



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht hat durch die Senatspräsidentin Dr. Pisan als Vorsitzende sowie die Richter Mag. Weixelbraun und Mag. Pöhlmann in der Rechtssache des Klägers **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die Beklagte **T-Mobile Austria GmbH**, 1030 Wien, Rennweg 97-99, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,-), über die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 23.2.2011, 11 Cg 196/10a-7, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen die mit EUR 2.726,22 (darin EUR 454,37 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,-.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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 ist zu

FN 171112k im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien eingetragen. Sie betreibt das Telefoniedienstleistungsgeschäft und ist bundesweit tätig. Sie ist Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG, tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge.

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Vertragsformblatt „Kündigungsverzicht/Vertragsverlängerung“ bzw in den AGB (./2), gültig ab 1.6. bzw ab 24.7.2010, bzw in ihren Entgeltbestimmungen (./1, ./A), die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, folgende Klauseln (Bezeichnung mit [a] bis [e] durch das Berufungsgericht):

- [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 Umweltschutzprojekte 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.t-mobile.at.

[e] 4) Umweltbeitrag EUR 1,89

Mit **Klage** vom 22.10.2010 beehrte der klagende Verein, (1.) 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 5 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 (2.) dem Kläger die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft ein Mal in einer Sams-

tags-Ausgabe des redaktionellen Teiles 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 im Wesentlichen 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. Die Klauseln seien für den Verbraucher gröblich benachteiligend und überraschend.

Die **Beklagte** begehrte die Abweisung der Klage. Die Klauseln seien nicht gröblich benachteiligend und auch nicht überraschend. Die begehrte Urteilsveröffentlichung sei überschießend.

Mit dem angefochtenen **Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren zur Gänze statt und verpflichtete die Beklagte, (1.) 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 unter [a] bis [e] genannten 5 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. Weiters ermächtigte es (2.) den Kläger, den klagsstattgebenden Teil des Urteilspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft ein Mal in einer Samstags-Ausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit

erscheinende 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, und verpflichtete (3.) die Beklagte zum Ersatz der Verfahrenskosten.

Ausgehend von den eingangs wiedergegebenen (unstrittigen: ON 6 S 2) Tatsachen führte es in rechtlicher Hinsicht zunächst aus, insbesondere 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 zuge dachte 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 Beklagte behauptete, die Klauseln seien zulässig, weil sie zum Vorteil aller Beteiligten gereichten. Die Vorteile für die Kunden würden in der Beschleunigung betrieblicher Prozesse und damit verbundenen Zahlungseinsparungen sowie schneller Zahlungsabwicklung, die den Kunden der Beklagten zugutekomme, bestehen. Die Beklagte übersehe dabei, dass die Kunden, denen es nicht möglich sei, ihre Rechnungen über das Internet zu empfangen, dadurch sehr wohl gravierende Nachteile erlitten. Darüber hinaus seien die Kunden, die über die Möglichkeit verfügten, die elektronische Rechnung zu empfangen, einem „wirtschaftlichen Zwang“ ausgesetzt, die elektronische Rechnungslegung der Papierrechnung vorzuziehen um den Kosten einer Papierrechnung zu entgehen. Die Beklagte mache die Einhebung des „Umweltbeitrages“ nicht einmal von einem Internetzugang des jeweiligen Kunden abhängig. Jeder, der eine Papierrechnung einer elektronischen Rechnungslegung vorziehe, müsse pro erhaltener Papierrechnung EUR 1,89 zahlen. Unberücksichtigt bleibe dabei der Grund für diese Entscheidung des Kunden. Insbesondere da die Beklagte im Verbandsprozess die ungünstigste Auslegung der zu prüfenden AGB gegen sich gelten lassen müsse, liege in derartigen Fällen eine gröbliche Konsumentenbenachteiligung vor. Hinzu komme, dass es sich bei der Verpflichtung zur Rechnungslegung um eine vertragliche Nebenpflicht handle, die so üblich geworden sei, dass jeder Konsument damit rechnen könne, dass sie auch in der ortsüblichen Art und Weise erfüllt werde. Im gegenständlichen Fall wäre die Bestimmung daher nicht nur gröblich benachteiligend, sondern auch überraschend.

Da Mobilfunkgesellschaften wie insbesondere 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. Die Veröffentlichungsbegehren sei daher auch im begehrten Ausmaß Folge zu geben gewesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung** der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es dahin abzuändern, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

(1) In ihrer Beweistrüge wendet sich die Beklagte gegen die „Aussage des Erstgerichts, dass die inkriminierten Klauseln überraschend seien, da jeder Kunde damit rechnen könne, seine Rechnungen in ortsüblicher Art und Weise zu erhalten“, worin sie die implizite Feststellung erblickt, die elektronische Rechnungslegung sei unüblich. Begehrt wird die Ersatzfeststellung, *„Die elektronische Rechnungslegung ist insbesondere im Telekommunikations-, aber auch im Bankenbereich weit verbreitet und ortsüblich. Es bestehen zahlreiche, auch staatliche Initiativen zur Steigerung der Akzeptanz und Durchsetzung der elektronischen Rechnung“*.

Im angefochtenen Urteil hat das Erstgericht abgesehen von der Rolle der Parteien und dem Inhalt der Klauseln keine Feststellungen getroffen. In seiner rechtlichen Beurteilung führt es - abweichend von der Darstellung in der Berufung - aus, es handle sich bei der Verpflichtung zur Rechnungslegung um 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. Damit hat das Erstgericht jedenfalls nicht eine Feststellung des Inhalts getroffen, die Zustellung einer Rechnung in Papierform sei ortsüblich. Eine - gesetzmäßig ausgeführte (vgl. RIS-Justiz RS0041835 [T 4, T 5]) - Beweisrüge liegt damit nicht vor.

(2.1) Aus Zweckmäßigkeitserwägungen ist an dieser Stelle auf die Rechtsrüge der Beklagten einzugehen.

Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften. § 28a KSchG erweitert den Anwendungsbereich der Verbandsklagen auf gesetzwidrige Geschäftspraktiken von Unternehmen im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern. Zu der Beurteilung der verschiedenen Klauseln ist allgemein voranzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine in AGB enthaltene Vertragsbestimmung im „Verbandsprozess“ im „kundenfeindlichsten Sinn“ auszulegen ist (RIS-Justiz RS0016590 mzwN). Auch eine geltungserhaltende Reduktion wird nach ständiger Rechtsprechung als nicht möglich erachtet (RIS-Justiz RS0038205). Es ist also bei der Beurteilung der hier bekämpften Klauseln etwa unter dem

Aspekt der §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB, aber auch der jeweils herangezogenen Bestimmungen des KSchG von der Auslegungsvariante auszugehen, die für den Kunden die nachteiligste ist.

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung jedenfalls dann vor, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht. Zuzufolge § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder in Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel dann beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Klausel muss also einen Überraschungseffekt oder gar Übertölpelungseffekt haben (RIS-Justiz RS0014646; insges. vgl 9 Ob 66/08h mzwN).

(2.2) Die hier inkriminierten Klauseln zeichnen sich in ihrem Zusammenwirken dadurch aus, dass jeder Kunde,

der erfahren will, welches Entgelt er der Beklagten in Summe monatlich für deren Dienstleistungen zu zahlen hat, entweder einen monatlichen Betrag von EUR 1,89 zusätzlich zum sonstigen Entgelt leisten, über einen eigenen Internetzugang verfügen oder sich einen solchen eigens zur Einsicht in die Rechnung jeden Monat verschaffen muss. Die SM (*Short Message*), die der Kunde laut Klausel **[b]** im Fall, dass er sich gegen die Rechnung in Papierform entscheidet, monatlich von der Beklagten erhält, informiert ihn nämlich nicht über die Höhe der Rechnung, also über den zu zahlenden Betrag, sondern nur über die Tatsache der „Abrufbarkeit“ der Rechnung. Um daher die Höhe des monatlich von der Beklagten für ihre Leistungen beanspruchten Entgelts überhaupt in Erfahrung zu bringen, ist eine Nachschau im Internet oder der entgeltspflichtige Bezug der Rechnung in Papierform unerlässlich.

(2.3) Die Beklagte vermisst (Berufung III.1.b.i, S 8) die Feststellung, *„Bereits 83% der Nutzer eines Mobiltelefons, in concreto 86% der T-Mobile-Kunden, nutzen auch das Internet. Der Anteil der österreichischen Bevölkerung, insbesondere der Mobiltelefonnutzer, die das Internet nutzen, steigt kontinuierlich an. Neben einem eigenen Internetzugang gibt es eine Vielzahl an Möglichkeiten, von öffentlichen Plätzen, Cafés, dem Arbeitsplatz oder auch bei öffentlichen Institutionen und Einrichtungen wie Schulen, der Universität, Arbeitsämtern oder Weiterbildungsstätten, das Internet - zum Teil sogar kostenlos - zu benutzen. Die überwiegende Mehrheit der Kunden der Beklagten hat daher die Möglichkeit, die elektronische Rechnungslegung zu nutzen. Damit haben die Kunden der Beklagten auch die Wahlmöglichkeit, ob sie die Vorteile der elektronischen Rechnung in Anspruch nehmen wol-*

len, und können sie die Zahlung des Umweltbeitrages für Papierrechnungen vermeiden".

Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens erblickt die Beklagte (Berufung I., S 3) darin, dass das Erstgericht die von ihr genannten Zeugen Dr. Klaus Steinmaurer und DI Mohammed Ibrahim zum Beweis für eine ähnlich formulierte Behauptung nicht gehört habe.

Zum einen aber kommt es hinsichtlich der - von der Beklagten in direkter Übernahme aus dem Englischen so genannten - „Internetpenetration“ (gemeint ist die Verbreitung der Internetnutzung, hier der Anteil der Internetnutzer an einer Personengruppe) weder auf den Anteil der Internetnutzer an den Nutzern der Mobiltelefonie, noch auf jenen an den Kunden der Beklagten an, sondern allenfalls darauf, in welchem Ausmaß die Bevölkerungsgruppe das Internet nutzt, an welche sich das Dienstleistungs- und Vertragsangebot der Beklagten richtet. Es ist wie bei allen übrigen Telekommunikationsanbietern davon auszugehen, dass von diesem Personenkreis alle für einen derartigen Vertragsabschluss (noch) geschäftsfähigen, im Inland aufhältigen Personen umfasst sind und von der Beklagten als potenzielle Kunden betrachtet werden. Dass auch 83% bis 86% dieser Personengruppe das Internet nutzen, behauptet die Beklagte nicht. Selbst wenn die von der Beklagten genannten Verbreitungszahlen auch auf diese Personengruppe zuträfen, kann der Ansicht, bei den verbleibenden 14% bis 17% der tatsächlichen oder potenziellen Kunden handle es sich um einen „verschwindend geringen Teil des Kundenstands“ (Berufung III.3.b.ii; S 17) nicht zugestimmt werden.

(2.4) Dass es sich bei der Erklärung eines Telekommunikationsdienstleisters gegenüber einem Telefonnutzer

darüber, wie hoch das vom Dienstleister beanspruchte Entgelt für den abgelaufenen Monat ausfällt, um eine Nebenleistungspflicht des Dienstleisters handelt, für welche der Kunde üblicherweise Entgeltfreiheit erwartet, kann nicht ernstlich zweifelhaft sein. Gemäß § 100 Abs 1 TKG 2003 ist dem Teilnehmer zudem die Wahlmöglichkeit einzuräumen, den Einzelentgeltnachweis auf Verlangen entgeltfrei in Papierform zu erhalten. Bei dem „Umweltbeitrag“ von EUR 1,89, den die Beklagte nach den genannten Klauseln von all jenen Kunden zu fordern berechtigt ist, die sich, um die Höhe des monatlich fälligen Entgelts jeweils von Neuem in Erfahrung zu bringen, notgedrungen für eine Rechnung in Papierform entscheiden (weil sie etwa über einen privaten Internetzugang nicht verfügen, oder einen vom Dienstgeber zur Verfügung gestellten solchen Zugang für derart private Zwecke nicht nutzen wollen oder dürfen), handelt es sich um ein Zusatzentgelt, das 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 dient (vgl 6 Ob 253/07k).

Dabei kommt es hier nicht darauf an, ob man die Zustellung einer aufgegliederten Rechnung in Papierform als ortsüblich qualifiziert, sondern darauf, dass allein die Bekanntgabe einer - laut Klausel **[c]** ab dieser Bekanntgabe zur Zahlung fälligen - Rechnungssumme durch den Unternehmer gegenüber dem Konsumenten üblicherweise nicht mit einem gesonderten Entgelt verbunden ist. Die Klauseln weichen damit von den Erwartungen der Vertragspartner deutlich ab, weil sie mit einer Kostenpflicht allein der der Bekanntgabe der Rechnungssumme nach den

Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchen; den Klauseln wohnt damit ein Überrumpelungseffekt inne (RIS-Justiz RS0014646).

(2.5) Darauf, ob das von der Beklagten zur Verfügung gestellte System der elektronischen Rechnungslegung für die über einen Internetzugang verfügenden Kunden besonders kundenfreundlich ist (Berufung III.2.a, S 9ff), kommt es nicht an, weil der übrige Teil der Vertragspartner der Beklagten - mit schon nach deren Behauptung 14% bis 17% zwar nicht der überwiegende, aber doch ein erheblicher Teil - von dieser kundenfreundlichen Gestaltung nicht profitieren kann.

Auch aus dem Hinweis auf die Entscheidung zu 4 Ob 50/00g (Zahlscheingebühr bei Nichtinanspruchnahme des Einzugsermächtigungsverfahrens) ist für die Beklagte nichts gewonnen, weil der in dieser Entscheidung konstatierte beträchtliche Vorteil für alle Beteiligten (durch das Einzugsermächtigungsverfahren) hier hinsichtlich der Übermittlung der Rechnung der Beklagten auf ausschließlich elektronischem Weg nicht besteht. Der Ansicht der Beklagten, die elektronische Rechnung bringe auch dem einzelnen Kunden etwas (III.3.b.ii, S 15), kann nicht gefolgt werden. Der behauptete Vorteil, eine Rechnung jederzeit und ortsunabhängig einsehen zu können, ist zum einen relativ, weil es auch dazu eines Internetzugangs bedarf, der beispielsweise bei einem Stand-PC nicht „ortsunabhängig“ ist, und zum anderen zeigt die Beklagte den Vorteil einer solchen Einsichtsmöglichkeit für den Kunden nicht auf. Dass die Zustellung nach dem elektronischen Rechnungssystem der Beklagten „gewährleistet“ sei, trifft schlicht nicht zu. Selbst wenn die Beklagte mit „Zustellung“ bloß jene in der Klausel **[b]** erwähnte meint,

nämlich die Zustellung der SM über die Abrufbarkeit der Rechnung, ist diese Zustellung zwar nicht von einem weiteren Dienstleister (Post), so doch davon abhängig, dass der Kunde gerade über sein Mobiltelefon verfügt. Sollte mit „Zustellung“ erst die Einsicht des Kunden in seine elektronische Rechnung gemeint sein, ist auf die Ausführungen zu dieser Einsichtsmöglichkeit zu verweisen. Die elektronische Zustellung der Rechnung spart hingegen dem Kunden - im Vergleich zur Rechnung in Papierform - weder Arbeit noch Organisationsaufwand. An dieser Stelle ist abermals darauf hinzuweisen, dass weder aus den hier inkriminierten Klauseln hervorgeht noch von der Beklagten behauptet wird, dass mit der erwähnten SM dem Kunden auch der im jeweiligen Monat zur Zahlung fällige Betrag bekannt gegeben wird - eine Leistung, die gerichtsbekanntermaßen andere Mobiltelefonanbieter entgeltfrei zur Verfügung stellen. Der Kunde hat damit nicht etwa die Möglichkeit, angesichts einer ihm plausibel erscheinenden Summe auf die Einsicht in die aufgeschlüsselte Rechnung zu verzichten und die Zahlung in die Wege zu leiten, oder wegen einer ihm überhöht scheinenden Summe auch bei Fehlen eines eigenen Internetzugangs im Einzelfall die Mühe der Einsicht in die Rechnung über die Website der Beklagten auf sich zu nehmen.

(2.6) Die gröbliche Benachteiligung der Kunden durch die genannten Klauseln wäre auch nicht dadurch gemildert, wenn die Beklagte, wie sie in ihrer Berufung vorbringt (III.2.b, S 11f; III.3.b.i, S 14), einen Teil des „Umweltbeitrages“ - die Höhe dieses Anteils gibt sie nicht bekannt - in einen eigens zur Förderung von Umweltschutzprojekten eingerichteten Fonds leitete, der „Umweltbeitrag“ damit dem Schutz von Klima und Umwelt

diente und nicht nur zur Abdeckung des erhöhten Verwaltungsaufwandes der Beklagten, und wenn die elektronische Rechnungslegung an sich dem Interesse der Allgemeinheit und der Schonung natürlicher Ressourcen diene oder dem allgemeinen Trend zu mehr Umweltbewusstsein und ökologischer Verantwortung folgte. Die Benachteiligung eines Vertragsteiles gegenüber dem anderen wird durch „höhere, der gesamten Gesellschaft dienenden Ziele“ nicht ausgeglichen.

(2.7) Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung übernahm der österreichische Gesetzgeber das in Art 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen enthaltene Transparenzgebot in die österreichische Rechtsordnung (RIS-Justiz RS0037107). Es sollte damit das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte festgelegt werden. Damit soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. Der typische Verbraucher soll nicht von der Durchsetzung seiner Rechte dadurch abgehalten werden, dass ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird. Mit dem Verbandsprozess sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein solches Bild vermitteln. Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit

(vgl 1 Ob 164/10i, 9 Ob 66/08h je mzwN).

Hier verletzt die Beklagte insbesondere das Gebot der Erkennbarkeit und jenes der Verständlichkeit schon dadurch, dass sich die Klausel **[d]** - obwohl es sich bei dem „Umweltbeitrag“ von EUR 1,89, der für die monatliche Zusendung einer Rechnung in Papierform anfällt, jedenfalls um ein monatliches Entgelt handelt - in den Allgemeinen Entgeltbestimmungen (./1, ./A) nicht unter „I.5. monatliche Entgelte“, sondern unter „I.6. sonstige Einmalentgelte“, und dort unter „I.6.20. Umweltbeitrag“ findet. Die Höhe des Entgelts für die monatliche Zusendung der Rechnung, Klausel **[e]**, scheint ebenfalls nicht unter „II.1. Fixe monatliche Entgelte“ auf, sondern unter „II.2. Sonstige Einmalentgelte“, und dort nicht als Entgelt für die Zusendung einer Rechnung, sondern als „Umweltbeitrag“. Wieso diese monatlich anfallenden Beträge mit „Einmalentgelt“ bezeichnet werden, legt die Beklagte auch in ihrer Berufung nicht dar.

Die Intransparenz liegt zudem darin, dass die Beklagte nicht etwa den Betrag von EUR 1,89 zum jeweiligen monatlichen Grundentgelt hinzurechnet und den Vertragspartnern die Möglichkeit einräumt, 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 dem - unrichtigen - Titel „sonstige Einmalentgelte“ (vgl 6 Ob 253/07k, dort 11.2.).

(2.8) Nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG sind für den Verbraucher Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen eine für den Verbrau-

cher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen ist, als ihm zugegangen gilt, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift des Verbrauchers gesendeten Erklärung für den Fall handelt, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift nicht bekanntgegeben hat. Zweck dieser Bestimmung ist es zu verhindern, dass das Risiko des Zugangs von Unternehmererklärungen auf den Verbraucher abgewälzt wird.

Die Bestimmung in der Klausel **[c]**, wonach die elektronische Rechnung mit Zustellung der SM, die den Kunden über die Abrufbarkeit der Rechnung informiert, als zugestellt gilt, enthält eine solche Zugangsfiktion, weil die SM weder den Rechnungsinhalt noch insbesondere deren Gesamtbetrag enthält und der Kunde erst durch Nachschau auf der Website der Beklagten selbst für die „Zustellung“ der Rechnung sorgen muss (vgl 6 Ob 253/07k). Dass - alle oder einzelne - Kunden auch die unentgeltliche Möglichkeit hätten, die Rechnung per e-mail zugestellt zu erhalten, geht weder aus den hier inkriminierten Klauseln noch aus § 21 der AGB (./2) hervor.

(2.9) Davon, dass durch den Umstand, dass die Rundfunk- und Telekom-Regulierungs GmbH (RTR) den AGB der Beklagten nicht widersprochen hat, keine Bindung der Gerichte erfolgt, geht die Beklagte zutreffend ohnehin aus (Berufung III.3.a, S 13; vgl RIS-Justiz RS0121585).

(2.10) Die Klägerin wendet sich schließlich gegen das Veröffentlichungsbegehren. Diesem stehe entgegen, dass das Begehren auf Urteilsveröffentlichung dem Talionsprinzip entsprechend auf solche Art und Weise in jenem Umfang zu erfolgen habe, wie der behauptete Gesetzesverstoß stattgefunden habe/publik geworden sei. Alleine aus

der österreichweiten Geschäftstätigkeit der Beklagten lasse sich noch kein Veröffentlichungsbegehren in einer bundesweiten Samstags-Ausgabe der Kronen-Zeitung ableiten. Dies stelle nicht sicher, dass eben die ursprünglich angesprochenen Personen erreicht würden. Vielmehr werde damit diffus die Öffentlichkeit informiert, ohne auf die ursprünglichen Informationskanäle Rücksicht zu nehmen.

Das berechtigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind. Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen (RIS-Justiz RS0121963 [T 7]; 2 Ob 1/09z, 4 Ob 18/08p). Gemessen an diesen Zwecken ist die von der Klägerin begehrte Veröffentlichung angemessen. Den Argumenten der Beklagten ist auch nicht entnehmbar, welche Art der Veröffentlichung den genannten Zielen deutlich besser Rechnung tragen sollte.

(3) Einen - weiteren - Verfahrensmangel erblickt die Beklagte darin, das Erstgericht habe die Frage der konkreten Vereinbarung der Klauseln gegenüber dem Kunden vollkommen unbeleuchtet belassen. Die Beklagte habe durch Urkunden belegt und Zeugen zum Beweis dafür angeboten, dass die Klauseln mit ausreichender Transparenz gegenüber dem Kunden vereinbart worden seien.

Auf individuelle Vereinbarungen, die zwischen dem die Klausel verwendenden Unternehmen und dem Konsumenten geschlossen wurden, ist allerdings keine Rücksicht zu

nehmen (vgl RIS-Justiz RS0121726 für Versicherer und Versicherungsnehmer), sodass es keinen Einfluss auf die gerichtliche Beurteilung der Klausel aufgrund einer Verbandsklage hätte, wenn eine an sich intransparente Klausel in Einzelfällen verständlich gemacht würde. Grundsätzlich zutreffend hat daher das Erstgericht ausgeführt, insbesondere im Verbandsprozess habe sich die Prüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen nur nach dem Text zu richten und außerhalb des Textes liegende Sachverhalte unberücksichtigt zu lassen. In dieser Hinsicht zitiert die Beklagte in ihrer Berufung (I., S 2) im Übrigen unrichtig, wenn sie unter Anführung von *Langer in Kosenik-Wehrle* KSchG³ §§ 28 bis 30 Rz 14, ausführt, dies gelte in seiner vollen Tragweite ausschließlich für die Beurteilung der Transparenz im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil das Zitat richtig lautet, *„Klagbar sind nach ständiger Rechtssprechung auch Klauseln, die gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 verstoßen, ist doch auch dort die Unwirksamkeit der Klausel vorgesehen (...), wobei auch bei Verstößen gegen das Transparenzgebot außerhalb der Vertragsklausel liegende Umstände für die Beurteilung im Verbandsprozess irrelevant sind (...)*“. Dass im angefochtenen Urteil der außer Streit gestellte Inhalt der Klauseln unrichtig wiedergegeben worden wäre, bringt die Beklagte nicht vor. Das erstgerichtliche Verfahren blieb daher frei von Mängeln.

Der Berufung war damit nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgte der Bewertung durch den Kläger.

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil AGB-Klauseln in aller Regel einen größeren Personenkreis

betreffen und bei notwendiger Beurteilung bisher noch nicht geprüfter AGB grundsätzlich eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO vorliegt (RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 15, am 24. Mai 2011

Dr. Eva Maria Pisan
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG