



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

Im Namen der Republik!

Das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht hat durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Jessionek als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Guggenbichler und MMag. Matzka in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **T-Mobile Austria GmbH**, FN 171112k, 1030 Wien, Rennweg 97-99, vertreten durch die Lansky, Ganzger + Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500,-- Euro) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 5.500,-- Euro), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 27.5.2013, 19 Cg 23/13y-9, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es einschließlich der bestätigten und der unangefochten in Rechtskraft erwachsenen Teile insgesamt wie folgt lautet:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, es binnen zwei Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern auf ihren Websites und auf Papierrechnungen die folgenden oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich auf sie zu berufen:

a. „Ab sofort erhalten unsere Kunden die *te-le.ring* Rechnung ausschließlich elektronisch.“

b. „Ab jetzt erhalten T-Mobile Kunden ihre Rechnung ausschließlich elektronisch.“

c. *„Mit der Umstellung auf die tele.ring Online Rechnung erhalten unsere Kunden ihre Rechnung ab jetzt ausschließlich elektronisch.“*

2. Die beklagte Partei ist schuldig, es binnen zwei Monaten zu unterlassen, nach den im Spruchpunkt 1. genannten Klauseln zu verfahren und derartige Umstellungen vorzunehmen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, es zu unterlassen, im Vertragsformblatt zur Änderung von Vertragsdaten, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Verwendung die folgenden oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich auf sie zu berufen:

a. *„Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den jeweils geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und der darin enthaltenen widerruflichen Zustimmungserklärung nach dem Datenschutzgesetz einverstanden.“*

b. *„Ebenso bin ich bis auf Widerruf damit einverstanden, dass auch nach zweimalig erfolgloser Mahnung und damit verbundener Übergabe der Forderung an ein Inkassoinstitut (= qualifizierter Zahlungsverzug) bzw zum Zwecke des Gläubigerschutzes, mein Name, Wohnadresse, Information über Art und Inhalt des Vertragsverhältnisses sowie Bonitätsdaten (§ 92 Abs 3 Z 3 TKG 2003 idgF) an behördlich befugte Kreditschutzverbände und Auskunftsteien übermittelt werden.“*

c. *„Verbraucher im Sinne des Konsumentenschutzes (KSchG) können unter den Voraussetzungen des § 3 KSchG (Haustürgeschäft) und § 5a KSchG (Fernabsatz) binnen einer Woche bzw innerhalb von sieben Werktagen ab Freischaltung schriftlich vom Vertrag zurücktreten.“*

d. *„Ich bin einverstanden, meine tele.ring Rechnung ausschließlich auf elektronischem Weg zu erhalten. Sollte ich eine Rechnung in Papierform wünschen, kann tele.ring ein angemessenes Entgelt lt Tarifbestimmung verrechnen.“*

4. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, die Urteilsspruchpunkte 1.a., 1.b. und 2. sowie den Urteilsspruchpunkt 4. binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteiles einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei und in Fettdruckumrandung in normalen Lettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

5. Die beklagte Partei ist schuldig, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteiles den Urteilsspruchpunkte 1.b. und 2. sowie den Urteilsspruch-

punkt 5. jeweils einmal für die Dauer von 30 Tagen auf ihrer Website www.t-mobile.at, oder, sollte die Beklagte die Internetadresse dieser Website ändern, unter der dann aktuellen Internetadresse, zu veröffentlichen, und zwar in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in jener Schriftart und -größe, Zeilenabstand und Hintergrundfarbe wie sonst auf der genannten Website üblich, wobei die Veröffentlichung auf der Startseite eindeutig und unübersehbar anzukündigen ist und über einen Link direkt aufrufbar sein muss.

6. Die beklagte Partei ist schuldig, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteiles den klagsstattgebenden Teil der Urteilsspruchpunkte 1.c., 2. und 3. sowie den Urteilsspruchpunkt 6. jeweils einmal für die Dauer von 30 Tagen auf ihrer Website www.my.tele.ring.at, oder, sollte die Beklagte die Internetadresse dieser Website ändern, unter der dann aktuellen Internetadresse, zu veröffentlichen, und zwar in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in jener Schriftart und -größe, Zeilenabstand und Hintergrundfarbe wie sonst auf der genannten Website üblich, wobei die Veröffentlichung auf der Startseite eindeutig und unübersehbar anzukündigen ist und über einen Link direkt aufrufbar sein muss.

7. Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr im Sinne des UWG die irreführende Geschäftspraktik in Form der Verwendung der zu Spruchpunkt 1. genannten Mitteilungen sowie ihre Umsetzung zu unterlassen, und das Veröffentlichungsmehrbegehren werden **abgewiesen**.

8. Die Kostenentscheidung bleibt bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache vorbehalten (§ 52 Abs 1 und 2 ZPO).“

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens bleibt dem Erstgericht nach rechtskräftiger Erledigung der Streitsache vorbehalten (§ 52 Abs 3 ZPO).

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt 30.000,-- Euro.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist ein klagebefugter Verein im Sinne des § 29 Abs 1 KSchG.

Die Beklagte ist ein zu FN 171112k protokolliertes Telekommunikationsunternehmen, das unter den Marken „T-Mobile“ und „tele.ring“ als Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG in ganz Österreich Telefoniedienstleistungen anbietet, mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt und mit ihnen Verträge schließt.

Der **Kläger** beehrte mit seiner am 25.2.2013 gerichtsanhängig gewordenen Klage zuletzt (ON 8), die Beklagte schuldig zu erkennen,

1. es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern auf ihren Websites und auf Papierrechnungen die folgenden oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich auf sie zu berufen:

a. *„Ab sofort erhalten unsere Kunden die tele.ring Rechnung ausschließlich elektronisch.“*

b. *„Ab jetzt erhalten T-Mobile Kunden ihre Rechnung ausschließlich elektronisch.“*

c. *„Mit der Umstellung auf die tele.ring Online Rechnung erhalten unsere Kunden ihre Rechnung ab jetzt ausschließlich elektronisch.“*

2. im geschäftlichen Verkehr im Sinne des UWG die irreführende Geschäftspraktik in Form der Verwendung der zu Spruchpunkt 1. genannten Mitteilungen sowie ihre Umsetzung zu unterlassen;

3. es zu unterlassen, nach den im Spruchpunkt 1. genannten Klauseln zu verfahren und derartige Umstellungen vorzunehmen;

4. es zu unterlassen, im Vertragsformblatt zur Änderung von Vertragsdaten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die folgenden oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich auf sie zu berufen:

a. *„Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den jeweils geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und der darin enthaltenen widerruflichen Zustimmungserklärung nach dem Datenschutzgesetz einverstanden.“*

b. *„Ebenso bin ich bis auf Widerruf damit einverstanden, dass auch nach zweimalig erfolglo-*

ser Mahnung und damit verbundener Übergabe der Forderung an ein Inkassoinstitut (= qualifizierter Zahlungsverzug) bzw zum Zwecke des Gläubigerschutzes, mein Name, Wohnadresse, Information über Art und Inhalt des Vertragsverhältnisses sowie Bonitätsdaten (§ 92 Abs 3 Z 3 TKG 2003 idgF) an behördlich befugte Kreditschutzverbände und Auskunftsteien übermittelt werden."

c. „Verbraucher im Sinne des Konsumentenschutzes (KSchG) können unter den Voraussetzungen des § 3 KSchG (Haustürgeschäft) und § 5a KSchG (Fernabsatz) binnen einer Woche bzw innerhalb von sieben Werktagen ab Freischaltung schriftlich vom Vertrag zurücktreten."

d. „Ich bin einverstanden, meine tele.ring Rechnung ausschließlich auf elektronischem Weg zu erhalten. Sollte ich eine Rechnung in Papierform wünschen, kann tele.ring ein angemessenes Entgelt lt Tarifbestimmung verrechnen."

Weiters beehrte der Kläger,

5. ihm die Ermächtigung zu erteilen, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft den klagsstattgebenden Teil der Spruchpunkte 1. bis 3. sowie den Spruchpunkt 5. nach den im Übrigen aus dem abgeänderten Spruch (Punkt 4.) ersichtlichen Maßgaben zu veröffentlichen;

6. die Beklagte schuldig zu erkennen, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteiles den klagsstattgebenden Teil der Spruchpunkte 1. bis 3. sowie den Spruchpunkt 6. nach den im Übrigen aus dem abgeänderten Spruch (Punkt 5.) ersichtlichen Maßgaben zu veröffentlichen;

7. die Beklagte schuldig zu erkennen, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteiles den klagsstattgebenden Teil der Spruchpunkte 1. bis 4. sowie den Spruchpunkt 7. nach den im Übrigen aus dem abgeänderten Spruch (Punkt 6.) ersichtlichen Maßgaben zu veröffentlichen.

Der Kläger brachte zusammengefasst vor, die in Spruchpunkt 1. angeführten, auf Papierrechnungen ebenso wie auf den jeweiligen Websites verwendeten Klauseln seien Ver-

tragsformblätter, die gegen § 879 Abs 3 und § 864a ABGB, § 6 Abs 1 Z 2 und Z 3, § 6 Abs 3, § 28 Abs 1 und § 28a Abs 1 KSchG, § 25 und § 100 TKG sowie die MitteilungsVO, BGBI II 2012/239, verstoßen würden. Die Klauseln verstießen auch gegen § 1 Abs 1 Z 2 in Verbindung mit § 2 Abs 4 UWG, wobei Spruchpunkt 1. darauf gerichtet sei, die Verwendung der genannten bzw sinngleichen Klauseln auf den Rechnungen und auf den Websites der Beklagten zu unterlassen. Durch Spruchpunkt 2. solle die Beklagte ihre dem UWG widersprechenden „irreführenden Geschäftspraktiken auf Grundlage dieser Klauseln unterlassen sowie ihre Umsetzung“. Spruchpunkt 3. „bestimmt die Unterlassung der tatsächlichen Umstellungen“ (Seite 9 in ON 6, AS 119). Die in Spruchpunkt 4. angeführten Klauseln verstießen gegen § 6 Abs 3 KSchG und das DSG (Klauseln 4.a. und 4.b.), § 6 Abs 3, § 3 Abs 1 und § 5e KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB (Klausel 4.c.) und § 100 TKG, § 879 Abs 3 und § 864a ABGB sowie § 6 Abs 1 Z 3 KSchG (Klausel 4.d.). Zufolge Weiterverwendung der Klauseln sei Wiederholungsgefahr gegeben, die außerdem auch durch einen einmaligen Verstoß gegen Lauterkeitsrecht indiziert sei. Das Begehren auf Urteilsveröffentlichung stütze sich auf § 30 KSchG in Verbindung mit § 25 UWG. Die Beklagte habe ihren Kunden bisher Papierrechnungen übermittelt und greife nunmehr einseitig in diese Vertragslage ein.

Die **Beklagte** bestritt, beantragte die Abweisung der Klage und brachte zusammengefasst vor, ihren Kunden auf der Papierrechnung die Informationen gemäß Spruchpunkt 1. sowie den Rechnungen beiliegenden Infoblättern übermittelt zu haben. Wenn Kunden es wünschten, würden ihnen weiterhin kostenlos Papierrechnungen zugestellt, ansonsten sei ab sofort - bei der nächsten Rechnungslegung, somit ein Monat später - umgestellt worden. Es sei richtig, dass die Beklagten ihren Kunden auch auf den Internetseiten www.telering.at und www.t-mobile.at Informationen über die Umstellung samt

Möglichkeit der Beibehaltung der Papierrechnung zur Verfügung gestellt habe. Auf beiden Internetseiten sei dargestellt worden, dass die Auswahl von Papierrechnungen entweder online oder per Telefonanruf erfolgen könne. Es handle sich dabei nicht um irgendeine Form von unzulässigen Klauseln auf Vertragsformblättern, sondern lediglich um ein „zusätzliches Informationsangebot“. Die Klauseln selbst seien weder intransparent noch benachteiligend oder überraschend; sie entsprächen auch dem TKG und der MitteilungsVO. Es liege kein Verstoß gegen das UWG vor. Jeder Kunde habe auch zeitlich völlig uneingeschränkt die Möglichkeit, während der gesamten Vertragsdauer beliebig oft zwischen Papier- und papierloser Rechnung zu wechseln. Die Papierrechnung sei immer kostenlos. Da die „weitere Aufklärung nur während der Umstellung erforderlich“ gewesen sei, „finden sich die inkriminierten Passagen (Klage Seite 3 bis 5) auch nicht mehr auf den Internetseiten www.t-mobile.at und www.telering.at“; die Texte laut Beilagen ./C und ./D (ident Beilagen ./5 und ./6) seien nicht im Internet abrufbar gewesen, sondern es handle sich um Kopien von den Kunden mit der Rechnung schriftlich übermittelten Informationsblättern. Das Formular mit den Klauseln laut Spruchpunkt 4. sei seit 2011 nicht mehr in Verwendung und nur irrtümlich als „Überbleibsel“ aus der Zeit vor der TKG-Novelle 2011 im „Selbstadministrativbereich“ online gestellt worden; es sei zwischenzeitig entfernt worden. Die Unterlassungsbegehren zu den Spruchpunkten 2. und 3. würden unzulässigerweise Spruchpunkt 1. wiederholen. Das Veröffentlichungsbegehren sei überschießend und widerspreche dem Talionsprinzip; eine Veröffentlichung in einer Tageszeitung sei „zur Aufklärung nicht erforderlich“, zumal ohnehin sämtliche angeschriebenen Kunden mit der Übermittlung der nächsten Papierrechnung zur Erklärung des Umstandes, warum sie nun wieder eine solche erhielten, über das Urteil aufgeklärt werden müssten.

Es bestehe daher kein rechtliches Interesse an einer Urteilsveröffentlichung. Im Hinblick darauf, dass die inkriminierten Äußerungen nicht auf der Startseite angekündigt gewesen seien, widerspreche eine Ankündigung auf der Startseite ebenfalls dem Talionsprinzip.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren zu den Spruchpunkten 1. bis 4. zur Gänze und in den Punkten 5. bis 7. teilweise statt (in Spruchpunkt 5. erteilte das Erstgericht die Ermächtigung zur Veröffentlichung der Punkte 1.a., 1.b., 2. und 3. sowie 5., in Spruchpunkt 6. die Ermächtigung zur Veröffentlichung der Punkte 1.b., 2. und 3. sowie 6., und in Spruchpunkt 7. die Ermächtigung zur Veröffentlichung der Punkte 1.c., 2., 3. und 4. sowie 7). Das Mehrbegehren in Bezug auf Veröffentlichungen (betreffend Punkt 1.c. in Spruchpunkt 5., betreffend die Punkte 1.a. und 1.c. in Spruchpunkt 6. sowie betreffend die Punkte 1.a. und 1.b. in Spruchpunkt 7.) wies es ab und verpflichtete die Beklagte gemäß § 43 Abs 2 ZPO zum (gänzlichen) Kostenersatz an die Klägerin. Das Erstgericht stellte folgenden Sachverhalt fest:

Die Beklagte beabsichtigte Anfang des Jahres 2013, sämtliche Kunden auf elektronische Rechnungen umzustellen. Sie übermittelte allen 172.200 Kunden, die nicht über 65 Jahre alt waren und nicht anlässlich des Neuabschlusses eines Vertrages oder aus einem anderen Anlass aktiv eine Papierrechnung gewählt und verlangt hatten, Papierrechnungen mit zusätzlichem Text. Dieser lautete für „T-Mobile“-Kunden:

„Ihre Rechnung wird elektronisch! Das bedeutet, ab sofort erhalten Sie ausschließlich die T-Mobile Online Rechnung. Ihre monatlichen Abrechnungen stehen jederzeit online auf mein.t-mobile.at zur Verfügung. Das ist praktisch, einfach und schont die Umwelt. Auf Wunsch können Sie Ihre Papierrechnung trotzdem behalten. Weitere Informationen sind im beiliegenden Infoblatt nachzulesen.“ (Beilage ./F)

und für „tele-ring“ - Kunden:

„Endlich Schluss mit dem Papierkram! Ab sofort erhalten unsere Kunden die tele.ring Rechnung ausschließlich elektronisch. Die monatlichen Abrechnungen stehen jederzeit online auf my.telering.at zur Verfügung. Das ist praktisch, einfach und schont die Umwelt. Auf Wunsch wird die Papierrechnung trotzdem weiterhin zugestellt. Weitere Informationen sind im beiliegenden Infoblatt nachzulesen.“ (Beilage ./E)

Auf den Infoblättern waren Informationen über die elektronische Rechnung enthalten. Die Beklagte informierte ihre Kunden auch im Internet über die Umstellung auf die elektronische Rechnung. Auf www.t-mobile.at war unter anderem folgender Text abrufbar:

„Ab jetzt erhalten T-Mobile Kunden ihre Rechnung ausschließlich elektronisch. Die T-Mobile Online Rechnung spart Papier, schont die Umwelt und bietet viele Vorteile.“ (Beilage ./C)

Auf www.my.tele-ring.at lautete die wesentliche Passage:

„Mit der Umstellung auf die tele.ring Online Rechnung erhalten unsere Kunden ihre Rechnung ab jetzt ausschließlich elektronisch. Das spart Papier, schont die Umwelt und bietet viele Vorteile.“ (Beilage ./D)

Beide Websites enthielten in äußerst klein gedruckter Schrift den Hinweis darauf, dass die Beibehaltung der Papierrechnung entweder online oder telefonisch angefordert werden kann. Mehr Informationen, insbesondere hinsichtlich der Dauer der Einspruchsfrist und allenfalls anfallender Kosten, stand nicht zur Verfügung.

Alle bestehenden Kunden, die nicht rechtzeitig selbst aktiv wurden bzw ausdrücklich den Wunsch äußerten, weiterhin die Papierrechnung zugestellt zu erhalten, wurden automatisch nach einem Monat auf die elektronische Rechnung umgestellt.

Neukunden haben nun bei erstmaligem Vertragsabschluss die Möglichkeit, zwischen einer Papierrechnung und einer elektronischen Rechnung zu wählen, wobei beide Modalitäten der Rechnungslegung kostenlos sind. Dargelegt ist dies unter Punkt 21.1 der AGB für „neu abgeschlossene Verträge, sowie Vertragsverlängerungen ab 21. Februar 2012“ (Beilage ./G).

Dass Kunden das Onlineformular Beilage ./B, welches die Klauseln laut Pkt 2. des Spruches des erstgerichtlichen Urteiles enthält und bis 13.4.2013 online war, nutzten, ist möglich.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht zu den Spruchpunkten 1. und 3. aus, die Mitteilungen auf den Papierrechnungen sowie auf den Internetseiten seien als Änderung der Geschäftsbedingungen der Beklagten zu qualifizieren, welche sie allen bestehenden Verträgen einseitig zugrundelege. Diese Vertragsbedingungen seien für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden. Sie verstießen gegen § 100 TKG: Gemäß dessen Abs 1 müsse der Teilnehmer bei Vertragsabschluss zwischen einer Rechnung in elektronischer Form oder Papierform wählen können. Die Möglichkeit des Teilnehmers, eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, dürfe vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Werde der Entgeltnachweis in elektronischer Form zur Verfügung gestellt, müsse es dem Teilnehmer möglich sein, den Einzelentgeltnachweis auf gesondertes Verlangen entgeltfrei in Papierform übermittelt zu erhalten. Dieser Bestimmung sei zu entnehmen, dass dem Kunden das Wahlrecht bei Vertragsabschluss einzuräumen sei. Ein Recht des Telekommunikationsanbieters, in Fällen, in welchen der Kunde nicht auf diese Weise eine Papierrechnung gewählt habe, also vor allem bei vor Inkrafttreten dieser Fassung am 21.2.2012 geschlossenen Verträgen, nachträglich einseitig die Art der Rechnungsübermittlung zu ändern und dem Kunden lediglich ein Widerspruchsrecht einzuräumen, sehe das Gesetz nicht vor. Der Anbieter dürfe ihm lediglich ein vom Kunden auszuübendes Wahlrecht anbieten. Darüber hinaus verstoße das Vorgehen der Beklagten gegen § 25 Abs 3 TKG, da der Kunde nicht auf das ihm durch die nicht ausschließlich begünstigende Änderung der AGB zustehende außerordentliche Kündigungsrecht - das ihm zB die Möglichkeit eröffne, einen für ihn vorteilhafteren Vertrag zu schließen - hingewiesen wor-

den sei. Zu den Klauseln gemäß Spruchpunkt 4. habe die Beklagte kein rechtfertigendes Vorbringen erstattet. Es stehe außer Streit, dass sie bis 13.4.2013 - also noch nach der Klagsführung - als wirksam im Internet abrufbar gewesen seien. Nach den Feststellungen hätten Kunden auf ihrer Basis noch Verträge schließen können. Die Wiederholungsgefahr sei damit gegeben. Hinsichtlich der Klauseln laut Punkt 1. und Rückumstellung auf Papierrechnungen hinsichtlich der 172.000 betroffenen Kunden sei - da die Rechnungen einmal monatlich zu legen seien - eine Leistungsfrist von zwei Monaten angemessen. Da die Beklagte nach eigenem Vorbringen die Klauseln laut Spruchpunkt [gemeint:] 4. bereits geändert habe und nicht verwende, bedürfe es hier keiner Leistungsfrist. Zu Spruchpunkt 2. führte das Erstgericht aus, eine Geschäftspraktik sei gemäß § 1 Abs 4 Z 2 UWG jede Erklärung, die unmittelbar mit dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes zusammenhänge und geeignet sei, eine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen. Auch Vorgänge nach Vertragsabschluss seien erfasst. Der Hinweis, dass der Verbraucher ohne Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung keinen weiteren Anspruch auf die Übermittlung einer Papierrechnung habe, sei irreführend und geeignet, die Ausübung seiner vertraglichen Rechte (§ 1 Abs 4 Z 7 UWG) zu beeinflussen. Diese „Mitteilungen sind auch als Wettbewerbsverstoß zu qualifizieren“. Zur Leistungsfrist gelte das oben Gesagte. Zu den Veröffentlichungsbegehren in den Spruchpunkten 5. bis 7. sei im Hinblick darauf, dass 172.000 Kunden der Beklagten die geänderten Bedingungen in Papierform erhalten hätten, hinsichtlich Spruchpunkt 1. die Veröffentlichung in einem Printmedium geboten. Die Urteilsveröffentlichung auf einer Homepage könne nur dann Wirkung entfalten, wenn auf der Eingangsseite darauf hingewiesen werde. Die Veröffentlichungen wären jedoch „auf den jewei-

ligen Inhalt der Aussendung einzuschränken“ und das Mehrbegehren sei abzuweisen gewesen.

Während der Kläger die teilweise Klagsabweisung unan-gefochten ließ, richtet sich gegen den klagsstattgebenden Teil diese Urteiles die rechtzeitige **Berufung der Beklagten** wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es dahin abzuändern, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

Zur Beweistrüge:

Die Beklagte bekämpft zu Punkt 1. ihrer Berufung erkennbar die Feststellungen, wonach die aus den Beilagen ./C und ./D zitierten Textpassagen auf den Homepages der Beklagten abrufbar gewesen seien (oben unterstrichen hervorgehoben). Als Ersatzfeststellung begehrt die Berufungswerberin erkennbar, dass „*Informationsblätter Beilagen ./C und ./D allen von der optionalen Umstellung betroffenen Kunden postalisch zugestellt wurden. Auf den Internetseiten www.t-mobile.at und www.my.tele-ring.at fanden sich diese Beilagen aber nicht.*“

Unan-gefochten blieben hingegen die Feststellungen, wonach die Beklagte ihre Kunden auch im Internet über die Umstellung auf die elektronische Rechnung informierte, dass beide Websites in äußerst klein gedruckter Schrift den Hinweis darauf enthielten, dass die Beibehaltung der Papierrechnung entweder online oder telefonisch angefordert werden kann, und dass mehr Informationen, insbesondere hinsichtlich der Dauer der Einspruchsfrist und allenfalls anfallender Kosten, nicht zur Verfügung standen.

Die angefochtenen Feststellungen erweisen sich als rechtlich nicht relevant, sodass sie das Berufungsgericht ausdrücklich nicht übernimmt. Die rechtliche Beurteilung erfolgt demnach anhand des im Übrigen unbekämpft gebliebenen Sachverhaltes.

Zur Rechtsrüge:

Zusammengefasst wiederholt und bekräftigt die Beklagte bereits in erster Instanz vertretene Rechtsansichten. Das Berufungsgericht teilt demgegenüber - mit einer im Einzelnen zu erörternden Ausnahme den begehrten Spruchpunkt 2. betreffend (siehe unten Punkt 5.) - die im Kern zutreffende rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes, auf welche daher verwiesen werden kann. Für das Verständnis der rechtlichen Erwägungen genügt es, nach Darstellung der Rechtslage die einzelnen in der Berufung noch aufrecht erhaltenen Ausführungen punktuell und zusammengefasst wiederzugeben und zu erörtern.

1. Generell ist vorzuschicken, dass derjenige, der im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hierbei 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, von einem der in § 29 KSchG genannten Verbände - darunter der Kläger - auf Unterlassung geklagt werden kann; dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist (§ 28 Abs 1 KSchG).

Auf Unterlassung kann im Wege der Verbandsklage auch geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit Haustürgeschäften, Verbraucher-kreditverhältnissen, Pauschalreisevereinbarungen, Teilzeit-nutzungsverhältnissen, Abschlüssen im Fernabsatz, der

Vereinbarung von missbräuchlichen Vertragsklauseln, der Gewährleistung oder Garantie beim Kauf oder bei der Herstellung beweglicher körperlicher Sachen oder im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft im elektronischen Geschäftsverkehr oder im Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen oder Dienstleistungen der Vermögensverwaltung oder Zahlungsdiensten oder der Ausgabe von E-Geld gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt oder gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot auf Grund der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt bei der Erbringung von Dienstleistungen im Binnenmarkt verstößt und dadurch jeweils die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt (§ 28a Abs 1 KSchG).

Nach ständiger Rechtsprechung hat die Auslegung von Klauseln im Rahmen einer Verbandsklage stets im „kundenfeindlichsten Sinn“ zu erfolgen; danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann auch auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RIS-Justiz RS0038205, RS0111641).

2. Zu den Punkten 2.1. bis 2.3. ihrer Berufung vertritt die Beklagte die Auffassung, es liege keine AGB-Änderung vor, und sie habe weder gegen § 100 TKG noch gegen § 25 TKG verstoßen.

§ 100 Abs 1 TKG 2003, BGBl I 2003/70, zuletzt geändert durch BGBl I 2011/102/2011, lautet:

„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.“

§ 25 TKG lautet auszugsweise:

„(1) Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.

(2) Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unberührt.

(3) Der wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen ist dem Teilnehmer mindestens ein Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen. Gleichzeitig ist der Teilnehmer auf den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Änderungen hinzuweisen sowie darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen. Der Volltext der Änderungen ist den Teilnehmern auf deren Verlangen zuzusenden. [...]“

Warum die Aussendung an hunderttausende Kunden, sie würden statt der bisherigen Papierrechnung nunmehr Rechnungen in elektronischer Form erhalten, es sei denn, sie würden ausdrücklich die Beibehaltung einer Papierrechnung wünschen und dies mitteilen, nicht eine Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen bzw die Verwendung eines Formblattes sein sollte, wodurch die Rechtslage verändert werden soll, hat sich dem Berufungssenat nicht erschlossen. Bei AGB handelt es sich regelmäßig um zwecks massenhafter Vertragsabschlüsse und in der Regel auch zur leichteren Durchsetzbarkeit vorteilhafterer Klauseln vorformulierte Vertragsbestimmungen (*Bollenberger* in KBB³ § 864a ABGB Rz 1). Die hierfür einschlägigen Bestimmungen gelten auch dann, wenn sich ein Vertragsteil der vorformulierten Erklärung des anderen oder eines von diesem beauftragten Dritten unterwirft (vgl 1 Ob 144/04i; RIS-Justiz RS0014676). Dass dies auch

für Klauseln oder Formblätter gilt, die neben den ausdrücklich als AGB bezeichneten Geschäftsbedingungen eines Unternehmers angewendet werden sollen, liegt auf der Hand.

Auch die Argumente, warum die inkriminierten Klauseln § 100 TKG entsprechen sollen, sind nicht nachvollziehbar. Den Verbrauchern, die sämtlich nicht neue Verträge abschlossen, sondern in aufrechtem Vertragsverhältnis zur Beklagten standen, wird durch die Klauseln evidentermaßen nicht eine Wahlmöglichkeit im Sinne des § 100 TKG geboten, sondern bestenfalls ein Widerspruchsrecht bzw eine Abwahlmöglichkeit einer von der Beklagten gewünschten und ihren Kunden einseitig nachträglich aufgedrängten Form als Regelfall der Erfüllung einer Vertragsnebenpflicht. Der Kläger weist zutreffend darauf hin, dass eine bloße elektronische Rechnung für den Konsumenten weder vom Gesetzgeber favorisiert noch als gegenüber der Papierrechnung vorteilhaft angesehen wird (3 Ob 168/12w):

„Der Oberste Gerichtshof sprach bereits zu 4 Ob 141/11f - gleichfalls für das Telefoniedienstleistungsgeschäft - aus, dass eine (unentgeltliche) Papierrechnung durchaus noch üblich und vom Gesetzgeber gewünscht ist und die bloß elektronisch zur Verfügung gestellte Rechnung nicht als adäquate Rechnungslegung zu erachten ist. [... Diese] bedeutet für den Kunden gegenüber der Postzustellung einer Papierrechnung eine Erschwernis, weil er erst die ihm von der Beklagten zur Verfügung gestellte E-Mail Adresse (oder die sonstige von ihm der Beklagten bekannt gegebene) aufrufen, die entsprechende E-Mail suchen und öffnen muss. Dieser Vorgang verursacht nicht nur Kosten (Strom) und Mühe, sondern macht den Kunden auch vom Funktionieren verschiedener elektronischer Geräte abhängig. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wenn die Beklagte nur Vorteile der elektronischen Zustellung sehen will und daher die gröbliche Benachteiligung des Kunden gegenüber der Übermittlung einer Papierrechnung in Abrede stellt.“

Den Darlegungen der Berufung zu § 25 TKG, sie sei nur zum Vorteil der Kunden vorgegangen, ist damit auch insofern der Boden entzogen.

3. Soweit die Berufung - im zwischen 2.4. und 2.5. angeführten, „Überschießende Urteilsveröffentlichung“ bezeichneten und wohl irrig als 2.3. bezifferten Punkt auf Seite 5 ihrer Berufung (AS 177) - auf das Talionsprinzip

Bezug nimmt, ist ihr zu entgegnen, dass die Urteilsveröffentlichung auf dem „nicht engherzig“ umzusetzenden Gedanken beruht (*Kathrein* in KBB³ § 30 KSchG Rz 1; vgl *Donath* in *Schwimann*, TaKomm² § 30 KSchG Rz 2), es liege im Interesse der Allgemeinheit, unlautere Wettbewerbshandlungen in aller Öffentlichkeit aufzudecken, die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenwirken (RIS-Justiz RS0079820, RS0079764). Die Berechtigung des Begehrens nach Urteilsveröffentlichung hängt also davon ab, ob ein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaße besteht (RIS-Justiz RS0079737). Der Zweck der Urteilsveröffentlichung nach § 30 KSchG in Verbindung mit § 25 UWG besteht darin, den Rechtsverkehr bzw die Verbraucher in ihrer Gesamtheit darüber aufzuklären, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind (RIS-Justiz RS0079764 [T 22]), und den beteiligten Verkehrskreisen die Gelegenheit zur Information zu geben, damit sie vor Nachteilen geschützt sind (RIS-Justiz RS0121963).

Veröffentlichungen (nur) im Internet (vgl RIS-Justiz RS0116975) reichen regelmäßig nicht aus, wenn nicht alle (aktuellen oder ehemaligen) Kunden eines Unternehmens, die ein objektives Interesse an der Information über dessen bedenkliche Geschäftspraktiken haben, (erneut) die Internetseiten dieses Unternehmens aufsuchen (RIS-Justiz RS0123550); auch ein direktes Anschreiben von Kunden wird den beschriebenen Veröffentlichungszwecken nicht genügen (vgl 9 Ob 69/11d).

Im vorliegenden Fall sind Kunden zu informieren, die auf die Handlungen der Beklagten nicht reagiert haben, also die elektronische Kommunikation hinnahmen, ebenso wie solche, die weiterhin Papierrechnungen wünschten. Weiters ist sowohl der allgemeinen Weiterverbreitung der Ansicht entge-

genzuwirken, dass ein „Umstellen“ auf elektronische Rechnungen, wie von der Beklagten durchgeführt, zulässig wäre, aber auch für die Aufklärung über die wahre Sachlage zu sorgen. Schon aufgrund der verschiedenen Adressatenkreise und deren wohl unterschiedlichen Zugang zu elektronischen Kommunikationsformen und dem Internet erscheint es daher erforderlich, das gegenständliche Urteil sowohl in einem Printmedium als auch im Internet zu veröffentlichen. Das Ersturteil ist insofern nicht mit den behaupteten rechtlichen Fehlern behaftet.

4. Auch sekundäre Verfahrensmängel, wie zu Punkt 2.5. der Berufung angesprochen, liegen nicht vor.

Ein rechtlicher Feststellungsmangel in Bezug auf eine „Umstiegsmöglichkeit“ von Kunden (Punkt 2.5.1.) ist nicht erkennbar, weil es irrelevant ist, ob die Kunden - aufgrund eigenen Aktivwerdens - wieder eine andere Rechnungsform erlangen könnten. Wie bereits dargelegt hat es die Beklagte unternommen, ihren Kunden nachträglich eine bestimmte Form der Rechnung aufzudrängen, und diese dagegen auf ein Widerspruchsrecht bzw eine Abwahlmöglichkeit verwiesen. Dass dies für die Kunden keineswegs vorteilhaft ist, wurde bereits aufgezeigt.

Die Klauseln gemäß Spruchpunkt 4. (Punkt 2.5.2.) waren anscheinend jahrelang auf einem Vertragsformblatt online abrufbar. Die Beklagte hat in erster Instanz die Auffassung vertreten, die inkriminierten Klauseln wären nicht rechtswidrig, sodass schon aufgrund dieses Beharrens auf dem eigenen Rechtsstandpunkt die Wiederholungsgefahr naheliegt (RIS-Justiz RS0119007 [T8, T13]), ohne dass daran die vermissten Feststellungen etwas ändern könnten. Dass es geradezu ausgeschlossen wäre, dass der Unternehmer die beanstandeten gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen oder sinngleiche Bedingungen in seinen Geschäftsbedingungen aufnehme (RIS-Justiz RS0119007), kann daraus auch nicht gefol-

gert werden. Im Verbandsprozess ist überdies der Einwand, eine Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ebenso unbeachtlich wie eine klärende Erläuterung des Unternehmers (RIS-Justiz RS0121943, RS0121726). Daraus erhellt aber, dass ein - von der Beklagten zu behauptender und zu beweisender (*Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ §§ 28-30 Rz 34*) - Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht ableitbar wäre.

5.1. Zu Punkt 2.4. der Berufung (Seite 4, AS 177 - „unzulässiges Unterlassungsbegehren“) führt die Beklagte ins Treffen, das Unterlassungsbegehren gemäß Spruchpunkt 2. stelle „lediglich eine Einschränkung zu den Begehren unter Spruchpunkt 1. und 3. dar“ und werde „zur Gänze von diesen beiden Spruchpunkten abgedeckt“. Ein doppelter Ausspruch der Unterlassungsverpflichtung wäre weder erforderlich noch geboten.

Festzuhalten ist, dass sich damit die Beklagte in ihrer Berufung (anders als in erster Instanz nicht mehr gegen Spruchpunkt 3., sondern) nur noch gegen Spruchpunkt 2. mit dem Ausspruch des Erstgerichtes nach UWG wendet, wonach sie schuldig sei, *„im geschäftlichen Verkehr iSd UWG binnen 2 Monaten die irreführende Geschäftspraktik in Form der Verwendung der zu Spruchpunkt 1. genannten Mitteilungen, sowie ihre Umsetzung zu unterlassen.“*

5.2. Der Kläger wiederholt hierzu in der Berufungsbeantwortung seinen in erster Instanz vertretenen Standpunkt, Spruchpunkt 2. stelle keine Einschränkung zum Begehren unter den Spruchpunkten 1. und 3. dar. Aus dem beantragten Urteilsspruchpunkt 2. gehe klar hervor, dass er sich auf diejenigen inkriminierten Klauseln beziehe, die im beantragten Spruchpunkt 1. explizit genannt worden seien. Der Unterschied zum Spruchpunkt 1. liege darin, dass dieser darauf gerichtet sei, die Verwendung der genannten bzw. sinngleichen Klauseln auf den Rechnungen und auf den Websites der Beklagten zu unterlassen. Durch Spruchpunkt 2. sol-

le die Beklagte ihre irreführenden Geschäftspraktiken auf Grundlage dieser Klauseln unterlassen sowie ihre Umsetzung. Spruchpunkt 3. bestimme die Unterlassung der tatsächlichen Umstellungen.

5.3. Das Berufungsgericht vermag sich der Rechtsansicht des Klägers (und erkennbar auch des Erstgerichtes), das vom Kläger auf § 14 UWG gestützte Unterlassungsbegehren sei ein anderes als das nach KSchG gemäß den beantragten Spruchpunkten 1. und 3 nicht anzuschließen. Zwar sind auf der Tatbestandsebene an einen UWG-Unterlassungsanspruch - von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen - keine subjektiven Voraussetzungen (Wettbewerbsabsicht) mehr geknüpft (*G. Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek, UWG § 14 [2013] Rz 59 f*). Dennoch sind die Voraussetzungen der beiden Unterlassungsansprüche grundsätzlich nicht völlig deckungsgleich, sodass die Anspruchsgrundlagen der AGB-Verbandsklage nach den §§ 28 ff KSchG und der Klage nach § 14 UWG nebeneinander bestehen können und eine Unterlassungsklage grundsätzlich auf das KSchG und daneben auch auf das UWG gestützt werden könnte (vgl 4 Ob 99/09a, RIS-Justiz RS0125708; *G. Kodek/Leupold aaO Rz 176 f*). Ob im vorliegenden Fall beide Anspruchsgrundlagen gegeben sind, kann hier jedoch dahingestellt bleiben, weil kein anderer normativer Gehalt des Unterlassungsbegehrens im angestrebten auf UWG gestützten Spruchpunkt 2. zu erkennen ist als der, die zu Spruchpunkt 1. inkriminierten Klauseln nicht zu verwenden, sich nicht auf sie zu berufen und nicht ihnen gemäß gegen Verbraucher vorzugehen. Wie auch die Beklagte vermag das Berufungsgericht somit keinen rechtserheblichen Unterschied zwischen einer Verpflichtung zu erkennen, einerseits die Klauseln nicht zu verwenden, sich nicht auf sie zu berufen, nicht nach ihnen zu verfahren und die Umstellungen auf elektronische Rechnungen nicht vorzunehmen (Spruchpunkte 1. und 3.), und andererseits der Verpflichtung, die inhaltlich

den Klauseln entsprechenden „Mitteilungen“ nicht zu verwenden und ihre „Umsetzung“ zu unterlassen (Spruchpunkt 2.).

5.4. Der Berufung der Beklagten war daher in diesem Punkt dahin Folge zu geben, dass das Unterlassungsbegehren zu Spruchpunkt 2. laut Klage abzuweisen war.

6. Weitere rechtliche Aspekte werden in der Berufung nicht mehr aufgezeigt, sodass im Übrigen der Berufung nicht Folge zu geben war.

7. Die teilweise Abänderung des erstinstanzlichen Urteiles würde grundsätzlich auch eine Neubemessung der erstinstanzlichen Kosten erfordern. Im Hinblick auf die Zulässigkeit des weiteren Rechtszuges erschien es jedoch zweckmäßig, vorerst Kostenvorbehalte gemäß den im Spruch genannten Gesetzesstellen vorzusehen.

8. Bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes bestand keine Veranlassung, von der Bewertung des Streitgegenstandes durch den Kläger abzuweichen.

9. Die ordentliche Revision ist im Hinblick auf die Vielzahl der betroffenen Schuldner zulässig, zumal die vorliegenden Klauseln einen großen Personenkreis betreffen und die Beurteilung bisher noch nicht geprüfter AGB grundsätzlich eine erhebliche Rechtsfrage darstellt (RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 25. März 2014

Dr. Regine Jesionek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG