



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft, Wien 2, Lassallestraße 9, vertreten durch Hasberger Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 5.500 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 22. Mai 2014, GZ 5 R 54/14v-14, mit welchem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 10. Februar 2014, GZ 39 Cg 81/12y-10, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.961,64 EUR bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung (darin 326,94 EUR Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Der Kläger ist ein klagebefugter Verein im Sinne des § 29 Abs 1 KSchG. Die Beklagte bietet Mobilfunkdienstleistungen an. Sie legt ihren Verträgen mit Verbrauchern als AGB ua eine „Liste der sonstigen Dienstleistungen“ zugrunde. In Punkt 1.3. ist dort ein Entgelt für die „Ausfertigung eines Doppels einer bereits erstellten

Rechnung“ vorgesehen.

Bei Kunden, die keine Wahl zwischen elektronischer oder Papierrechnung getroffen hatten, nahm und nimmt die Beklagte an, dass sie die Rechnungen sowohl in elektronischer als auch in Papierform erhalten möchten. Zumindest bei einer Kundin wurden die dann übermittelten Papierrechnungen als „Rechnungsdoppel“ bezeichnet und der Kundin dafür ein Entgelt verrechnet. In drei Fällen verlangten Kunden, die vor Februar 2012 einen Mobilfunkvertrag abgeschlossen hatten und elektronische Rechnungen erhielten, ebenfalls vor Februar 2012 eine Papierrechnung. Die Beklagte wertete dies als Verlangen nach einem „Rechnungsdoppel“ und verrechnete dafür ein Entgelt nach der genannten Klausel. In einem dieser Fälle verlangte die Kundin „im Februar 2012“ (neuerlich) die Übersendung einer Papierrechnung, was die Beklagte bis Juni 2012 nicht zu einer Änderung ihrer Praxis veranlasste.

Der Kläger beantragt, der Beklagten aufzutragen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen,

„von Kunden, die gemäß § 100 TKG eine Papierrechnung anfordern, unter Berufung auf [die genannte Klausel] ein Entgelt zu verlangen, obwohl die Klausel in dem Vertragsformblatt der Beklagten bzw in deren AGB 'Liste der sonstigen Dienstleistungen (SD)' missbräuchlich ist, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden“.

Weiters begehrt er die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagausgabe der Kronen Zeitung. § 100 Abs 1 TKG räume ein Wahlrecht zwischen einer elektronischen Rechnung und einer Rechnung in Papierform ein. Die Möglichkeit, eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, dürfe vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Wenn ein Kunde der Beklagten, der sich ursprünglich für die Online-Rechnung entschieden habe,

später eine Papierrechnung anfordere, werde ihm diese von der Beklagten als Rechnungsdoppel übermittelt, wofür die Beklagte auf Grund der Klausel ein Entgelt verlange. Die Beklagte sei in einer „Vielzahl von Fällen“ so vorgegangen. Konkret nannte der Kläger drei Kunden, zu denen das Erstgericht die eingangs wiedergegebenen Feststellungen traf. Das Verhalten der Beklagten verstoße gegen § 100 Abs 1 TKG. Ein Entgeltanspruch wäre allenfalls gerechtfertigt, wenn ein Kunde nach einer ersten Papierrechnung eine weitere verlange. Hingegen dürfe das Verlangen eines Kunden, der bereits Online-Rechnungen beziehe, auch eine Papierrechnung zu erhalten, nicht zu einem Entgelt führen. Die Klausel sei bei kundenfeindlichster Auslegung missverständlich und daher intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG. Außerdem sei sie gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und für den Kunden überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten.

Die Beklagte wendet ein, sie gewähre ihren Kunden in Übereinstimmung mit § 100 Abs 1 TKG das Recht zu wählen, ob sie ihre Rechnungen unentgeltlich in elektronischer Form oder in Papierform erhalten wollten. Diese Wahl könne von den Kunden jederzeit geändert werden. Die vom Kläger kritisierte Klausel betreffe nur die den Kunden eingeräumte Möglichkeit, bei Bedarf ein Rechnungsdoppel, also eine weitere Ausfertigung einer bereits einmal erstellten Originalrechnung, zu erhalten. Dies sei nicht Gegenstand des § 100 Abs 1 TKG. Das Veröffentlichungsbegehren sei überzogen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die

Klausel sei zwar für sich allein vielleicht nicht missbräuchlich, wohl aber im Zusammenhang mit der Geschäftspraktik der Beklagten, Kunden, die keine Wahl getroffen hätten, die Rechnungen sowohl in elektronischer als auch in Papierform zu übermitteln und die Papierrechnungen als „Rechnungsdoppel“ zu verrechnen. Da unklar sei, welche der beiden gleichzeitig versandten Rechnungen das Original und welche das Rechnungsdoppel sei, sei die Klausel auch intransparent und gröblich benachteiligend. Das Veröffentlichungsbegehren sei berechtigt, da auch potenzielle Vertragspartner der Beklagten erreicht werden müssten.

Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab, bewertete den Entscheidungsgegenstand mit über 30.000 EUR und ließ die ordentliche Revision zu.

Das Urteilsbegehren zielt nicht darauf ab, einzelne Vorgangsweisen der Beklagten im Zusammenhang mit der Anwendung der strittigen Klausel zu unterbinden, sondern die gesamte Klausel für gesetzwidrig zu erklären. Für die Berechtigung des Begehrens sei daher irrelevant, ob die Vorgangsweise der Beklagten bei Kunden, die keine Wahl bezüglich der Übermittlung der Rechnungen getroffen hätten, rechens sei und ob die Klausel dabei überhaupt angewendet werden könne. Die Berechtigung des Klagebegehrens setze vielmehr voraus, dass die Klausel selbst gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoße. Das treffe nicht zu. Nach § 100 Abs 1 TKG seien die Teilnehmer berechtigt, bei Abschluss des Vertrags zwischen einer Rechnung in elektronischer Form oder in Papierform zu wählen, wobei die Möglichkeit des Teilnehmers, eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, vertraglich nicht ausgeschlossen werden dürfe. Dass Teilnehmer - wie beim Einzelentgeltnachweis - neben einer

elektronischen Rechnung auch noch entgeltfrei eine Papierrechnung bekommen müssten, lasse sich daraus nicht ableiten. Die vom Erstgericht festgestellte Vorgangsweise der Beklagten, Kunden, die das Wahlrecht nicht ausübten, die Rechnung sowohl in elektronischer Form als auch - als Rechnungsdoppel - in Papierform zuzustellen und letztere zu verrechnen, sei allenfalls eine unzulässige Anwendung der Klausel. Das habe aber keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Klausel als solcher. Diese werde auch nicht deshalb unklar iSv § 6 Abs 3 KSchG, weil sie von der Beklagten möglicherweise unrechtmäßig herangezogen werde. Die Revision sei zulässig, weil die Klausel eine große Zahl von Kunden betreffe.

In der Revision macht der Kläger geltend, dass die Rechtswidrigkeit der Klausel und ihrer Anwendung zu prüfen sei. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sei die Klausel schon deswegen missbräuchlich, weil sich die Beklagte ihrer zur Begründung ihrer gesetzwidrigen Praktiken bediene. Daher sei § 28a KSchG anwendbar. Die Klausel sei intransparent, weil sie auch die Auslegung zulasse, bei Unterbleiben einer Wahl oder bei Verlangen einer Papierrechnung nach elektronischer Rechnungslegung sei ein Entgelt zu zahlen. In dieser kundenfeindlichen Auslegung verstoße die Klausel auch gegen § 879 Abs 3 und § 864a ABGB.

Die Revision ist zwar nicht aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund, wohl aber deswegen zulässig, weil der Anwendungsbereich des § 28a KSchG einer Klarstellung bedarf. Sie ist aber nicht berechtigt.

1. Der Kläger stützt sich auf § 28a Abs 1 KSchG. Diese Bestimmung lautete bis 12. Juni 2014 auszugsweise wie folgt:

„§ 28a. (1) Wer im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit [...] der Vereinbarung von missbräuchlichen Vertragsklauseln [...] gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt [...], kann unbeschadet des § 28 Abs 1 auf Unterlassung geklagt werden.“

Die mit 13. Juni 2014 aufgrund des Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes (BGBl I 2014/33) in Kraft getretene Neufassung der Bestimmung führte in diesem Punkt zu keiner Änderung.

1.2. § 28a Abs 1 KSchG dient der Umsetzung der Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen; diese RL hat die ursprünglich maßgebende, mehrfach geänderte RL 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen ersetzt. Der Anwendungsbereich der Richtlinie wird durch eine Bezugnahme auf weitere Rechtsakte des Unionsrechts festgelegt (Art 1 Abs 1 iVm Anh I RL 2009/22/EG); auch der Anwendungsbereich von § 28a Abs 1 KSchG ist entsprechend beschränkt. Insbesondere erfasst er - für den vorliegenden Fall relevant - den Verstoß gegen gesetzliche Gebote oder Verbote „im Zusammenhang mit der Vereinbarung von missbräuchlichen Vertragsklauseln“. Insofern überschneidet sich der Anwendungsbereich von § 28a Abs 1 KSchG mit jenem des nach dem letzten Halbsatz dieser Bestimmung unberührt bleibenden § 28 Abs 1 KSchG.

1.3. In der Lehre wird - im Anschluss an die EB zur RV der Stammfassung von § 28a KSchG (1998 BlgNR 21. GP 32) - die Auffassung vertreten, dass der Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG im Zusammenhang mit missbräuchlichen Vertragsklauseln insofern über § 28 Abs 1 KSchG hinausgehe, als er auch Klauseln außerhalb von AGB oder Vertragsformblättern

erfasse; allerdings sei zusätzlich eine Beeinträchtigung der „allgemeinen Interessen der Verbraucher“ erforderlich (*Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, Konsumentenschutzgesetz [2010] §§ 28 - 30 KSchG Rz 32b; *Eccher* in Klang³ § 28a KSchG Rz 4). Ein solcher Fall liegt hier zwar nicht vor. Der Kläger behauptet aber, dass die Beklagte unter Berufung auf eine seiner Meinung nach missbräuchliche Vertragsklausel gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot (hier § 100 TKG) verstößt. Trifft das zu, besteht jedenfalls dann ein „Zusammenhang“ zwischen dem beanstandeten Verhalten und der Vereinbarung einer missbräuchlichen Vertragsklausel, wenn sich die Missbräuchlichkeit der Klausel gerade aus der Unvereinbarkeit mit dieser Norm oder einer insofern bestehenden Unklarheit (Intransparenz) ergibt. Zumindest eine solche Unklarheit wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn sich der Unternehmer einer Klausel zur Rechtfertigung einer rechtswidrigen Vorgangsweise bedient.

1.3. Der Unterlassungsanspruch setzt weiters voraus, dass das beanstandete Verhalten die „allgemeinen Interessen der Verbraucher“ beeinträchtigt. Die beanstandete Verhaltensweise muss daher für eine Vielzahl von Verträgen oder außervertraglichen Rechtsverhältnissen von Bedeutung sein (4 Ob 221/06p = ÖBA 2007, 981 [*Rummel*]; RIS-Justiz RS0121961; zuletzt etwa 7 Ob 201/12b = ÖBA 2013, 759). Nach den Materialien ist dies vor allem bei gesetzwidrigen Verhaltensweisen im Massengeschäft der Fall (1998 BlgNR 20. GP 33). Etwas großzügiger ist die in der Lehre vertretene Auffassung, wonach es nicht so sehr auf die Zahl der betroffenen Verbraucher ankomme, sondern darauf, ob eine bestimmte Praxis „System“ habe und dadurch eine nicht ganz unerhebliche Störung des Rechtsfriedens entstehe (*Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, §§ 28 - 30 KSchG Rz 32c;

ähnlich auch *Eccher* in Klang³ § 28a KSchG Rz 6 [Praxis des jeweiligen Unternehmens“]). Auch nach dieser Auffassung können aber bloß einmalige Verstöße noch keinen Unterlassungsanspruch begründen.

2. Im konkreten Fall bekämpft der Kläger die (behauptete) Praxis der Beklagten, von Kunden, die „gemäß § 100 TKG eine Papierrechnung anfordern“, unter Berufung auf die eingangs genannte Klausel ein Entgelt für Rechnungsdoppel zu verlangen. Gegenstand des Rechtsstreits ist daher ausschließlich diese Geschäftspraktik. Die weitere Formulierung des Unterlassungsbegehrens, wonach die Klausel „missbräuchlich“ sei, hat für dessen vollstreckbaren Inhalt keine Bedeutung; sie soll (offenbar) darlegen, weshalb der Kläger § 28a Abs 1 KSchG für anwendbar hält. Die Missbräuchlichkeit der Klausel ist daher nicht Haupt-, sondern nur Vorfrage des Verfahrens: § 28a Abs 1 KSchG ist von vornherein nur anwendbar, wenn diese Frage bejaht wird. Erfolg kann die Klage aber zusätzlich nur dann haben, wenn das beanstandete Verhalten auch für sich genommen rechtswidrig ist und nicht nur Einzelfälle betrifft, sondern (zumindest) als ständige Praxis des belangten Unternehmens qualifiziert werden kann. Dafür ist nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger behauptungs- und beweispflichtig.

3. Eine solche Praxis ist für das konkret beanstandete Verhalten nicht nachgewiesen.

3.1. Der Kläger wendet sich ausschließlich gegen die Verrechnung eines Entgelts gegenüber Kunden, „die gemäß § 100 TKG eine Papierrechnung anfordern.“ Das erfasst nicht die vom Erstgericht festgestellte - und durchaus bedenkliche - Praxis der Beklagten, bei Unterbleiben einer Wahl anzunehmen, dass der Kunde sowohl eine elektronische als auch eine Papierrechnung wünsche, und die

Papierrechnung in diesem Fall als entgeltliches „Doppel“ zu qualifizieren. Zu dieser Geschäftspraktik ist daher nicht weiter Stellung zu nehmen.

3.2. Die Anforderung einer Papierrechnung „gemäß § 100 TKG“ war der Natur der Sache nach erst seit dem Inkrafttreten der Neufassung dieser Bestimmung mit 21. Februar 2012 (BGBl I 2011/102) möglich. Denn davor war in § 100 TKG nur die Form des Einzelentgeltnachweises, nicht aber die Rechnungslegung geregelt gewesen. Das Begehren des Klägers könnte daher nur Erfolg haben, wenn die Beklagte systematisch von Kunden, die ab dem 21. Februar 2012 eine Papierrechnung verlangten, ein Entgelt verrechnet hätte.

3.3. Nach dem Wortlaut des § 100 Abs 1 TKG besteht ein Wahlrecht des Kunden nur bei Vertragsabschluss. Ein konkretes Vorbringen, dass die Beklagte von Kunden, die bei einem Vertragsabschluss nach Inkrafttreten dieser Bestimmung eine Papierrechnung gewählt hatten, ein Entgelt verlangt hätte, hat die Klägerin nicht erstattet. Zwar könnte man die Auffassung vertreten, dem § 100 Abs 1 TKG - der ohne besondere Übergangsbestimmung in Kraft gesetzt wurde - sei auch ein Wahlrecht für zu diesem Zeitpunkt bestehende Altverträge zu entnehmen. Richtigerweise ist das zwar nicht erforderlich, weil bei Altverträgen ohnehin ein Anspruch auf Papierrechnung bestand (4 Ob 141/11f = RdW 2012, 273; 3 Ob 168/12w = RdW 2013, 24). Im Zweifel könnte man die Formulierung des Begehrens (Anforderung „gemäß § 100 TKG“) aber dahin verstehen, dass davon auch solche Fallgestaltungen erfasst sein sollten. Auch insofern hat der Kläger aber nur einen einzigen Fall genannt. Dabei blieb die Feststellung des Erstgerichts im entscheidenden Punkt unklar, weil es ein (neuerliches) Papierrechnungsverlangen der

Altkundin „im Februar 2012“ annahm. Diese Unklarheit ist aber unerheblich, weil auch aus einem einzigen Fall unmittelbar nach Inkrafttreten der Bestimmung noch nicht auf die für die Anwendung von § 28a KSchG erforderliche ständige Praxis des Unternehmens geschlossen werden könnte.

3.4. Der Kläger hat keinen konkreten Fall genannt, in dem die Beklagte eine für die Zukunft wirkende Änderung einer nach § 100 Abs 1 TKG bei Abschluss des Vertrags getroffenen Wahl nicht zugelassen oder von einem weiteren Entgelt abhängig gemacht hätte. Daher kann offen bleiben, ob aus § 100 Abs 1 TKG abzuleiten ist, dass das Unternehmen auch eine solche nachträgliche Wahl gestatten müsste (dagegen *Steinmauer* in *Stratil*, TKG 2003⁴ [2013] § 100 Anm 1). Jedenfalls nicht ergibt sich aus dieser Bestimmung nicht, dass ein Kunde, dem aufgrund seiner bei Vertragsabschluss getroffenen Wahl eine elektronische Rechnung gelegt wurde, für denselben Zeitraum auch eine unentgeltliche Papierrechnung verlangen kann. Denn damit verlöre die nach dieser Bestimmung zu treffende Wahl jede Relevanz; das Unternehmen wäre auf Wunsch des Kunden immer zu einer doppelten Rechnungslegung verpflichtet. Hätte der Gesetzgeber das gewollt, so hätte er es ohne Schwierigkeiten durch eine Übernahme der für den Einzelentgeltnachweis geltenden Regelung anordnen können. Das (insofern) unstrittige Verhalten der Beklagten verstößt daher nicht gegen § 100 TKG.

4. Auf dieser Grundlage muss die Klage zur Gänze scheitern. Das Anfordern einer zusätzlichen Papierrechnung nach vereinbarungsgemäßem Legen einer elektronischen Rechnung ist nicht von § 100 Abs 1 TKG erfasst; die unstrittige Praxis der Beklagten, dafür ein Entgelt

zu verlangen, ist daher nicht rechtswidrig. Im Übrigen hat der Kläger keine „zum System gewordene Praxis“ (*Langer aaO*) nachgewiesen. Da die Beklagte das ihr insofern zur Last gelegte Verhalten von Anfang an bestritten hat, kann diese Entscheidung den Kläger auch nicht überraschen. Seine in der Revision vertretene Auffassung, es sei unstrittig, dass die Beklagte die „inkriminierten Praktiken“ planmäßig gegenüber einer großen Zahl von Verbrauchern gesetzt habe, ist mit deren entgegenstehendem Vorbringen, etwa in Punkt 3.1. der Klagebeantwortung, nicht vereinbar. Das Urteil des Berufungsgerichts ist daher zu bestätigen, ohne dass es auf die weiteren in der Revision genannten Fragen ankäme.

5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50, 41 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 17. September 2014
Dr. S c h e n k
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG