



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch 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 T-Mobile Austria GmbH, Wien 3, Rennweg 97-99, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 36.000 EUR) sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 24. Mai 2011, GZ 15 R 91/11d-11, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 23. Februar 2011, GZ 11 Cg 196/10a-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.961,64 EUR (darin 326,94 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung 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 Verein. Seine Aktivlegitimation ergibt sich aus § 29 Abs 1 KSchG.

Die Beklagte betreibt das Telefoniedienstleistungsgeschäft und ist bundesweit tätig. Sie ist Unternehmerin iSd § 1 KSchG, tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge.

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen

Verkehr mit Verbrauchern im Vertragsformblatt „Kündungsverzicht/Vertragsverlängerung“ bzw in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, gültig ab 1. 6. bzw ab 24. 7. 2010, bzw in ihren Entgeltbestimmungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, folgende Klauseln (Bezeichnung mit [a] bis [e] durch das Gericht):

[a] 1) *Ich stimme zu, dass ich meine T-Mobile Rechnung ausschließlich auf elektronischem Weg übermittelt erhalte. Sollte ich eine Rechnung in Papierform wünschen, kann T-Mobile einen Umweltbeitrag verrechnen. Dieser Umweltbeitrag wird auch für schriftliche Bestätigungen verrechnet.*

[b] 2) *§ 21 Zahlungsziel; Wir können Ihnen unsere Rechnungen ausschließlich auf elektronischem Wege legen. Sie werden über die Umstellung auf elektronische Rechnungslegung rechtzeitig vorab informiert. Eine SMS wird Sie monatlich über den Eingang der Rechnung informieren. Sie sind verpflichtet, den Rechnungseingang zu kontrollieren und gegebenenfalls mit uns Kontakt aufzunehmen, um eine neuerliche elektronische Zustellung zu veranlassen. Sollten Sie Interesse an einer Papierrechnung haben, können wir Ihnen einen Umweltbeitrag entsprechend den allgemeinen Entgeltbestimmungen verrechnen.*

[c] *§ 21 (2) Sie sind verpflichtet, innerhalb von einer Woche ab Zustellung der Rechnung zu bezahlen. Die elektronische Rechnung gilt mit Zustellung der SMS, die Sie über die Abrufbarkeit der Rechnung informiert, als zugestellt.*

[d] 3) *§ 6.20 Umweltbeitrag: Wenn Sie Auskünfte, Bestätigungen oder sonstige Informationen in Papierform zugeschickt haben möchten, die wir Ihnen auch in elektronischer Form und mündlich zur Verfügung stellen, können wir Ihnen dafür einen Umweltbeitrag verrechnen. Der Umweltbeitrag wird für die Zusendung folgender Schriftstücke verrechnet: schriftliche Bestätigungen, Ausstellung einer Papierrechnung. Ein Teil der aus den verrechneten Umweltbeiträgen erzielten Einnahmen fließt in den Umweltfonds. Mit den Mitteln dieses Umweltfonds werden Umweltschutz- Projekte und Maßnahmen anerkannter Hilfsorganisationen oder staatlicher Einrichtungen finanziert. Die Vergabe der Projektfinanzierung erfolgt durch eine anerkannte unabhängige Jury. Nähere Informationen zur Höhe und zur Verwendung der eingehobenen Umweltbeiträge finden Sie unter www.tmobile.at.*

[e] 4) *Umweltbeitrag EUR 1,89*

Der Kläger begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der eingangs genannten fünf Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen, und es zu unterlassen, sich auf die genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässiger Weise vereinbart worden seien, und dem Kläger die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft ein Mal in einer Samstags-Ausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen Zeitung“ bundesweit erscheinenden Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

Der Kläger brachte dazu vor, die genannten Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten, nämlich gegen § 879 Abs 3, § 864a ABGB, § 6 Abs 3 und § 6 Abs 1 Z 3 KSchG; sie seien für den Verbraucher gröblich benachteiligend, intransparent und überraschend. Der Kunde rechne nicht damit, dass die Papierrechnung zu einer Holschuld des Konsumenten werde und für eine vertragliche unselbstständige Nebenleistungspflicht, nämlich das Ausstellen einer Rechnung, ein Entgelt verlangt werde. Die Papierrechnung sei nach der Übung des redlichen Verkehrs eine Bringschuld des Unternehmens; die Rechnung werde üblicherweise per Post

übermittelt. Die Beklagte überwälze ohne sachliche Rechtfertigung ihren Aufwand auf den Kunden. Der Rationalisierungsgewinn komme allein der Beklagten zugute, da der Kunde im Fall einer elektronischen Rechnung keinerlei Kostenvorteile habe. Dass der Kunde mit dem Entgelt für die Papierrechnung Umweltprojekte mitfinanzieren solle, sei jedenfalls keine sachliche Rechtfertigung dafür. Im Übrigen werde beim Kunden der falsche Eindruck erweckt, dass die Rechnung mit der Verständigung per SMS rechtmäßig zugegangen sei, gleichgültig, wann er tatsächlich davon Kenntnis erlange. Aufgrund der Zugangsregelung laufe der Kunde Gefahr, wichtige Fristen zu versäumen.

Die Beklagte begehrt die Abweisung der Klage. Die Klauseln seien weder gröblich benachteiligend noch überraschend. Die begehrte Urteilsveröffentlichung sei überschießend. Die Beklagte habe, um maximale Transparenz für den Kunden zu gewährleisten, ihre Vertragsbedingungen sehr übersichtlich gestaltet. In den AGB werde das Thema Umweltbeitrag und SMS-Empfangsbestätigung sehr illustrativ und im Detail dargelegt. Inhaltlich würden die Bestimmungen zum Vorteil aller Beteiligten reichen. Die wesentlichen Vorteile bestünden in der Optimierung und Beschleunigung von betrieblichen Prozessen. Damit verbunden seien Kosteneinsparungen sowie eine schnellere Zahlungsabwicklung. Die elektronische Rechnungslegung trage daneben auch zur Schonung natürlicher Ressourcen bei und leiste damit einen im Interesse der Allgemeinheit liegenden Beitrag zum Erhalt der Umwelt. Die regelmäßige Nutzung des Internet zu Hause sei in Österreich weit verbreitet und in den nächsten Jahren sei noch ein weiterer Anstieg anzunehmen. Selbst jenen Personen, die zu Hause über keinen Internetanschluss verfügten, böten sich zahlreiche andere Möglichkeiten elektronische Rechnungen zu

empfangen, wie etwa Smartphones oder Internetcafés. Die Ausstellung einer Papierrechnung sei nicht gesetzlich vorgeschrieben, die vertragliche Vereinbarung eines Entgelts für Papierrechnungen sei zulässig.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Im Verbandsprozess habe sich die Prüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen nur nach deren Text zu richten und außerhalb des Textes liegende Sachverhalte unberücksichtigt zu lassen. Es seien daher aufgrund des unstrittigen Textes der inkriminierten Klauseln keine Beweise aufzunehmen gewesen. § 879 Abs 3 ABGB wolle vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens typischer Weise überlegener Vertragspartner - vor allem bei Verwendung von AGB - bekämpfen. Voraussetzung für eine Nichtigkeit nach dieser Bestimmung sei, dass eine vertragliche Regelung, die nicht die Hauptleistung festlege, gröblich benachteiligend für einen Vertragspartner sei. Es sei auf das Ausmaß der „verdünnten Willensfreiheit“ abzustellen. Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ ergäben hier in Kombination das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit. Eine gröbliche Benachteiligung sei anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen stehe. Es sei zunächst auf die sachliche Rechtfertigung und den Grad der Abweichung vom dispositiven Recht als dem gesetzlich vorgesehenen Interessenausgleich abzustellen. Die Kunden, denen es nicht möglich sei, ihre Rechnungen über das Internet zu empfangen, würden durch die beanstandeten Klauseln gravierende Nachteile erleiden. Jene Kunden, die über die Möglichkeit verfügten, die elektronische Rechnung zu empfangen, würden hingegen einem „wirtschaftlichen Zwang“ ausgesetzt, die

elektronische Rechnungslegung der Papierrechnung vorzuziehen, um den Kosten einer Papierrechnung zu entgehen. Die Beklagte mache die Einhebung des „Umweltbeitrags“ nicht einmal von einem Internetzugang des jeweiligen Kunden abhängig. Jeder, der eine Papierrechnung einer elektronischen Rechnungslegung vorziehe, müsse pro erhaltener Papierrechnung 1,89 EUR zahlen. Darin liege eine gröbliche Benachteiligung der Konsumenten. Die Verpflichtung zur Rechnungslegung sei eine vertragliche Nebenpflicht, die so üblich geworden sei, dass jeder Konsument damit rechnen könne, dass sie auch in der ortsüblichen Art und Weise erfüllt werde. Die beanstandeten Klauseln seien daher nicht nur gröblich benachteiligend, sondern auch überraschend. Da Mobilfunkgesellschaften wie die Beklagte am gesamten österreichischen Markt aufträten und in ihren Verträgen regelmäßig AGB zugrunde legten, bestehe ein Informationsbedürfnis der gesamten österreichischen Bevölkerung bezüglich unzulässiger AGB-Klauseln. Das Veröffentlichungsbegehren sei daher im beehrten Ausmaß berechtigt.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. Bei dem „Umweltbeitrag“ von 1,89 EUR, den die Beklagte nach den genannten Klauseln von all jenen Kunden zu fordern berechtigt sei, die sich, um die Höhe des monatlich fälligen Entgelts jeweils von Neuem in Erfahrung zu bringen, notgedrungen für eine Rechnung in Papierform entschieden (weil sie etwa über einen privaten Internetzugang nicht verfügten oder einen vom Dienstgeber zur Verfügung gestellten für derartige private Zwecke nicht nutzen wollten oder dürften), handle es sich um ein Zusatzentgelt. Es diene nicht der Abgeltung einer nur

aufgrund von Besonderheiten im Einzelfall erforderlichen Mehrleistung, sondern der Abgeltung einer im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistung. Üblicherweise sei die Bekanntgabe einer Rechnungssumme durch den Unternehmer gegenüber dem Konsumenten nicht mit einem gesonderten Entgelt verbunden. Die Klauseln wichen damit von den Erwartungen der Vertragspartner deutlich ab und es wohne ihnen ein Überraschungseffekt inne. Die elektronische Rechnung bringe den Kunden keine Vorteile. Sie erspare ihm - im Vergleich zur Rechnung in Papierform - weder Arbeit noch Zeitaufwand. Die Zustellung einer SMS - die über die Existenz der Rechnung, nicht aber über den konkreten Zahlungsbetrag informiere - sei davon abhängig, dass der Kunde gerade über sein Mobiltelefon verfüge. Die gröbliche Benachteiligung der Kunden durch die beanstandeten Klauseln werde auch nicht dadurch gemildert, dass die Beklagte einen Teil des „Umweltbeitrags“ in einen zur Förderung von Umweltschutzprojekten eingerichteten Fonds leite, zumal dies nicht die Benachteiligung ihrer Vertragspartner ausgleiche. Die Beklagte verletze das Gebot der Erkennbarkeit und jenes der Verständlichkeit (§ 6 Abs 3 KSchG) schon dadurch, dass sich die Klausel [d] - obwohl es sich beim „Umweltbeitrag“ von 1,89 EUR, der für die monatliche Zusendung einer Rechnung in Papierform anfalle, jedenfalls um ein monatliches Entgelt handle - in den Allgemeinen Entgeltbestimmungen nicht unter der Rubrik „monatliche Entgelte“, sondern unter den „sonstigen Einmalentgelten“ finde, und dort nicht als Entgelt für die Zusendung einer Rechnung, sondern als „Umweltbeitrag“. Die Intransparenz liege zudem darin, dass die Beklagte nicht etwa den Betrag von 1,89 EUR zum jeweiligen monatlichen Grundentgelt hinzurechne und den Vertragspartnern die

Möglichkeit einräume, durch Verzicht auf die Zustellung einer Rechnung in Papierform und Akzeptieren der Rechnungseinsicht auf elektronischem Weg dieses Grundentgelt um den genannten Betrag zu verringern. Ein solches anfängliches Gesamtentgelt hätte einen höheren Auffälligkeitswert als eine einzelne Gebührenposition unter einem unrichtigen Titel. Die Bestimmung der Klausel [c], wonach die elektronische Rechnung mit Zustellung der SMS, die den Kunden über die Abrufbarkeit der Rechnung informiere, als zugestellt gelte, enthalte eine nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG unzulässige Zugangsfiktion, weil die SMS weder den Rechnungsinhalt noch insbesondere deren Gesamtbetrag enthalte, und der Kunde erst durch Nachschau auf der Website der Beklagten selbst für die „Zustellung“ der Rechnung sorgen müsse. Nähere Feststellungen über die Verbreitung der Internetnutzung hielt das Berufungsgericht für entbehrlich, denn auch bei Annahme der Richtigkeit der von der Beklagten vorgebrachten Verbreitungszahlen von 83 % bis 86 % handle es sich bei den verbleibenden 14 % bis 17 % der tatsächlichen oder potenziellen Kunden nicht um einen „verschwindend geringen Teil des Kundenstands“. Folglich komme es auch nicht darauf an, ob das von der Beklagten zur Verfügung gestellte System der elektronischen Rechnungslegung besonders kundenfreundlich sei, weil (zwar nicht der überwiegende, aber doch) ein erheblicher Teil der Kunden davon nicht profitieren könne.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, die Klage abzuweisen. In eventu wurde ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Nichtaufnahme erforderlicher Beweise begründe einen Mangel des Berufungsverfahrens. Das Berufungsgericht hätte den richtigen Prozentsatz von Kunden ohne eigenen Internetanschluss erheben müssen, ebenso den Umstand, dass

die konkrete Ausgestaltung des elektronischen Rechnungslegungssystems extrem kundenfreundlich sei und die elektronische Rechnungslegung auch öko-gesellschaftlichen Zielen diene. Ebenso sei unbeachtet geblieben, dass AGB und Vertragsformblätter eindeutige Überschriften enthielten, woraus sich eindeutig ergebe, dass und wofür der Umweltbeitrag eingehoben werde. Aufgrund dieser Feststellungsmängel sei das Berufungsgericht von falschen Prämissen ausgegangen. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Berufungsgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass die beanstandeten Klauseln keineswegs intransparent seien, sowie dass der Zugang zum Internet allgemein gegeben und die elektronische Rechnung ortsüblich sei. Die Klauseln seien sachlich gerechtfertigt, zumal das Abrufen der elektronischen Rechnung besonders kundenfreundlich gestaltet sei und der Umweltbeitrag auch öko-sozialen Zielen diene. Bei Durchführung der gebotenen Interessenabwägung hätte das Berufungsgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass die Klauseln transparent, nicht überraschend oder gröblich benachteiligend seien. Die Klausel [d] sei nicht intransparent, weil der Umweltbeitrag tatsächlich als Einmalentgelt zu werten sei, zumal er nicht monatlich anfalle, es sei denn der Kunde möchte jeden Monat die Rechnung in Papierform erhalten. Die Beklagte könne aber nicht im Vorhinein wissen, welche Leistungen der Kunde in Papierform in Anspruch nehmen werde. Es liege auch keine gröbliche Benachteiligung vor, weil das praktizierte Rechnungssystem Kosteneinsparung, schnellere Zahlungsabwicklung und die Schonung natürlicher Ressourcen mit sich bringe. Der Konsument werde auch nicht überrascht, weil es naheliegend sei, dass ein fortschrittliches Technologieunternehmen wie die Beklagte den technischen Fortschritt an seine Kunden weitergebe und auch im

Kundenverhältnis zeitgemäße Formen der Rechnungslegung zur Anwendung bringe. Weder die allgemeinen Gesetzesvorschriften noch das Telekommunikationsgesetz würden eine bestimmte Art der Rechnungslegung vorsehen. Die vertragliche Vereinbarung eines Entgelts für Papierrechnungen sei daher zulässig. Würde der vom Kläger geltend gemachte Anspruch durchgesetzt, käme es zu einer rückwärtsgewandten und technologiefeindlichen Versteinerung. Im Übrigen sei der Veröffentlichungszuspruch überschießend. Die Veröffentlichung auf der Website der Beklagten würde hinreichen, um den Informationszweck zu erfüllen.

Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, die Revision der Beklagten zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Unter dem Titel „Wesentliche Verfahrensmängel“ macht die Beklagte in Wahrheit sekundäre Feststellungsmängel (und nicht primäre Verfahrensmängel des Erst- oder Berufungsgerichts) geltend. Dazu siehe die Ausführungen zu Punkt 7.

2. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann gemäß § 28 KSchG von einem nach § 29 KSchG klageberechtigten Verband auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist.

3. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914). Die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB will vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners, vor allem bei Verwendung von AGB, bekämpfen (6 Ob 253/07k mwN).

4. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist nach § 6 Abs 3 KSchG unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Insbesondere darf er durch die Formulierung einer Klausel

nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Zweck des Verbandsprozesses ist es nämlich nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist. Vielmehr sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln. Daraus kann sich eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkungen einer Klausel sonst unklar bleiben (4 Ob 227/06w mwN).

5. Als „Dienstleister“ ist die Beklagte ihren Kunden gegenüber grundsätzlich zur Rechnungslegung verpflichtet. Das Leistungsentgelt von „Dienstleistern“ wird in der Regel erst mit Zumittlung der Rechnung an den Kunden fällig (vgl. RIS-Justiz RS0034319; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1170 Rz 12). Entgegen der Behauptungen der Beklagten ist eine (unentgeltliche) Papierrechnung durchaus noch üblich und vom Gesetzgeber gewünscht. In der am 21. 11. 2011 kundgemachten und drei Monate danach in Kraft tretenden Novelle des Telekommunikationsgesetzes 2003 (TKG), BGBl I Nr 102/2011, wurde dessen § 100 neu gefasst. Abs 1 lautet (Hervorhebung durch das Gericht):

„Die Teilnehmerentgelte sind in Form eines Einzelentgeltnachweises darzustellen. Die Teilnehmer sind berechtigt, Rechnungen ohne Einzelentgeltnachweis zu erhalten. Bei Vertragsabschluss muss der Teilnehmer zwischen einer Rechnung in elektronischer oder Papierform wählen können. Die Möglichkeit des Teilnehmers, eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, darf vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Wird der Entgeltnachweis in elektronischer Form zur Verfügung gestellt, muss es dem Teilnehmer möglich sein, den Einzelentgeltnachweis auf gesondertes Verlangen entgeltfrei in Papierform übermittelt zu erhalten. Der Entgeltnachweis hat einen Hinweis auf die Möglichkeit der Überprüfung der Entgelte sowie eine aktuelle Kontaktmöglichkeit zu dem den Entgeltnachweis versendenden Betreiber zu enthalten.“

Die Regelung über die unentgeltliche Rechnung

soll sicherstellen, dass der Teilnehmer nicht gegen seinen Willen mit einer bestimmten Rechnungsform konfrontiert wird (GP XXIV RV 1389, 25). Auch § 81 ElWOG 2010 normiert, dass das Recht des Kunden auf Rechnungslegung in Papierform vertraglich nicht ausgeschlossen werden darf.

6. Für die Lösung der hier aufgeworfenen Rechtsfragen ist es irrelevant, ob 86 % oder 90 % der Kunden der Beklagten über einen Internetzugang verfügen, zumal jedenfalls ein nicht unbeträchtlicher Teil der Konsumenten das Internet nicht nutzt. Die beanstandeten Klauseln stellen im Übrigen nicht darauf ab, ob ein Kunde Zugang zum Internet hat oder nicht. Ebenso irrelevant ist die behauptete Kundenfreundlichkeit des Rechnungslegungssystems, wenn sie doch dem über keinen Internetzugang verfügenden („rückwärtsgewandten und technologiefeindlichen“) Teil der Kunden der Beklagten verschlossen bleibt. Dasselbe gilt für die behauptete Förderung öko-sozialer Ziele. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Benachteiligung eines Vertragsteils gegenüber dem anderen nicht durch „höhere, der gesamten Gesellschaft dienende Ziele“ ausgeglichen wird. Die geltend gemachten Feststellungsmängel des Berufungsgerichts liegen daher nicht vor.

7. Bei einer Verbandsklage ist auf individuelle Vereinbarungen keine Rücksicht zu nehmen. Auch wenn eine an sich intransparente Klausel aufgrund zusätzlicher (individueller) Darlegungen des Verwenders der AGB ausreichend verständlich gemacht wurde, hat dies keinen Einfluss auf die gerichtliche Beurteilung der Klausel auf Grund einer Verbandsklage (RIS-Justiz RS0121726 [T3]).

Im vorliegenden Fall kann auch aus dem Gesamtzusammenhang der verwendeten Klauseln - so auch nicht aus den vermeintlich „eindeutigen

Überschriften“ - ausreichende Transparenz (§ 6 Abs 3 KSchG) gewonnen werden. Für den Kunden ist es nicht leicht verständlich, dass er für die Zusendung der Rechnungen jeweils „sonstige Einmalentgelte“ und nicht einfach einen entsprechenden Monatstarif zu leisten hat. Dem Argument der Beklagten, sie könne nicht wissen, welche Leistungen der Kunde in Papierform in Anspruch nehmen werde, ist entgegenzuhalten, dass kaum anzunehmen ist, ein Telefoniekunde werde zwischen der Rechnungslegung in Papierform und jener in elektronischer Form monatlich hin und her schwanken wollen. Für diejenigen Kunden, welche Papierrechnungen wünschen, stellt sich das hierfür zu leistende Entgelt daher als regelmäßig monatlich anfallendes Zusatzentgelt dar. Überraschend ist es für den Kunden auch, dass er mit dem „Umweltbeitrag“ einerseits entstandene Kosten abdecken und andererseits einen Beitrag zur Förderung von Umweltprojekten leisten soll. Die den „Umweltbeitrag“ regelnden - klagsgegenständlichen - Klauseln der Beklagten sind daher keineswegs „klar und verständlich“ (vgl *Krejci* in *Rummel*³ § 6 KSchG Rz 202) und verstoßen somit gegen das Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

8. Die Beklagte hat in ihrer Revision den Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach in der Zustellungsfiktion laut Klausel [c] ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG liege, nichts entgegenzusetzen. Dieser Punkt der rechtlichen Beurteilung ist daher abschließend erledigt (vgl RIS-Justiz RS0043338; RS0043352).

9. Zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung 1. Instanz bestand noch keine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung für Telefondienstanbieter, Rechnungen in Papierform auszustellen (§ 100 Abs 1 TKG aF räumte dem Kunden bloß das Recht ein,

Einzelentgelt nachweise auf Verlangen entgeltfrei in Papierform zu erhalten). Sie ergibt sich aber schon daraus, dass die elektronische Rechnung - jedenfalls in der von der Beklagten praktizierten Art - nicht als adäquate Rechnungslegung zu erachten ist. Die - wenn auch noch so kundenfreundlich gestaltete - elektronisch zur Verfügung gestellte Rechnung ist kein gleichwertiges Äquivalent zur Papierrechnung. Sie wird mittels SMS (bloß) angekündigt und muss dann erst vom Kunden via Internet abgerufen werden. Dies verursacht auch demjenigen, der die Möglichkeit dazu hat (nach Auffassung der Beklagten „fast 90 % der Kunden“) Kosten und Mühe. Die Rechnung wird aber häufig uneingesehen bleiben, was eine allfällige Rechtsverfolgung erschwert (so etwa wegen des Versäumens von Einspruchsfristen).

10. Eine gröbliche Benachteiligung (§ 879 Abs 3 ABGB) der Kunden der Beklagten durch die klagsgegenständlichen Klauseln liegt auch darin, dass ihnen für die Erfüllung einer vertraglichen Nebenleistungspflicht, nämlich der Ausstellung einer Rechnung in Papierform, ein gesondertes Entgelt („Umweltbeitrag“) abverlangt wird.

Auch die unentgeltlichen Einzelentgelt nachweise in Papierform können nichts an der gröblichen Benachteiligung der Kunden ändern, zumal sie jeweils im Einzelfall abzufordern sind (worin eine gewisse Hürde liegt) und nicht unbedingt als Rechnungen ausgestaltet sein müssen.

Diese gröbliche Benachteiligung kann auch nicht mit einem „Interesse der Allgemeinheit“ gerechtfertigt werden. Entscheidend ist, dass die den Vertragspartnern der Beklagten zugeordnete Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zu jener der Beklagten selbst steht. Wenn aus bestimmten Anteilen der von den Kunden geleisteten Entgelte Umweltprojekte gefördert werden mögen - was unabhängig

vom hier zu beurteilenden Sachverhalt grundsätzlich zu begrüßen ist -, so ändert dies nichts daran, dass die Kunden im Vertragsverhältnis zur Beklagten gröblich benachteiligt werden.

11. Im Fall einer Gesetzesänderung bei mehraktigen Schuldverhältnissen und Dauerrechtsverhältnissen, an die eine Dauerrechtsfolge geknüpft ist, sind nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes endgültig und abschließend verwirklichte Sachverhalte nach der bisherigen Rechtslage zu beurteilen, der in den zeitlichen Geltungsbereich reichende Teil des Dauertatbestands fällt hingegen mangels abweichender Übergangsregelung unter das neue Gesetz (4 Ob 177/07v mwN).

Diese Grundsätze sind sinngemäß auch im hier vorliegenden Fall anzuwenden: Wurde aufgrund eines nach alter Rechtslage verwirklichten Gesetzesverstoßes ein Unterlassungstitel geschaffen, und hat während des Rechtsmittelverfahrens eine Rechtsänderung stattgefunden, ist die Berechtigung eines solchen Gebots auch am neuen Recht zu messen, weil dieses Gebot seinem Wesen nach ein in der Zukunft liegendes Verhalten erfassen soll und nur dann aufrecht bleiben kann, wenn das darin umschriebene Verhalten schon im Zeitpunkt des Verstoßes verboten war und nach neuer Rechtslage weiterhin verboten ist.

§ 100 TKG in der Fassung der am 21. 2. 2012 in Kraft getretenen Novelle BGBl I Nr 102/2011 (siehe oben Punkt 5.) normiert nunmehr, dass die Möglichkeit des Teilnehmers, eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, vertraglich nicht ausgeschlossen werden darf. Der Unterlassungsanspruch des Klägers besteht daher sowohl nach alter, als auch nach neuer Rechtslage zu Recht.

12. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über

die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RIS-Justiz RS0121963). Die Beklagte ist österreichweit tätig und ihre Dienstleistungen verfügen über einen hohen Verbreitungsgrad. Die Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe der auflagenstärksten Tageszeitung ist daher angemessen. Eine bloße Einstellung in die Homepage der Beklagten würde dem berechtigten Veröffentlichungsinteresse des Klägers nicht ausreichend Rechnung tragen.

Der Revision der Beklagten war somit nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 41 und 50 ZPO und § 23a RATG.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 28. Februar 2012
Dr. S c h e n k
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG