung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich sei. Dementsprechend sei die Beklagte grundsätzlich berechtigt gewesen, Kundendaten zu verarbeiten, ohne dass sie diesbezüglich einer Zustimmung der Betroffenen bedurft habe. Nach § 10 Abs 1 DSG 2000 habe die Beklagte bei ihren Datenanwendungen Dienstleister in Anspruch nehmen dürfen, wenn diese ausreichende Gewähr für eine rechtmäßige und sichere Datenverwendung böten, wobei § 11 DSG 2000 besondere Schutzpflichten des Dienstleisters vorgesehen habe. Das Erstgericht habe zutreffend ausgeführt, dass eine wirksame Zustimmung zur

Übermittlung von Daten die zu übermittelnden Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck abschließend bezeichnen müsse. Die Weitergabe von Daten zwischen Auftraggeber und Dienstleister stelle aber nach § 4 Z 11 und 12 DSG 2000 keine Übermittlung, sondern ein bloßes „Überlassen“ von Daten dar, welches im Rahmen des § 10 DSG keiner Zustimmung des Betroffenen bedürfe. Die Klausel entspreche damit der damals geltenden Rechtslage. Da die Zulässigkeit der in der Klausel beschriebenen Datenverarbeitung nicht von der Einwilligung des Betroffenen abhängig sei, habe die Beklagte auch nicht auf die Möglichkeit des Widerrufs einer Einwilligung nach § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000 hinweisen müssen. Die Klausel sei auch nicht unklar oder unverständlich, weshalb kein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliege. Da gemessen an der damals geltenden Rechtslage kein Verstoß vorliege, müsse nicht geprüft werden, ob die Klausel der aktuellen neuen Rechtslage widerspreche, weil nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden könne, die Beklagte würde sich einer allfälligen maßgeblichen Änderung der Rechtslage nicht unterwerfen. Somit könnte auch bei der Änderung der Rechtslage keine Wiederholungsfahr angenommen werden.

In seiner **Revision** führt der **Kläger** unter Aufrechterhaltung seiner bereits in erster Instanz getätigten Rechtsausführungen aus, dass die Klauseln nach der Rechtslage vor der DSGVO nicht zulässig gewesen seien. Richtig sei, dass nach § 8 Abs 3 Z 4 und 5 DSG 2000 schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen insbesondere dann nicht verletzt gewesen seien, wenn die Verwendung der Daten zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen Auftraggeber und Betroffenen oder zur Geltendmachung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich gewesen sei.



Allerdings regle die Klausel die Datenweitergabe an Dritte. Auf die Ausnahme des § 10 Abs 1 DSG 2000 könne sich die Beklagte schon allein deshalb nicht berufen, weil die Klausel keinerlei Einschränkungen auf solche Dritte vornehme, die eine ausreichende Gewähr für eine rechtmäßige und sichere Datenverwendung böten; auch die Voraussetzungen des § 11 DSG 2000 blieben unbeachtet. Der Wortlaut der Klausel „soweit dies für die Bearbeitung der Abonnements, für die Durchführung des Kundenservice und für die Vergütungsabrechnung erforderlich ist“ nehme auch keine Einschränkung rein auf solche Verarbeitungen vor, die nur zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten der Beklagten erforderlich wären. Die Begründung des Berufungsgerichts greife zu kurz, wenn es meine, dass im gegebenen Zusammenhang eine Einwilligung nicht erforderlich wäre, da der Rechtfertigungsgrund der Vertragserfüllung vorliege. Selbst wenn dies zuträfe, müssten klare, transparente Informationen erfolgen, welche personenbezogenen Daten zu welchen Zwecken im Sinne der Vertragserfüllung verarbeitet bzw eben auch übermittelt würden. Dazu komme, dass die Klausel jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung so zu verstehen sei, dass die die Vertragserfüllung konkretisierenden Zwecke („soweit dies für die Bearbeitung des Abonnements, für die Durchführung des Kundenservices sowie die Vergütungsabrechnung erforderlich ist“) bei der „Übermittlung“ nicht zum Tragen kämen. Die in der Klausel genannten Zwecke bezögen sich nach dem Wortlaut und der Satzstellung der Klausel nur auf die Datenverarbeitung durch die Beklagte selbst und nicht auf die Übermittlung an andere Unternehmen. Die Klausel ermögliche der Beklagten demnach die Übermittlung von Daten an andere Unternehmen ohne Zweckbindung. Weiters sei der schlichte Hinweis auf die, dem

Konsumenten im Detail jedenfalls nicht bekannte Norm des § 11 DSG 2000 mit § 6 Abs 3 KSchG nicht vereinbar. Um die Klausel transparent zu machen, müsste zumindest in groben Zügen dargelegt sein, unter welchen Voraussetzungen nach dieser Norm eine Weitergabe der Daten zulässig sein sollte. Nach alter Rechtslage (vor der DSGVO) sei die Klausel damit rechtswidrig gewesen. Die Klausel sei ebenso nach neuer Rechtslage (DSGVO) gesetzwidrig, insbesondere verstoße sie gegen Art 7 Abs 3 DSGVO. Darüber hinaus ergebe sich die Intransparenz (§ 6 Abs 3 KSchG) auch aufgrund des Verstoßes gegen Art 12 iVm Art 13 DSGVO (Informationspflichten). Entgegen Art 13 Abs 1 lit e DSGVO würden Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten nicht genannt. Die Speicherung sei auch in zeitlicher Hinsicht offen (Art 5 Abs 1 lit e DSGVO) und damit rechtswidrig.

Dazu ist auszuführen:

Der Kläger legt zutreffend dar, dass die Einschränkung „– soweit dies für die Bearbeitung der Abonnements, für die Durchführung des Kundenservices sowie die Vergütungsabrechnung erforderlich ist,“ sich grammatikalisch allein auf die Datenverarbeitung durch die Beklagte selbst und nicht auf die Datenübermittlung an andere Unternehmen bezieht. Hinsichtlich letzterem lautet die Klausel daher nur: *„Die vom Abonnenten angegebenen personenbezogenen Daten sowie Daten über Art und Häufigkeit seiner Nutzung der von S\* erbrachten Leistungen werden von S\* [...] für Zwecke der Auftragsdatenverarbeitung gem. § 11 Datenschutzgesetz 2000 an beauftragte Unternehmen übermittelt.“*

Die Klausel ermöglicht der Beklagten damit bei kundenfeindlichster Auslegung (RS0016590) die Übermittlung von Daten an andere Unternehmen ohne jegliche

Zweckbindung, was den Kunden gröblich benachteiligt. Zudem ist die Klausel intransparent, weil für den regelmäßig nicht juristisch versierten Kunden die Bedeutung der Wendung „für Zwecke der Auftragsdatenverarbeitung gem. § 11 Datenschutzgesetz 2000“ im Dunkeln bleibt. Die Klausel ist damit jedenfalls unzulässig, ohne dass es einer weiteren Auseinandersetzung mit dem alten oder neuen Datenschutzrecht bedürfte. Der Revision des Klägers war daher in diesem Punkt Folge zu geben.

Zur Klausel 19:

*„S\* darf dem Abonnenten elektronische Nachrichten (insbesondere E-Mail, SMS) zum Zweck der Information über Angebote von S\* aus dem Bereich Pay-TV übermitteln, welche ähnlich sind zu den bereits abonnierten Paketen und/oder Kanälen des Abonnenten. S\* wird genannte Nachrichten nur übermitteln, falls der Abonnent S\* die entsprechenden Kontaktdaten (insbesondere E-Mail-Adresse, Telefon-Nr.) im Rahmen des Abonnements bekanntgegeben hat. Der Abonnent kann der Übermittlung solcher Nachrichten jederzeit schriftlich (Post, Telefax, EMail: infoservice@s\*.at) widersprechen. Der Abonnent wird bei jeder Übermittlung genannter Nachrichten über sein Widerrufsrecht informiert.“*

Der Kläger brachte vor, die Klausel widerspreche § 107 Abs 3 TKG, da sie der Beklagten das Recht einräume, elektronische Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung auch dann zu verschicken, wenn der Konsument nicht klar und deutlich die Möglichkeit erhalten habe, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen bzw auch dann, wenn der Konsument die Zusendung solcher Nachrichten bereits von vornherein

abgelehnt habe. Des Weiteren stelle die Klausel ein Formgebot für den Widerspruch auf, welches nicht dem Gesetz entspreche, da das Schriftformgebot eine unzulässige Barriere für die Erhebung des Widerspruchs darstelle. Nach § 107 Abs 3 TKG müsse der Widerruf für den Konsumenten kostenfrei und problemlos möglich sein. Wenn die Beklagte zB eine elektronische Werbung über SMS schicke, müsse auch der Widerruf per SMS möglich sein. Die Klausel verschleierte dem Kunden daher die wahre Rechtslage und sei daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Ob die Klausel in der Praxis so gehandhabt werde, dass der Verbraucher vor Vertragsabschluss die Möglichkeit habe, eine solche Kontaktinformation abzulehnen, sei irrelevant, weil es auf eine vom Wortlaut der Klausel abweichende praktische Handhabung nicht ankomme.

Die **Beklagte** erwiderte, die Klausel entspreche den Vorgaben des § 107 TKG. Der Konsument habe bei Vertragsabschluss und somit bei Erhebung seiner Daten die Möglichkeit, die Nutzung seiner Kontaktdaten zur Übermittlung von elektronischen Nachrichten, insbesondere E-Mail und SMS, zum Zweck der Information über Angebote der Beklagten aus dem Bereich Pay-TV, von vornherein kostenfrei und problemlos abzulehnen. Dass ein Widerspruch auch schon bei der Erhebung der Daten des Konsumenten möglich sei, ergebe sich auch aus dem ausdrücklichen Wortlaut der Klausel, wonach der Konsument der Übermittlung von Nachrichten „jederzeit“ widersprechen könne. Darüber hinaus werde der Kunde – wie in der Klausel ausdrücklich ausgeführt – bei jeder Übermittlung von Nachrichten über sein Widerrufsrecht informiert. Ihm würden darüber hinaus mehrere Möglichkeiten für einen kostenlosen und problemlosen Widerruf eingeräumt (Post, Telefax,

E-Mail). Das Schriftformgebot stelle keine unzulässige Barriere für die Erhebung des Widerrufs dar, sondern sei vielmehr aus Beweisgründen sowohl für den Konsumenten als auch die Beklagte notwendig. Es sei darüber hinaus absolut branchenüblich, dass es keine Antwortmöglichkeit auf automatisch generierte SMS gebe. Die Klausel entspreche daher den Bestimmungen des TKG. Sie sei nicht intransparent, weil aufgrund der Formulierung die Rechtslage für einen durchschnittlich verständigen Verbraucher durchaus erkennbar sei.

Das **Erstgericht** beurteilte die Klausel als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil die Hinweise fehlten, dass überhaupt keine Nachrichten übermittelt werden dürften, wenn der Kunde schon bei der Datenerhebung widerspreche, und dass ihm bereits zu diesem Zeitpunkt eine entsprechende Möglichkeit einzuräumen sei (§ 107 Abs 3 Z 3 erster Fall TKG). Weiters sei es gröblich benachteiligend bzw als Verstoß gegen § 107 Abs 3 Z 3 TKG („problemlos“) zu werten, wenn die Beklagte die Kommunikationsform der SMS als Werbemittel nutze, einen Widerruf per SMS aber generell ausschließe. Selbst wenn eine Antwort-Funktion technisch nicht umsetzbar sein sollte, könnte eine Servicenummer in der SMS genannt werden, sodass vom Kunden unmittelbar auf den Zugang mit einem Widerspruch reagiert werden könne, ohne das Kommunikationsmittel wechseln zu müssen.

Das **Berufungsgericht** schloss sich dieser Beurteilung an. Es widerspreche dem Grundgedanken des § 107 Abs 3 Z 3 TKG, wonach der Verbraucher solche Nachrichten „problemlos“ ablehnen können solle, wenn der Unternehmer für die Ablehnung gerade jenes Kommunikationsmittel ausschließe, mit dem er die

Nachrichten an den Verbraucher übermittle. Es sei hier aber grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen. Dass der Kunde mit Post, Fax oder E-Mail mehrere Möglichkeiten für seinen Widerspruch habe, reiche nicht, zumal die Beklagte ihm über sein Mobiltelefon auch außerhalb seiner Wohnung oder seines Arbeitsplatzes per SMS erreiche. In dieser Situation sei ein Widerspruch per Post, Fax oder E-Mail gerade nicht „problemlos“ im Sinne des § 107 Abs 3 Z 3 TKG. Die Klausel sei damit gesetzwidrig.

In ihrer **Revision** führt die **Beklagte** aus, dass jedem Abonnenten bereits bei Erhebung der Daten die Möglichkeit eingeräumt werde, einer Nutzung der Daten zum Zwecke der Direktwerbung zu widersprechen. Durch die zur Verfügung gestellten Widerspruchsmöglichkeiten Post, Fax und E-Mail sei den Kunden jedenfalls ein „kostenloser und problemloser“ Widerspruch im Sinne des § 107 Abs 3 Z 1 TKG möglich. Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach die Beklagte eine Widerspruchsmöglichkeit durch Einrichtung einer eigenen Servicenummer zu gewährleisten habe, sei unrichtig. Zum einen sei die Implementierung einer eigenen Servicenummer als telefonische Widerspruchsmöglichkeit für die Beklagte wirtschaftlich untunlich, zum anderen aber vor allem aus Beweisgründen für den Verbraucher selbst mit Nachteilen verbunden.

Dazu ist auszuführen:

Zur Klausel 19 (sowie auch bereits hier zu anderen folgenden Klauseln) ist vorab anzumerken, dass die Anwendbarkeit des TKG 2003 auf die Dienstleistungen der Beklagten nicht bestritten wurde, weshalb hierauf nicht weiter einzugehen ist (siehe im Übrigen aber § 3 Z 9 TKG: „Kommunikationsdienst [...] einschließlich [...])

Übertragungsdienste in Rundfunknetzen).

Gemäß § 107 Abs 2 TKG ist die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt. Gemäß § 107 Abs 3 TKG ist eine vorherige Einwilligung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Abs 2 dann nicht notwendig, wenn die in den anschließenden vier Ziffern genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind kumulativ (*Steinmaurer in Stratil, TKG 2003<sup>4</sup> [2013] § 107 Anm 9*). Eine dieser Voraussetzungen ist, dass „der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen“ (§ 107 Abs 3 Z 3 TKG).

§ 107 Abs 3 TKG dient der Umsetzung von Art 13 Abs 2 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 7. 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutz-Richtlinie für elektronische Kommunikation, im Folgenden kurz RL; siehe VwGH 2008/03/0008). Danach kann „eine natürliche oder juristische Person, wenn sie von ihren Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung gemäß der Richtlinie 95/46/EG deren elektronische Kontaktinformationen für elektronische Post erhalten hat, diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden, sofern die Kunden klar und deutlich die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen zum Zeitpunkt ihrer Erhebung und bei jeder Übertragung

gebührenfrei und problemlos abzulehnen, wenn der Kunde diese Nutzung nicht von vornherein abgelehnt hat“. Art 13 Abs 2 RL soll dem Schutz der Privatsphäre der Nutzer im Bereich der elektronischen Kommunikation dienen (BGH IV ZR 225/17 = NJW 2018, 3506 [Rz 15 mwN]). Angesichts dieses Ziels der RL ist der Ausnahmetatbestand des Art 13 Abs 2 eng auszulegen (*Lettl*, Gemeinschaftsrecht und neues UWG, WRP 2004, 1079 [1123]; *Leible* in Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht<sup>2</sup> [2014] § 7 UWG Rz 179). Dem entspricht im Ergebnis die zutreffende Gleichsetzung von „problemlos“ mit „unkompliziert“ in der Literatur (*Riesz* in *Riesz/Schilchegger*, TKG [2016] § 107 Rz 110).

Wenn ein Kunde auf seinem Mobiltelefon eine Werbe-SMS der Beklagten erhält, ist es für ihn nicht problemlos im Sinne von unkompliziert, nicht auf gleiche Art und Weise – nämlich per SMS – seinen Widerspruch zu erklären, sondern erst auf ein anderes Kommunikationsmittel wechseln zu müssen. Ein solcher Wechsel ist insbesondere dann problembehaftet, wenn der Kunde gerade unterwegs ist und nur sein Mobiltelefon zur Verfügung hat. Dass die Ermöglichung eines Widerspruchs per SMS technisch unmöglich oder der Beklagten wirtschaftlich unzumutbar wäre, ist nicht ersichtlich. Die Vorinstanzen haben die fehlende Möglichkeit, den Widerspruch auch per SMS erklären zu können, daher zutreffend als Verletzung von § 107 Abs 3 Z 3 TKG gewertet. Die Stattgebung der Klage in Hinsicht auf die Klausel 19 ist nicht zu beanstanden.

Zur Klausel 20:

*„S\* hat das Recht, das Abonnement bezüglich einzelner Pakete und/oder Kanäle außerordentlich unter Einhaltung einer Frist von 14 Tagen zu kündigen, falls S\* aufgrund lizenzrechtlicher Gründe (insb. bei Rechteverlust*



*oder dem Erwerb neuer Rechte) und/oder aus technischen Gründen (insb. Wegfall von Kabeldurchleitungsrechten) nicht mehr in der Lage ist, dem Abonnenten diese Pakete und/oder Kanäle anzubieten.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, da – im Sinne der kundenfeindlichsten Auslegung – auch vom Unternehmen zu vertretene Fälle umfasst seien. Denkbar sei etwa, dass die Beklagte aufgrund von technischen Gründen/Störungen, welche alleine auf ihr Verschulden (etwa aufgrund von nicht rechtzeitig vorgenommenen Wartungsarbeiten oder Softwareaktualisierungen) zurückzuführen seien, oder aufgrund von schuldhaften Verstößen gegen ihre lizenzrechtlichen Pflichten aus dem Lizenzvertrag mit ihren Lizenzgebern nicht in der Lage sei, bestimmte Pakete und/oder Kanäle anzubieten. In von der Beklagten zu vertretenden Fällen sei eine außerordentliche Kündigung durch sie nicht sachlich gerechtfertigt. Eine außerordentliche Kündigung ganzer Programmpakete bzw Programmkombinationen sei auch weder sachlich gerechtfertigt noch geringfügig und daher nicht zumutbar, sodass ebenso zusätzlich ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG gegeben sei. Eine einseitige Leistungsänderung sei nur dann zulässig, wenn sie zumutbar sei, das heißt, wenn sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt sei. Zudem sehe die Klausel nicht vor, dass sich das zu zahlende Entgelt für den Konsumenten vermindere, wenn die Beklagte einzelne Pakete und/oder Kanäle außerordentlich kündige, sodass auch aus diesem Grund eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vorliege.

Die **Beklagte** bestritt und brachte vor, die in der Klausel angeführten Gründe lägen nicht in ihrem

Einflussbereich, weshalb das außerordentliche Kündigungsrecht sachlich gerechtfertigt sei. Die angeführten lizenzrechtlichen und technischen Gründe bewirkten zudem eine Unmöglichkeit der weiteren Leistungserbringung, die zwangsläufig eine Vertragsbeendigung nach sich ziehen müsse, was selbstredend auch eine entsprechende Reduktion bis hin zu einem völligen Entfall des vom Verbraucher zu leistenden Entgelts nach sich ziehe. Dass für bereits außerordentlich gekündigte Pakete und/oder Kanäle weiterhin die Abonnementgebühr zu bezahlen sein solle, könne der Klausel nicht entnommen werden.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 20 folgende weitere Feststellungen:

*„Die Beklagte bietet ihre Inhalte (Sendungen) auf verschiedenen Programmkanälen an; ob diese mit ihrer Smartcard entschlüsselt werden können, hängt vom jeweils gebuchten Programmpaket ab (zB S\* Entertainment als Basispaket, S\* Cinema, S\* Sport oder S\* Fußball Bundesliga als Erweiterungspakete [...]). Für die Gestaltung ihres Programmes schließt sie (bzw eine Konzerngesellschaft) etwa mit Filmstudios und im Sportbereich Lizenzverträge, und zwar idR für jeweils vier Jahre. Insbesondere bei exklusiven Sportübertragungen kommt es zu Bieterrunden, sodass sich die Beklagte nicht dauerhaft Übertragungsrechte sichern kann. Nach Punkt 10.1. der AGB zum 22. 2. und 2. 11. 2016 zu ‚AGB- und Entgeltänderungen‘ (nicht klagsgegenständig) ist die Beklagte ‚berechtigt, geringfügige Änderungen in der inhaltlichen Gestaltung der Pakete und/oder Kanäle vorzunehmen, solange der Gesamtcharakter des Pakets und/oder Kanals erhalten bleibt und diese Änderungen sachlich gerechtfertigt sind, weil – ohne dass S\* hieraus ein Vorwurf gemacht werden kann – Lizenzvereinbarungen mit*

*Dritten nicht verlängert werden konnten und diese Änderung für den Abonnenten zumutbar ist.'“*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, die Klausel sei durch die demonstrative Aufzählung derart weit gefasst, dass nach dem Wortlaut der Kunde keine Entgeltminderungsansprüche oder Kündigungsrechte habe, wenn die Beklagte etwa einen Kanal, der Teil eines gebuchten Programmpakets sei, wegen eines technischen Versagens in ihrem Bereich oder einer Vertragsverletzung gegenüber ihrem Lizenzgeber nicht mehr ausstrahlen könne. Die Klausel normiere damit für sich allein betrachtet ein einseitiges, nicht bloß geringfügiges Leistungsänderungsrecht der Beklagten, das § 6 Abs 2 Z 3 KSchG widerspreche und mangels korrespondierender Möglichkeiten des Kunden auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei. Diese Unzulässigkeit werde auch nicht durch die Klausel 10.1 saniert, weil das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen zueinander bzw die Rechtsfolgen daraus völlig offen blieben (dort würden etwa auch keine „technischen Gründe“ genannt) und damit Intransparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG vorliege.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten in diesem Punkt nicht Folge. Das Kündigungsrecht bestünde nach der Klausel auch dann, wenn die Beklagte – etwa aus finanziellen Überlegungen – sich gar nicht darum bemüht habe, einen bestehenden Lizenzvertrag zu verlängern oder technische Probleme zu beheben. Damit stünde die Kündbarkeit einzelner Programme oder Programmpakete in ihrem Belieben, was ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB bedeute. Hinzu komme, dass die Klausel für den Fall der Aufkündigung einzelner Programme oder Programmpakete

keine Entgeltminderung vorsehe, wodurch der Verbraucher bei kundenfeindlichster Auslegung das vereinbarte Entgelt in voller Höhe leisten, aber nur mehr einen Teil der vertraglich vereinbarten Programminhalte empfangen könnte, was eine gröbliche Benachteiligung bedeute. Auch dass die Klausel für den Fall der Kündigung einzelner Programme oder Programmpakete durch die Beklagte im Gegenzug kein Kündigungsrecht des Kunden vorsehe, stelle eine gröbliche Benachteiligung dar, weil der Kunde selbst dann an den Vertrag gebunden bliebe, wenn jenes Programm, das ihn zum Abschluss des Abonnements veranlasst hatte, nachträglich gekündigt werde, wodurch er weiter für Programminhalte zahlen müsste, an denen er nie ein Interesse hatte. Dass die Beklagte mit Klausel 10.1 zusätzlich noch das Recht für sich in Anspruch nehme, geringfügige Änderungen in der inhaltlichen Gestaltung der Programmpakete vorzunehmen, könne nichts daran ändern, dass das in der gegenständlichen Klausel enthaltene Kündigungsrecht gröblich benachteiligend sei.

In ihrer **Revision** führt die **Beklagte** aus, dass die Klausel eine außerordentliche Kündigung des Abonnementvertrags ausschließlich in Bezug auf solche Kanäle und Programme einräume, hinsichtlich derer der Beklagten aus den genannten Gründen eine Leistungserbringung schlichtweg unmöglich geworden ist. In einem solchen Fall liege ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Teilauflösung des Vertrags und keine einseitige Leistungsänderung im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG vor. Wie sich außerdem aus Klausel 10.1 ergebe, solle die gegenständliche Klausel auch nur jene Fälle erfassen, in denen der Beklagten kein Vorwurf aus der nicht erfolgten Lizenzverlängerung gemacht werden könne. Dass im Falle der

außerordentlichen Kündigung – die eine Beendigung des Vertrags darstelle – vom Verbraucher weiterhin Entgelte für die aufgekündigten Kanäle/Programme zu bezahlen seien, könne der Klausel nicht entnommen werden. Darüber hinaus beziehe sie sich lediglich auf das außerordentliche Kündigungsrecht der Beklagten und nicht auf ein etwaiges gesondert bestehendes Kündigungsrecht des Verbrauchers hinsichtlich der verbleibenden Kanäle bzw Programme.

Dazu ist auszuführen:

Hinsichtlich der „lizenzrechtlichen Gründe“ wird in der Klausel demonstrativ (*argumento* „insb.“) der Rechtsverlust angeführt. Ein solcher tritt auch ein, wenn eine Lizenz ausläuft. Selbst wenn die Beklagte sich nicht um eine ihr finanziell zumutbare Verlängerung der Lizenz bemüht hat, könnte sie nach dem Wortlaut der Klausel von ihrem „außerordentlichen Kündigungsrecht“ Gebrauch machen. Bei kundenfeindlichster Auslegung (RS0016590) ist die Klausel damit für die Kunden jedenfalls gröblich benachteiligend, weshalb sich die Stattgebung der Klage in diesem Punkt jedenfalls als richtig erweist.

Zur Klausel 21:

*„Ist der Abonnent mit der Zahlung der Abonnementbeiträge oder mit sonstigen Zahlungsverpflichtungen aus eigenem Verschulden und nicht nur geringfügig in Zahlungsverzug, so kann S\* trotz Fortdauer der Zahlungsverpflichtung die Sehberechtigung bis zur vollständigen Bezahlung der offenen Beiträge oder sonstigen Zahlungsverpflichtungen entziehen und/oder die Inanspruchnahme weiterer Leistungen (z.B. S\* Select, kostenpflichtige S\* On Demand Programminhalte und 18+ Programminhalte) verweigern. Neben dem Recht zum Entzug der Sehberechtigung bleibt das Recht zur*

*außerordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzug gemäß Pkt. 9.5 unberührt.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sehe keine Verpflichtung der Beklagten vor, vor der Entziehung der Sehberechtigung den Kunden zu mahnen und eine Nachfrist von mindestens zwei Wochen zu setzen, weshalb sie § 70 TKG widerspreche. Sie verschleierte dem Kunden auch die wahre Rechtslage und sei daher intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** erwiderte, die Klausel impliziere dadurch, dass sie nur bei nicht geringfügigem Zahlungsverzug vorsehe, dass die Sehberechtigung entzogen werden könne, eine Mahnung mit der Setzung einer zweiwöchigen Nachfrist durch die Beklagte. Für einen durchschnittlich verständigen Kunden sei erkennbar, dass ein „nicht geringfügiger Zahlungsverzug“ wohl nur bei einer vorherigen Mahnung samt einer von der Beklagten gesetzten Nachfrist vorliege.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 21 folgende weitere Feststellung:

*„Faktisch setzt die Beklagte die Nachfrist um, dh sie müsste insofern ihre Systemeinstellungen bzw Mahnläufe nicht ändern.“*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, § 70 TKG normiere, dass der Betreiber eines Kommunikationsdienstes im Falle des Zahlungsverzugs eines Teilnehmers eine Dienstunterbrechung oder -abschaltung nur dann vornehmen dürfe, wenn er den Teilnehmer zuvor unter Androhung der Dienstunterbrechung oder -abschaltung und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt habe. Für die gänzliche Sperre des betroffenen Dienstes, bei dem Zahlungsverzug bestehe, dürfe der Betreiber ein angemessenes Bearbeitungsentgelt vereinbaren.

Die Wendung „nicht nur geringfügig in Zahlungsverzug“ genüge diesen Anforderungen nicht.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung und führte ergänzend aus, dass § 70 TKG den Kunden davor schütze, dass der Telekommunikationsdienst – insbesondere auch im Fall strittiger Rechnungen – ohne Vorwarnung gesperrt werde. Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten impliziere das Vorliegen eines „nicht geringfügigen Zahlungsverzugs“ weder eine Mahnung noch eine zweiwöchige Nachfrist.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** ihren Rechtsstandpunkt aufrecht.

Dazu ist auszuführen:

Der Wortlaut der Klausel gäbe der Beklagten das Recht, bei Zahlungsverzug die Sehberechtigung bis zur vollständigen Bezahlung zu entziehen und/oder die Inanspruchnahme weiterer Leistungen zu verweigern, obgleich nach § 70 TKG der Betreiber eines Kommunikationsdienstes im Falle des Zahlungsverzugs eines Teilnehmers eine Diensteunterbrechung oder -abschaltung nur dann vornehmen darf, wenn er den Teilnehmer zuvor unter Androhung der Diensteunterbrechung oder -abschaltung und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt hat. Die Klausel setzt eine solche Abmahnung nicht voraus, auch nicht implizit. Die Vorinstanzen haben daher zu Recht eine Verletzung des § 70 TKG bejaht.

Zur Klausel 22:

*„Kündigt S\* das Abonnement außerordentlich entweder nach Fristsetzung zur Nacherfüllung im Fall des schuldhaften Zahlungsverzugs oder nach entsprechender Abmahnung im Fall sonstiger schuldhafter*

*Leistungspflichtverletzung des Abonnenten, ist der Abonnent zur Zahlung eines pauschalierten Schadenersatzes statt der vertraglich vereinbarten Leistung verpflichtet. Die Höhe des Schadenersatzes richtet sich nach Höhe und Anzahl der Abonnementbeiträge bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin (z.B. ordentlicher Kündigungstermin 31. 12.; außerordentliche Kündigung 31. 08.; Laufzeit bis zum nächsten Kündigungstermin wären 4 Monate: Der Abonnent hat in diesem Fall Schadenersatz in der Höhe des 4-fachen vereinbarten monatlichen Abonnementbeitrags zu zahlen). Nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit ist die Höhe des Schadenersatzes auf einen monatlichen Abonnementbeitrag beschränkt.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sehe als pauschalierten Schadenersatz 100 % der ausstehenden Abonnementbeiträge vor. Weil die Beklagte durch die außerordentliche Kündigung leistungsfrei werde und sich dadurch auch Aufwendungen zur Leistungserbringung erspare, so jedenfalls Kosten der Kundenverwaltung und Kundenbetreuung, die Klausel jedoch, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung ersichtlich sei, nicht vorsehe, dass diese Ersparnis bei der Pauschalierung des Schadenersatzes angerechnet werde, sei die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Zudem verstoße die vorgesehene außerordentliche Kündigungsmöglichkeit im Falle des Zahlungsverzugs gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 70 TKG, da bei der Fristsetzung zur Nacherfüllung keine konkrete Frist genannt sei, sodass diese bei kundenfeindlichster Auslegung auch kürzer sein könnte als die in § 70 TKG für die Entziehung der Sehberechtigung vorgesehene Frist von mindestens zwei Wochen. Da für die Abschaltung im Falle des Zahlungsverzugs die Pflicht zur



qualifizierten Mahnung samt Nachfristsetzung von mindestens zwei Wochen gelte, müsse dies in einem Größenschluss auch für die Vertragsauflösung wegen Zahlungsverzugs verbindlich sein, die demnach erst wirksam werden könne, wenn die Vorgaben des § 70 erster Satz TKG eingehalten worden seien.

Die **Beklagte** erwiderte, sie erspare sich durch die außerordentliche Beendigung eines einzelnen Abonnementvertrags keine Fixkosten, welche anzurechnen wären, sodass die Klausel nicht gröblich benachteiligend sei. Die Fristsetzung zur Nacherfüllung betrage mindestens zwei Wochen, sodass die Klausel nicht gegen § 70 TKG verstoße.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 23 folgende weitere Feststellungen:

*„Die außerordentliche Beendigung eines Vertrages mit der Beklagten löst bei dieser einen manuellen Aufwand aus. Nicht festgestellt werden kann, dass sich die Beklagte durch eine Kündigung vor Laufzeitende in Relation zum Abonnementbeitrag relevante Fixkosten erspart. Wesentlicher Kostenfaktor bei der Beklagten sind die Kosten für die Übertragungsrechte, die Programmgestaltung und die technische Infrastruktur. Da die Höhe des Schadenersatzes vom System automatisch berechnet wird, müsste dieser Prozess bei einer Änderung der Klausel technisch geändert werden.“*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass die Regelung des § 70 TKG über die Setzung einer zweiwöchigen Nachfrist im Falle des Zahlungsverzugs analog auf den Fall der Kündigung wegen Zahlungsverzugs zu übertragen sei. Da die Klausel bloß von einer „Fristsetzung zur Nacherfüllung“ spreche und es im Verbandsverfahren nicht auf die faktische Handhabung ankomme, sei die Klausel wegen Unteilbarkeit zu verbieten.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Auch eine Kündigung des Vertragsverhältnisses bringe eine Abschaltung der Dienste mit sich, weshalb § 70 TKG nach der Absicht des Gesetzgebers auch auf Kündigungen wegen Zahlungsverzugs anzuwenden sei (ErlRV 1389 BlgNR 24. GP 20). Damit erfordere auch die Aufkündigung des Vertragsverhältnisses wegen Zahlungsverzugs die Setzung einer Nachfrist von zwei Wochen (*Bräuer in Riesz/Schilchegger*, § 70 TKG Rz 15). Bei kundenfeindlichster Auslegung berechtere die Klausel die Beklagte auch dann zur Kündigung des Vertragsverhältnisses wegen Zahlungsverzugs, wenn nur eine kürzere als die in § 70 TKG vorgesehene zweiwöchige Nachfrist gesetzt und keine Dienstabschaltung angedroht worden sei, wodurch sie gegen § 70 TKG verstoße.

In ihrer **Revision** führt die **Beklagte** allein aus, mit „Fristsetzung zur Nacherfüllung“ sei eine den Vorgaben des § 70 TKG entsprechende Frist gemeint, weshalb die Klausel aus diesem Grund bei richtiger rechtlicher Beurteilung nicht zu beanstanden gewesen wäre.

Dazu ist auszuführen:

Die Auslegung der Beklagten widerspricht der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (RS0016590). Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

Zur Klausel 23:

*„Kündigt S\* das Abonnement außerordentlich aufgrund eines schuldhaften Zahlungsverzuges während aufrechter Mindestvertragslaufzeit, ist S\* bei einem Kauf von S\* Empfangsgeräten gem. Pkt. 1.2.3 berechtigt, vom Kaufvertrag über das Empfangsgerät zurückzutreten und das*

*Eigentumsrecht geltend zu machen. Kommt der Abonnent seiner Pflicht zur Rückgabe des Empfangsgeräts nicht nach, so gelten die Bestimmungen des Pkt. 1.2.6 entsprechend. Ein bereits bezahlter Kaufpreis wird auf das Nutzungsentgelt bzw. den Schadenersatz angerechnet; übersteigt der Kaufpreis das Nutzungsentgelt, wird er nach Rückgabe des Empfangsgerätes auf offene Abonnementbeiträge sowie andere offene Beträge angerechnet.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sei intransparent und daher unwirksam im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da sie auf die unzulässigen Klauseln Pkt. 1.2.3 und 1.2.6 [= Klauseln 2 und 3 oben; Anm] verweise. Die Unzulässigkeit der Bestimmungen, auf die verwiesen werde, führe zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung.

Die **Beklagte** bestritt die Unzulässigkeit der verwiesenen Klauseln.

Das **Erstgericht** schloss sich der Rechtsansicht des Klägers an.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Die Klauseln 2 und 3 seien aus den angeführten Gründen unzulässig. Nach der Rechtsprechung habe der Verweis auf unzulässige Bestimmungen die Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung zur Folge (RS0122040 [T4]), womit auch die vorliegende Klausel unzulässig sei.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** die Entscheidung der Vorinstanzen allein deshalb für unrichtig, weil bei richtiger rechtlicher Beurteilung die Klauseln 2 und 3 zulässig seien.

Dazu ist auszuführen:

Ausgehend davon, dass die Klauseln 2 und 3 wie

bereits ausgeführt unzulässig sind, haben die Vorinstanzen mit zutreffender Begründung auch auf die Unzulässigkeit der auf sie verweisenden vorliegenden Klausel erkannt (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO). Der Revision der Beklagten war in diesem Punkt daher nicht Folge zu geben.

Zur Klausel 24:

*„S\* hat das Recht, die mit dem Abonnenten vertraglich vereinbarten Abonnementbeiträge entsprechend zu erhöhen, falls sich Lizenzkosten (insbesondere Lizenzkosten für den Erwerb von Premium-Sportrechten, Filmrechten, oder Verbreitungsrechten für Drittkanäle) für die im Rahmen des Abonnements ausgestrahlten Programminhalte, extern verursachte Technikkosten (insbesondere von Kabelweiterleitungsentgelten durch Kabelnetzbetreiber, Erhöhung der Transponderkosten für die Satellitenverbreitung) oder Gebühren oder Steuern, die sich auf die Kosten der Ausstrahlung der im Rahmen des Abonnements gesendeten Programminhalte auswirken, erhöhen. Eine solche Erhöhung muss dem Abonnenten rechtzeitig, aber mindestens 1 Monat im Voraus mitgeteilt werden. Die Regelung findet während der ersten 2 Monate nach Vertragsbeginn (Pkt. 7) keine Anwendung.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, da die für die Entgeltänderung maßgeblichen Parameter nicht klar nachvollziehbar sowie – zumindest teilweise – auch nicht sachlich gerechtfertigt seien, sie für beide Seiten nicht in gleicher Weise gegeben seien, da die Klausel bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen keine Verpflichtung der Beklagten zur Entgeltsenkung vorsehe, und auch der Eintritt der meisten genannten Umstände (insbesondere Entgelte wie zB Lizenz- und Technikkosten, die die Beklagte an Dritte leistet) nicht

vom Willen des Unternehmers unabhängig sei. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da großteils keine sachliche Rechtfertigung für die in der Klausel ersichtlich gemachten Vertragsänderungen gegeben sei. Es liege zudem ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG vor, da im Effekt der Unternehmer durch eine nicht sachlich gerechtfertigte Vertragsänderung die Kündigung des Verbrauchers provozieren könne. Zudem sei unklar, welche „Gebühren“, die sich auf die Kosten auswirken könnten, mit der Klausel gemeint seien, weshalb diese auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG sei.

Die **Beklagte** erwiderte, das Recht zur Erhöhung der vereinbarten Abonnementbeiträge sei sachlich gerechtfertigt, weil die in der Klausel angeführten Kosten (Lizenz- und Technikkosten, Gebühren, Steuern) allesamt nicht in ihrem Einflussbereich lägen. Sie könne ihre Leistungen in ihrer Gesamtheit nur bei Inanspruchnahme von Leistungen Dritter bzw Überlassung von Rechten Dritter erbringen. In Klausel 10.3 werde ausdrücklich festgehalten, dass für den Fall, dass sich die externen Technik- und/oder Lizenzkosten, Steuern und/oder Gebühren verringern, die Beklagte diese Reduktion entsprechend an den Konsumenten in Form einer Reduktion der mit ihm vertraglich vereinbarten Abonnementbeiträge weitergebe.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 23 folgende weitere Feststellungen:

*„Lizenzkosten für Film- und Sportrechte müssen von der Beklagten regelmäßig neu verhandelt werden und steigen tendenziell, auch durch Biiterrunden, obwohl die Beklagte versucht, diese gering zu halten. Ebenso steigen die Technikkosten, wozu ua Gebühren für die Kabelweiterleitung oder die Nutzung von Satelliten fallen. Punkt 10.3. der AGB*

*zum 22. 2. und 2. 11. 2016 lautet: 'Falls sich die in Pkt 10.2. genannten externen Technik- und/oder Lizenzkosten, Steuern und/oder Gebühren verringern, so wird S\* diese Reduktion entsprechend an den Abonnenten in Form einer Reduktion der mit dem Abonnenten vertraglich vereinbarten Abonnementbeiträgen weitergeben.'*“

Rechtlich führte das Erstgericht aus, die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil die in ihr genannten Gründe für die Entgelterhöhung nicht „vom Willen des Unternehmers unabhängig“ seien, da die Beklagte ihre Verträge mit den Rechteinhabern und technischen Dienstleistern selbst ausverhandle bzw durch ihre Konzerngesellschaften ausverhandeln lasse. Im Übrigen seien die Gründe angesichts der bloß demonstrativen Aufzählung nicht ausreichend klar umschrieben.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Die Klausel verleihe der Beklagten das Recht zur Anpassung des Entgelts, wenn sich Lizenzkosten, extern verursachte Technikkosten oder Gebühren und Steuern erhöhten, was eine generalklauselartige Umschreibung externer Kostenfaktoren bedeute. Für den Fall, dass sich einer dieser Parameter ändere, sei in keiner Weise festgelegt, in welchem Ausmaß eine Entgelterhöhung zulässig sei. Damit verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** daran fest, dass sämtliche der in der Klausel genannten Umstände nicht in ihrem Einflussbereich lägen. So seien ihr etwa bei der Erhöhung von Kosten für den Erwerb von Filmrechten die Hände gebunden; diese Erhöhung sei für sie nicht steuerbar. Der maßgebliche Sachverhalt, der die Beklagte zu einer Entgeltanpassung ermächtige, werde eindeutig und unmissverständlich beschrieben, weshalb von einer

„generalklauselartigen Formulierung“ nicht die Rede sein könne. Auch gehe aus der Klausel eindeutig hervor, dass der Abonnementbeitrag gegebenenfalls „entsprechend“, und sohin im Verhältnis der Erhöhung der Lizenz-, Technikkosten, Steuern bzw Gebühren, anzupassen sei.

Dazu ist auszuführen:

Für den Verbraucher sind gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen „dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt“.

Der Eintritt der im Vertrag angeführten Faktoren darf nicht vom Willen des konkreten Unternehmers abhängig sein, er darf auf sie keinen messbaren Einfluss haben. Sie müssen also „von außen“ kommen; ansonsten ist der Umstand nicht „sachlich gerechtfertigt“ im Sinne des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (*Eccher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 5 f; *Kathrein/Schoditsch* in KBB<sup>5</sup> § 6 KSchG Rz 11 [aE]; *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 83, 87 ff; *Langer in Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> § 6 Rz 26).

Nach den Feststellungen werden Lizenzkosten für Film- und Sportrechte von der Beklagten *verhandelt*. Damit ist jedenfalls der in der Klausel genannte Umstand der Erhöhung von Lizenzkosten für den Erwerb von Film und Sportrechten nicht sachlich gerechtfertigt, weshalb die Klausel jedenfalls gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstößt.

Zur Klausel 25:

*„Mahngebühr pro Mahnung € 10“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel widerspreche § 1333 Abs 2 ABGB, wonach nur die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen bei verschuldetem Zahlungsverzug verlangt werden dürften, die in einem angemessenen Verhältnis zur Kapitalforderung stehen. Die Mahngebühren sollten nach kundenfeindlichster Auslegung der Klausel jedoch ohne Rücksicht darauf zustehen, ob der Konsument den konkreten Zahlungsverzug verschuldet habe (was sich zudem auch in Zusammenschau mit Klausel 15 ergebe), ob der Beklagten die entsprechenden Schäden tatsächlich bzw in Höhe der geforderten Mahnkosten erwachsen seien, ob die Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen zweckentsprechend und die dafür geforderten Kosten notwendig gewesen seien und ob die verlangten Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stünden. Mit der Klausel würden die Mahngebühren undifferenziert auf den Verbraucher überwältzt, dieser müsste nach der Klausel auch unzweckmäßige Betreibungsschritte ersetzen. Dadurch komme es zu einer gröblichen Benachteiligung des Konsumenten und somit zu einem Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Die **Beklagte** erwiderte, die Mahngebühr von 10 EUR sei so niedrig bemessen, dass sie jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zu den betriebenen Forderungen stehe; dies angesichts dessen, dass der günstigste reguläre Abonnementbeitrag, welcher ja üblicherweise Gegenstand einer Mahnung sei, derzeit 21,99 EUR pro Monat betrage (S\* Entertainment Paket) und gerade bei niedrigen Hauptforderungen diese nicht zwingend die Obergrenze der



Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen darstellten. Die Klausel befinde sich in den Entgeltbestimmungen der Beklagten und gebe somit – § 25 Abs 5 TKG entsprechend – lediglich die Höhe der Mahngebühr wieder und nicht die rechtlichen Voraussetzungen ihrer Geltendmachung. Auch bei kundenfeindlichster Auslegung sei der Klausel nicht zu entnehmen, dass bei unverschuldetem Zahlungsverzug eine Mahngebühr anfallen solle. Die Klausel sei daher nicht gröblich benachteiligend.

Das **Erstgericht** beurteilte die Klausel als im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend, weil eine unabhängig vom tatsächlichen Aufwand jedenfalls zu leistende Pauschale vorliege.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Ein Gläubiger könne bei Verzug des Schuldners nach § 1333 Abs 2 ABGB neben den Zinsen auch den Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stünden. Demgegenüber lege die vorliegende Klausel ein Entgelt für Mahnungen fest, ohne dass auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung Bedacht genommen würde. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs widerspreche eine solche Klausel § 1333 Abs 2 ABGB und begründe eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB.

In ihrer **Revision** wiederholt die **Beklagte** im Wesentlichen ihren bereits referierten Rechtsstandpunkt und führt weiters aus, dass das Erstgericht zu Klausel 14 festgestellt habe, dass ihr Mahnlauf sehr komplex sei und

Mahnungen unter Umständen manuell bearbeitet werden müssten, weshalb eine Mahngebühr von 10 EUR dem tatsächlichen Mindestaufwand der Beklagten entspreche.

Dazu ist auszuführen:

Die Klausel setzt entgegen der Ansicht der Beklagten nicht nur die Höhe der Mahngebühr fest, sondern es ist ihr zumindest auch zu entnehmen, dass diese Mahngebühr „pro Mahnung“ anfallen soll. Bei kundenfeindlichster Auslegung fiel die Mahngebühr daher auch im Fall einer unberechtigten Mahnung an, weshalb die Klausel jedenfalls gröblich benachteiligend ist.

Zur Klausel 26:

*„Der Abonnent hat, soweit die Einforderung der ausstehenden Beiträge durch ein von S\* beauftragtes Inkassobüro oder einen Rechtsanwalt erfolgt, die Kosten, welche zur zweckentsprechenden Betreibung oder Einbringung notwendig waren, zu ersetzen.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel widerspreche § 1333 Abs 2 ABGB und sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da mit ihr nach der kundenfeindlichsten Auslegung auch in einem unangemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehende Betreibungskosten gefordert werden könnten, die Klausel auf die unterschiedliche und voneinander deutlich zu trennenden Tatbestandsmerkmale des § 1333 Abs 2 ABGB nicht Bezug nehme und der Hinweis auf das notwendige Verschulden des Schuldners fehle.

Die **Beklagte** erwiderte, die Klausel impliziere, dass keine unverhältnismäßigen Betreibungskosten zu ersetzen seien, da lediglich Kosten, welche zur zweckentsprechenden Betreibung oder Einbringung notwendig gewesen seien, zu ersetzen seien. Überdies werde durch den

Wortlaut der Klausel auch impliziert, dass die Betriebskosten nur bei Verschulden zu ersetzen seien.

Das **Erstgericht** verwies auf seine Ausführungen zur Klausel 15; auch die vorliegende, von der Formulierung bzw dem Regelungsinhalt her vergleichbare Bestimmung genüge den Anforderungen des § 1333 Abs 2 ABGB nicht.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Der Oberste Gerichtshof habe erst unlängst zu 6 Ob 140/18h ausgesprochen, dass eine Verpflichtung des Kunden zum Ersatz der „notwendigen und zweckentsprechenden“ außergerichtlichen Betriebskosten intransparent sei, wenn der Hinweis darauf fehle, dass die zu ersetzenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssten, was auch auf die vorliegende Klausel zutreffe.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** die Rechtsansicht des Berufungsgerichts für unrichtig, weil die Klausel lediglich die Modalitäten des Kostenersatzes, nicht dessen Höhe festlege und voraussetze, dass die zu ersetzenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stünden.

Dazu ist auszuführen:

Gemäß § 1333 Abs 2 ABGB kann der Gläubiger außer den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer, vom Schuldner *verschuldeter* und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender außergerichtlicher Betriebs- oder Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen. Bei kundenfeindlichster Auslegung hat nach der Klausel der Abonnet hingegen, ohne dass es auf ein Verschulden ankäme, die Kosten, welche zur zweckentsprechenden Betreuung oder

Einbringung notwendig waren, zu ersetzen. Der Wortlaut der Klausel impliziert entgegen der Beklagten nämlich in keiner Weise, dass die Betreuungskosten nur bei Verschulden zu ersetzen wären. Die Klausel verstößt damit jedenfalls gegen § 1333 Abs 2 ABGB und ist damit unzulässig. Zudem impliziert die Klausel entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht, dass keine unverhältnismäßigen Betreuungskosten zu ersetzen seien. Das Fehlen des Hinweises darauf, dass die zu ersetzenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen müssen, macht die Klausel auch intransparent, weil sie dem Kunden ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt. Er könnte sich aufgrund der Klausel veranlasst sehen, Betreuungskosten auch dann zu ersetzen, wenn ihre Höhe in keinem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung steht (4 Ob 221/06p [Punkt 2.5] mwN; vgl jüngst auch 6 Ob 140/18h [Punkt 3.3 und 3.4]).

Zur Klausel 27:

*„Der Vertrag kann erstmals zum Ablauf des Monats, mit welchem die vereinbarte Mindestvertragslaufzeit endet, gekündigt werden (z.B. Mindestvertragslaufzeit 12 Monate und Vertragsbeginn am 15. 7.: erste Kündigungsmöglichkeit zum 31. 7. des darauffolgenden Jahres). Danach kann er jeweils zum Ablauf von 12 Monaten gekündigt werden (z.B. zum 31. 7. der jeweils darauffolgenden Jahre).“*

Der **Kläger** brachte vor, der letzte Satz der Klausel bedeute eine unverhältnismäßig lange Vertragsbindung des Kunden nach Ablauf der Mindestvertragsdauer und sei daher unzulässig im Sinne des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Die unangemessen lange Vertragsbindung sei zudem auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und daher auch aus diesem

Grund unwirksam. Zudem bewirke die Klausel nach Ablauf der Mindestvertragsdauer eine automatische Vertragsverlängerung mit einem Ausschluss von Kündigungsmöglichkeiten für ein weiteres ganzes Jahr, ohne dass der Konsument rechtzeitig auf die Bedeutung seines Verhaltens, wenn er nicht kündige, hingewiesen werde, wodurch die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoße. Die bei der Beklagten anfallenden Technik- und Lizenzkosten könnten per se eine unverhältnismäßig lange Vertragsbindung des Kunden nicht rechtfertigen.

Die **Beklagte** erwiderte, die Klausel beinhalte keine automatische Vertragsverlängerung, sondern regle lediglich den Kündigungstermin des Abonnementvertrags. Die Dauer der Vertragsbindung sei branchenüblich und nicht unangemessen lange. Die Vereinbarung, dass der Abonnementvertrag nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit jeweils zum Ablauf von zwölf Monaten gekündigt werden könne, sei aufgrund der von der Beklagten zu bezahlenden hohen Technik- und Lizenzkosten und des damit verbundenen beträchtlichen wirtschaftlichen Risikos sachlich gerechtfertigt. Die Beklagte bzw deren Großmuttergesellschaft gehe insbesondere beim Erwerb der Ausstrahlungsrechte für die Deutsche Bundesliga ein außerordentliches wirtschaftliches Risiko ein, sodass die langfristige Kundenbindung für sie unbedingt notwendig sei, um das unternehmerische Risiko durch eine entsprechende Kalkulation beschränken zu können. Die Vereinbarung eines Kündigungstermins jeweils zum Ablauf von zwölf Monaten sei aufgrund des Umfangs der Aufwendungen der Beklagten angemessen und sachlich gerechtfertigt.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 27 folgende weitere Feststellungen:

*„Die Beklagte schließt ihre Verträge idR auf unbestimmte Zeit ab mit einer Mindestvertragsdauer von 12, teils 24 Monaten. Seit der TKG-Novelle 2016 wird mit Neukunden ein monatliches Kündigungsrecht nach Ablauf der Mindestvertragsdauer vereinbart, zuvor galt die gegenständliche Bestimmung sowie nach Pkt 9.2. der AGB zum 5. 11. 2015 eine Kündigungsfrist von zwei Monaten. Die Beklagte plant ihren Rechteerwerb grundsätzlich für vier Jahre im Vorhinein, sodass für sie ein fixer, planbarer Kundenstamm wirtschaftlich relevant ist.“*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, der Beklagten sei zuzugestehen, dass sie für die Kalkulation ihrer Lizenzverträge eine gewisse Planungssicherheit bei den Abonnementbeiträgen durch Mindestvertragslaufzeiten benötige. Dass die Mindestvertragslaufzeit de facto nochmals von vorne zu laufen beginne, wenn der Kunde den richtigen Zeitpunkt und Zeitraum für die Kündigung versäume, könne aber nicht mehr mit einer berechtigten Erwartungshaltung der Beklagten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses begründet werden, sondern benachteilige den Kunden gröblich im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. § 25d TKG sei in der nunmehr geltenden Fassung BGBl I 2015/134 erst mit 26. 2. 2016 in Kraft getreten; das dort vorgesehene Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende des folgenden Monats gelte nicht für Altverträge. Eine analoge Anwendung des Kündigungsrechts nach § 15 Abs 1 KSchG werde von der Rechtsprechung abgelehnt. Wohl aber seien nach § 6 Abs 1 Z 1 zweiter Fall KSchG für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen sich der

Unternehmer eine unangemessen lange Frist ausbedinge, während der der Verbraucher an den Vertrag gebunden sei. Damit solle sichergestellt werden, dass der Verbraucher nur so lange gebunden sei, wie es im Interesse des Unternehmers sachlich erforderlich sei. Die Angemessenheit der Frist richte sich nach der Art des Geschäfts und den von redlichen Vertragsparteien üblicherweise vereinbarten Fristen. Ob eine unangemessen lange Frist vorliege, sei durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln, wobei die typischen Erwartungen des Kunden den wirtschaftlichen und technischen Interessen des Unternehmers gegenüberzustellen seien. Lange Kündigungsfristen und automatische Vertragsverlängerungen führten gerade im Bereich der Telekommunikation dazu, dass Kunden auf aktuelle auf dem Markt befindliche Angebote nicht zeitnah reagieren könnten und dadurch entweder Gefahr liefen, dass das Angebot am Ende ihrer Kündigungsfrist nicht mehr angeboten werde, oder aber sie das Grundentgelt während der Kündigungsfrist doppelt leisten müssten, nämlich aus dem alten und dem neuen Vertrag. Dementsprechend habe der Oberste Gerichtshof erst unlängst zu 9 Ob 14/17z eine Kündigungsfrist von zwölf Wochen nach Ablauf der Mindestvertragsdauer eines Mobilfunkvertrags als unangemessen beurteilt. Im vorliegenden Fall trage die Beklagte ihrem berechtigten Bedürfnis nach Planungssicherheit schon dadurch Rechnung, dass sie mit ihren Kunden Mindestlaufzeiten vereinbare. Dass ein Vertrag aber selbst nach Ablauf der vereinbarten Mindestlaufzeit jeweils erst nach Ablauf von weiteren zwölf Monaten gekündigt werden könne, mache dem Kunden ein Reagieren auf aktuelle auf dem Markt befindliche Angebote langfristig unmöglich, was sich mit dem Bedürfnis der Beklagten nach

Planungssicherheit nicht mehr rechtfertigen lasse. Die Bindungsfrist von zwölf Monaten nach Ablauf der vereinbarten Mindestvertragsdauer verstoße daher gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** dem Berufungsgericht entgegen, dass es sich bei den von der Beklagten geschlossenen Verträgen anders als bei 9 Ob 14/17z nicht um Mobilfunkverträge handle, bei denen üblicherweise eine Planung des Rechteerwerbs mangels hoher Lizenz- und Technikkosten kurzfristiger erfolgen könne. Gerade solche fielen jedoch für die Beklagte an und führten dazu, dass für diese ein fix planbarer Kundenstamm von essentieller wirtschaftlicher Notwendigkeit sei. Kürzere als zwölfmonatige Vertragslaufzeiten wären für sie aus diesem Grund auch wirtschaftlich nicht zumutbar und würden von redlichen Vertragsparteien in diesem Geschäftszweig nicht vereinbart werden. Eine Abwägung der typischen Erwartungen des Verbrauchers gegen die wirtschaftlichen bzw technischen Interessen der Beklagten führe somit zu dem Ergebnis, dass die festgesetzte Vertragslaufzeit angemessen sei.

Dazu ist auszuführen:

Allgemein gilt, dass Unternehmer, die bei der Finanzierung vertraglicher Leistungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses ein hohes wirtschaftliches Risiko eingehen, ihre Vertragspartner längere Zeit binden müssen, um ihr kaufmännisches Risiko durch eine sachgerechte Kalkulation beschränken zu können (RS0123616). Letztlich handelt es sich um eine Abwägungsfrage im Einzelfall. Der Oberste Gerichtshof hat sich in der Vergangenheit etwa vor allem zu AGB von Fitness-Studios mit der Zulässigkeit der Vertragsbindung befasst. In 1 Ob 96/17z (Klausel 6) wurde zuletzt im Rahmen der Zurückweisung von außerordentlichen



Revisionen beider Seiten die Ansichten der Vorinstanz gebilligt, wonach eine (ursprüngliche) 12-monatige Bindungsdauer zulässig, eine 24-monatige Bindungsdauer unzulässig, und eine nach Ablauf der Mindestdauer bloß jährlich mögliche Kündigung unzulässig seien.

Die Erwägungen des vom Berufungsgericht herangezogenen Urteils zu 9 Ob 14/17z lassen sich entgegen der Ansicht der Beklagten auf den vorliegenden Fall übertragen. Auch wenn ein Mobilfunkbetreiber keine relevanten mehrjährigen Lizenzkosten zu tragen hat, so doch durchaus hohe Technikkosten und entsprechende langfristige Investitionen. Dem steht das (auch in den Materialien zu § 25d Abs 3 TKG 2003 hervorgehobene) Interesse des Kunden, auch kurzfristig auf Angebote der Konkurrenz reagieren zu können gegenüber. Im Ergebnis kann daher eine (nach Ablauf der Mindestvertragsdauer) weitere Bindung von wiederum zwölf Monaten nicht gerechtfertigt werden.

Zur Klausel 28:

*„S\* stellt dem Abonnenten die Smart-Card und das Empfangsgerät zur Nutzung des linearen TV-Programms in der Regel innerhalb von 2–3 Werktagen, längstens jedoch binnen 15 Tagen nach Übermittlung der Zugangsdaten für S\* Go zur Verfügung. Die Zahlungsverpflichtung des Abonnenten entfällt für den Zeitraum zwischen der Übermittlung der Zugangsdaten für die Nutzung von S\* Go und dem Zugang der Smart-Card des Empfangsgerätes, wenn dieser Zeitraum 15 Tage überschreitet.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da eine bis zu 15-tägige Zahlungspflicht des Konsumenten entstehen könne, ohne dass der Konsument das Zusatzangebot S\* Go bereits nutzen könne, wofür keine sachliche Rechtfertigung

bestehe. Selbst wenn S\* Go sofort nutzbar sein sollte, könne nach der Klausel eine bis zu 15-tägige Zahlungspflicht des Konsumenten entstehen, ohne dass dieser das Angebot der Beklagten vollumfänglich nutzen könne, etwa wenn S\* die Smartcard und das Empfangsgerät verspätet übermittle, sodass der Nutzer Angebote mit Ausnahme von S\* Go nicht in Anspruch nehmen könne.

Die **Beklagte** wendete ein, bei „S\* Go“ handle es sich um die von der Beklagten ermöglichte Abrufbarkeit der vom Kunden abonnierten Programme auf einem mobilen Endgerät wie einem Smartphone oder Tablet. Diese mobile Abrufbarkeit auf mobile devices sei sofort nach Übergabe/Übermittlung der Zugangsdaten möglich. Der Kunde könne über „S\* Go“ bereits das gesamte abonnierte Programm der Beklagten vollumfänglich nutzen. Die Übermittlung der Zugangsdaten erfolge im Rahmen des Vertragsabschlusses im Fachhandel durch sofortige Übergabe und bei Bestellung über die Website der Beklagten oder per Telefon durch Übermittlung per E-Mail/SMS durchschnittlich binnen 15 Minuten ab Bestellung. Somit sei es möglich, dass der Kunde die Programme der Klägerin auf seinen mobile devices noch vor Übermittlung der Smartcard bzw eines Empfangsgeräts (Receiver) nutzen könne. Sollten zwischen der Übermittlung der Zugangsdaten für „S\* Go“ und dem Zugang der Empfangsgeräte mehr als 15 Tage liegen, so entfalle gemäß dieser Bestimmung für diesen Zeitraum die gesamte Zahlungsverpflichtung des Verbrauchers, obwohl er das gesamte Programm der beklagten Partei bereits über „S\* Go“ empfangen könne. Die Klausel sei keinesfalls gröblich benachteiligend, sondern ganz im Gegenteil eine für den Verbraucher günstige Bestimmung.

Das **Erstgericht** traf zur Klausel 28 folgende

weitere Feststellungen:

*„Mittels 'S\* Go' kann der Kunde dieselben Programminhalte empfangen wie mit einem Empfangsgerät (Receiver), allerdings über das Internet mittels Streaming auf mobilen Endgeräten (die gegebenenfalls an einen Bildschirm angeschlossen werden können). Die Zugangsdaten erhält der Kunde mit der Bestellbestätigung seines regulären Abonnements, mit diesen kann er sofort auf die Programminhalte zugreifen. Der Receiver (und die Smartcard) werden per Post zugestellt, idR binnen zwei bis drei Werktagen. 'S\* Go' ist in Punkt 1.1.10 der AGB zum 2. 11. 2016 näher geregelt; demnach obliegt es dem Kunden, für die Eignung des Endgerätes und die Internetverbindung Sorge zu tragen. Punkt 1.1.10.3 sieht eigene Voraussetzungen vor, unter denen der Zugang zu Streaming-Diensten von der Beklagten beschränkt werden kann. Nach Punkt 7.1 kommt der Abonnementvertrag durch die Bestellung durch den Kunden und die Annahme durch die Beklagte zustande, die durch die Übermittlung der Nutzungsdaten für 'S\* Go' erfolgt.“*

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass nach der Klausel selbst dann eine Pflicht des Kunden zur Zahlung des vollen Monatsentgelts bestehe, wenn er in den ersten 14 Tagen nach Vertragsabschluss (= Erhalt der Zugangsdaten nach Pkt 7.1) das Angebot der Beklagten nicht vollumfänglich nutzen, sondern Programme nur im Rahmen des Streaming-Dienstes empfangen könne mit den dafür vorgesehenen technischen und vertraglichen Einschränkungen. Eine sachliche Rechtfertigung, warum die Beklagte eine Lieferung binnen zwei bis drei Werktagen ankündige, das Entgelt aber erst nach 15 Tagen entfallen lasse (bzw um diesen Zeitraum mindere), sei nicht erkennbar, sodass die Klausel gegen § 879

Abs 3 ABGB verstößt.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Es sei nicht gewährleistet, dass Verbraucher über einen ausreichenden Internetzugang bzw ein mit dem Internet verbundenes TV-Gerät verfügen, um die Programmangebote der Beklagten entsprechend nutzen zu können. Solche Kunden müssten vielmehr die Zustellung der Smartcard oder des Empfangsgeräts abwarten, um die Angebote der Beklagten nutzen zu können. Die Kunden hätten ein besonderes Interesse daran, die Programme nicht bloß über das Internet, sondern über eine Smartcard oder ein Empfangsgerät empfangen zu können, was sich schon aus dem Umstand ergäbe, dass die Beklagte ihren Kunden für die Überlassung einer Zweitkarte nach der vom Erstgericht festgestellten Preisliste zwischen 9,99 EUR und 24,99 EUR monatlich verrechne. Auch könne die Beklagte die sofortige Zahlungspflicht des Kunden nicht damit rechtfertigen, dass sie dem Kunden „in der Regel“ eine Lieferung binnen zwei oder drei Tagen in Aussicht stelle, weil der Kunde darauf keinen Rechtsanspruch habe. Dementsprechend könnte sich ein Kunde auch dann nicht dagegen wehren, wenn er das Gerät deshalb erst am 15. Tag erhalten habe, weil es von der Beklagten mit einer Verzögerung von 14 Tagen versendet worden sei. Nach der vorliegenden Klausel verpflichtete sich die Beklagte, dem Kunden die Smartcard und das Empfangsgerät „längstens binnen 15 Tagen“ nach Übermittlung der Zugangsdaten für „S\* Go“ zur Verfügung zu stellen, beanspruche für diesen Zeitraum aber das volle Monatsentgelt. Dass ein Kunde das volle Monatsentgelt bezahlen müsse, obwohl er während eines Zeitraums von 15 Tagen das Angebot der Beklagten nicht auf die vertraglich vereinbarte Weise nutzen könne, sei sachlich nicht

gerechtfertigt und verstoße daher gegen § 879 Abs 3 ABGB.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** dem Berufungsgericht entgegen, es verkenne, dass der Verbraucher von Anfang an jedenfalls mittels „S\* Go“ auf sämtliche Programminhalte Zugriff habe. Alle vertragsgegenständlichen Programme könnten daher bis zum Zugang des Empfangsgeräts von ihm bereits genutzt werden. Darüber hinaus ergäbe sich durch den Wegfall der Klausel insofern ein Nachteil für den Verbraucher, als er diesfalls die Programminhalte der Beklagten erst mit Zustellung des Receivers abrufen und nicht – wie bisher und bei digitalen Inhalten von Verbrauchern nahezu immer gewünscht – bereits unverzüglich in Anspruch nehmen könnte.

Dazu ist auszuführen:

Auf die Begründung des Berufungsgerichts, dass der Kunde nicht den vollen (Funktions-)Umfang nutzen könne, da nicht sichergestellt sei, dass er – bereits – über die technischen Voraussetzungen für S\* Go verfüge, geht die Revision nicht ein. Die bloße (Zusatz-)Nutzungsmöglichkeit von S\* Go kann nicht mit der Möglichkeit der Nutzung über Receiver – für die sich der Kunde primär entscheidet, hätte er sonst doch ein reines Streaming-Produkt gewählt – gleichgesetzt werden. Es kann auf die in ihrer Gesamtheit zutreffenden Erwägungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

Zur Klausel 29:

*„S\* kann Vertragsänderungen auch einvernehmlich mit dem Abonnenten vereinbaren. Der Abonnent erhält ein Angebot zur einvernehmlichen Vertragsänderung mindestens 1 Monat vor In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen in schriftlicher Form. In diesem Angebot sind sämtliche Änderungen abgebildet. Zusätzlich*

*findet der Abonnent einen Hinweis auf die Volltext-Version unter [www.s\\*.at/AGB](http://www.s*.at/AGB). Gleichzeitig informiert S\* den Abonnenten über den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen. Das Angebot gilt als angenommen, wenn der Abonnent nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen schriftlich widerspricht. S\* wird den Abonnenten in diesem Angebot über diese Frist sowie über die Bedeutung seines Verhaltens informieren.“*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG, weil inhaltlich unbeschränkte Vertragsänderungen im Wege der Erklärungsfiktion zugelassen werden sollten. Der Umstand, dass sich die Beklagte in der Klausel dazu verpflichte, den Verbraucher über die Bedeutung seines Verhaltens zu informieren, ändere nichts daran, dass mit der Klausel eine beliebige Vertragsänderung möglich sei.

Die **Beklagte** erwiderte, die Klausel sei weder gröblich benachteiligend noch intransparent, da der Verbraucher von der Beklagten gesondert über die Bedeutung seines Verhaltens informiert und ihm ausreichend Zeit für eine Rückmeldung eingeräumt werde.

Das **Erstgericht** beurteilte die Klausel als intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 KSchG, da die hier mittels Zustimmungsfiktion möglichen „Vertragsänderungen“ in keiner Weise bestimmt seien.

Das **Berufungsgericht** führte aus, dass die vorliegende Klausel, wie auch bereits vom Erstgericht konstatiert, den Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspreche. Die Zulässigkeit der Klausel sei aber auch nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen. Nach ständiger Rechtsprechung verstoße eine Klausel, die

Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulasse und nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lasse, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile schützen könnte, gegen das Transparenzgebot. Dahinter stehe, dass die vertragliche Zustimmungsfiktion in der Praxis trotz des formalen Widerspruchsrechts weitgehend auf eine einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers hinauslaufe, weil sich Verbraucher erfahrungsgemäß mit Änderungsangeboten nicht auseinandersetzen, weshalb ihnen infolge der Gefahr ihrer Passivität ein Schutzbedürfnis zuzubilligen sei. Da die vorliegende Klausel eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien, insbesondere auch von Leistung und Gegenleistung zugunsten der Beklagten in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zulasse, verstoße sie gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG.

In ihrer **Revision** vertritt die **Beklagte** die Ansicht, dass die Klausel lediglich die formalen Kriterien für eine Vertragsänderung umfasse, nicht hingegen die Regelung von inhaltlichen Parametern, etwa den möglichen Umfang der Vertragsänderungen, und dass sie aus diesem Grund, da die formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG erfüllt seien, zulässig sei.

Dazu ist auszuführen:

Die Konformität zu § 6 Abs 1 Z 2 KSchG macht – wie von den Vorinstanzen zutreffend erkannt – eine Prüfung der Klausel nach § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG nicht überflüssig. Das Berufungsgericht legte unter Zugrundelegung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung dar, dass die Klausel gegen diese Vorschriften verstoße, weil sie nach Inhalt und Ausmaß Vertragsänderungen unbeschränkt zulasse. Worin der Rechtsfehler des Berufungsgerichts liegen

soll, wird in der Revision nicht dargelegt, Da die Revision lediglich argumentiert, dass die Klausel ohnehin nur den Modus (in Konformität zu § 6 Abs 1 Z 2 KSchG), nicht aber den Inhalt oder Umfang möglicher Änderungen regle, tritt sie der Beurteilung des Berufungsgerichts in Wahrheit nicht entgegen. Die Revision ist in diesem Punkt nicht gesetzmäßig ausgeführt (vgl RS0043603).

**b) Zur beanstandeten Geschäftspraktik (Unterlassungsanspruch nach § 28a KSchG):**

Der **Kläger** brachte vor, es lägen zahlreiche Fälle vor, in denen die Beklagte telefonische Vertragsabschlüsse behauptete und Forderungen erhoben habe, obwohl Konsumenten ihr keine schriftlichen Erklärungen über die Annahme ihres Anbots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt hätten. Daher habe die Beklagte gegen § 9 Abs 2 FAGG verstoßen. Die Beklagte setze dieses Verhalten offenbar systematisch, sodass die von § 28a Abs 1 KSchG geforderte Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen der Verbraucher vorliege. Bei der von der Beklagten erbrachten Leistung handle es sich um die Zurverfügungstellung eines Zugangs zu TV-Programmen und Zusatzdiensten. Ihre Leistung bestehe somit nicht in der unmittelbaren Erbringung von konkreten digitalen Inhalten, wie dies zB beim Kauf eines einzelnen Downloads oder beim Streaming eines konkreten Films der Fall sei. Die Beklagte leiste daher keine digitalen Inhalte im Sinne des § 3 Z 6 FAGG.

Die **Beklagte** bestritt und brachte vor, dass ihre telefonischen Vertragsabschlüsse nicht von § 9 Abs 2 FAGG erfasst seien. Diese Bestimmung sei ausschließlich auf Fernabsatzverträge über Dienstleistungen anwendbar. Die von der Beklagten angebotenen TV-Programme bzw On-Demand-Dienste seien jedoch als Zurverfügungstellung von digitalen



Inhalten zu qualifizieren. Die Beklagte biete nämlich nicht bloß einen Zugang zu TV-Programmen und Zusatzdiensten an, sondern ermögliche ihren Kunden auch die unmittelbare Inanspruchnahme der entsprechenden Inhalte. Sie produziere die Inhalte dieser TV-Programme selbst (S\* Sport Austria) oder habe die Rechte an diesen TV-Programmen erworben (zB die Programme des Programmpakets S\* Cinema, das zugekaufte und selbst produzierte Inhalte enthalte), um diese Inhalte den Kunden direkt zur Verfügung zu stellen.

Das **Erstgericht** traf zum auf § 28a KSchG gestützten Unterlassungsbegehren folgende weitere Feststellungen:

*„Nach Pkt 1.1.1 der AGB zum 5. 11. 2015, 22. 2. 2016 und 2. 11. 2016 stellt die Beklagte (sinngemäß) dem Abonnenten verschiedene Programmpakete zur Nutzung zur Verfügung, welche sich jeweils aus einer unterschiedlichen Anzahl von Programmkanälen zusammensetzen, auf welchen wiederum unterschiedliche Programminhalte (Sendungen) ausgestrahlt werden. Des weiteren stellt die Beklagte den Zugang zu Inhalten über Zusatzdienste zur Verfügung. Die Beklagte bzw deren Konzerngesellschaften produzieren Inhalte teils selbst, teils werden diese zugekauft. Im Zeitraum Mai 2015 bis Februar 2016 kontaktierte die Beklagte [telefonisch; unstrittig] mehrere Konsumenten österreichweit, ob sie einen Vertrag bei ihr abschließen bzw nach einer Kündigung verlängern wollen würden. Obwohl die Kunden nach dem Erhalt von Vertragsunterlagen und/oder Begrüßungsschreiben keine schriftliche Erklärung über ihre Annahme an die Beklagte rückmittelten, berief sich diese jeweils auf die Wirksamkeit des Vertragsschlusses. Die Beklagte akzeptierte sodann rückwirkende Vertragsauflösungen nach ihrem*

*Verständnis kulanzweise.*“

Rechtlich führte das Erstgericht aus, die Verbraucherrechte-Richtlinie unterscheide beim Formgebot nach Art 8 Abs 6 nicht danach, ob der Fernabsatzvertrag über Dienstleistungen, Waren oder digitale Inhalte geschlossen werde. Intention des österreichischen Gesetzgebers bei der Umsetzung in § 9 Abs 2 FAGG und der Konkretisierung auf „Dienstleistungen“ sei bloß gewesen, Warenkaufverträge auszuschließen, weil insofern ein ausreichendes Schutzniveau durch die vorvertraglichen Pflichten und das Widerrufsrecht gewährleistet sei. Das Angebot der Beklagten gehe über die bloße Zurverfügungstellung digitaler Inhalte hinaus, sie stelle ja nicht nur einzelne Inhalte = Sendungen zum Abruf bereit bzw übermittle diese, sondern gestalte insgesamt ein Programmangebot samt Zusatzdiensten und biete Nebenleistungen wie Leih-Empfangsgeräte, Kundensupport udgl an. Da die Rechte der Verbraucher bei digitalen Inhalten eingeschränkt seien, entstünde ein vom Gesetzgeber nicht intendiertes Rechtsschutzdefizit, würde man den Begriff der „Dienstleistung“ in § 9 Abs 2 FAGG eng fassen und nicht auch auf derartige Fälle anwenden. Die Beklagte habe daher bei telefonisch ausgehandelten Vertragsabschlüssen bzw -verlängerungen die Vorgaben des § 9 Abs 2 FAGG einzuhalten. Etwas anderes könne bei Zusatzdiensten gelten, wie zB Video on demand, bei denen bestimmte Inhalte aufgrund eines Einzelvertrags vom Kunden kostenpflichtig bestellt würden. Das Klagebegehren zu 1.b), das auf „Dienstleistungen“ abstelle, sei damit aber berechtigt.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Nach herrschender Meinung sei § 9 Abs 2 FAGG auch auf Verträge über unkörperliche digitale Inhalte anzuwenden. Das Erstgericht habe daher richtig erkannt, dass

die Beklagte durch ihre Geschäftspraktik im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen gegen § 9 Abs 2 FAGG verstoßen habe, wodurch dem Unterlassungsbegehren nach § 28a KSchG stattzugeben gewesen sei.

In ihrer **Revision** hält die **Beklagte** ihren Rechtsstandpunkt aufrecht, dass § 9 Abs 2 FAGG nicht ihre Dienstleistungen erfasse. Ein anderes Verständnis wäre auch richtlinienwidrig.

Dazu ist auszuführen:

Die Verbraucherrechte-Richtlinie (RL 2011/83/EU, kurz: VRRL) strebt eine Vollharmonisierung an. Die Mitgliedstaaten dürfen nach ihrem Art 4 weder von den Bestimmungen der Richtlinie abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrechterhalten noch solche einführen, auch nicht – zur Gewährleistung eines höheren Verbraucherschutzniveaus – strengere Vorschriften. Dies gilt gemäß der Einleitung von Art 4 aber nur, „[s]ofern diese Richtlinie nichts anderes bestimmt“.

Gemäß Art 8 Abs 6 VRRL können die Mitgliedstaaten für Fernabsatzverträge, die telefonisch geschlossen werden, vorsehen, dass der Unternehmer dem Verbraucher das Angebot bestätigen muss und der Verbraucher erst dann gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat, sowie vorsehen, dass solche Bestätigungen auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen müssen. Der österreichische Gesetzgeber machte von dieser Option durch § 9 Abs 2 KSchG Gebrauch, wonach bei einem Fernabsatzvertrag über eine Dienstleistung, der während eines vom Unternehmer eingeleiteten Anrufs ausgehandelt wurde, der Verbraucher erst gebunden ist, wenn

der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung seines Vertragsanbots auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellt und der Verbraucher dem Unternehmer hierauf eine schriftliche Erklärung über die Annahme dieses Anbots auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt.

Erfasst sind von § 9 Abs 2 KSchG nicht telefonisch geschlossene Fernabsatzverträge schlechthin, sondern nur Fernabsatzverträge über Dienstleistungen (und solche zudem nur dann, wenn sie vom Unternehmer eingeleitet wurden).

Grund für die Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 9 FAGG auf Fernabsatzverträge über Dienstleistungen ist die Erwägung des Gesetzgebers, dass „für Warenkaufverträge bereits durch die zwingend umzusetzenden Vorgaben der Richtlinie über die vorvertraglichen Pflichten des Unternehmers und das Widerrufsrecht ausreichender Verbraucherschutz gewährleistet ist“ (ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 6). Dahinter steht die Überlegung, dass die Einbeziehung auch von Kaufverträgen in die Regelung nicht vonnöten sei, weil hier der Verbraucher ohnehin noch nach Warenlieferung 14 Tage Zeit hat, um das Vertragsverhältnis durch Rücktritt zu beenden (*Stabentheiner*, Das neue Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz, VbR 2014, 108 [116]).

Zur Frage, ob § 9 Abs 2 FAGG auch für Verträge über die Lieferung digitaler Inhalte außerhalb eines körperlichen Datenträgers gilt, führt *Stabentheiner* (aaO) aus, dagegen spreche, dass diese Verträge jedenfalls nach dem Begriffsverständnis der VRRL nicht als Dienstleistungsverträge zu qualifizieren seien und dass in § 9 Abs 2 FAGG nur von einem Fernabsatzvertrag über eine Dienstleistung die Rede ist. Zu einem anderen Ergebnis

könnte man seiner Ansicht nach aus dem übergreifend erkennbaren Telos der Gesamtvorschrift und der der getroffenen Abgrenzung zugrunde gelegenen Erwägung gelangen, der Gesetzgeber habe dem Verbraucher im Zusammenhang mit telefonisch ausgehandelten Verträgen jedenfalls irgendeinen Schutz angedeihen lassen wollen, entweder den eines Rücktrittsrechts, das dem Verbraucher auch noch nach erstmaliger faktischer Konfrontation mit dem geschlossenen Vertrag (im Fall eines Kaufvertrags eben noch nach der Warenlieferung) zustehe, oder eben den des § 9 Abs 2 FAGG. Bei den Verträgen über die Lieferung digitaler Inhalte außerhalb eines körperlichen Datenträgers beginne die Rücktrittsfrist ebenso wie bei Dienstleistungsverträgen mit dem Tag des Vertragsabschlusses, sodass sie möglicherweise zu dem Zeitpunkt, in dem der Verbraucher erstmals wirklich auf den am Telefon ausgehandelten Vertrag und seine Zahlungspflicht daraus aufmerksam werde, bereits abgelaufen sei. Würde man § 9 Abs 2 auf diese Verträge nicht zur Anwendung bringen, so hätte der Verbraucher hier keinen effektiven Schutz gegen telefonisch aufgedrängte Verträge, welches Ergebnis nach *Stabentheiner* dem Gesetzgeber schwerlich zugesonnen werden könne.

Dass auch Verträge über unkörperliche digitale Inhalte von § 9 Abs 2 FAGG erfasst sind, wird in der Literatur unter Bezugnahme auf die Ausführungen *Stabentheiners* auch von *Cap* (Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie – Das neue Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz, ÖJZ 2014, 707 [715]), *Dehn* (in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> Va § 9 FAGG Rz 7), *Docekal/Ecker/Kogelmann/Kolba* (in *Deixler-Hübner/Kolba*, Handbuch Verbraucherrecht [2015] 133) und *Kolba/Leupold* (Das neue Verbraucherrecht [2014] Rz 246) vertreten.

Der Senat schließt sich ebenso dieser Ansicht an. Die Einschränkung von Fernabsatzverträgen „über eine Dienstleistung“ in § 9 Abs 2 FAGG ist nicht unionsrechtlich vorgegeben – die Option nach Art 8 Abs 6 VRRL gilt für Fernabsatzverträge schlechthin – sondern eine autonome Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers (zutr *Cap*, ÖJZ 2014, 715). Folglich ist auch die Wendung „über eine Dienstleistung“ allein nach nationalem Recht auszulegen (*Hammerl in Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>4</sup> § 9 FAGG Rz 12). Für die von der Beklagten angeregte Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens beim europäischen Gerichtshof besteht daher keine Veranlassung.

**c) Zu den Leistungsfristen:**

Das **Erstgericht** stellte insofern fest, dass rein rechtliche Änderungen bei der Beklagten binnen einem Monat umgesetzt werden könnten und Umstellungen des Kundenverwaltungssystems, wozu unter anderem auch der automatisierte Mahnprozess und Retouren gehörten, normalerweise Vorlaufzeiten von sechs bis zwölf Monaten bedürften. Hiervon ausgehend setzte es die Leistungsfrist zu Punkt a) des Unterlassungsbegehrens mit drei Monaten fest. Die amtswegig zu setzende Leistungsfrist solle es der Beklagten ermöglichen, eine rechtlich und technisch sorgfältige Umsetzung durchzuführen. Ihr seien im Interesse der durch die rechtswidrigen Bestimmungen benachteiligten Kunden aber verstärkte Anstrengungen zuzumuten. Eine Leistungsfrist zu Punkt b) des Unterlassungsbegehrens habe zu entfallen, weil insofern keine Umstellungen erforderlich seien.

Das **Berufungsgericht** führte aus, die gesetzte Leistungsfrist halte sich im Rahmen der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in vergleichbaren Fällen. Entgegen der

Rechtsansicht des Erstgerichts bedürfe aber auch die Unterlassung der als unzulässig erkannten Geschäftspraktik einer Vorbereitungszeit, weil die Beklagte erst werde ermitteln müssen, welche Vertragsverhältnisse davon betroffen seien; hier hielt das Berufungsgericht unter Hinweis auf 9 Ob 73/17a ebenso eine Leistungsfrist von drei Monaten als angemessen.

Mit seiner **Revision** strebt der **Kläger** ein Entfallen einer Leistungsfrist für das Sich-Berufen auf die für unzulässig erklärten Klauseln sowie in Hinsicht auf die untersagte Geschäftspraktik an, die **Beklagte** mit ihrer Revision hingegen die Erhöhung aller gewährten Leistungsfristen auf zwölf Monate.

Dazu ist auszuführen:

Die Leistungsfrist ist nach § 409 Abs 2 ZPO angemessen zu bestimmen (vgl RS0041265) und einzelfallbezogen zu beurteilen (9 Ob 11/18k Punkt 5). Der Senat hat sich in jüngerer Zeit mehrfach mit der Frage der Leistungsfrist für die Unterlassung der Verwendung der unzulässigen Klauseln einerseits, und jener für das Verbot der Berufung auf diese Klauseln andererseits ausführlich auseinandergesetzt (9 Ob 73/17a Punkt IV.5 mwH; 9 Ob 76/18v Punkt III; siehe auch RS0041265 [T12]). Er vertritt die Ansicht, dass die Frage der Zulässigkeit einer Leistungsfrist für das Sich-Berufen auf unzulässige Klauseln nicht generell nach dem Alles-oder-nichts-Prinzip zu beantworten ist. Vielmehr kann es Klauselwerke geben, die ein sofortiges Abstandnehmen von einem Sich-darauf-Berufen erlauben und zur Umsetzung dieses Unterlassungsgebots keine weiteren aktiven Vorkehrungen erfordern, aber auch Klauselwerke, die bestimmter betrieblicher und/oder organisatorischer Maßnahmen bedürfen, um zu verhindern,

dass sie weiter der Gestion von Altverträgen zugrunde gelegt werden. Dieser Rechtsauffassung sind mittlerweile weitere Entscheidungen gefolgt (6 Ob 56/18f; 1 Ob 57/18s).

Einem Sich-Berufen auf eine unzulässige Klausel gleichzuhalten ist grundsätzlich auch die unzulässige Geschäftspraktik, sich auf einen Vertrag zu berufen, obgleich die Voraussetzungen des § 9 Abs 2 FAGG nicht eingehalten wurden. Auch das Abstellen einer solchen Geschäftspraktik kann bei lebensnaher Betrachtung in einem großen Unternehmen wie hier jenem der Beklagten nicht von heute auf morgen geschehen, sondern muss erst den Mitarbeitern kommuniziert werden. Hierfür hält der Senat jedoch eine Frist von einem Monat für ausreichend, wofür auch die Feststellung des Erstgerichts spricht, rein rechtliche Änderungen bei der Beklagten könnten binnen einem Monat umgesetzt werden.

Hinsichtlich der Verwendung und des Sich-Berufens auf die als gesetzwidrig erkannten Klauseln ist demgegenüber ins Kalkül zu ziehen, dass nach den Feststellungen Umstellungen des Kundenverwaltungssystems, wozu unter anderem auch der automatisierte Mahnprozess und Retouren gehören, normalerweise Vorlaufzeiten von sechs bis zwölf Monaten bedürfen. Selbst wenn man der Beklagten – wie bereits vom Erstgericht grundsätzlich zutreffend eingefordert – verstärkte Anstrengungen bei der Umsetzung des Urteils zumutet, wäre dem bereits entsprochen, wenn die Beklagte binnen sechs (also nicht erst binnen zwölf) Monaten ihren Unterlassungspflichten nach § 28 KSchG entspricht, insofern erweist sich die Revision der Beklagten als berechtigt.

**d) Zum Veröffentlichungsbegehren:**

Das **Erstgericht** erteilte dem Kläger antragsgemäß die Ermächtigung zur Veröffentlichung des



klagsstattgebenden Urteilsspruchs in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“.

Das **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung.

Soweit sich die **Revision** der **Beklagten** gegen die Ermächtigung der Klägerin zur Urteilsveröffentlichung nach § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ richtet, ist zunächst auf die ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum Zweck der Urteilsveröffentlichung zu verweisen. Dieser besteht darin, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963 [T2]). Zumal die Beklagte nach den Feststellungen in Österreich rund 400.000 Kunden hat, ist die Veröffentlichung in der auflagenstärksten österreichischen Tageszeitung geboten. Mit einer Veröffentlichung bloß in einer „einschlägigen Fernsehzeitschrift“ kann dem Informationsbedürfnis der zahlreichen Kunden der Beklagten nicht angemessen entsprochen werden. Dass es eine bestimmte Fernsehzeitschrift gäbe, die von zumindest so vielen Kunden der Beklagten gelesen wird, wie Kunden der Beklagten die „Kronen-Zeitung“ lesen, hat die Beklagte nicht behauptet respektive unter Beweis gestellt und ist auch nicht ersichtlich.

**e) Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.**

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 23. September 2019  
Dr. H o p f  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: