



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Friedrich Kulka in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien gegen die beklagte Partei **A1 Telekom Austria AG**, Lassallestraße 9, 1020 Wien, vertreten durch Dr. Peter Lösch Rechtsanwalt GmbH in 1010 Wien wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 36.000,-) nach öffentlicher mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:
 - 1.1. *„Sie erhalten keine Papierrechnung. Ihre zukünftigen Rechnungen finden Sie online unter www.a1.net/rechnung. Sobald Ihre aktuelle Rechnung in A1 Online Rechnung abrufbar ist, erhalten Sie gratis ein SMS an die Rufnummer: +43 664 3613765.“*
 - 1.2. *„Jede Papierrechnung kostet EUR 0,90,-.“*
 - 1.3. *„Wenn nicht anders vereinbart, bekommen Sie Ihre Rechnungen in Papier-Form. Für das Ausstellen der Rechnung in Papier-Form können wir Ihnen monatlich ein Entgelt nach unseren Entgeltbestimmungen verrechnen.“*

- 1.4. *„Auf Ihren Wunsch stellen wir Ihnen nur elektronische Rechnungen zur Verfügung (Online-Rechnung im Internet). Sie sorgen dafür, dass Sie diese auch abrufen können. Bitte beachten Sie: In diesem Fall ist eine Einzugsermächtigung erforderlich.“*
- 1.5. *„Wir sind berechtigt, die Rechnungsform ohne Ihre gesonderte Zustimmung auf elektronische Rechnung umzustellen. Über die Umstellung, Zugangsdaten und -Voraussetzungen informieren wir Sie schriftlich – spätestens 1 Monat vorher.“*
- 1.6. *„Wenn nicht anders vereinbart, können Sie jederzeit wieder auf Rechnungen in Papier-Form umsteigen. Ihre schriftliche Nachricht genügt- spätestens in der darauf folgenden Rechnungsperiode stellen wir die Rechnung wieder um.“*

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

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur einmaligen Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft im redaktionellen Teil einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“, auf Kosten der beklagten Partei, mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.
3. Hingegen wird das Mehrbegehren die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

3.1. „Wir informieren Sie mit E-mail oder SMS, sobald eine elektronische Rechnung online ist. Die Rechnung gilt als zugegangen, sobald Sie diese unter gewöhnlichen Umständen abrufen bzw. zur Kenntnis nehmen können (Pkt 13).“

oder die Verwendung einer sinngleichen Klausel zu unterlassen, **abgewiesen**.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 9905,- (darin enthalten EUR 1559,26,- USt und EUR 13,71,- Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Außer Streit steht bzw. unstrittig ist, dass die Beklagte in ihrer geschäftlichen Tätigkeit mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt und aufgrund ihrer Tätigkeit als Anbieterin nationaler und internationaler Telekommunikationsdienstleistungen Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG ist. Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter, die sie den mit Verbrauchern geschlossenen Verträgen zu Grunde legt. In diesen AGB und Vertragsformblättern finden sich auch folgende Klauseln:

Klausel 1: „Sie erhalten keine Papierrechnung. Ihre zukünftigen Rechnungen finden Sie online unter www.a1.net/rechnung. Sobald Ihre aktuelle Rechnung in A1 Online Rechnung abrufbar ist, erhalten Sie gratis ein SMS an die Rufnummer: +43 664 3613765.“

Klausel 2: „Jede Papierrechnung kostet EUR 0,90,-.“

Beide Klauseln enthalten im Vertragsformblatt zwischen der Beklagten und Gudrun Ebner vom 28.12.2009 (Beilage ./A).

Klausel 3: „Wenn nicht anders vereinbart, bekommen Sie Ihre Rechnungen in

Papier-Form. Für das Ausstellen der Rechnung in Papier-Form können wir Ihnen monatlich ein Entgelt nach unseren Entgeltbestimmungen verrechnen.“

Klausel 4: *„Auf Ihren Wunsch stellen wir Ihnen nur elektronische Rechnungen zur Verfügung (Online-Rechnung im Internet). Sie sorgen dafür, dass Sie diese auch abrufen können. Bitte beachten Sie: In diesem Fall ist eine Einzugsermächtigung erforderlich.“*

Klausel 5: *„Wir sind berechtigt, die Rechnungsform ohne Ihre gesonderte Zustimmung auf elektronische Rechnung umzustellen. Über die Umstellung, Zugangsdaten und -Voraussetzungen informieren wir Sie schriftlich – spätestens 1 Monat vorher.“*

Klausel 6: *„Wenn nicht anders vereinbart, können Sie jederzeit wieder auf Rechnungen in Papier-Form umsteigen. Ihre schriftliche Nachricht genügt- spätestens in der darauf folgenden Rechnungsperiode stellen wir die Rechnung wieder um.“*

Klausel 7: *„Wir informieren Sie mit E-mail oder SMS, sobald eine elektronische Rechnung online ist. Die Rechnung gilt als zugegangen, sobald Sie diese unter gewöhnlichen Umständen abrufen bzw. zur Kenntnis nehmen können (Pkt 13).“*

Bei diesen Klauseln handelt es sich um die Punkte 21.1, 21.2, 21.4, 21.6, 21.7 der AGB-mobil der Beklagten, Stand 8.4.2010 (Beilage ./B).

Der Kläger ist der Verein für Konsumenteninformation, seine Klagslegitimation ergibt sich aus § 29 Abs 1 KSchG

Der **Kläger** begehrt wie im Spruch ersichtlich und bringt dazu im Wesentlichen vor:

Die erste Klausel sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil der Kunde über den tatsächlichen Zugangszeitpunkt der Rechnung im Unklaren gelassen werde. Vielmehr entstehe der falsche Eindruck, die Rechnung gelte mit SMS-Verständigung als zugegangen. Dies bewirke eine Zugangsfiktion zu Lasten der Kunden, welche dadurch das Zugangsrisiko tragen, wodurch gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB verstoßen werde.

Die inkriminierte Klausel sei ausschließlich im Rahmen der Vertragsformblätter und ohne

Bezugnahme auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszulegen.

Die zweite Klausel sei überraschend im Sinne des § 864a ABGB, weil der Kunde unter der Überschrift „*Die wichtigsten Punkte zu den gewählten Tarifen*“ nicht damit rechnen müsse, dass die Papierrechnung zu einer Holschuld des Konsumenten werde und als vertragliche unselbständige Nebenleistungspflicht entgeltlich sei. Dieser Überraschungseffekt werde durch die Bestimmung des § 100 TKG, welche dem Kunden Anspruch auf einen unentgeltlichen Einzelentgeltnachweis in Papierform gewähre, bekräftigt.

Weiters sei die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da die Pflicht eine Rechnung auszustellen eine unselbständige Nebenleistungspflicht zur Vorbereitung und Abwicklung vertraglicher Hauptleistungspflichten sei, wofür als bloße Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung kein Entgelt verlangt werden dürfe.

Die dritte Klausel sei gemäß den Argumenten des Vorbringens zur zweiten Klausel überraschend im Sinne des § 864a ABGB und gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Des Weiteren diene die Umstellung auf elektronische Rechnungen dazu, das Kündigungsrecht der Kunden nach § 25 Abs 3 TKG zu unterlaufen um damit einseitige Vertragsänderungen der Mobilfunkbetreiber zu Lasten der Kunden zu erleichtern. Hinzu käme auch, dass Mobilfunkbetreiber immer mehr Pauschalangebote anbieten, so dass Verbraucher ohne eingehende weitere Rechnungsprüfung lediglich kontrollieren, ob ihnen der vereinbarte Pauschalbetrag abgebucht worden sei.

Die vierte Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, da sie eine Verpflichtung vorsehe mit Einzugsermächtigung zu bezahlen.

Die fünfte Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil sich die Beklagte der Verpflichtung zur Ausstellung einer Papierrechnung einseitig, auch ohne Zustimmung des Kunden, entledigen könne.

Außerdem sei die Klausel überraschend im Sinne des § 864a ABGB, da der Kunde

jedenfalls nicht damit rechnen müsse, dass die Beklagte eine Umstellung von Papierrechnung auf elektronische Rechnung einseitig ohne Kundenzustimmung vornehmen könne.

Darüber hinaus verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, da eine einseitige Leistungsänderung der Beklagten durch Umstellung der Rechnungslegung, trotz Geringfügigkeit im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG gegenüber den Kunden ohne eigenen Internetzugang und gegenüber jenen, die nicht dauernd online sein möchten, unzumutbar sei und eine derartige Leistungsänderung jedenfalls einer sachlichen Rechtfertigung entbehre.

Weiters verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG, da sie in unvereinbarem Widerspruch mit Pkt. 21.1 der AGB stehe.

Die sechste Klausel verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB, da sie es dem Kunden zwar ermögliche, wieder auf Papierrechnung umzusteigen, ihn aber gleichzeitig darüber im Unklaren lasse, dass dies mit der Verrechnung von Zusatzentgelten verbunden sei, wie dies aus der zusammenhängenden dritten Klausel hervorgehe. Dadurch werde dem Kunden gegenüber die Rechtslage verschleiert.

Die siebente Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG durch die Normierung einer Zugangsfiktion. Durch die Formulierung „...sobald Sie diese unter gewöhnlichen Umständen abrufen bzw. zur Kenntnis nehmen können.“ werde ein objektiver Maßstab für den Zugangszeitpunkt festgelegt, wonach man eine Online-Rechnung sofort abrufen könne, wenn man immer online sei, was aber nicht der technischen Ausstattung, den Gewohnheiten und zeitlichen Möglichkeiten jedes Kunden entspreche.

Es bestehe Wiederholungsfahr, weil die Beklagte die beanstandeten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend verwende und eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG innerhalb der gesetzten Frist nicht abgegeben habe.

Es bestehe ein berechtigtes Interesse an der Urteilsveröffentlichung, um die angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise über die wahre Sach- und Rechtslage

aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern.

Die **Beklagte** bestreitet, beantragt kostenpflichtige Klagsabweisung und bringt vor, wie folgt:

Die erste Klausel sei keineswegs intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Mit der SMS-Verständigung, werde dem Kunden nur die Abrufbarkeit der aktuellen Online-Rechnung bekanntgegeben; sie sei jedoch nicht ausschlaggebend für den Zugang der Online-Rechnung. Hinsichtlich des Zugangs sei auf Pkt. 21.7 der AGB verwiesen; diese Regelung entspreche der geltenden Rechtslage (siehe § 12 ECG). Des Weiteren dürfe die inkriminierte Klausel nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden und müsse mit Pkt. 21.7 zusammengelesen werden, da Grundlage jedes Vertragsverhältnisses sowohl die AGB, als auch die Vertragsformblätter seien. Auf Grund dieser einheitlichen Betrachtungsweise, sei der Eindruck einer Zugangsfiktion ausgeschlossen.

Die zweite Klausel sei keineswegs überraschend im Sinne des § 864a ABGB, weil diese Klausel sich nicht in den AGB, sondern nur in den Vertragsformblättern befinde. Außerdem befinde sich die inkriminierte Klausel unter der Überschrift „*Die wichtigsten Punkte zu den gewählten Tarifen*“, wodurch der Kunde auf die Besonderheit des gewählten Tarifes, nämlich die Entgeltlichkeit einer Papierrechnung, ausdrücklich hingewiesen werde. Weiters sei davon auszugehen, dass der konkrete Tarif aufgrund der vorteilhaften Leistungs- und Preisgestaltung nur von Kunden gewählt werde, die entweder selbst über einen Internetzugang verfügen oder sich einen solchen leicht verschaffen können.

Das Argument des Klägers, wonach die Rechnungslegung eine unselbständige Nebenleistungspflicht sei, gehe im vorliegenden Fall insofern ins Leere, als die Beklagte dieser Pflicht ohnehin durch die unentgeltliche Online-Rechnung entspreche. Nur im Sonderfall, das Kunden zusätzlich eine Papierrechnung fordern, werde ein geringfügiges, angemessenes Entgelt verrechnet.

Der Verweis auf § 100 TKG sei unberechtigt, da diese Bestimmung den

Einzelentgeltnachweis betreffe, welcher jedoch einen anderen Zweck verfolge und auf einer gänzlich anderen Rechtsgrundlage basiere, als die aus dem allgemeinen Privatrecht stammende Rechnungslegungspflicht.

Die dritte Klausel sei nicht überraschend im Sinne des § 864a ABGB und nicht sittenwidrig im Sinne des § 879 ABGB.

Die inkriminierte Klausel sei als generelle Regelung der AGB zu betrachten, welche durch die Vertragsformblätter konkretisiert werden könne. Beide Regelungen stünden in unmittelbarem Zusammenhang und ergänzten einander. Grundsätzlich könne im Rahmen der Privatautonomie auch eine andere Form der Rechnungslegung vereinbart werden, als eine solche in Papier-Form. Der Verweis auf die Entgeltbestimmungen sei noch nicht konsumentenschutzwidrig, da auf Grund der inkriminierten Klausel selbst noch kein Entgelt verrechnet werden könne.

Es gäbe bisher keine höchstgerichtliche Judikatur die ausspreche, dass es einem „Betreiber“ verwehrt sei, Entgelt für eine Papierrechnung zu verlangen. Auch eine elektronische Rechnung erfülle inhaltlich dieselben Voraussetzungen wie eine Papierrechnung, weshalb eine zusätzliche Papierrechnung keine unselbständige Nebenleistungspflicht, sondern ein Zusatzservice und damit eine selbständige Nebenleistung darstelle.

Weiters entbehre die Behauptung, durch eine elektronische Rechnungslegung würde § 25 TKG unterlaufen, jeglicher sachlichen Grundlage. Das Argument, wonach der Kunde aufgrund des vereinbarten Pauschalbetrages keinen Anlass für eine weitere Prüfung der Rechnung habe, würde unterschiedslos für jede Form der Rechnungslegung gelten.

Die vierte Klausel stehe im direkten Zusammenhang mit der Bestimmung in Pkt. 21.1 der AGB. Es existiere keine gesetzliche Bestimmung, die es der Beklagten verbieten würde, nur elektronische Rechnungen zuzustellen. Weiters werde der Kunde darauf hingewiesen, dafür zu sorgen, dass ihm die Rechnung auch tatsächlich zugestellt werden könne. Dies sei

wiederum mit einer Postzustellung vergleichbar, wo es auch dem Kunden obliege, bspw. eine Adressänderung dem Vertragspartner mitzuteilen.

Der letzte Satz der inkriminierten Klausel („*Bitte beachten Sie: In diesem Fall ist eine Einzugsermächtigung erforderlich.*“), verstoße nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB. Diese Bestimmung sei lediglich aus technischen Gründen zur reibungslosen Tarifierung erforderlich, diene aber nicht dazu, den Konsumenten zu einer bestimmten Zahlungsform zu zwingen. In diesem Sinne biete Pkt. 20.9 der AGB dem Kunden die Möglichkeit seine Rechnung ohne Beschränkung auf bestimmte Tarife mit Einzugsermächtigung, Zahlschein oder sonstiger Überweisung zu zahlen und werde eine auf andere Weise als mit Einzugsermächtigung erfolgte Zahlung auch niemals zurückgewiesen.

Die fünfte Klausel sehe zwar richtigerweise die Möglichkeit der Beklagten vor, ohne Zustimmung des Kunden auf Online-Rechnung umzustellen, was aber keine Benachteiligung gegenüber jenen Kunden darstelle, die über keinen eigenen Internet-Zugang verfügen. Die inkriminierte Klausel sei nämlich im Zusammenhang mit der Bestimmung in Pkt. 21.6 der AGB zu lesen und ermögliche dem Kunden, einen sofortigen schriftlichen Widerspruch gegen diese Vorgehensweise, wodurch er wieder auf Papierrechnung umgestellt werden würde. Eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 ABGB liege insofern nicht vor.

Es handle sich hierbei um eine geringfügige Leistungsänderung im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, welche angesichts der gesellschaftlichen Durchdringung mit Internetanschlüssen im beruflichen und im privaten Bereich sachlich gerechtfertigt sei.

Bezüglich der sechsten Klausel sei auf das zur fünften Klausel Gesagte verwiesen.

Die siebente Klausel orientiere sich am Wortlaut des § 12 ECG und verstoße daher nicht gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG. Einwände gegen eine derartige Formulierung seien an den Gesetzgeber zu richten.

Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden verweist das Gericht auf das beiderseitige weitere Sachvorbringen der Streitparteien, welches den Parteien ohnedies bekannt ist.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Beilagen ./A (Vertragsformblatt zwischen der Beklagten und Gudrun Ebner vom 28.12.2009), ./B (AGB-mobil der Beklagten, Stand 8.4.2010), ./C (Ausdruck der Website www.rtr.at) und ./D (Auszug aus den AGB-mobil der Beklagten, Stand 8.4.2010), Einvernahme des Zeugen Mag. Michael Lorenz (ON 17/AS 127).

Zusätzlich zu den eingangs festgehaltenen Außerstreitstellungen bzw. unstrittigen Tatsachen steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Der Kläger forderte die Beklagte vor Klageeinbringung mit eingeschriebenem Brief vom 22.3.2010 auf, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Dem ist die Beklagte innerhalb der gesetzten Frist nicht nachgekommen.

Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt gründet sich auf zweifelsfreie und unbedenkliche Beweisergebnisse. Das Gericht konnte die Feststellungen unproblematisch auf Grund der vorliegenden Außerstreitstellungen, der eindeutigen Urkunden sowie die glaubhafte Angabe des vernommenen Zeugen; in Wahrheit besteht zwischen den Streitteilen im Tatsachenbereich keine Divergenz, sie vertreten lediglich unterschiedliche Rechtsstandpunkte.

Zur rechtlichen Beurteilung der gegenständlich inkriminierten Klauseln sind insbesondere die folgenden Gesetzesstellen maßgeblich, die aus diesem Grund an die Spitze der Ausführungen gestellt werden:

Gemäß § 864a ABGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders dann nicht Vertragsinhalt, wenn sie der anderen Vertragspartei nachteilig sind und er mit ihnen insbesondere nach den äußeren Umständen der Vertragsurkunde nicht zu rechnen brauchte.

Gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Bestimmung, welche keine vertraglichen Hauptleistungen festlegt nichtig, wenn sie eine Vertragspartei gröblich benachteiligt.

Zur ersten Klausel: Diese Klausel ist in ihrem ersten Teil („*Sie erhalten keine Papierrechnung. Ihre zukünftigen Rechnungen finden Sie online unter www.a1.net/rechnung.*“) unter Zugrundelegung der geltenden Rechtslage gemäß § 100 TKG nachteilig im Sinne des § 864a ABGB, weil sie von zwingendem Gesetzesrecht abweicht. Gemäß § 100 Abs 1 TKG, in der Fassung der am 21.2.2012 in Kraft getretenen Novelle BGBl I Nr 102/2011, darf die Möglichkeit des Teilnehmers eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Zudem braucht der Vertragspartner eines Verwenders von AGB, welcher gemäß § 25 TKG bei der Rundfunk- und Telekom Regulierungs- GmbH anzeigepflichtig ist und damit dem Regime des TKG 2003 unterliegt, mit einer derartigen Bestimmung keinesfalls zu rechnen, weshalb auch der Überraschungseffekt im Sinne des § 864a ABGB vorliegt. Die Beklagte ist als Betreiber von Kommunikationsnetzen und -diensten im Sinne des § 3 Z 3 und Z 4 TKG unstrittig zur Anzeige ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 25 TKG und somit auch zur Einhaltung der konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen des TKG, wie insbesondere § 100 TKG, verpflichtet. Die Klausel ist daher jedenfalls nachteilig und überraschend im Sinne des § 864a ABGB.

Die Ausstellung einer Rechnung stellt jedenfalls eine vertragliche Nebenleistungspflicht eines „Dienstleisters“ dar. In welcher Form eine Rechnung ausgestellt werden muss, wird im Falle der Beklagten spezialgesetzlich in § 100 TKG geregelt. Nach dieser Bestimmung muss der Teilnehmer bei Vertragsabschluss zwischen einer elektronischen Rechnung oder einer Rechnung in Papierform wählen können und darf die Möglichkeit des Teilnehmers eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Durch die inkriminierte Klausel wird ein Wahlrecht des Kunden sowie die Möglichkeit des Teilnehmers eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, von vornherein vertraglich ausgeschlossen. Es ist zwar sicher richtig, dass in der Vertragspraxis der Beklagten sowohl die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als auch die Vertragsformblätter Vertragsbestandteile eines Vertragsverhältnisses mit der Beklagten darstellen. Es ist daher aber auch davon auszugehen, dass die Vertragsformblätter das Vertragsverhältnis, dem sie

zu Grunde liegen, individualisieren und damit hinsichtlich der generellen Regelungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Konkretisierung im Sinne einer *lex specialis* darstellern. Für die Frage des Erhaltes einer Papierrechnung sind für den Kunden somit in erster Linie die Vertragsformblätter heranzuziehen, welche dies ausdrücklich ausschließen. § 100 TKG differenziert nicht nach Kundengruppen (mit oder ohne Internet-Zugang), weshalb die inkriminierte Klausel jedenfalls gegen *lex cit* verstößt. Die Klausel ist daher auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB (vgl. auch 4 Ob 141/11f).

Hinsichtlich des zweiten Teils der inkriminierten Klausel („*Sobald Ihre aktuelle Rechnung in A1 Online Rechnung abrufbar ist, erhalten Sie gratis ein SMS an die Rufnummer: +43 664 3613765.*“) gilt zum Verhältnis zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und den Vertragsformblättern das oben Gesagte, weshalb dem Vorbringen der Beklagten insoweit zu folgen ist, als grundsätzlich mangels ergänzender Regelung in den Vertragsformblättern zur Beurteilung des Zugangszeitpunktes einer Online-Rechnung auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verweisen ist, wo eine derartige Regelung in Pkt. 21.7 getroffen wird. Dennoch kann durch diesen Verweis die Annahme einer Zugangsfiktion im Sinne des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Durch die gewählte Formulierung, ohne ergänzende Regelung des tatsächlichen Zugangszeitpunktes, könnte bei kundenfeindlichster Auslegung tatsächlich der Eindruck entstehen, dass mit SMS-Zugang bzw. Abrufbarkeit der Rechnung, diese, unabhängig von dem Zeitpunkt, in dem sie tatsächlich abgerufen wird, als zugegangen gilt.

Insoweit die Beklagte behauptet, dass ihre Kunden die zusammenhängenden Bestimmungen in den AGB und Vertragsformblättern als solche identifizieren und somit eindeutig feststellen können, ob eine den Tatbestand des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG erfüllende Vereinbarung zu ihren Lasten vorliegt oder nicht, mangelt es an einem diesbezüglichen Beweisergebnis. Dies zu erweisen wäre Aufgabe der Beklagten gewesen.

Hinsichtlich der zweiten inkriminierten Klausel ist zu sagen: In streitgegenständlicher Klausel wird in einer Bestimmung der Vertragsformblätter der Beklagten unter der Überschrift

„Die wichtigsten Punkte zu den gewählten Tarifen“ die Entgeltlichkeit jeder Papierrechnung normiert. Da die Vertragsformblätter, wie auch aus dem Vorbringen der Beklagten unstrittig hervorgeht, dazu dienen, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu konkretisieren ist § 864a ABGB auch auf diese anzuwenden. Die inkriminierte Klausel ist im Hinblick auf die geltende Rechtslage in § 100 TKG, wie bereits oben zur ersten Klausel ausgeführt, nachteilig im Sinne des § 864a ABGB, weil sie von zwingendem Gesetzesrecht abweicht. Gemäß § 100 TKG, darf die Möglichkeit des Teilnehmers eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Vertragspartner von Verwendern von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gemäß § 25 TKG anzeigepflichtig sind, brauchen mit einer derartigen Bestimmung nicht zu rechnen, weshalb auch der Überraschungseffekt im Sinne des § 864a ABGB vorliegt. Die Klausel ist daher jedenfalls nachteilig und überraschend im Sinne des § 864a ABGB.

Die Ausstellung einer Rechnung stellt jedenfalls eine vertragliche Nebenleistungspflicht eines „Dienstleisters“ dar. In welcher Form eine Rechnung ausgestellt werden muss, wird im Falle der Beklagten spezialgesetzlich in § 100 TKG geregelt. Nach dieser Bestimmung darf, wie bereits oben ausgeführt, die Möglichkeit des Teilnehmers eine unentgeltliche Rechnung in Papierform zu erhalten, vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Durch die inkriminierte Klausel wird aber genau entgegen der gesetzlichen Verpflichtung der Unentgeltlichkeit einer Papierrechnung zu Lasten der Kunden abgewichen. Die Klausel ist daher auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB (vgl. auch 4 Ob 141/11f).

Hinsichtlich der dritten Klausel ist auf die rechtliche Würdigung zur zweiten Klausel zu verweisen.

Die Klausel ist aus denselben Gründen, wie zur zweiten Klausel dargelegt, sowohl nachteilig und überraschend im Sinne des § 864a ABGB, als auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Dass auf Grund der Formulierung „können“ diese Bestimmung keine direkte Entgeltverrechnung zulasse, ist irrelevant, weil der Kunde durch den Verweis auf die Entgeltbestimmungen, welche jedenfalls neben den Allgemeinen Geschäftsbedingungen

auch Vertragsbestandteil werden, mit der Latenz eines gesetzwidrigen Verhaltens der Beklagten, nämlich der Vereinbarung der Entgeltlichkeit von Papierrechnungen entgegen § 100 TKG, belastet wird.

Zur vierten Klausel: Diese Klausel erweckt bei objektiver Betrachtung auf Grund der zu Grunde liegenden Wortwahl („*erforderlich*“) den Anschein, dass die Zurverfügungstellung einer Online-Rechnung durch die Wahl des Einzugsermächtigungsverfahrens als Zahlungsform bedingt ist. Wie bereits mehrfach im Rahmen der rechtlichen Beurteilung ausgeführt, muss dem Kunden bei Vertragsabschluss gemäß § 100 TKG die Möglichkeit eingeräumt werden, frei zwischen Online-Rechnung oder Papierrechnung zu wählen. Durch die konkrete Wortwahl ist jedoch eine freie Entscheidung im Sinne des § 100 TKG nicht mehr möglich, weil durch die Formulierung „*erforderlich*“ der Zwang vermittelt wird, sich für die Zahlung mittels Einzugsermächtigung entscheiden zu müssen. Ob dem Kunden an anderer Stelle unter der Überschrift „*Zahlungsbedingungen*“ (Pkt. 20.9 der AGB) unterschiedliche Zahlungsformen angeboten werden, ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Dies insbesondere, weil die inkriminierte Klausel als Konkretisierung des Pkt. 20.9 der AGB gesehen werden muss, da eben dort von der Zurverfügungstellung von Online-Rechnungen keine Rede ist, dies also die allgemeine Bestimmung, welche nicht nach der Form der Rechnungslegung differenziert, darstellt. Dem Vorbringen der Beklagten, wonach das Einzugsermächtigungsverfahren aus technischen Gründen zur reibungslosen Tarifierung erforderlich sei, ist zwar nicht entgegenzutreten, vermag aber gleichzeitig nicht die gröbliche Benachteiligung der inkriminierten Klausel zu beseitigen. Dasselbe gilt auch für das Vorbringen der Beklagten, wonach Zahlungen der Kunden in jedem Fall angenommen und nicht zurückgewiesen werden, wenn sie auf andere Weise erfolgen als durch Einzugsermächtigung. Das Motiv für die Wahl der Formulierung einer Bestimmung („*technische Gründe*“, siehe SS vom 16.12.2010 ON 10) und ein dennoch allenfalls gesetzeskonformes Vorgehen nach Vertragsabschluss, können die Verwendung dieser gesetzwidrigen Klausel nicht rechtfertigen. Auf Grund des Erläuterten ist die inkriminierte Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Hinsichtlich der fünften inkriminierten Klausel ist auszuführen, wie folgt: Diese Klausel legt ohne sachliche Rechtfertigung eine von der zwingenden Gesetzeslage abweichende zum Nachteil des Kunden gereichende Vereinbarung fest. Durch die in der Klausel bestimmte Möglichkeit der Beklagten einseitig, ohne Zustimmung des Kunden, dessen Wahlrecht zwischen elektronischer Rechnung und Papierrechnung auszuüben, wird § 100 TKG eindeutig widersprochen, wodurch § 879 Abs 3 ABGB erfüllt wird.

Die gröbliche Benachteiligung eines Vertragsteiles in einer Nebenleistungspflicht, hier der Form der Rechnungslegung, indiziert auch die allgemeine Nachteiligkeit des Vertragsinhaltes im Sinne des § 864a ABGB. Der Überraschungseffekt zu Lasten des Kunden liegt wiederum in der Abweichung von der geltenden Rechtslage, wonach es dem Kunden bei Vertragsabschluss freistehen muss zwischen elektronischer Rechnung und Papierrechnung zu wählen. Ein solches Wahlrecht bei Vertragsabschluss, wird durch die streitgegenständliche Vereinbarung, wonach es der Beklagten nachträglich offen steht die Wahlentscheidung des Kunden nach Belieben, nur unter der Einschränkung der rechtzeitigen einmonatigen Verständigung des Kunden, abzuändern, unterlaufen, weshalb ein Verstoß gegen § 864a ABGB vorliegt.

Was die sechste Klausel betrifft, ist folgendes zu sagen: Im Wesentlichen kann hinsichtlich der sechsten Klausel auf das zur fünften Klausel Ausgeführte verwiesen werden. Aus dem Vorbringen der Beklagten selbst, wie auch aus der Systematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, ergibt sich, dass die beiden vorstehenden Klauseln (Pkt. 21.4 u. Pkt. 21.6) in eindeutigen Zusammenhang miteinander stehen und insofern auch bei der Beurteilung einer möglichen Rechtswidrigkeit zusammenhängend zu betrachten sind. Durch die Formulierung „*Wenn nicht anders vereinbart...*“ wird der Beklagten die Möglichkeit eröffnet, nach Pkt. 21.4 der AGB vorzugehen und somit entgegen der geltenden Rechtslage der Beklagten eingeräumt, das den Kunden gemäß § 100 TKG erwachsende Wahlrecht für diesen auszuüben, worin eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB liegt.

Nach Ansicht des Gerichts kann betreffend den Umstand das diese Klauseln den genannten Gesetzesstellen widersprechen auf die zutreffende Argumentation des Klägers verwiesen werden.

Bezüglich der siebenten inkriminierten Klausel war das Begehren aus folgenden Gründen abzuweisen: Die streitgegenständliche Klausel bringt normwiederholend (§ 12 ECG) durch die Formulierung „...sobald Sie diese unter gewöhnlichen Umständen abrufen bzw. zur Kenntnis nehmen können.“ zum Ausdruck, zu welchem Zeitpunkt elektronische Erklärungen als zugegangen gelten. Die zitierte Zugangsregelung des § 12 ECG ist lex specialis zu § 862a ABGB, ausgehend von der im Zivilrecht geltenden Empfangstheorie. Eine „Zugangsfiktion“, wie sie durch den Kläger als Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG gerügt wird, wurde durch den Gesetzgeber für elektronische Vertragserklärungen bewusst spezialgesetzlich in § 12 ECG verankert. Eine derartige Formulierung entspricht auch den zeitlichen Vorgaben über den Zugang einer Erklärung in § 862a ABGB, wenngleich die konkrete Formulierung dort anders lautend ist. Insofern ist auch in der allgemeinen Regelung des ABGB eine „Zugangsfiktion“ enthalten.

Nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG sind Vertragsbestimmungen nichtig, wonach eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers als zugegangen gilt, obwohl sie dem Verbraucher nicht zugegangen ist.

Dieser Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG liegt ein anderes Verständnis einer „Zugangsfiktion“ zu Grunde als den oben dargestellten Bestimmungen des ABGB und ECG. Bei der Übertragung der „offline“-Zugangsregeln auf die Welt des Internet, kommt es nämlich darauf an, ob auf Grund der Verwendung und Präsentation der elektronischen Adresse des Verwenders auf eine taugliche elektronische Zugangsstelle iS einer realen Zugangsstelle geschlossen werden kann oder ob unabhängig von einer elektronischen Adresse eine taugliche elektronische Zugangsstelle iS einer realen Zugangsstelle vorhanden ist. Das Vorhandensein einer solchen elektronischen Zugangstelle (mit oder ohne elektronische Adresse) wird durch die bereits mehrfach zitierte Bestimmung des § 100 TKG, wonach dem

Kunden im Vertragsabschlusszeitpunkt ein Wahlrecht zwischen Online-Rechnung und Papierrechnung freistehen muss, gewissermaßen vorausgesetzt. Entscheidet sich also ein Kunde für die Online-Rechnung, ist davon auszugehen, dass er über eine elektronische Zugangstelle oder den Zugang zu einer solchen verfügt und diesen auch regelmäßig abrufen kann und will. Deshalb kann nicht die Rede davon sein, dass gegenüber einem solchen Kunden, der die Online-Rechnung als Rechnungslegungsform wählt, die Rechnung als zugegangen gilt, sie ihm aber tatsächlich nicht zugegangen ist. Durch die Bereitstellung der Online-Rechnung in einer elektronischen Zugangstelle gelangt diese derart in den Machtbereich des Empfängers, dass nach regelmäßigen Umständen mit der Kenntnisnahme durch diesen gerechnet werden kann. Wann der Empfänger tatsächlich davon Kenntnis nimmt, betrifft sodann nur mehr seine Sphäre. Dies gilt gleichermaßen auch für die allgemeine Regelung des ABGB und die klassische Postzustellung. Auch dort wird ein objektiver Maßstab für den Zugangszeitpunkt festgelegt, denn ansonsten würde man es gänzlich in das Belieben eines jeden Empfängers stellen, zu welchem Zeitpunkt diesem eine ihm gegenüber rechtserhebliche Erklärung zugeht. Bezugnehmend auf das eben Erläuterte, ist eine derartige elektronische Zugangstelle durchaus mit einem Briefkasten vergleichbar. Diesem Umstand wurde durch den Gesetzgeber in § 12 ECG entsprechend Rechnung getragen. Da nun die inkriminierte Klausel genau diese Bestimmung wiederholt und auf Grund ihres Inhaltes offensichtlich nur auf elektronische Rechnungen abstellt, kann darin kein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG gesehen werden.

Zum Veröffentlichungsbegehren ist auszuführen, dass der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Urteilsveröffentlichung hat. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RIS-Justiz RS 0121963). Die Beklagte ist österreichweit tätig und ihre Dienstleistungen verfügen über einen hohen Verbreitungsgrad, weshalb die Veröffentlichung in einer Samstagausgabe der auflagenstärksten Tageszeitung jedenfalls angemessen ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 43 Abs 1 ZPO. Ausgehend von der gleichen Bewertung der klagsgegenständlichen Klauseln, auf die sich das Unterlassungsbegehren des Klägers richtet, werden die Kosten quotenmäßig zugesprochen. Dabei ergibt sich bei insgesamt sieben Klauseln, wovon bei sechs Klauseln dem Klagebegehren stattgegeben und es bei einer Klausel abgewiesen wurde, ein Kostenzuspruch an den Kläger zu einer Quote von sechs Siebtel des begehrten Betrages. Eine Phasenaufteilung war nicht geboten, da eine Änderung der Bemessungsgrundlage auf Grund der Klagsausdehnung nicht vorgenommen wurde.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Handelsgericht Wien, Abteilung 10
Wien, 13. Juli 2012
Dr. Friedrich Kulka, Richter

Elektronische Ausfertigung
gem. § 79 GOG