



**Republik Österreich
Handelsgericht Wien**

22 Cg 118/10m

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Mag. [REDACTED] Kaiser in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG, 1030 Wien wider die beklagte Partei Hutchison 3G Austria GmbH, Gasometer C, Guglgasse 12/10/3, 1110 Wien, vertreten durch Dr. Christoph Pöchhacker, MCL, 1010 Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht

I). Die beklagte Partei ist schuldig,

a.) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1.) Für Kunden mit Vertragsabschluss ab Inkrafttreten dieser AGB, jedoch frühestens ab 21. Februar 2007 gilt ausschließlich folgende Regelung: 3 übermittelt Rechnungen ausschließlich elektronisch. Sollte der Kunde eine Rechnung in Papierform wünschen, ist 3 berechtigt, ein angemessenes Entgelt laut Tarifynformation (gemäß Punkt 8.4 und 8.5 iVm

Punkt 20.1 dieser AGB) zu verrechnen.

2.) Zusendung einer Papierrechnung € 2,00

3.) 3 übermittelt Rechnungen elektronisch an eine vom Kunden dafür bekannt gegebene eMail Adresse. 3 stellt die Rechnung für alle Kunden, unabhängig davon, ob sie eine eMail Adresse angegeben haben, in der 3Kundenzone auf www.drei.at mittels Link zum Abruf zur Verfügung und informiert Kunden per SMS über den Rechnungseingang. Eine elektronische Rechnung gilt als zugestellt, sobald sie für den Kunden unter gewöhnlichen Umständen abrufbar ist. Über Wunsch des Kunden versendet 3 Rechnungen auch in Papierform gemäß den mit dem Kunden vereinbarten und auf der Website von 3 unter <http://www.drei.at> abrufbaren Tarifinformationen,

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen. Die beklagte Partei ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.

II) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei, in Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

III) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 7.626,92 bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten € 1.164,32 an USt und € 8,00 an Barauslagen) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

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

Mit Klage vom 4.11.2010 (ON 1) beehrte die klagende Partei wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte hiezu im Wesentlichen vor, dass sowohl die aktuell in Geltung stehende, als auch die frühere Klausel in den AGB der beklagten Partei nichtig sei, da sie gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen würden. Die Altklausel habe für alle bereits abgeschlossenen Verträge gegolten und es sei nicht auszuschließen, dass sich die beklagte Partei auch in Zukunft darauf berufen würde. Unabhängig davon, seien die beiden Klauseln sinngleich, da sie denselben Regelungskern enthalten würden. Die Klauseln seien gröblich benachteiligend und auch überraschend im Sinn des § 864 ABGB. Das Ausstellen einer Rechnung sei eine vertragliche, unselbstständige Nebenleistungspflicht der beklagten Partei für die sie kein Entgelt verrechnen dürfe. Der Kunde rechne außerdem nicht damit, für eine Papierrechnung ein eigenes Entgelt einrichten zu müssen. Darüber hinaus habe der Kunde auch nach § 100 TKG Anspruch auf eine unentgeltlichen Einzelentgeltnachweis in Papierform. Insbesondere, wenn der Kunde über keinen Internetzugang verfüge, sei das Entgelt nicht zu rechtfertigen. Selbst wenn die Mobiltelefone die technischen Voraussetzungen für einen Internetzugang bieten würden, bedeute dies nicht, dass sämtliche Kunden das Internet auch tatsächlich nützen würden oder könnten. Die beklagte Partei biete auch Angebote für das Festnetz an, über welche kein

Zugang zum Internet hergestellt werden könne. Es könne auch nicht angenommen werden, dass Kunden auf die von der beklagten Partei automatisch zur Verfügung gestellte email-Adresse, Rechnungen zugestellt bekommen möchten. Ein Abrufen der Rechnung auf der Website der beklagten Partei setze eine Registrierung voraus. Nach der Übung des redlichen Verkehrs, sei eine Papierrechnung eine Bringschuld des Unternehmens, die üblicherweise per Post übermittelt werde. Mit Umstellung auf elektronische Rechnung, die der Kunde abrufen müsse, würde ein Zustellmodus vereinbart werden, der zum Nachteil des Kunden von der üblichen Postzustellung abweiche. Der Kunde ziehe keinerlei Kostenvorteile aus der elektronischen Rechnung, diese würden alleinig dem Unternehmen zugute kommen. Weiters sei die Klausel intransparent, da sie offen lasse, wann die Rechnung als zugegangen gelte. Der Zugang löse allerdings Fälligkeit und Einspruchsfrist aus. Beim Kunden könne der Eindruck entstehen, die Rechnung sei mit ihrer elektronischen Versendung zugegangen, diesfalls würde die Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG verstoßen, nach welcher Zugangsfiktionen in Verbrauchergeschäften unzulässig seien. Zudem würden dem Kunden AGB-Änderungen üblicherweise in der Rechnung mitgeteilt, jedoch bestehe bei elektronischen Rechnungen die Gefahr, dass die Kunden diese nicht wahrnehmen würden. Grundsätzlich sei bei der Auslegung von Vertragsklauseln im Verbandsprozess keine teleologische Reduktion zulässig. Wiederholungsgefahr bestehe, die beklagte Partei sei einer Unterlassungsaufforderung seitens der klagenden Partei nicht nachgekommen. Aufgrund des Informationsbedürfnisses der Verbraucher sei eine Urteilsveröffentlichung geboten. Die von der beklagten Partei ins Treffen geführte Regierungsvorlage sehe vor, dass der Kunde künftig die Wahlmöglichkeit zwischen einer unentgeltlichen Papierrechnung oder einer elektronischen Rechnung haben solle. Daraus ergäbe sich nur, dass der

Gesetzgeber eine Klarstellung bezwecke, es könne daraus nicht geschlossen werden, dass aktuell entgeltliche Papierrechnungen zulässig seien.

Die beklagte Partei bestritt, beantragte Klagsabweisung und führte zusammengefasst aus, dass die inkriminierte Altklausel schon vor Klagseinbringung nicht mehr in Verwendung gewesen sei, diese sei durch eine neue Klausel ersetzt worden, welche am 1. Oktober 2010 auf der Website der beklagte Partei veröffentlicht worden sei. Die aktuelle Klausel sei leicht verständlich, transparent und rechtlich unbedenklich. Die Klausel sei auch nicht überraschend, da die beklagte Partei ein Multimedia-Anbieter sei, der ausschließlich elektronische Dienstleistungen abiete. Die Kunden der beklagten Partei hätten jederzeit Zugriff auf das Internet, auch über ihre Mobiltelefone, die alle internettauglich seien. Die Klausel sei nicht nachteilig, sondern biete dem Kunden diverse Vorteile, wie etwa den zeitlich und örtlich unbeschränkten Zugriff auf die Rechnung, die Vermeidung von ökologischen Belastungen und Platzmangel, der rasche Überblick, die leichte Archivierungsmöglichkeit, sowie das druckerfreundliche Format. Überdies werde der Kunde per SMS auf sein Endgerät über das Bereitliegen der Rechnung sowie über die Höhe des Rechnungsbetrages informiert. Bei der Beurteilung seien alle Umstände des Falles, insbesondere im Gesamtzusammenhang des Vertrages, zu berücksichtigen. Eine Benachteiligung bloß einzelner Kunden führe nicht automatisch zu einem Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB. Die elektronische Rechnungslegung stehe in Einklang mit nationalen und globalen Bemühungen und sei heutzutage üblich, jedenfalls zumindest branchenüblich. Der Kunde rechne mit einer elektronischen Rechnungslegung. Die beklagte Partei erfülle ihre vertraglichen Nebenleistungspflichten, da es keine gesetzliche Verpflichtung

gebe, die Rechnung auf einem bestimmten Medium, wie etwa auf Papier, zur Verfügung zu stellen. Eine Papierrechnung verursache real entstehende Kostennachteile, für welche nach Ansicht des OGH zulässigerweise ein Entgelt vereinbart werden könne. Transparenz sei gegeben, die Gefahr, dass der Kunde die Rechnung nicht rechtzeitig zur Kenntnis nehmen werde, bestehe nicht, da der Rechnungsbetrag per SMS mitgeteilt werde. Alt- und Neuklausel seien nicht sinngleich, die aktuelle Klausel sei nicht zu beanstanden. Die klagende Partei behaupte nicht einmal, dass die aktuelle Klausel intransparent sei. Wiederholungsgefahr bestehe nicht. Eine unzulässige Zugangsfiktionen werde nicht verwendet, es werde lediglich die gesetzliche Zugangsregelung wiedergegeben. Derzeit liege eine Regierungsvorlage zu einer TKG-Novelle, wonach zukünftig kein Entgelt für Papierrechnungen vereinbart werden dürfe, dem Nationalrat zur Beschlussfassung vor. Daraus könne geschlossen werden, dass nach geltender Rechtslage eine derartige Vereinbarung zulässig sei.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Urkunden Beilagen ./A bis ./C , ./1 bis ./11, durch Vernehmung der Zeugen [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die klagende Partei ist ein Verein, ihre Aktivlegitimation ergibt sich aus § 29 KSchG.

Die beklagte Partei ist zu FN 198077s im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien eingetragen. Sie betreibt ein Multimedia-Mobiltelefonieunternehmen und bietet ihre Leistungen unter dem Firmenschlagwort "3" im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Die beklagte Partei ist Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG, sie tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit

Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge.

Die beklagte Partei verwendete bis 7. Oktober 2010 im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in den AGB, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, folgende Klausel:

"Für Kunden mit Vertragsabschluss ab Inkrafttreten dieser AGB, jedoch frühestens ab 21. Februar 2007 gilt ausschließlich folgende Regelung: 3 übermittelt Rechnungen ausschließlich elektronisch. Sollte der Kunde eine Rechnung in Papierform wünschen, ist 3 berechtigt, ein angemessenes Entgelt laut Tariffinformation (gemäß Punkt 8.4 und 8.5 iVm Punkt 20.1 dieser AGB) zu verrechnen."

Am 7. Oktober 2010 ersetzte die beklagte Partei die genannte Klausel durch folgende:

"3 übermittelt Rechnungen elektronisch an eine vom Kunden dafür bekannt gegebene eMail Adresse. 3 stellt die Rechnung für alle Kunden, unabhängig davon, ob sie eine eMail Adresse angegeben haben, in der 3Kundenzone auf www.drei.at mittels Link zum Abruf zur Verfügung und informiert den Kunden per SMS über den Rechnungseingang. Eine elektronische Rechnung gilt als zugestellt, sobald sie für den Kunden unter gewöhnlichen Umständen abrufbar ist. Über Wunsch des Kunden versendet 3 Rechnungen auch in Papierform gemäß den mit dem Kunden vereinbarten und auf der Website von 3 unter <http://www.drei.at> abrufbaren Tariffinformationen."

Die obige Klausel wurde am 7. Oktober 2010 auf der Website der beklagten Partei veröffentlicht und steht zum Urteilszeitpunkt nach wie vor in Geltung.

An Entgelt für eine Papierrechnung hat der Kunde den

Betrag von € 2,00 zu bezahlen.

Sämtliche Mobiltelefonmodelle, die die beklagte Partei anbietet, stellen dem Kunden Internetzugang zur Verfügung. Alle Kunden bekommen von der beklagten Partei eine Emailadresse zur Verfügung gestellt, die sich aus der Telefonnummer des jeweiligen Kunden@drei.at zusammensetzt. Der Kunde kann diese mail-Adresse nutzen, muss es aber nicht. Der Kunde kann auch schon eine bereits bestehende mail-Adresse als Rechnungsadresse angeben.

Die beklagte Partei betreibt eine Website, auf der eine Kundenzone eingerichtet ist, Kunden können sich für diese registrieren und in Folge ihre Rechnungen dort einsehen.

Dem Kunden wird wie folgt mitgeteilt, dass er die Rechnung über die e-mail-Adresse sehen kann: Der Kunde kann sich die Zusendung der Rechnung via Kundenportal Inside 3 auf www.drei.at einstellen. Von 3 wird die mitgelieferte e-mail-Adresse Rufnummer@drei.at bei der Konfiguration vorgeschlagen, diese kann vom Kunden in jede beliebige andere gewünschte e-mail-Adresse abgeändert werden. Die Adresse muss eine gewisse Mindestzeichenlänge haben, sonst kann sonst von 3 nicht registriert werden. Wenn aber der Kunde bei Abschluss des Vertrages keine e-mail-Adresse angibt muss der Kunde die oben beschriebene Einstellung vornehmen, er muss sich registrieren auf drei.at somit über einen Browser anmelden. Er kann wie vorgeschlagen die von 3 vorgegeben e-mail- Adresse verwenden oder diese mit seine eigenen überschreiben. Er erhält auch ein Passwort. Der Kunde muss selbst aktiv werden, sonst passiert nicht, er erhält dann per mail keine Rechnung (Zg XXXXXXXXXX) Die Rechnung kann drei Monate in die Vergangenheit eingesehen werden.

Der Kunde erfährt, dass er eine drei-mail-Adresse hat

entweder durch eine Broschüre, den Supportbereich auf www.drei.at und ist bei der SIM_Karte eine kleine Broschüre dabei, wo die erklärt wird.

Jeder Kunde bekommt ein SMS auf sein Handy, dass er die Rechnung einsehen kann. Diese Funktion kann aber vom Kunden auch abgestellt werde.

Die Beklagte hat 346.340 Datakunden, das sind Kunden, die als Produkt einen Internetzugang haben, 576.131 Voicekunden, das sind Telefonkunden, davon haben 92%, das sind 530.424, die Datenmengen im Tarif inkudiert haben, das heißt sie habe einen Tarif gewählt, wo sie Datenmengen nutzen können, die restlichen 8 % haben das nicht im Tarif, nicht im Paket. Wenn sie Internet nützen würde das mit Einzlleistung abgerechnet.

Die Feststellungen gründen sich auf folgende Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf die oben angeführten Beweismittel, insbesondere auf die vorgelegten und unbedenklichen Dokumente, nämlich der Beilagen ./A bis C und ./1 bis /11.

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt steht im wesentlichen außer Streit. Im übrigen gründet er sich auf die glaubhaften Ausführungen der Zeugen Hapl und [REDACTED]

Von der Einvernahme der Zugin [REDACTED] konnte abstand genommen werden, diese Beweisthemem letztlich unstreitig waren.

Rechtlich folgt daraus:

Wer im geschäftlichen Verkehr AGB verwendet, deren Bedingungen gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten

Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Folglich ist es auch unzulässig, sich auf eine derartige Klausel zu berufen.

Die klagende Partei stützt ihren Unterlassungsausspruch auf § 879 Abs 3 ABGB, der wie folgt lautet: *„Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter der Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.“*

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine gröbliche Benachteiligung vorliegt, ist auf das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit abzustellen (Dittrich/Tades, ABGB 1999, § 879 E 629). Dabei ist im Verbandsprozess von der kundenfeindlichsten Auslegung einer Klausel auszugehen (RIS-Justiz RS 0016590). Eine gröbliche Benachteiligung ist dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zukommende Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen Vertragspartners steht (OGH 22.2.1984, EvBl 1984/110). Ob dies der Fall ist, ist durch eine umfassende Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien festzustellen. Gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist zunächst auf die sachliche Rechtfertigung und den Grad der Abweichung vom dispositiven Recht abzustellen. Liegt keine sachliche Rechtfertigung vor, oder kommt den Belastungen des Kunden mehr Gewicht zu, als den Interessen des Unternehmens, so kann von einer gröblichen Benachteiligung ausgegangen werden.

Im gegenständlichen Fall regeln die inkriminierten Klauseln eine vertragliche Nebenleistungspflicht. Der Begriff der Hauptleistung soll möglichst eng verstanden werden und

betrifft im Regelfall nur die essentiellen Vertragsbestandteile. Den Kosten- und Rationalisierungsvorteilen der beklagten Partei steht der Nachteil des Verbrauchers, für eine Papierrechnung ein Entgelt von € 2,00 leisten zu müssen, entgegen. Zumindest für diejenigen Kunden, der seine Rechnung nicht elektronisch abrufen kann, bringen die inkriminierten Klauseln keinerlei Vorteile. Es ist zwar richtig, dass ein Großteil der Kunden der beklagten Partei über einen Internetzugang verfügt, dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Kunden, nämlich die Festnetzkunden, keinen Internetzugang haben. Selbst wenn sämtliche Mobiltelefone der beklagten Partei, dem Kunden einen Internetzugang verschaffen, so bedeutet dies nicht, dass alle Kunden diesen auch nutzen. Es ist nicht auszuschließen, dass einzelne Kunden nicht in der Lage sind, sich im Internet zu Recht zu finden, insbesondere die ältere Generation. Zahlreiche Kunden werden sich ausschließlich wegen der günstigen Tarife der beklagten Partei für einen Vertragsabschluss entschließen und kein Interesse an einer Internetnutzung haben.

Darüber hinaus können jene Kunden, die ausschließlich am Mobiltelefon über Internet verfügen, die Rechnung auch nur in einem ungünstigen, sehr kleinen Format ansehen. Die Möglichkeit das Internet anderweitig, zum Beispiel an öffentlichen Plätzen bzw in einem Internetcafe zu nutzen, ist dem Kunden nicht zuzumuten. Zum einen ist die Internetnutzung in einem Cafe im Regelfall sehr kostspielig, zum anderen ist dies naturgemäß sehr aufwändig, jedenfalls aufwändiger, als eine auf dem Postweg erhaltene Papierrechnung zu öffnen. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass jeder Kunde entweder einen Arbeitsplatz hat, oder an diesem das Internet für private Zwecke nutzen kann und darf.

Dessen ungeachtet, kann nicht ausgeschlossen werden, dass zahlreiche Kunden, unabhängig davon, ob sie über Internet verfügen und dieses auch nutzen können, den Erhalt einer Papierrechnung wünschen. Diese Kunden werden einem faktischen, wirtschaftlichem Zwang ausgesetzt, sich für die elektronische Rechnung zu entscheiden, andernfalls sie Entgelt zahlen müssen.

Die von der beklagten Partei behaupteten Vorteile für den Kunden, können nicht nachvollzogen werden. Die rasche Archivierung, der zeitlich und örtlich uneingeschränkte Zugriff sowie das druckerfreundliche Format vermögen daran nichts zu ändern. Wie schon ausgeführt, werden zahlreiche Kunden, auf Grund ihres ungeübten Umgangs mit dem Internet, gar nicht fähig sein, derartige Archivierungen vorzunehmen. Der zeitlich und örtlich uneingeschränkte Zugriff mag zwar gegeben sein, doch nur auf dem Mobiltelefon, auf welchem die Rechnung in einem unzulänglichen Format dargestellt wird. Gerade wenn das Internet über das Mobiltelefon genutzt wird, kann der Kunde auch nicht vom druckerfreundlichen Format profitieren. Die Rechnungen können maximal 6 Monate zurück eingesehen werden.

Wie festgestellt hat der Kunde entweder die Möglichkeit eine eigene Emailadresse anzugeben und auf diese die Rechnung zu erhalten, eine von der beklagten Partei kostenlos zur Verfügung gestellten Emailadresse zu verwenden oder die Rechnung auf der Website der beklagten Partei einzusehen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Kunde über eine eigene Emailadresse verfügt. Im Regelfall schließt ein Kunde einen Sprachtelefonievertrag zu dem Zweck, ein Mobiltelefon zu erhalten und letztlich telefonieren zu können,

ob die beklagte Partei eine Emailadresse zur Verfügung stellt, wird für den Kunden eher irrelevant sein und womöglich von diesem gar nicht bewusst zur Kenntnis genommen werden. Dies legt den Schluss nahe, dass zahlreiche Kunden gar nicht wissen, dass sie über eine Emailadresse verfügen und die Rechnung dorthin erhalten können. Das Einsehen der Rechnung auf der Website der beklagten Partei setzt eine Registrierung voraus, was mit einigem Aufwand verbunden ist, den wohl mancher Kunden nicht auf sich nehmen wird.

Richtig ist, dass die Kunden über die Höhe des Rechnungsendbetrages per SMS auf ihre Mobiltelefone informiert werden. Dies birgt aber die Gefahr, dass Kunden gerade geringfügige Abweichungen übersehen. Kommt dem Kunden der Rechnungsbetrag nämlich im Großen und Ganzen plausibel vor, so wird er nicht die Mühe auf sich nehmen, die Rechnung im Internet zu überprüfen. Weiters kann nicht ausgeschlossen werden, dass Kunden eine SMS übersehen, etwa weil sie es unterwegs lesen und gar nicht bewusst wahrnehmen. Zudem ist es üblich, dass dem Kunden AGB- bzw Vertragsänderungen auf der Rechnung mitgeteilt werden. Wird dem Kunden der Rechnungsendbetrag per SMS mitgeteilt und erscheint ihm dieser Betrag korrekt, so wird er womöglich die elektronische Rechnung nicht einsehen und von den Änderungen keine Kenntnis erlangen. Somit ändert auch die SMS nichts daran, dass die verwendeten Klauseln den Kunden grob benachteiligen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass im Verbandsprozess von der kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen ist.

Objektiv ungewöhnlich bzw überraschend ist eine Klausel dann, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass der Verbraucher üblicherweise, nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen

braucht. Die Klausel muss einen Überraschung- oder Übertölpelungseffekt haben (RIS-Justiz RS 0014646). Üblicherweise wird dem Kunden eine Rechnung in Papierform auf dem Postweg übermittelt und zwar entgeltfrei. Die elektronische Rechnungslegung entspricht nicht dem Regelfall und kommt für den Kunden überraschend. Der Behauptung der beklagten Partei, bei einem Multimediaanbieter müsse der Kunde mit einer elektronischen Rechnungslegung rechnen, kann gerade bei Sprachtelefoniekunden, die an einer Internetnutzung womöglich kein Interesse haben, nicht gefolgt werden. Zahlreiche Kunden schließen den Vertrag persönlich und in Papierform, in einer Filiale der beklagten Partei ab und können davon ausgehen, dass die Rechnungslegung ebenfalls in Papierform erfolgt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die elektronische Rechnungslegung branchenüblich ist und der Kunde damit zu rechnen hat, so hat der Kunde nicht mit einer Entgeltspflicht zu rechnen. Der Kunde kann davon ausgehen, dass, falls er eine Papierrechnung wünscht, ihm diese kostenfrei zur Verfügung gestellt wird.

Nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG sind Klauseln nicht verbindlich, nach denen eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen ist, als ihm zugegangen gilt. Einzige Ausnahme davon ist, dass an die vom Verbraucher zuletzt bekannt gegebene Anschrift zugestellt wird. Eine zulässige Zugangsfiktion kann daher einzig für den Umzugsfall des Verbrauchers getroffen werden (*Palten*, Aktuelle Judikatur zur Lebensversicherung, VR 2010 H 4, 18). Im gegenständlichen Fall gilt die elektronische Rechnung als zugestellt, sobald sie für den Kunden unter gewöhnlichen Umständen abrufbar ist. Insbesondere für Kunden, die über keinen Internetzugang verfügen, deren Mobiltelefon nur unregelmäßig in Verwendung ist oder die mit der

Internetnutzung nicht vertraut sind, kann eine solche Zugangsfiktion nicht zulässig vereinbart werden.

Entgegen der Rechtsansicht der beklagten Partei beseitigt die Abänderung von Geschäftsbedingungen die Wiederholungsgefahr nicht (2 Ob 153/08a).

Zum Veröffentlichungsbegehren ist auszuführen, dass ein berechtigtes Interesse an der Urteilsveröffentlichung vorliegt, Multimediaanbieter wie die beklagte Partei legen ihren Verträgen im Regelfall AGB zu Grunde. Es besteht ein Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit bezüglich unzulässiger AGB-Klauseln, die Gesamtheit der Verbraucher soll darüber aufgeklärt werden, welche Geschäftsbedingungen gesetzes- und sittenwidrig sind. Das Veröffentlichungsbegehren ist auch bezüglich der Altklausel berechtigt, da die Wiederholungsgefahr nicht ausgeschlossen werden kann. Da es sich bei 3 um ein österreichweit agierendes Unternehmen handelt, ist die begehrte Urteilsveröffentlichung angemessen und entspricht dem Informationsbedürfnis der Konsumenten.

Die Regierungsvorlage sagt nichts über die aktuelle Rechtslage aus. Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, die abgändert werden soll, es soll lediglich derzeit bestehende Unsicherheiten ausgeräumt und geklärt werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 22, am 9.2.2012

Mag. [REDACTED] Kaiser
Richterin
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG: