Zustellzeitpunkt: 05.04.2017 11:14:30 | Anschriftcode: P120360 | ÜSt: MANZ

REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

Marxergasse 1a
1030 Wien

Tel.: +43 1 51528

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin HR Dr. Maria Charlotte Mautner-Markhof in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, Rechtsanwälte in 1030 Wien, gegen die beklagte Partei Hutchison Drei Austria GmbH, 1210 Wien, Brünnerstraße 52, vertreten durch Dr. Mathias Görg, Rechtsanwalt in 1070 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 36.000,00) nach öffentlicher mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig,

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

„7.3 Wie erfolgt die Änderung von AGB und Entgeltbestimmungen?
Von Drei beabsichtigte Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen werden durch Veröffentlichung in geeigneter Form (zB: im Amtsblatt zur Wiener Zeitung oder im Internet unter www.drei.at) kundgemacht. Für Änderungen, die den Kunden nicht ausschließlich begünstigen, gilt dabei eine Kundmachungsfrist von zwei Monaten. Der wesentliche Inhalt sowie der Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser den Kunden nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen werden dem Kunden mindestens einen Monat vor Inkrafttreten in geeigneter Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitgeteilt. In dieser Mitteilung wird der Kunde gemäß § 25 Abs. 3 TKG auch darauf hingewiesen, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens kostenlos zu kündigen. Auf Ersuchen des Kunden wird der Volltext der Änderungen übermittelt.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehende Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen;

b) die beklagte Partei ist ferner schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern künftig zu unterlassen, bei bestehenden Verträgen, in welchen keine wirksame Vereinbarung über die Durchführung von Vertragsänderungen getroffen wurde oder lediglich die Klausel

„7.3 Wie erfolgt die Änderung von AGB und Entgeltbestimmungen?
Von Drei beabsichtigte Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen werden durch Veröffentlichung in geeigneter Form (zB: im Amtsblatt zur Wiener Zeitung oder im Internet unter www.drei.at) kundgemacht. Für Änderungen, die den Kunden nicht ausschließlich begünstigen, gilt dabei eine Kundmachungsfrist von zwei Monaten. Der wesentliche Inhalt sowie der Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser den Kunden nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen werden dem Kunden mindestens einen Monat vor Inkrafttreten in geeigneter Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitgeteilt. In dieser Mitteilung wird der Kunde gemäß § 25 Abs. 3 TKG auch darauf hingewiesen, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens kostenlos zu kündigen. Auf Ersuchen des Kunden wird der Volltext der Änderungen übermittelt.“

und/oder eine sinngleiche Klausel vereinbart worden ist, ohne ausdrückliche Zustimmung des Kunden

1) Erhöhungen des Grundentgeltes – ausgenommen solchen, die sich aus der vertraglich vereinbarten Wertsicherungsklausel ergeben – vorzunehmen,

2) neue Wertsicherungsklauseln in den Vertrag einzuführen oder bestehende Wertsicherungsklauseln zu ihren Gunsten abzuändern,

3) neue Entgelte oder Gebühren, insbesondere eine Servicepauschale von EUR 20,00 in den Vertrag einzuführen

obwohl mit dem Verbraucher neben der angeführten oder mit ihr sinngleichen Klausel keine andere wirksame Vereinbarung zur einseitigen Vertragsveränderung getroffen wurde, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden.

c) Die Frist, binnen welcher die beklagte Partei schuldig ist, die Verwendung der inkriminierten Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, wird mit vier Monaten festgesetzt.

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

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 6.287,64 (darin enthalten EUR 816,44 USt und EUR 1.389,00 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Kläger stellte das aus dem Spruch ersichtliche Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren und brachte dazu vor, die Beklagte verwende im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, bzw in Vertragsformblättern Klauseln, die gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen würden (§ 28 KSchG). Die inkriminierte Klausel normiere bei kundenfeindlichster Auslegung ein unbeschränktes einseitiges Änderungsrecht der Beklagten bezüglich nicht individuell vereinbarter Vertragsbestimmungen bzw Entgeltbestimmungen, da die Geltung der Änderung nicht von der Zustimmung der Kunden abhängig gemacht werde. Das Änderungsrecht sei inhaltlich, aber auch zeitlich völlig unbestimmt, dh die Beklagte könne jederzeit aus welchem Grund immer ihre Entgelte und Bedingungen einseitig ändern. Das normierte Änderungsrecht solle auch dem Umfang nach unbeschränkt sein. Weiters enthalte es keine Beschränkung in Form einer sachlichen Rechtfertigung für die entsprechende Vertragsänderung. Es fehle dahingehend sohin jegliche Determinierung. Daneben finde sich in den gegenständlichen AGB eine Wertanpassungsklausel anhand des Jahres-VPI (vgl Pkt 22.6.1. und 22.6.2. der AGB, Beilage ./A). Die gegenständliche Klausel verstoße damit gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG, § 6 Abs 2 Z 4 KSchG und § 25 TKG.

Den Einwand der Beklagten vorwegnehmend, dass die inkriminierte Klausel durch § 25 Abs 2 und 3 TKG – welcher ein gesetzliches Änderungsrecht normiere – gedeckt wäre, werde wie folgt ausgeführt: Die Auffassung, dass sich aus § 25 TKG ein einseitiges Änderungsrecht der Telekom-Anbieter ergebe, gehe auf die Vorgängerbestimmung § 18 TKG 1997 zurück. Aus den Vorschriften zur Kundmachung von Änderungen in § 18 Abs 2 TKG 1997 sei vom OGH abgeleitet worden, dass die Gültigkeit der Änderung alleine von deren rechtzeitiger Kundmachung abhängig sei. Bereits gegen die damalige Rechtsauffassung habe sich Kritik innerhalb der Lehre (*Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und die Inhaltskontrolle von AGB, ecolex 2000, 490) geregt. Mit dem TKG 2003 sei in § 25 Abs 2 TKG ausdrücklich festgehalten worden, dass *„die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, […] (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzesbuchs unberührt“* blieben. Allein daraus gehe hervor, dass eine Mitteilung von Änderungen gemäß den Formvorschriften des TKG erst nach zivilrechtlich gebotener Annahme des Vertragspartners Wirksamkeit entfalten könne, außer es wäre im ursprünglichen Vertrag eine den Voraussetzungen von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bzw § 6 Abs 2 Z 4 KSchG genügende Vertragsgrundlage enthalten. Überdies sei darauf hinzuweisen, dass gemäß den ausdrücklichen Ausführungen in den Materialien § 25 TKG eine verbraucherschutzorientierte Intention zu unterstellen sei (GP XXIV RV 1389 AB1450 S. 124), welches ebenfalls gegen die Annahme eines Sonderprivatrechtes für

Telekommunikationsanbieter spreche.

Nicht nur bei Mobilfunkverträgen handle es sich um Massenschuldverhältnisse, sondern auch bei Verträgen von Banken, Versicherungen oder Energieversorgern, die ebenfalls jeweils mehrere Millionen von Verträgen abwickeln würden. Willkürliche einseitige Vertragsänderungsmöglichkeiten gäbe es aber in anderen Branchen, die ebenfalls Massenschuldverhältnisse abschließen, so nicht. So erlaubten beispielsweise sowohl § 80 ElWOG 2010, der nahezu wortgleiche § 125 GWG als auch § 178f VersVG nachträgliche einseitige Änderungen nur auf Basis von Vertragsklauseln, die insb den § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bzw § 6 Abs 2 Z 4 KSchG entsprechen, und bauten zusätzliche Schranken für Entgeltänderungen ein.

Auch die Rechtsprechung habe sich in jüngerer Zeit kritisch zu der vormals vertretenen Auffassung, dass aus § 25 Abs 2 und 3 TKG ein einseitiges Änderungsrecht ableitbar sei, geäußert. Der Kläger verwies dabei auf die Entscheidungen 4 Ob 98/04x, 4 Ob 227/06w, 7 Ob 84/12x, 8 Ob 72/13s, 4 Ob 115/13k, 5 Ob 118/13h und 2 Ob 20/15b.

In der Lehre sei die vormalige Rechtsauffassung ebenfalls auf erhebliche Kritik gestoßen (vgl T*h. Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, ecolex 2000, 490 (491) zu § 18 TKG 1997; *Pichler*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen, MR 2007, 216 (221); *Schilchegger*, Statuiert § 25 TKG 2003 ein gesetzliches Änderungsrecht?, MR 2010, 287; *Lust*, Gedanken zur Änderung von Telefonverträgen, MR 2014, 163; *Docekal*, TKG-Kündigungsrecht bei Indexanpassung, VbR 2014/48 und *Lehofer*, § 25 Abs 3 TKG - Sonderprivatrecht zur einseitigen AGB-Änderung?, VbR 2015/46).

Unter Berücksichtigung der obigen Judikatur und der Fülle an kritischen Lehrmeinungen, könne in der Auffassung, § 25 TKG regle ein gesetzliches Änderungsrecht, keine ständige Rechtsprechung gesehen werden, weshalb eine Klarstellung daher jedenfalls erforderlich erscheine. Dies nicht zuletzt, da auch die unionsrechtliche Grundlage des § 25 Abs 3 TKG, die Annahme eines einseitigen gesetzlichen Änderungsrechtes keinesfalls zulasse bzw dieser entgegenstehe. § 25 Abs 2 und 3 TKG habe seine Grundlage in Art 20 Abs 2 der RL 2002/22 idF 2009/136/EG. In Art 1 Absatz 4 dieser RL fände sich der folgende Passus: „*Die Endnutzerrechte betreffenden Bestimmungen dieser Richtlinie gelten unbeschadet der gemeinschaftlichen Verbraucherschutzvorschriften, insbesondere der Richtlinien 93/13/EWG und 97/7/EG, und der mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehenden nationalen Vorschriften*.“ Auch unter Verweis auf die Erwägungsgründe 30 und 49, welche jeweils von der Stärkung von Verbraucherrechten sprächen, könne eine Beschneidung elementarer bürgerlicher Rechte – im Sinne eines einseitigen gesetzlichen Änderungsrechts – zugunsten von Telekommunikationsanbieter nicht angenommen werden. Dies ergebe sich nicht zuletzt

auch aufgrund der Positionierung des Art 20 in Kapitel 4 der RL 2002/22/EG idF 2009/36/EG, unter der Überschrift *„Interessen und Rechte der Endnutzer“*. Weiters sei auf die Entscheidung des EuGH der Rechtssache C-92/11 zu verweisen, in welcher der EuGH zu einer vergleichbaren Rechtslage betreffend der RL 2003/55/EG von keinem gesetzlichen Änderungsrecht ausgegangen sei, sondern ausgesprochen habe, dass es für die Beurteilung, ob eine Standardvertragsklausel, mit der sich ein Versorgungsunternehmen das Recht vorbehalte, die Entgelte für die Lieferung von Gas zu ändern, den Willen der Bestimmungen der RL 93/13 aufgestellten Anforderungen an Treu und Glauben, Ausgleich und Transparenz genüge, insbesondere darauf ankomme, ob der Anlass und der Modus der Änderung dieser Entgelte in dem Vertrag so transparent dargestellt würden, dass der Verbraucher die etwaigen Änderungen der Entgelte anhand klarer und verständlicher Kriterien absehen könne, wobei das Ausbleiben der betreffenden Information vor Vertragsabschluss grundsätzlich nicht alleine dadurch ausgeglichen werden könne, dass der Verbraucher während der Durchführung des Vertrags mit angemessener Frist im Voraus über die Änderung der Entgelte und über sein Recht, den Vertrag zu kündigen, wenn er diese Änderungen nicht hinnehmen wolle, unterrichtet werde. Auch der Text der RL lege nahe, dass den Teilnehmern das Recht zur Vertragsauflösung gegeben werde und nicht den Betreibern das Recht zur – keinen weiteren Kriterien unterliegenden, dh völlig willkürlichen – Änderung (vgl auch KOM(2002) 77 endg, 4.: „*Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Teilnehmer das Recht haben, bei der Bekanntgabe von Änderungen der Vertragsbedingungen, die von den Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und/ oder -dienste bereitstellen, vorgeschlagen werden, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen.“*) Es sei sohin anzunehmen, dass die Statuierung des Kündigungsrechts des Art 20 Abs 2 USDRL daher für jene Fälle erfolgte, in welchen vertragliche Vorwegvereinbarungen einseitiger Änderungsrechte innerhalb der gesetzlich zulässigen Grenzen bestehen. Für diesen Fall von vorweggenommenen Änderungsklauseln soll das – vom EUGH in seiner Rechtsprechung als Interessensausgleich vorgesehene – Kündigungsrecht statuiert werden. Aus Art 20 Abs 2 USD-RL lässt sich sohin kein gesetzliches einseitiges Änderungsrecht ableiten, sondern festigt dieser gerade gegenteilig für den Fall eines in den AGB vorweg vereinbarten einseitigen Änderungsrechts das zwingende Kündigungsrecht des Verbrauchers. In richtlinienkonformer Interpretation wäre § 25 TKG daher dahingehend auszulegen – bzw sollte das Gericht zur Ansicht gelangen, dass eine dahingehende Auslegung außerhalb des Wortlauts liege – wäre § 25 TKG im gegenständlichen Verfahren aufgrund des Verstoßes gegen Unionsrecht nicht anwendbar. Überdies sei die Anwendbarkeit des § 25 TKG zu verneinen, da dieser nicht regle, dass Teilnehmer vor einer Preiserhöhung rechtzeitig über den Anlass und die Voraussetzungen der Preiserhöhung informiert werden (vgl EUGH C-359/11 und C-400/11g). Auch bei der durchzuführenden richtlinienkonformen Interpretation

des § 25 TKG sei die inkriminierte Klausel daher nach der Bestimmungen der RL 93/13/EG iVm mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG und § 6 Abs 2 Z 4 KSchG zu prüfen.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG dürfe ein Unternehmen nicht ein höheres Entgelt verlangen als vereinbart, es sei denn, dass er die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschreibe und diese sachlich rechtfertige, und der Eintritt nicht vom Willen des Unternehmens abhängig sei. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gebe daher Aufschluss darüber, was der Gesetzgeber bei der formularmäßigen Begründung einer einseitigen Preisänderungsbefugnis als unzulässig ansehe. Entsprechende Preisänderungsklauseln seien daher dem Grunde und der Höhe nach an einen ausreichend bestimmten Parameter zu binden. Mit der vorliegenden Klausel wolle sich die Beklagte einseitig das Recht zur Entgelterhöhung einräumen, ohne dass die hierfür maßgeblichen Umstände nur ansatzweise umschrieben würden. Auch ließe die Klausel jegliche sachliche Rechtfertigung vermissen und hänge die Erhöhung alleine vom Willen der Beklagten ab. Es liege sohin ein Verstoß der Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vor. Aufgrund der Verschleierung der Rechtslage sei hierin auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG und durch die Abweichung vom dispositiven Recht ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB zu sehen. Da die Entgeltänderungen auch innerhalb der ersten zwei Monate nach Vertragsabschluss durchgeführt werden können, verstoße die Klausel auch gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG.

Nachdem die Beklagte in ihren Verträgen ohnehin eine Wertanpassungsklausel vereinbart habe, erhöhe sich der Preis der mit ihr abgeschlossenen Dauerschuldverhältnisse konform mit dem VPI. Sachlich gerechtfertigte andere Preisänderungen wären auch bei Vereinbarung entsprechender Kriterien nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (in den zeitlichen Grenzen des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG) möglich. Eine zusätzliche völlig willkürliche einseitige Änderungsmöglichkeit sei daher durch nichts rechtfertigbar.

Der Kläger brachte weiters vor, ein Unterlassungsanspruch bestehe auch gem § 28a Abs 1 KSchG. Gem § 28a Abs 1 KSchG könne auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern unter anderem im Zusammenhang mit der Vereinbarung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen gegen ein gesetzliches Ge- oder Verbot verstoße und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtige. Die beklagte Partei habe mit 08.09.2016 bei 16 Tarifen das monatliche Grundentgelt um bis zu EUR 3,00 gestützt auf § 25 TKG bzw die oben inkriminierte Klausel erhöht. Weiters seien bei den Tarifen Änderungen der Vertragsbestimmungen dahingehend angekündigt worden, dass 1. eine Wertsicherungsklausel und 2. eine Servicepauschale von EUR 20,00 jährlich eingeführt wurden. Ebenso erhöhte die beklagte Partei mit 08.09.2016 bei Wertkartentarifen gestützt auf § 25 TKG bzw die oben inkriminierte Klausel das monatliche Grundentgelt um bis

zu EUR 3,00. Nach entsprechender Kundmachung seien die angekündigten Entgelterhöhungen und Vertragsänderungen jeweils von der Beklagten einseitig umgesetzt und damit verrechnet worden. Die Erhöhung der Grundentgelte, die Einführung einer Wertsicherungsklausel (oder die Änderung einer bestehenden Wertsicherungsklausel zu Gunsten der Beklagten) sowie die Einführung einer Servicepauschale von EUR 20,00 sei jedoch vertrags- bzw gesetzwidrig, da der Beklagten für die Umsetzung der einseitigen Vertragsänderungen jegliche gesetzliche oder vertragliche Grundlage fehle: Denn sollte die beklagte Partei die oben angeführte Klausel als Vertragsgrundlage für die vorgenommenen Änderungen ansehen, sei dies bereits aufgrund der oben aufgezeigten Unwirksamkeit der Klausel verfehlt. Sollte sich die beklagte Partei auf das einseitige gesetzliche Änderungsrecht gemäß § 25 TKG berufen, werde auf die obigen Ausführungen diesbezüglich verwiesen, wonach ein solches nicht gegeben ist. Die Beklagte verstoße daher im Zusammenhang mit der als missbräuchlich inkriminierten Vertragsklausel gegen die aus verschiedensten gesetzlichen Bestimmungen, unter anderem § 861 ABGB abzuleitende Pflicht zur Vertragstreue, sowie gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Die beklagte Partei habe selbst ausgeführt, dass durch die gegenständliche Kundmachung und Vertragsveränderung 3 % ihrer Vertragsverhältnisse betroffen seien. Gemäß der letzten Bekanntgabe habe die beklagte Partei in Österreich 3,8 Mio. Kunden. (Stand Dezember 2015). Nach eigenen Angaben würde es sich bei der Beklagten weiters um den am schnellsten wachsenden Mobilfunker Österreichs handeln. Der Verstoß gegen die allgemeinen Interessen der Verbraucher sei somit offenkundig.

Die Beklagte verwende die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend, sodass Wiederholungsgefahr bestünde. Die gegenständlichen Kundmachungen seien öffentlich erfolgt und es seien die von den Vertragsänderungen betroffenen Verbraucher auch direkt von der beklagte Partei informiert worden. Indizien und Hinweise darauf, dass die tatsächlichen Vertragsveränderungen von der Beklagten nicht umgesetzt worden seien, würden nicht vorliegen.

Zum Veröffentlichungsbegehren brachte der Kläger vor, es bestünde ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des geübten Verhaltens zu verhindern, deshalb wird Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstagausgabe der „Kronen-Zeitung“ beantragt.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren. Sie brachte vor, entgegen dem in der Klage erweckten Eindruck gehe die nach wie vor „ständige Rechtsprechung“ (so etwa ausdrücklich *Zib*, § 25 TKG und Indexanpassung, VbR 2014, 12, 13; ebenso *Feiel* in Die Presse,

09.09.2014) davon aus, dass § 25 TKG Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen ex lege zur Vornahme von Vertragsänderungen berechtige (vgl nur 4 Ob 50/00g; 4 Ob 16/01v; 4 Ob 98/04x; 1 Ob 123/09h; 7 Ob 84/12x; 4 Ob 50/00g; 8 Ob 72/13s). Selbst in der von der von der klagenden Partei für den eigenen Rechtsstandpunkt herangezogenen OGH-E 2 Ob 20/15 werde dies als „herrschende Rechtsprechung“ bezeichnet. Zwar seien in der OGH-E in 4 Ob 227/06w tatsächlich Zweifel angemeldet worden, ob angesichts des (damals noch) pauschalen Unberührtheitshinweises in § 25 Abs 2 letzter Satz TKG („*Die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches bleiben unberührt.*“) von einem gesetzlichen Änderungsrecht ausgegangen werden könne. Allerdings habe der OGH in weiterer Folge klargestellt, dass er weiterhin von einem solchen Änderungsrecht ausgehe, was womöglich auch damit zusammenhing, dass im Zuge der TKG-Novelle BGBl. I Nr. 102/2011 der Wortlaut des zitierten Hinweises geändert worden sei („*Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unberührt.*“) und der Gesetzgeber damit klargestellt habe, dass für die Vornahme von allgemeinen Vertragsänderungen (AGB und Entgeltbestimmungen) das TKG die lex specialis gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht (KSchG und ABGB) darstelle und nicht etwa umgekehrt (arg: „*Im Übrigen bleiben … unberührt*“). Dass das Normzitat in der Klage just diesen geänderten Bestimmungswortlaut unter den Tisch fallen gelassen habe, sei bezeichnend. Die Behauptung, aus der OGH-E 4 Ob 115/13k sei eine gegenteilige Haltung ableitbar, sei schlichtweg falsch. Vielmehr bestätige diese E im Umkehrschluss gerade die stRsp, habe doch der OGH ein einseitiges Änderungsrecht darin einzig und allein deshalb verneint, weil der beklagte Betreiber auf dieses gegenüber seinen Teilnehmern zuvor ausdrücklich verzichtet habe. Anders wäre auch nicht zu erklären, weshalb der OGH der dortigen beklagten Partei vorhalte, sie hätte diesen Punkt – trotz der gegenteiligen stRsp – „übersehen“. Auch der VwGH (2013/03/0114) gehe im Übrigen vom Bestehen eines gesetzlichen Änderungsrechtes aus („*… ist die Wirksamkeit der Vertragsänderung von der Einhaltung der dafür im Gesetz normierten Voraussetzungen abhängig. Dem Teilnehmer wird – zum Ausgleich – unmittelbar vom Gesetz, ex lege, ein kostenloses Kündigungsrecht eingeräumt.*“).

Auch in der Literatur spreche sich die bei weitem überwiegende Meinung für das Bestehen eines einseitigen gesetzlichen Änderungsrechts aus. Ja selbst in dem vom Kläger als angebliche „Gegenstimme“ angeführten Artikel ihrer eigenen Mitarbeiterin (*Docekal*, TKG-Kündigungsrecht bei Indexanpassung, VbR 2014, 88, 92) würde ausdrücklich von einem „*einseitige(n), und an keine weiteren Voraussetzungen gebundene(n) Änderungsrecht zugunsten der TK-Betreiber in § 25 TKG*“ ausgegangen, welches von der Autorin lediglich de lege ferenda kritisch gesehen werde. Soweit die klagende Partei darüber hinaus *Rabl* (TKG:

Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, ecolex 2000, 490, 491) sowie *Pichler* (Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen, MR 2007, 216, 221) ins Treffen führe, gehe dies schon deshalb fehl, weil diese Stimmen noch die alte Rechtslage (§ 18 TKG alt) betrafen, die insbesondere noch keine individuelle Verständigung des Teilnehmers über die Änderung vorgesehen habe (vgl hingegen nunmehr § 25 Abs 3 TKG). Unter den Befürwortern eines gesetzlichen Änderungsrechtes gem § 25 TKG seien etwa zu nennen: *Hasberger* (Entgelterhöhung im TKG: ex lege oder „doppelter" Konsumentenschutz?, MR 2012, 55, 56); *Feiel* (Die Presse 09.09.2014); *Thiele* (Einseitige Änderung von Telekom-Verträgen, VbR 2015, 66); *Steinmaurer*/*Polster* (in Stratil, TKG 20034 [2013], § 25 Anm. 6); *Schauhuber* (Neue OGH Judikatur zu einseitigen Vertragsänderungen im Telekom-Bereich, MR 2007, 290, 292); *Parschalk*/ *Otto*/*Weber*/*Zuser* (Telekommunikationsrecht [2006], 93); *Feiel*/*Lehofer* (TKG 2003 [2004], 95 f.); *Ruhle*/*Freund*/*Kronegger*/*Schwarz* (Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht [2004], 508); *Ertl* (Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139, 140); *Damjanovic*/*Holoubek*/ *Kassai*/*Lehofer*/*Urbantschitsch* (Handbuch des Telekommunikationsrechts [2006], 215f, 220); *Otto*/*Steindl* (Änderungen von AGB im Telekommunikationsbereich: Klarstellungen zu den Formvorschriften für einen Widerspruch der Teilnehmer und zum Prüfungsmaßstab der Regulierungsbehörde, ZIR 2013, 12, 13 [FN 10]); *Kaufmann*/*Tritscher* (TKG 2003 – der neue Rechtsrahmen für „elektronische Kommunikation", MR 2003, 273).

Auch aus aus dem Unionsrecht ergebe sich keineswegs, dass ein einseitiges gesetzliches Änderungsrecht für Telekommunikationsanbieter unzulässig wäre: Soweit die klagende Partei in dem Zusammenhang auf die Klauselrichtlinie 93/13/EWG verweise, übersehe sie deren 13. ErwGr (zit ua in EuGH C-92/11), wonach solche nationalen Regeln, die nach dem Gesetz zwischen den Vertragsparteien gelten würden, wenn nichts anderes vereinbart wurde, von der Richtlinie von vornherein unberührt blieben. Auch aus dem Umstand, dass Art. 20 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie idF 2009/136/EG von einem Änderungsvorschlag spreche, könne die klagende Partei nichts für sich ableiten, schon weil ebendiese nicht von einer (Nicht-)Annahme des Vorschlags, sondern von der Nichtannahme der neuen Bedingungen durch Ausübung des Sonderkündigungsrechts die Rede sei, was gegen ein Zustimmungserfordernis spreche. Im Übrigen habe es in der Urfassung der Richtlinie (2002/22/EG) ohnehin noch geheißen: „*Die Teilnehmer haben das Recht, bei der Bekanntgabe beabsichtigter Änderungen der Vertragsbedingungen den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu lösen.*"; dafür, dass die Novellierung hier eine derart diametrale Änderung nach sich ziehen sollte, würden jegliche Anhaltspunkte fehlen. Bezeichnenderweise habe übrigens auch der EuGH (C-326/14, *VKI/A1 Telekom Austria)* keinerlei Anstoß an der Annahme eines gesetzlichen Änderungsrechtes durch den OGH (vgl dessen Vorlagebeschluss zu 8 Ob 72/13s, Punkt 4.) bzw einer Koexistenz desselben mit einer

Wertsicherungsklausel genommen. Wenn der Kläger schließlich meine, § 25 TKG wäre selbst bei Annahme eines eindeutig gegenteiligen Wortlautes „*aufgrund des Verstoßes gegen Unionsrecht nicht anwendbar*“, so müsse sie darlegen, wie dies mit der EuGH-Rsp (zB C-505/14 – Klausner Holz Niedersachsen GmbH), die bei Richtlinien eine Auslegung contra legem nicht zulässt, zu vereinbaren.

Die Beklagte begehrte die Festsetzung einer **Leistungsfrist** durch das Gericht. Sie verwies dazu auf die Rechtsprechung, insbesondere insbesondere 2 Ob 131/12x (vgl auch *Langer* in Kosesnik-Wehrle, KschG[4], §§ 28-30 Rn. 13c mwN). Im vorliegenden Fall seien speziell die schwerwiegenden Auswirkungen zu bedenken, die ein Entfall der Änderungsmöglichkeit gem § 25 TKG nach sich ziehen würde. Insbesondere wäre die Beklagte gehalten, mangels gesetzlichen Änderungsrechtes mit ihren bestehenden Kunden eine Widerspruchslösung iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG eigens zu vereinbaren, was typischer Weise erst im Rahmen eines Tarifwechsels oder dergleichen möglich wäre. Vor dem Hintergrund erscheint eine Leistungsfrist von einem Jahr als Untergrenze jedenfalls nicht zu hoch bemessen.

Der Kläger wandte gegen die Vorbringen der Beklagten in seinem vorbereitenden Schriftsatz **ein**, den von der Beklagten zitierten Beiträgen sei gemein, dass sie sich nicht im Einzelnen mit den Entscheidungsgründen des OGH auseinandersetzten und – dem Erscheinungsdatum geschuldet – die neuesten Entwicklungen der Judikatur nicht berücksichtigen konnten. Es gäbe jedoch stichhaltige Gründe (und auch eindeutige Tendenzen in der Judikatur) an dieser (zwischenzeitig veralteten) Einschätzung zu zweifeln. Vorweg sei darzulegen, dass die Entscheidungen zu 4 Ob 50/00g und 6 Ob 16/01y noch zur Vorgängerbestimmung des § 18 TKG 1997 ergingen, welche für den gegenständlichen Rechtsstreit nicht (unmittelbar) von Bedeutung sei. Mit der Einführung des TKG 2003 (BGBl. I Nr. 70/2003) habe eine für die Auslegung dieser Bestimmung maßgebliche Änderung des Wortlauts (vgl. Ausführungen zu „*Die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches bleiben unberührt*“) statt, sodass diese auch nicht für die Frage des Vorliegens eines ständigen Rechtsprechung zu berücksichtigen sei. Auch seien diese beiden Entscheidungen im rechtshistorischen Kontext zu sehen. Mit In-Kraft-Treten des FernmeldeG 1994 (FG) zum 1. 4. 1994 seien die Rechtsbeziehungen zwischen der Post- und Telegraphenverwaltung und ihren Kunden, die bis dahin öffentlich-rechtlicher Natur waren, „auf privatwirtschaftliche Grundlage gestellt“ worden (ErlRV 1293 BlgNR 18. GP 29). Da es bei Begründung der öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen auf den „übereinstimmenden Willen beider Teile“ iSd § 861 ABGB nicht angekommen war – und es daher auch keine Verträge mit Index- oder sonstigen Anpassungsklauseln geben konnte –, sei es nachvollziehbar, dass Änderungen „der den Verträgen zugrundeliegenden

Vertragsinhalte“ (so § 45 Abs 4 FG), die überdies der behördlichen Genehmigung bedurften, auch einseitig möglich sein sollten. Das einseitige Änderungsrecht sei zu diesem Zeitpunkt gewissermaßen eine notwendige Begleiterscheinung der Umstellung der Rechtsbeziehungen auf eine privatrechtliche Grundlage gewesen (vgl *Lehofer*, § 25 Abs 3 TKG – Sonderprivatrecht zur einseitigen AGB-Änderung?, VbR 2015/46). Zudem habe § 18 Abs 2 TKG 1997 keinen Verweis auf die „*unberührt bleibenden*“ Bestimmungen des KSchG sowie des ABGB beinhaltet und sei – mangels Geltung der Universaldienste-RL 2002/22/EG – auch noch nicht richtlinienkonform auszulegen gewesen. Überdies würden die Materialien das Ergebnis der Entscheidungen zu 4 Ob 50/00g und 6 Ob 16/01y nicht zu tragen scheinen (vgl unten zu Erl RV 759 BglNr. XX GP 49).

Der Kläger wandte unter Verweis auf die Entscheidungen des OGH in 4 Ob 98/04x, 4 Ob 227/06w, 1 Ob 123/09h, 7 Ob 84/12x, 4 Ob 115/13k, 8 Ob 72/13s, 5 Ob 118/13h und 2 Ob 20/15b zudem ein, dass eine von der Beklagten dargelegte gesicherte Rechtsprechung nicht vorliege.

Der Kläger wandte weiters ein, auch das jüngere Schrifttum vertrete vermehrt die Ansicht, dass § 25 TKG 2003 kein gesetzliches Änderungsrecht statuiere, sondern dass auf Änderungen bestehender Verträge allgemeines Vertragsrecht anzuwenden sei. Die von der Beklagten zitierten Stimmen würden sich soweit ersichtlich nicht mit dem unionsrechtlichen Hintergrund der Bestimmung auseinandersetzen. Überdies sei lediglich der Aufsatz von *Thiele* (Einseitige Änderung von Telekom-Verträgen, VbR 2015, 66) als aktuell zu bezeichnen. Soweit die Beklagte auf die Lehrmeinungen von *Kaufmann*/*Tritscher* (TKG 2003 – der neue Rechtsrahmen für „elektronische Kommunikation“, Teil 1, MR 2003/273) und *Ertl* (die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2015/139) abstelle, übersehe sie, dass diese ohne eingehende Begründung von einem gesetzlichen Änderungsrecht ausgingen. Aus diesen Aufsätzen sei daher für die Beklagte nichts zu gewinnen. *Lust* (*Lust*, Gedanken zur Änderung von Telefonverträgen, MR 2014, 163) vertrete hingegen die zutreffende Ansicht, dass § 25 TKG als Konsumentenschutznorm spezifische Formvorschriften für nach zivilrechtlichen Maßstäben zu beurteilende Vertragsänderungen enthalte, anstatt den Anbietern ein gesetzesunmittelbares, einseitiges und uneingeschränktes Vertragsanpassungsprivileg zu gewähren. Dies ergebe sich bereits aus der systematischen Interpretation des TKG 2003 und dem darin verankerten Kontrahierungszwang, welcher typischerweise über objektive Kriterien gerade die willkürliche Fremdbestimmung durch den übermittelnden Vertragspartner vermeiden wolle. Dem würde die Annahme eines einseitigen anbieterseitigen (völlig uneingeschränkten) Änderungsprivilegs evident zuwiderlaufen, da der stärkere Anbieter – der auch die AGB diktiere – damit dem Verbraucher gegenüber auch noch von der Pflicht zur Einhaltung geschlossener Vereinbarungen befreit würde.

Eine sachliche Rechtfertigung könne auch nicht in den von *Schauhuber* (*Schauhuber*, Neue OGH-Judikatur zu einseitigen Vertragsänderungen im Telekom-Bereich, MR 2007/290) herangezogenen „*besonderen Rahmenbedingungen der Telekombranche*“ liegen, da das grundsätzliche Interesse an der Vertragsanpassung innerhalb von Dauerschuldverhältnissen in sämtlichen anderen Branchen in welchen Massenschuldverhältnisse vorliegen (etwa Banken, Versicherungen oder Energieversorgern) evident gleichgelagert ist. So habe es etwa im Jahr 2012 in Österreich rund 47,8 Mio Versicherungsverträge gegeben. Gründe, welche den Telekom-Bereich zum Ausnahmefall des freien Marktes machen würden, seien nicht ersichtlich. Nichtsdestotrotz seien in anderen Branchen bei Preisänderungen die Voraussetzungen des KSchG einzuhalten und es gelten zusätzliche Spezialregeln sowie Sonderkündigungsrechte (Vgl *Docekal*, TKG-Kündigungsrecht bei Indexanpassung, VbR 2014/48 (89)). Sowohl § 80 ElWOG 2010, der nahezu wortgleiche § 125 GWG als auch § 178 f VersVG würden nachträgliche einseitige Änderungen nur auf Basis von Vertragsklauseln erlauben, die insbesondere den § 6 Abs 1 Z 5 bzw § 6 Abs 2 Z 4 KSchG entsprächen, und würden zusätzliche Schranken für Entgeltänderungen einbauen. Auch § 178 VersVG nenne taxativ die zusätzlichen Faktoren, bei deren Änderung der Versicherer die Prämie oder die Leistung ändern dürfe, darunter „*ein in der Vereinbarung genannter Index“*. § 14a KHVG gäbe Kfz-Haftpflichtversicherungsnehmern das Recht, den Vertrag im Fall einer einseitigen Prämienerhöhung außerordentlich zu kündigen, und zwar auch dann, wenn eine Prämienanpassung mit Bindung an den VPI vereinbart war. Vereinbarte Prämienanpassungsklauseln müssten insbesondere § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechen, und den Versicherungsnehmern stünden gemäß § 14 Abs 2 KHVG ein jährliches Kündigungsrecht zu. Auch gesetzeskonform formulierte Indexanpassungsklauseln seien weiteren Einschränkungen unterworfen, indem § 14b Abs 2 KHVG Prämienanpassungen in kürzeren als jährlichen Abständen sowie rückwirkende Anpassungen verbiete. Auch § 29 ZaDiG, der die Änderungsmöglichkeiten von Rahmenverträgen (zB Girokontoverträge, Kreditkartenverträge) mit Zahlungsdienstleistern regelte, kenne kein einseitiges Änderungsrecht. Eine Änderung des Rahmenvertrags sei nur mit (wenn auch stillschweigender) Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers möglich. Der OGH judiziere in ständiger Rechtsprechung zu § 29 ZaDiG überdies, dass eine dem Inhalt nach unbegrenzte Änderungsvorbehaltsklausel sogar dann unzulässig sei, wenn diese zwar den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspreche, jedoch Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zulasse. Unter Berücksichtigung dieser Bestimmungen werde die von der Beklagten gewünschte Auslegung des § 25 Abs 2 und 3 TKG sohin auch verfassungsrechtliche Bedenken auf. Sollte die Annahme eines einseitigen Änderungsrechtes (welches noch dazu völlig unbeschränkt wäre) bestehen, stünde es als telekommunikationsrechtliche Spezialvorschrift in einem evidenten

Spannungsverhältnis zu den für die anderen Massenbrachen geltenden allgemeinen Vertragsgrundsätzen. Die von der beklagten Partei vertretene rechtliche Beurteilung würde sohin evident gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstoßen. Auch das könne der Gesetzgeber, da in den Materialien nicht einmal im Ansatz eine sachliche Rechtfertigung hierfür angegeben wurde, nicht gewollt haben.

Auch die historische Interpretation zeige, dass ein gesetzliches Änderungsrecht unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien schon zur Regelung idF des § 18 TKG von 1997 – jedenfalls jedoch nach der Einführung des TKG 2003 (BGBl. I Nr. 70/2003) – abzulehnen gewesen sei. Die Materialien zu § 18 TKG 1997 (Erl RV 759 BglNr. XX GP 49) würden hierzu sogar ausdrücklich Auskunft geben, wenn darin ausgeführt werde, dass „*der letzte Satz, dass Dienste erst nach Erteilung der Genehmigung erbracht werden dürfen, der Klarstellung dient. Die entsprechenden privatrechtlichen Grundsätzen zur Anwendbarkeit der Geschäftsbedingungen im jeweiligen Vertragsverhältnis erforderliche (ausdrückliche oder schlüssige) Vereinbarung wird durch die Genehmigung oder die Kundmachung nicht ersetzt".* Auch die Novellierung durch § 25 TKG 2003, welcher § 18 Abs 2 TKG 1997 ersetzte, spreche gegen die von der Beklagten gewünschte Auslegung. Insbesondere eine Veränderung sei bei dieser Novellierung hervorzuheben. Der letzte Satz des § 25 Abs 2 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 70/2003 lautete: „*Die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches bleiben unberührt."* Bereits *Schilchegger* (*Schilchegger*, Statuiert § 25 TKG 2003 ein gesetzliches Änderungsrecht?, MR 2010, 287) habe durch Darlegung des Gesetzwerdungsprozesses eindrucksvoll vor Augen geführt, dass die Entstehungsgeschichte der Auslegung des OGH in der Entscheidung 1 Ob 123/09h entgegenstehe. Zwar fänden sich in den Materialien zum Gesetz selbst keine Stellungnahmen (Vgl ErlRV 128 BlgNR XXII. GP; AB 184 BlgNR XXII. GP.), allerdings würde auffallen, dass der zugehörige Ministerialentwurf noch keinen Verweis auf das ABGB und KSchG enthielt (Vgl Seite 87, 356/ME XXI. GP). Der Satz sei erst in der Regierungsvorlage eingefügt worden. Die Anpassung gehe offensichtlich auf die Stellungnahme des BMJ (17/SN-356/ME Kommunikationsgesetz XXI. GP 7.) zurück. Eine entsprechende Normänderung sei auch von der Bundesarbeiterkammer gefordert worden (23/SN-356/ME XXI. GP).

Zur Bedeutung der Hinzufügung der Worte „*im Übrigen*" im Satz „*im Übrigen bleiben die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl-Nr. 140/1979 (KSchG) sowie des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches unberührt*." mit der Novelle BGBl. I Nr. 102/2011 brachte der Kläger vor, zwar fänden sich in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage diverse Ausführungen zu anderen Paragraphen des § 25 TKG, die Wortfolge „*im Übrigen*" am Ende des § 25 Abs 2 TKG werde aber mit keinem Wort angesprochen. Es gäbe daher keinen Grund anzunehmen, dass der Gesetzgeber diesen Worten irgendeine Bedeutung dahingehend

zumessen wollte, dass keine auch nach sonstigen Maßstäben zulässige Vereinbarung über Änderungen der Verträge im Vertrag zwischen den Telekommunikationsbetreibern und dem Verbraucher für die Vertragsänderungen vorausgesetzt worden wäre.

Auch aus dem Sonderkündigungsrecht sei im Umkehrschluss kein gesetzliches Änderungsrecht ableitbar, sondern stelle dieses laut *Lust* ein zusätzliches Recht der Verbraucher dar und könne daher nicht als Argument für eine massive Einschränkung der Verbraucherrechte herangezogen werden (vgl auch *Schilchegger*, MR 2010, 289 f mwN). Dies insbesondere da das Sonderkündigungsrecht im aktuellen TKG auf Art 20 Abs 4 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG zurückgehe, in deren Abs 1 jedoch die ausdrückliche Unberührtheit der Verbraucherschutzbestimmungen festgeschrieben worden sei. Insoweit stelle das Sonderkündigungsrecht ein zusätzliches Recht der Verbraucher dar und könne daher nicht als Argument für eine massive Einschränkung der Verbraucherrechte herangezogen werden. Auch *Lehofer* (*Lehofer*, § 25 Abs 3 TKG - Sonderprivatrecht zur einseitigen AGBÄnderung?, VbR 2015/46) betone, dass die Bestimmungen des Art 20 der RL 2002/22/EG unbeschadet nationaler (Verbraucherschutz-) Vorschriften gelten, also insbesondere unbeschadet der grundlegenden Regeln des allgemeinen Vertragsrechts, was der österreichische Gesetzgeber in § 25 Abs 2 TKG 2003 im Hinblick auf KSchG und ABGB ausdrücklich aufgenommen habe. Art 20 der RL 2002/22/EG diene dem – gegenüber dem allgemeinen Vertrags- und Verbraucherrecht noch verstärkten – spezifischen Schutz der Kunden von Telekommunikationsanbietern, setze aber gerade deshalb die Grundregeln des Vertragsrechts nicht außer Kraft. Diese bestätigt sich auch bei genauer Betrachtung des Unionsrechts. Schon der Titel der Richtline (Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -Diensten (Stammfassung der Universaldienstrichtlinie)) selbst etwa spreche von Nutzerrechten, das Sonderkündigungsrecht der Endnutzer werde im Kapitel „*Interessen und Rechte der Endnutzer“* in Art 20 Abs 4 in der Weise geregelt, dass den Teilnehmern das Recht zur Vertragsauflösung gegeben werde, nicht den Betreibern das Recht zur Änderung. Der Kläger wies darauf hin, dass die Universaldienste-Richtlinie daher eindeutig auch als Verbraucherschutzrichtlinie anzusehen sei.

Das Sonderkündigungsrecht würde im Kapitel „*Interessen und Rechte der Endnutzer“* in Art 20 Abs 4 (in der Stammfassung) in der Weise geregelt, dass den Teilnehmern das Recht zur Vertragsauflösung gegeben wird und nicht den Betreibern das Recht zur Änderung (vgl auch KOM(2002) 77 endg, 4.) Der Ausschussbericht des EP verweist zu Art 20 Abs 4 (damals noch Art 17 Abs 3) des Kommissionsvorschlags auf die Anwendung der Regeln des allgemeinen Vertragsrechts und hält fest, dass TK-Dienste nicht aufgrund ihrer besonderen Art

davon ausgenommen werden sollten. (JURI A5-0202/2001, Änderungsantrag zu Art 17/3.) Soweit ersichtlich, war die Bestimmung nicht sehr kontroversiell und wurde über ein gesetzliches Änderungsrecht zugunsten der Betreiber zumindest im Plenum des EP nie debattiert. (Vgl Plenardebatten im EP v 12. 6. und 10. 12. 2001). Aus den Ratsdokumenten geht hervor, dass Großbritannien und Luxemburg Vorbehalte zu Art 20 Abs 4 (bzw Art 17 Abs 3) abgegeben hatten, weil sie den Mehrwert des Artikels im Verhältnis zu geltenden Verbraucherschutzbestimmungen hinterfragten. (Rat 9653/01, 25) Es sei aus den Materialien daher keineswegs abzuleiten, dass die USD-RL ein gesetzliches einseitiges Recht zur Vertragsänderung zugunsten der Betreiber einführen wollte. Ganz im Gegenteil liegw ihr Fokus auf dem Recht des Nutzers, den Vertrag kostenlos zu beenden, wenn der Betreiber ändern wolle.

Wenn die Beklagte ausführe, dass die zu inkriminierende Klausel auf einer bindenden Rechtsvorschrift beruht und daher nicht den Bestimmungen der RL 93/13 unterliege, übersehe sie, dass die Klausel die Rechtslage des § 25 Abs 2 und 3 TKG gerade nicht richtig wiedergebe und deswegen schon nicht als auf „ihr beruhend“ angesehen werden könne. Überdies treffe diese Regelung nicht auf § 6 Abs 3 KSchG zu, welche jedoch ebenfalls zur Anwendung gelange, da die – korrekt ausgelegte –Rechtslage nicht richtig wiedergegeben werde, wodurch der Verbraucher von der Geltendmachung seiner Rechte abgehalten werden könne und regelmäßig werde. Soweit die Beklagte vermeine, dass eine Auslegung contra legem nicht geboten sei, verwies der Kläger auf die Rechtsprechung des BGH (IV ZR 76/11) und des OGH (7 Ob 107/15h).

Gegen die von der Beklagten beantragen angemessen **Leistungsfrist wandte der Kläger ein**, die Beklagte übersehe, dass die ständige Rechtsprechung, nach welcher Unternehmen eine Leistungsfrist zur künftigen Unterlassung des Verwendens unzulässiger Geschäftsbedingungen zu setzen sei (nicht jedoch betreffend des „Sich-Berufens“), diesen Unternehmen die technische Umsetzung der Neukonzeption von AGB ermöglichen und keine „Schonfrist“ dahingehend bewirken solle, dass zumindest einige Zeit lang noch „alles weiter laufe wie bisher“. Dass die Beklagte künftige Änderungen von AGB oder neue Vereinbarungen von AGB nicht in einer angemessenen Frist (von höchstens drei Monaten) so gestalten könne, dass sie allgemein zivilrechtlichen Normen genügen, behaupte sie selbst nicht. Überdies sei zu berücksichtigen, dass es sich lediglich um eine Klausel handle.

Betreffend den Unterlassungsanspruch nach § 28a KSchG scheide eine Leistungsfrist bereits mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 409 ZPO aus. Dies ergebe sich auch daraus, dass durch die in §§ 28 ff KSchG statuierte Verbandsklage eine vorbeugende Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formblättern ermöglicht werden soll, um die Verwendung unlauterer Vertragsklauseln möglichst von vornherein zu verhindern

(RIS-Justiz RS0110990 [T2]). Das Rechtsinstitut der Verbandsklage beruhe auf dem Umstand, dass dem einzelnen Verbraucher eine Rechtsdurchsetzung angesichts des damit verbundenen Kostenaufwandes nicht zumutbar ist (EBRV 744 BlgNR 14. GP 41). Das Verbot, sich auf eine gesetzwidrige Klausel zu berufen, sei erst durch BGBl 1997/6 eingeführt worden. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass ein Unternehmer zunächst – von den klagslegitimierten Stellen unbemerkt oder zumindest unbeanstandet – eine Vielzahl von Verträgen mit gesetz- oder sittenwidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen schließe, eine Verbandsklage in der Folge aber dadurch vereitelte, dass er sich auf die erste Beanstandung einer befugten Stelle hin verpflichte, die Geschäftsbedingungen für künftige Vertragsschlüsse nicht mehr zu verwenden, dann aber seine Rechtsposition aus den „Altverträgen“ weiterhin auf Grundlage der inkriminierten Klauseln ausübe (EBRV 311 BlgNR 20. GP 31). Werde deshalb dem Unternehmer im Verbandsprozess die Verwendung von Klauseln untersagt, so widerspräche es dem Zweck der Verbandsklage und den Absichten des Gesetzgebers, wenn er sich vorerst nach wie vor auf die als gesetzwidrig erkannten Klauseln berufen dürfte. Das Unterlassen einer weiteren Berufung auf solche Klauseln bedürfe als „reine Unterlassung“ auch keiner Vorbereitungsfrist, wie dies auf die Neufassung von Vertragsformblättern und Geschäftsbedingungen zutreffen möge. Diesbezüglich sei auf die Entscheidungen des OGH zu 5 Ob 118/13h und 6 Ob 235/15z zu verweisen.

Zum **Veröffentlichungsbegehren** brachte **der Kläger** ergänzend vor, Zweck der Urteilsveröffentlichung bei der Verbandsklage nach dem KSchG sei es, über die Rechtsverletzung und über die wahre Sachlage aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. (RIS-Justiz RS0121963; OGH 20.5.2008, 4 Ob 18/08p). Der Zweck der Urteilsveröffentlichung im Verbandsprozess gehe aber auch über die Information der unmittelbar betroffenen Vertragspartner hinaus, es solle vielmehr Gelegenheit gegeben werden, sich entsprechend zu informieren um vor Nachteilen geschützt zu sein (OGH 19.05.2009, 3 Ob 12/09z, JBl 2009, 770). Insgesamt bestehe der Zweck der Veröffentlichung bei der Verbandsklage darin, sowohl die aktuell von der Unzulässigkeit der Klauseln oder sonstigen Gesetzesverletzung Betroffenen, als auch potentielle Vertragspartner und auch die Konkurrenten der Beklagten über den Verstoß aufzuklären (näher dazu *Kühnberg*, Verbandsklage nach dem KSchG 114), um ein Umsichgreifen derartiger Klauseln bzw. Geschäftspraktiken zu verhindern. Mit der Urteilsveröffentlichung solle die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit vom Vertragsbestandteil geschärft werden und es ihnen erleichtert werden, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen (OGH 3.9.2009, 2 Ob 153/08 a, RdW 209/720). Die beklagte Partei sei nach eigenen Angaben auf ihrer Website am schnellsten wachsender Mobilfunker Österreichs und seit der Übernahme von Orange Austria im Jänner 2013 drittstärkster Anbieter mit 3,8 Mio. Kunden (Stand Juni 2016).

In Anbetracht der Größe der betroffenen Verkehrskreise und im Hinblick auf die hohe gebotene Aufklärungsdichte sei daher die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einem bundesweit erscheinenden Medium in der Tageszeitung mit der höchsten Auflage, dies ist die „Kronen-Zeitung“, notwendig. Bei diesen Kunden handelt es sich um einen großen, für den Kläger nicht überschaubaren Personenkreis. Im Sinn der ständigen Rechtsprechung sei daher die Veröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung angemessen, wobei die am deutlich beste Aufklärungswirkung bei der Veröffentlichung in der „Kronen-Zeitung“ erzielt, die laut bisher letzter veröffentlichter Media-Analyse (2015/16) eine tägliche bundesweite Reichweite von 31,00 % habe. Eine individuelle Verständigung aller Kunden der Beklagten erscheine dem gegenüber weder möglich noch für den Kläger kontrollierbar, sie erreiche auch nicht den in ständiger Rechtsprechung judizierten Zweck der Urteilsveröffentlichung bei der Verbandsklage, den Rechtsverkehr insgesamt von der Unzulässigkeit bestimmter Klauseln zu informieren und nicht nur die unmittelbar betroffenen Vertragspartner des beklagten Unternehmens.

Dagegen brachte die Beklagte in ihrem vorbereitenden Schriftsatz **vor**, der OGH habe in der Entscheidung 6 Ob 233/15f erst kürzlich bestätigt, dass § 25 TKG ein gesetzliches Änderungsrecht darstellt. Zudem würde dies auch in den Entscheidungen 4 Ob 98/04x, 7 Ob 84/12x, 5 Ob 118/13h, 4 Ob 115/13k, 8 Ob 72/13s und 2 Ob 20/15b bejaht. Was schließlich jene einzige, rund zehn Jahre alte Entscheidung beträfe, 4 Ob 227/06w, worin der OGH tatsächlich Zweifel an der bis dahin vorgenommenen Auslegung von § 25 TKG geäußert hatte, sei zu beachten, dass seine bezughabenden Ausführungen lediglich obiter erfolgten und auch keinerlei einschlägiges Vorbringen der Parteien vorgelegen sei; abgesehen davon habe der OGH damals seine Bedenken ausschließlich auf den Wortlaut des letzten Satzes von § 25 Abs. 2 TKG (aF), der jedoch vom Gesetzgeber als Reaktion auf diese „Ausreißer-Entscheidung“ ohnehin geändert worden sei, gegründet. Übrigens habe kürzlich auch das OLG Wien gerade unter Hinweis auf den geänderten Wortlaut dezidiert bestätigt, dass den Betreibern gem § 25 TKG ein gesetzesunmittelbares Änderungsrecht zustehe. Sogar die Bundesarbeitskammer würde sich inzwischen in diesem Punkt der ständigen Rechtsprechung explizit anschließen (vgl. deren unter einem als Beilage *./5* auszugsweise vorgelegten Schriftsatz im Verfahren 39 Cg 83/14w des HG Wien).

Die Beklagte argumentierte weiters ausführlich, warum die punktuelle Kritik des Klägers an den von der Beklagten (ohnehin keineswegs erschöpfend) angeführten zahlreichen Stellungnahmen im Schrifttum zugunsten des Bestehens eines gesetzlichen Änderungsrechtes nach § 25 TKG nicht überzeugten.

Den EB-RV zu § 25 TKG 2003 sei – wie auch die klagende Partei einräume – kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die einseitige Änderungsmöglichkeit

zu § 18 Abs. 2 TKG 1998 kurzerhand abschaffen wollte. Vor allem angesichts der ein ex lege Änderungsrecht dezidiert befürwortenden Rechtsprechung wäre hier aber jedenfalls ein ausdrücklicher solcher Hinweis in den Materialien zu erwarten gewesen. Hinzu komme, dass dem Gesetzgeber seinerzeit ganz zweifellos auch der Umstand bekannt war, dass aufgrund der unzweideutigen Judikatur ein Gutteil der (insbesondere auch Mobilfunk-)Betreiber keinerlei Vorsorge für eine Änderung der AGB/EB auf vertraglicher Grundlage (insbesondere nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG) getroffen hatten, was sich übrigens nach wie vor so verhalte. Hätte also der Gesetzgeber das Änderungsrecht mit § 25 TKG 2003 wirklich abschaffen wollen, so hätte er den Betreibern fraglos eine Übergangsfrist zur Anpassung ihrer AGB eingeräumt, wie dies etwa der deutsche Gesetzgeber bei Abschaffung des dortigen einseitigen Änderungsrechts der Betreiber vorgesehen habe – dort habe die Übergangsfrist immerhin zwei Jahre betragen. Demgegenüber erschiene es nachgerade abwegig anzunehmen, der Gesetzgeber hierzulande hätte ohne jegliche Legisvakanz, noch dazu in derart verklausulierter Form und erst in allerletzter Sekunde (der Ministerialentwurf habe ja noch kein Hinweis auf das Unberührtbleiben der Bestimmungen des ABGB und KSchG enthalten), das einseitige Änderungsrecht mir nichts, dir nichts eliminieren wollen und die daraus mangels entsprechender vertraglicher Vorkehrungen auf Betreiberseite gerade in einem derart schnelllebigen Sektor zwangsläufig resultierenden groben rechtlichen, aber natürlich auch wirtschaftlichen Verwerfungen (man denke nur an drohende exorbitante Rückforderungsansprüche für den Fall rechtsgrundlos durchgeführter Entgelterhöhungen) bewusst in Kauf genommen.

Wenn sich die klagende Partei zum Beleg des Gegenteils auf eine Stellungnahme des BMJ zum Ministerialentwurf zu § 25 TKG aF bezöge, so erhelle daraus in Wahrheit lediglich, dass auch dieses Ministerium bereits damals ein einseitiges Änderungsrecht angenommen – wenn auch kritisch hinterfragt – habe. Erst recht gelte dies für die von der klagenden Partei angeführte seinerzeitige Stellungnahme der Bundesarbeitskammer, wobei gerade diese Institution damals ohnehin lediglich eine *„Klarstellung“* verlangt habe, dass für eine (einseitige) Änderung *„triftige Gründe“* bereits in den AGB angeführt werden müssen, welcher Forderung der Gesetzgeber bezeichnender Weise nicht nachgekommen sei. Im Übrigen habe die klagende Partei bezeichnender Weise unerwähnt lassen, dass jene Passage in den Materialien zu § 18 TKG 1997, welche sie in ihrem vorbereitenden Schriftsatz für das Erfordernis einer vertraglichen Änderungsvereinbarung ins Treffen geführt habe, zwar im Ministerialentwurf zu § 25 TKG 2003 noch – in leicht abgewandelter Form – enthalten war (*„Die entsprechend den privatrechtlichen Grundsätzen zur Anwendbarkeit der Geschäftsbedingungen im jeweiligen Vertragsverhältnis erforderliche (ausdrückliche oder schlüssige) Vereinbarung wird die Kundmachung4 nicht ersetzt.“*), in der Regierungsvorlage allerdings entfernt wurde, und zwar augenscheinlich deshalb, um nicht Gefahr zu laufen, dass

der Unberührtheitshinweis im letzten Satz von § 25 Abs. 2 TKG auch auf den Geltungsgrund als solchen, statt nur auf die Inhaltskontrolle, bezogen werden könnte.

§ 25 Abs 2 letzter Satz TKG habe in seiner ursprünglichen Fassung wie folgt gelaute *„Die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches bleiben unberührt."* Dabei würde zunächst auffallen, dass mit den hier angesprochenen *„Bestimmungen"* des ABGB schon nach dem juristischen Sprachgebrauch nicht ein bloßer *„Grundsatz"* (4 Ob 227/06w) gemeint sein kann, dass Änderungen eines Vertrages der Zustimmung des anderen Vertragsteiles bedürfen, da zwar dem Privatrecht ein solcher allgemeiner Grundsatz, nicht jedoch dem ABGB eine solche *„Bestimmung"*, also eine entsprechende konkrete Norm, zu entnehmen ist. *Lehofer* (VbR 2015/46) spricht in dem Zusammenhang von *„Regeln"* (des allgemeines Vertragsrechts) und verkennt damit ebenso, dass eine *„Regel"* eben noch keine *„Bestimmung"* (Regelung) darstellt. Aber auch der Begriff *„unberührt"* passt gerade für nicht-positivierte Grundsätze letztlich nicht, bringt man mit ihm doch typischer Weise zum Ausdruck, dass ganz bestimmte gesetzliche Regelungen, also konkrete Normen oder aber ein ganzes Gesetz (aber eben nicht ein bloßer privatrechtlicher Grundsatz), weiterhin angewendet werden sollen. Und auch die systematische Struktur von § 25 Abs. 2 TKG sprechegegen einen Ausschluss des einseitigen Änderungsrechtes, schon weil der Unberührtheitshinweis lediglich ganz am Schluss von § 25 Abs 2 TKG erfolge, wodurch die von der klagenden Partei angenommene zentrale Bedeutung kontraindiziert werde (vgl auch den völlig entgegengesetzten Aufbau von § 125 GWG und § 80 ElWOG).

Im Zuge der TKG-Novelle 2012 habe der Gesetzgeber den Wortlaut des letzten Satzes von § 25 Abs. 2 TKG wie erwähnt dahingehend adaptiert, dass die Bestimmungen des KSchG und des ABGB nicht ganz allgemein, sondern lediglich *„(i)m Übrigen"* unberührt blieben (dazu auch 1 R 181/15t des OLG Wien vom 09.03.2016, VbR 2016/77 [*Leupold*/*Gelbmann*] und *Zib* (VbR 2014/5 [S 113]; sogar *Schilchegger [*in Riesz/Schilchegger, TKG [2016], § 25 Rn. 34] habe dieses als plausibel bezeichnet). Dass die Gesetzesmaterialien in diesem Punkt keine zusätzliche Aufklärung bieten würden, vermöge daran nichts zu ändern: Die Formulierung *„Im Übrigen bleiben … unberührt"* lasse an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Demnach sollen die Bestimmungen des KSchG und ABGB hier nicht etwa ganz allgemein *„Vorrang"* genießen (4 Ob 227/06w), sondern eben nur insoweit unberührt bleiben, als es nicht den Änderungsmodus als solchen, also das gesetzlich Änderungsrecht, betreffen. Es liege auf der Hand, dass der Gesetzgeber sich in Anbetracht der ein paar Jahre zuvor vom 4. Senat des OGH geäußerten Zweifel (4 Ob 227/06w) einerseits und des Umstandes, dass sodann ein anderer (nämlich der 1.) Senat in dieser Hinsicht keinerlei Bedenken gehegt habe (1 Ob 123/09h), zu einer entsprechenden vorsorglichen Klarstellung veranlasst gesehen habe.

Ganz ähnlich wie im letzten Satz von § 25 Abs 2 TKG heiße es in § 125 Abs 6 GWG bzw. § 80 Abs 5 ElWOG wie folgt: „*Durch die Regelungen der Abs. 1 bis 5 [ElWOG: Abs. 1-4] bleiben die Bestimmungen des KSchG und des ABGB unberührt.*“ Nachdem diese beiden Gesetze – unstrittig – kein einseitiges Änderungsrecht für die Anbieter statuieren würden, könnte man hieraus auf den ersten Blick und bei isolierter Betrachtung der zitierten Bestimmung(en) ableiten, dass auch der ähnlich gehaltene letzte Satz von § 25 Abs 2 TKG ein solches Änderungsrecht ausschließen sollte. Dass aber eine solche Sichtweise evident verfehlt wäre, ergäbe sich zwangsläufig aus dem jeweiligen 2. Absatz von § 125 GWG und § 80 ElWOG: „*Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der vertraglich vereinbarten Entgelte sind nur nach Maßgabe des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs und des Konsumentenschutzgesetzes […] zulässig*“. Die letztgenannte Bestimmung sei es demnach, mit der hier ein gesetzliches Änderungsrecht ausgeschlossen werde (allerdings unter einheitlichem Bezug auf Entgeltbestimmungen und individuell vereinbarte Entgelte). Dass ein und dieselbe Funktion nicht auch zusätzlich noch dem bloßen Unberührtheitshinweis in § 125 Abs 6 GWG bzw. § 80 Abs 5 ElWOG zukommen solle, liege auf der Hand. Damit sei es aber schon aus normlogischen bzw systematischen Gründen auszuschließen, dass sich der streitgegenständliche Unberührtheitshinweis in § 25 Abs 2 TKG im Gegensatz zur jeweiligen Parallelbestimmung im GWG und ElWOG auch auf den Änderungsmodus erstrecken solle. Eine gegenteilige Absicht hätte der Gesetzgeber jedenfalls durch Wahl einer Formulierung vergleichbar jener in § 125 Abs 6 GWG bzw § 80 Abs 5 ElWOG zum Ausdruck gebracht.

Dass die Universaldienstrichtlinie einem gesetzesunmittelbaren Änderungsrecht entgegenstehen würde, habe implizit bereits der EuGH in dem von der klagenden Partei geführten Verfahren C-326/14 – sowie ausdrücklich der OGH in seinem Vorlagebeschluss (8 Ob 72/13s) – verneint. In dem Zusammenhang sei insbesondere auf den von der ErwGr 27 der Universaldienstrichtlinie zu verweisen, wo in dem Zusammenhang von Änderungen die Rede ist, welche Betreiber *„vornehmen“* (engl.: *„imposed“*; franz.: *„imposées“*; span.: *„impuestas“*), was klarerweise eine einseitige Änderung unmittelbar aufgrund des Gesetzes (wohl sogar in allererster Linie) umfasse (der im vorbereitenden Schriftsatz des Klägers angesprochene ErwGr 49 fände sich in der konsolidierten Fassung der Richtlinie [2009/136/EG] in Wahrheit nicht mehr). Untermauert werde dies dadurch, dass die Universaldienstrichtlinie lediglich eine Sonderkündigungsmöglichkeit, nicht aber (auch) eine Widerspruchsmöglichkeit, bei deren Ausübung der Vertrag unverändert fortbestünde, vorsehen würde. Schon aus diesen Gründen gehe übrigens auch der Verweis der klagenden Partei auf § 29 ZaDiG ins Leere, seien doch die darin vorgesehene Notwendigkeit einer Zustimmung des Kunden und die zusätzliche Widerspruchsmöglichkeit – anders als im gegenständlichen Fall – unionsrechtlich vorgegeben (Art. 44 Zahlungsdiensterichtlinie). Dabei

sei auch zu bedenken, dass speziell im Telekommunikationsbereich dem Kunden bekanntlich oftmals besondere Vergünstigungen eingeräumt würdem (zB Gratis-Handy), welche der Betreiber bei Ausübung des – gem. § 25 Abs 3 TKG jedenfalls kostenlosen – Sonderkündigungsrechts durch den Kunden abschreiben müsse.

Zudem habe der OGH in seinen beiden jüngsten Entscheidungen gegen die Beklagte (6 Ob 233/15f [Beilage./4]) und einen anderen Betreiber (8 Ob 132/15t) jeweils eine Klausel, die eine Vertragsänderung durch Zustimmungsfiktion gem § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorsah und für diesen Fall kein Sonderkündigungsrecht nach §25 Abs 3 TKG einräumte, im Gegensatz zu den beiden Vorinstanzen ausschließlich aus *anderen* Gründen untersagte. Demnach gehe der OGH offenbar davon aus, dass Verbrauchern bei einvernehmlicher Vertragsänderung auf diesem Wege lediglich ein Widerspruchsrecht iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zukommen müsse, nicht aber zusätzlich auch noch ein Sonderkündigungsrecht gem § 25 Abs 3 TKG. Auch in Deutschland werde ja angenommen, dass Änderungen durch Telekommunikationsanbieter aufgrund einer vereinbarten Zustimmungsfiktion bei Einräumung einer Widerspruchsmöglichkeit *kein* Sonderkündigungsrecht auslösen, weil es im Falle eines Widerspruchs ohnehin zur unveränderten Fortführung des Vertragsverhältnisses komme (MMR aktuell 2002, VI f.). Ein Gegensatz zur Universaldienstrichtlinie werde darin zu Recht nicht erblickt. Dass auch eine Verbraucherpreisindexklausel gem § 6 Abs 1 Z 5 KSchG kein solches Sonderkündigungsrecht auslöse, habe die klagende Partei ohnehin selbst eingeräumt. Würde man auch noch ein gesetzliches Änderungsrecht, welches eine Sonderkündigungsmöglichkeit begründet, ausschließen, so verbliebe für § 25 Abs. 3 TKG in praxi kein Anwendungsbereich mehr – ein Ergebnis, das dem Gesetzgeber aus naheliegenden Gründen nicht unterstellt werden könne.

Der Hinweis der klagenden Partei, das Sonderkündigungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG gehe auf Art 20 Abs 4 der Universaldienstrichtlinie zurück, sei zumindest irreführend. Richtig ist vielmehr, dass bereits § 18 Abs 2 TKG 1997 ein solches Sonderkündigungsrecht – und zwar wohlgemerkt ohne jegliche unionsrechtliche Prädeterminierung – ausdrücklich vorgesehen hatte. Der Annahme des OGH, dass das Sonderkündigungsrecht des Kunden sich als Ausgleich für das gesetzesunmittelbare Änderungsrecht des Betreibers verstehe (zuletzt 6 Ob 233/15f), sei dementsprechend vorbehaltlos zuzustimmen. Zudem dürfe nicht übersehen werden, dass die Universaldienstrichtlinie bei Änderungen lediglich eine individuelle Mitteilung an den Kunden vorschreibt, während das österreichische Recht in Gestalt von § 25 Abs. 2 TKG darüber hinaus auch noch eine Kundmachungspflicht mit zweimonatiger Vorlaufzeit statuiere. Somit bestünden nach österreichischem Recht strengere Formvorschriften für eine Änderung von AGB und Entgeltbestimmungen als nach der Universaldienstrichtlinie, was umso mehr für ein gesetzliches Änderungsrecht nach § 25 TKG spreche. Unterstrichen werde

dies auch durch den Umstand, dass andererseits § 18 Abs 2 TKG 1997 zwar eine Kundmachungspflicht, dafür aber kein Erfordernis einer individuellen Verständigung vorgesehen habe. § 25 TKG 2003 ist also auch insoweit strenger, was freilich die Rechtsprechung nicht davon abgehalten habe, bereits im Hinblick auf § 18 Abs 2 TKG ein einseitiges Änderungsrecht anzunehmen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass dem Teilnehmer nach § 25 Abs 3 TKG lediglich der *„wesentliche Inhalt“* der (nicht ausschließlich begünstigenden) Änderungen mitzuteilen und deren Volltext nur auf Verlangen zu übersenden sei – *„(w)ürde sich die Änderung nicht auf gesetzlicher, sondern auf vertraglicher Grundlage vollziehen, so würden diese Anordnungen hinter dem vertragsrechtlich Erforderlichen zurückbleiben und wären wenig sinnvoll“* (*Zib*, VbR 2014/5, S 113). Die Ausführungen des EuGH zu C-92/11 bezögen sich ausschließlich auf den Fall, dass sich ein entsprechendes Änderungsrecht nicht – wie eben im Fall des § 25 TKG – bereits aus dem Gesetz ergebe. Auch der Hinweis der klagenden Partei BGH und OGH würden bei Richtlinienwidrigkeit nationaler Bestimmungen einer contra legem-Auslegung das Wort reden, sei unrichtig. Vielmehr habe der BGH in der vom Kläger herangezogenen Entscheidung IV ZR 76/11 gerade ausdrücklich (Rn. 37) betont, dass *„keine gesetzwidrige (contra legem) Rechtsschöpfung“* erfolgen dürfe. Und auch der von der klagenden Partei ins Treffen geführten OGH-E 7 Ob 107/15h sei nichts dergleichen zu entnehmen.

Die Beklagte brachte weiters vor, gegen ein einseitiges Änderungsrecht nach § 25 TKG bestünden keine wie immer gearteten verfassungsrechtlichen Bedenken. Die vom Kläger unterstellte Vergleichbarkeit mit anderen „Massenbranchen“ bestünde nicht. Bei Telekommunikationsverträgen seien Vertragsanpassungen aufgrund von Veränderungen diverser, insb. technischer und preislicher Parameter (zB durch Entgelterhöhungen oder die Einstellung von Diensten) im Wettbewerb praktisch unvermeidlich. Das TKG hebe in § 1 TKG die Hochwertigkeit und Innovativität der bereitgestellten Kommunikationsdienstleistungen als wesentliche und eigenständige, durch Förderung des Wettbewerbs zu verfolgende Regelungsanliegen eigens hervor. Das Fehlen eines Mindestmaßes an Flexibilität der Betreiber bei der Gestaltung ihrer AGB/EB – vorbehaltlich der Einhaltung strenger Formvorschriften und um den Preis eines Sonderkündigungsrechts für den Kunden – würde zwangsläufig einen massiven Hemmschuh bedeuten. Vor dem Hintergrund all dessen erscheine es keineswegs verwunderlich, dass der österreichische Gesetzgeber den Betreibern in Gestalt einer einseitigen Änderungsmöglichkeit ihrer AGB/Entgeltbestimmungen eine gewissen Handlungsspielraum eröffnen wolle, wobei das gleichzeitige Anliegen eines angemessenen Kundenschutzes durch ein strenges Umsetzungsprozedere und ein kostenloses Sonderkündigungsrecht gewahrt sei. Die Beklagte argumentierte weiters, dass die Bestimmungen des KSchG sich keinesfalls als tauglicher Ersatz dafür eignen würden. Auch stelle ein gesetzliches Änderungsrecht entgegen dem von der klagenden Partei

erweckten Eindruck keineswegs ein Unikum im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung dar. In dem Zusammenhang könne etwa auf das KHVG, namentlich auf dessen §§ 15 Abs 1 und 36 Abs 2, verwiesen werden. Ein gesetzliches Änderungsrecht (samt Interessenausgleich durch Einräumung eines Sonderkündigungsrechtes des Kunden) erscheine auch im Hinblick auf den in § 69 TKG vorgesehenen Kontrahierungszwang und die damit einhergehende Einschränkung der Abschlussfreiheit des Betreibers sachgerecht.

Die Beklagte argumentierte weiters, die inkriminierte Klausel sei nicht intransparent. Sie brachte dazu im Wesentlichen vor, mit der Klausel werde der Teilnehmer erkennbar lediglich über das Prozedere für beabsichtigte Änderungen informiert, ohne hiermit irgendeine Aussage, was deren zulässigen Inhalt anbelangt, zu treffen. Dem maßgeblichen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Marktteilnehmer müsse aber das Wissen unterstellt werden, dass eine getroffene Vereinbarung auch dann noch, wenn ihr Inhalt nachträglich (einseitig) geändert werde, den gesetzlichen Bestimmungen, nicht zuletzt also auch § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG, zu entsprechen habe.

Zu der von ihr beantragten **Leistungsfrist** brachte die Beklagte weiters vor, der OGH habe in der erst kürzlich ergangenen Entscheidung 8 Ob 132/15t in einem anderen Verbandsklageverfahren des Klägers klargestellt, dass die zu setzende angemessene Leistungsfrist (die dort mit sechs Monaten angenommen wurde) nicht nur die Verwendung der betreffenden Klausel, sondern auch das Sich-Berufen auf diese Klausel umfasse. Die Beklagte stellte daher ihren Eventualantrag ausdrücklich dahingehend klar, dass die (hilfsweise begehrte) Leistungsfrist sich nicht nur auf das Verbot der Verwendung der inkriminierten Klausel beziehe, sondern auch auf das Verbot des Sich-Berufens auf sie.

Der Kläger erwiderte, für die Entscheidung 6 Ob 233/15f sei die hier gegenständliche Rechtsfrage gar nicht präjudiziell, da es dort um eine Indexanpassungsklausel (somit gerade um eine vertragliche, keine gesetzliche Regelung) ging. Zudem habe *Schilchegger* – entgegen dem Beklagtenvorbringen – seine Auffassung nicht revidiert. Weiters sei das Zitat zum angeblichen Rechtsstandpunkt der Bundesarbeitskammer aus dem Zusammenhang gerissen und für die objektive Rechtslage und das vorliegende Verfahren nicht entscheidungswesentlich.

Zum Beklagtenvorbringen betreffend die Leistungsfrist verwies der Kläger abschließend auf die Entscheidung des OGH in 6 Ob 235/15z, in welcher klargestellt worden sei, dass für die Unterlassungsverpflichtung des „Sich-Berufens“ keine Leistungsfrist zu setzen sei.

Die Beklagte brachte schließlich in der mündlichen Verhandlung vor, auch andere Telekommunikationsanbieter hätten keine klauselmäßige Vorsorge für eine einvernehmliche Vertragsänderung getroffen. In der in der Klage angeführten EuGH-Entscheidung C-92/11

werde sogar ausdrücklich davon ausgegangen, dass bei Vorliegen eines gesetzlichen Änderungsrechts dem nationalen Gesetzgeber eine ausgewogene Regelung zu unterstellen sei.

Beweise wurden aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden ./A-./G und ./1-./6.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht unter Berücksichtigung unstrittigen Parteienvorbringens folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die inkriminierte Klausel (Beilage ./A).

Rechtliche Beurteilung

Zum Unterlassungsbegehren gem § 28 KSchG

Den Kern des gegenständlichen Verfahrens bildet die Frage, ob § 25 TKG dem Telekommunikationsanbieter ein von der konkreten vertraglichen Vereinbarung losgelöstes Recht zur unbeschränkten Änderung bestehender Verträge in dem dort geregelten Verfahren einräumt oder vielmehr das Bestehen einer vertraglichen Vereinbarung voraussetzt, die einer Inhalts- und Geltungskontrolle gem den Vorschriften des ABGB und KSchG unterliegt. Gem § 25 Abs 2 TKG haben Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten „*Änderungen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen […] 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.*“ Gem § 25 Abs 3 TKG ist „*[d]er wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen [...] dem Teilnehmer mindestens ein Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung in geeigneter 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 Kläger brachte dazu im Wesentlichen vor, auch nach § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG vorgenommene Änderungen der AGB oder der Entgeltbestimmungen seien auf ihre Übereinstimmung mit dem allgemeinen Zivilrecht, insbesondere den Vorschriften des ABGB und des KSchG, zu prüfen und unterlägen damit einer Inhaltskontrolle. Insofern verstoße die inkriminierte Klausel unter anderem gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, wonach Klauseln, die dem Unternehmer ein einseitiges Entgeltänderungsrecht einräumen, bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine

Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsehen müssen und die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sein müssen. Die Beklagte vertrat demgegenüber die Ansicht, § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG berechtige Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen ex lege zur Vornahme von Vertragsänderungen. Nach § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG vorgenommene Änderungen seien nicht mehr am allgemeinen Zivilrecht zu messen.

Tatsächlich wird § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung als Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung ex lege gesehen. Als Ausgleich dafür erhält der Teilnehmer ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht (vgl 1 Ob 123/09h; 7 Ob 84/12x; 2 Ob 20/15b; 6 Ob 233/15f). Damit bildet § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG eine Ausnahme vom allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz der Vertragstreue, wonach einseitige Vertragsänderungen nicht möglich sind, und insofern eine Ausnahme vom allgemeinen Zivilrecht. Das muss allerdings – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht bedeuten, dass die einseitig vorgenommene Änderung überhaupt nicht mehr am allgemeinen Zivilrecht gemessen werden kann und insbesondere auch keiner Inhaltskontrolle mehr unterliegt. Davon ist der OGH im Übrigen auch im Anwendungsbereich der Vorgängerbestimmung des § 25 TKG, § 18 Abs 2 TKG 1997, gar nicht ausgegangen. Der Gerichtshof hat in seiner Leitentscheidung 4 Ob 50/00g zwar anerkannt, dass § 18 Abs 2 TKG 1997 eine Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung ist, die nach Maßgabe des § 18 Abs 2 TKG geänderte Klausel aber dennoch einer Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB unterzogen.

Ob auch eine nach § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG vorgenommene Vertragsänderung einer Inhaltskontrolle unterliegt, wurde durch die Rechtsprechung schlicht noch nicht beantwortet. In 4 Ob 98/04x wurde eine Klausel etwa deswegen als unzulässig beurteilt, weil sie unter anderem eine einseitige Ermächtigung zur Änderung des Einzelvertrags vorsah, die gem § 6 Abs 2 Z 3 KSchG im einzelnen hätte ausgehandelt werden müssen. § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG waren auf diese Klausel nicht anwendbar, weil sie nur einseitige Änderungen der AGB und der Entgeltbedingungen, nicht aber des Einzelvertrags regeln. Daher hatte sich der OGH gar nicht mit der Frage befasst, ob eine Klausel, die eine Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung gem den Vorgaben des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG vorsieht, darüber hinaus noch den Anforderungen des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG entsprechen müsse. Auch in 4 Ob 227/06w befasste sich der Gerichtshof nicht mit dem Verhältnis von § 6 KSchG und § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG, weil „*sich die Beklagte nicht darauf berufen [hatte], dass eine auch für bestehende Verträge wirkende Änderung von Entgeltbestimmungen ohnehin unmittelbar aufgrund von § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 (früher § 18 Abs 2 TKG 1997) möglich wäre, sodass es auf die hier strittige Klausel und deren Übereinstimmung mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gar nicht ankäme.*“ Der OGH deutete in dieser Entscheidung aber zumindest an, dass auch

Ermächtigungen zur einseitigen Vertragsänderung gem § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG dem KSchG genügen müssten: § 18 TKG 1997 und § 25 TKG 2003 würden zwar dahin ausgelegt, „*dass sie eine einseitige Änderung der AGB und der Entgeltbedingungen ermöglichen […]. Der Wortlaut von § 25 Abs 2 TKG 2003, wonach die Vorschriften des ABGB und des Konsumentenschutzgesetzes „unberührt" bleiben, wirft allerdings die Frage auf, ob diese zu § 18 TKG 1997 entwickelte Auffassung aufrecht erhalten werden kann. Zu den (anders als nach § 18 Abs 2 TKG 1997) „unberührt" bleibenden, dh vorrangig anzuwendenden zivilrechtlichen Regelungen könnte auch der Grundsatz gehören, dass einseitige Vertragsänderungen nur möglich sind, wenn es dafür eine vertragliche Grundlage gibt. Diese vertragliche Grundlage (hier Klausel 20.3.) wäre dann wieder an § 6 Abs 1 Z 5 bzw Abs 2 Z 3 KSchG zu messen*“ (OGH 4 Ob 227/06w). In 7 Ob 84/12x beurteilte der OGH eine Klausel wiederum deshalb als unzulässig, weil der darin vorgesehene Änderungsmodus bereits den Vorgaben des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG widersprach. Ob eine den Vorgaben des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG entsprechende Änderungsklausel darüber hinaus noch auf ihre Übereinstimmung mit dem KSchG überprüft werden müsse, war nicht Gegenstand des Verfahrens. Auch in 4 Ob 115/13k war § 25 TKG nicht entscheidungsrelevant. Der OGH deutete allerdings an, dass auch eine gem § 25 TKG durchgeführte Vertragsänderung einer Inhaltskontrolle unterliege: „*Wenn sich die Beklagte auf § 25 TKG beruft, so übersieht sie, dass diese Bestimmung nichts über die Zulässigkeit von Vertragsänderungen im Einzelfall aussagt, sondern nur allgemein unter anderem die Vorgangsweise bei Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen der Betreiber von Kommunikationsnetzen regelt*“ (vgl 4 Ob 115/13k). In 5 Ob 118/13h befasst sich der OGH ebenfalls nicht mit dem Verhältnis von § 25 TKG und dem KSchG („*Die im Revisionsverfahren von den Parteien behandelte Frage, ob das in § 25 TKG normierte Änderungsrecht auch § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 4 KSchG entsprechen muss, bedarf im vorliegenden Rechtsstreit keiner Klärung, weil die Klausel schon dem Transparenzgebot nicht entspricht*“). Schließlich wurde die in 2 Ob 20/15b inkriminierte Klausel bereits deshalb als unzulässig beurteilt, weil die dort vorgesehenen Modalitäten zur einseitigen Vertragsänderungen den Vorgaben des § 25 TKG nicht entsprachen. Der Gerichtshof hat allerdings Zweifel daran geäußert, ob § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG überhaupt als einseitiges gesetzliches Änderungsrecht zu verstehen sei: „*Der Oberste Gerichtshof hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 25 TKG 2003 grundsätzlich im Sinne einer gesetzlichen Ermächtigung zu einer einseitigen Vertragsänderung ausgelegt. Das kostenlose außerordentliche Kündigungsrecht wird als Ausgleich dafür verstanden […]. Allerdings wurden bereits in 4 Ob 227/06w im Hinblick auf den letzten Satz des § 25 Abs 2 TKG 2003 Bedenken gegen die Annahme einer einseitigen Änderungsbefugnis des Betreibers geäußert, infolge mangelnder Relevanz für die Entscheidung aber nicht näher ausgeführt (vgl dazu etwa Pichler, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen, MR 2007, 216 [221]). Im*

jüngeren Schrifttum wird vermehrt die Ansicht vertreten, dass § 25 TKG 2003 kein gesetzliches Änderungsrecht statuiere, sondern dass auf Änderungen bestehender Verträge allgemeines Vertragsrecht anzuwenden sei [...]. Das Klauselwerk der beklagten Partei orientiert sich ebenso wie das von den Streitteilen erstattete Prozessvorbringen an der herrschenden Rechtsprechung. Der gegenständliche Verbandsprozess bietet keinen tauglichen Anlass, diese Rechtsprechung angesichts der divergierenden Lehrmeinungen neu zu überdenken, weil die insoweit bedeutsamen Klauseln 1 und 2, wie noch zu zeigen ist, auch nach dem bisherigen Verständnis der Rechtsprechung unzulässig sind. Umso eher würde dies zutreffen, folgte man jenen Meinungen, die in der Regelung des § 25 Abs 2 TKG 2003 lediglich eine „bloße Verwaltungsvorschrift" sehen (so etwa Lust aaO 166)." In der von der Beklagten mehrmals erwähnten Entscheidung 6 Ob 233/15h ging es zudem um eine Klausel die Entgeltänderungen in Übereinstimmung mit Änderungen des Verbraucherpreis-Indexes vorsahen, welche nach Ansicht des Gerichtshofs gar nicht erst in den Anwendungsbereich des § 25 Abs 2 und Abs 3 fiel.

Der bestehenden Rsp können damit zumindest Hinweise darauf entnommen werden, dass auch einseitige Vertragsänderungen, die gem § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG vorgenommen wurden, einer Inhaltskontrolle unterliegen und damit den Anforderungen des KSchG entsprechen müssen (vgl OGH 4 Ob 227/06w; 4 Ob 115/13k; 2 Ob 20/15b). Dieses Ergebnis legt auch § 25 Abs 2 letzter Satz TKG nahe, wonach die die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unberührt bleiben. Durch § 25 Abs 2 letzter Satz TKG wird deutlich, dass zwischen Modus des Zustandekommens und inhaltlicher Kontrolle zu trennen ist. Die Vorgangsweise zur Änderung richtet sich, weil gesetzliches Änderungsrecht, nach § 25, erfordert also Anzeige und Kundmachung sowie Mitteilung an den Teilnehmer. Die „im Übrigen" unberührt bleibenden Bestimmungen des KSchG und ABGB sind jene, die den Inhalt der Änderung betreffen, insb §§ 864a, 879 ABGB und §§ 6, 9 KSchG (vgl *Zib*, § 25 TKG und Indexanpassung, VbR 2014, 12 [13]). Im Übrigen scheint auch die Beklagte selbst davon auszugehen, dass die Änderung einer Inhaltskontrolle unterliegt (vgl ON 5 Seite 13).

§ 25 TKG hat seine unionsrechtliche Grundlage in Art 20 Abs 2 Universaldienstrichtlinie idF 2009/136/EG (vgl ErlRV 1389 BlgNR 24. GP, 1 und 12). Art 20 Abs 2 Universaldienstrichtlinie idF 2009/136/EG – und damit auch § 25 Abs 3 TKG – ist eine Verbraucherschutzbestimmung. Das ergibt sich bereits aus der systematischen Stellung des Art 20 im Kapitel IV „Interessen und Rechte der Endnutzer" der Universaldienstrichtlinie idF 2009/136/EG (vgl auch Erwägungsgrund 49 der Universaldienstrichtlinie, wonach diese Richtlinie „*Elemente des Verbraucherschutzes wie eindeutige Vertragsbedingungen, Streitbeilegung und Tariftransparenz für Verbraucher*" vorsieht; entgegen der Annahme der Beklagten ist dieser

Erwägungsgrund nach wie vor Teil der Richtlinie und wurde nicht etwa durch die Änderung der Universaldienstrichtlinie durch die Richtlinie 2009/136/EG entfernt). Zudem gelten gem Art 1 Abs 4 Universaldienstrichtlinie idF 2009/136/EG „*[d]ie Endnutzerrechte betreffenden Bestimmungen dieser Richtlinie [...] unbeschadet der gemeinschaftlichen Verbraucherschutzvorschriften, insbesondere der Richtlinien 93/13/EWG und 97/7/EG, und der mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehenden nationalen Vorschriften.*“ Es widerspräche dem Zweck von Art 20 Abs 2 Universaldienstrichtlinie idF 2009/136/EG und § 25 Abs 3 TKG, wenn § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG so ausgelegt würden, dass sie jedwede einseitige Vertragsänderung ohne inhaltliche Kontrolle gestatten, solange die darin festgelegten Modalitäten eingehalten werden.

§ 25 Abs 2 und Abs 3 TKG ersetzen daher insbesondere nicht Konsumentenschutzbestimmungen des KSchG und ABGB, sondern ergänzen diese um Bestimmungen betreffend die Vorgehensweise bei der Vornahme von Änderungen der AGB und der Entgeltbestimmungen.

Die inkriminierte Klausel trifft keinerlei Einschränkungen hinsichtlich des Inhalts der Vertragsänderungen, sondern lässt Vertragsänderungen nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zu. Allein deshalb ist sie gröblich benachteiligend und intransparent iSv § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG. Sie kann bei konsumentenfeindlichster Auslegung zudem so verstanden werden, dass auf deren Grundlage auch eine einseitige Änderung der Entgeltbedingungen – ohne weitere inhaltliche Beschränkung der Entgeltänderung – vorgenommen werden kann. Damit verstößt sie gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, der auch auf Änderungen der Entgeltbestimmungen nach dem Modus des § 23 Abs 2 und Abs 3 TKG anwendbar ist.

Zum Unterlassungsbegehren gem § 28a KSchG

Der Unterlassungsanspruch besteht bereits aufgrund von § 28 Abs 1 KSchG, sodass nicht darauf eingegangen werden muss, ob auch ein Unterlassungsanspruch aufgrund von § 28a KSchG besteht.

Zur Leistungsfrist

Der Kläger begehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, es – ohne weitere Frist – zu unterlassen, die genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen. Die Beklagte beantragte demgegenüber angesichts der schwerwiegenden Auswirkungen, die der Entfall der Änderungsmöglichkeit nach sich ziehen würden, das Festsetzen einer Leistungsfrist von mindestens einem Jahr.

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann das Gericht auch bei Unterlassungsklagen eine

angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (vgl RIS-Justiz RS0041260 [T2]). Zu berücksichtigen ist, dass die Beklagte alle Änderungen ihrer AGB gem § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen hat. Schon daraus ergibt sich das Erfordernis einer Fristsetzung und der OGH hat dafür in 7 Ob 84/12x und OGH 2 Ob 20/15b jeweils eine Leistungsfrist von vier Monaten für angemessen erachtet. Auch im gegenständlichen Fall ist eine Leistungsfrist von vier Monaten für das Verwenden der Klausel daher angemessen. Das Sich-Berufen auf die inkriminierte Klausel hat die Beklagten demgegenüber mit sofortiger Wirkung zu unterlassen, weil es dem Zweck des Zweck der Verbandsklage und den Absichten des Gesetzgebers widerspräche, wenn sich die Beklagte vorerst nach wie vor auf die als gesetzwidrig erkannten Klausel berufen dürfte. Das Unterlassen einer weiteren Berufung auf solche Klauseln bedarf als „reine Unterlassung“ auch keiner Vorbereitungsfrist, wie dies auf die Neufassung von Vertragsformblättern und Geschäftsbedingungen zutreffen mag (OGH 6 Ob 235/15z).

Zum Veröffentlichungsbegehren

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG immanent darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit – und nicht bloß die Kunden der Beklagten – das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- und/oder sittenwidrig sind (vgl RIS-Justiz RS RS0121963 [T7]). Den beteiligten Verkehrskreisen ist Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (vgl RIS-Justiz RS0121963).

Die begehrte Veröffentlichung ist angemessen und die Beklagte zur Veröffentlichung im Bundesgebiet zu verpflichten, weil sie ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet anbietet sowie bewirbt. Die Veröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden auflagenstarken Zeitung steht daher im Verhältnis zu den Gesetzesverstößen. Die Beklagte hat im Übrigen nichts gegen das Veröffentlichungsbegehren des Klägers vorgebracht.

Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 Abs 1 ZPO und das Kostenverzeichnis des Klagsvertreters, wogegen keine Einwendungen gem § 54 Abs 1a ZPO erhoben wurden.

Handelsgericht, Abteilung 18
Wien, 05. April 2017
HR Dr. Mautner-Markhof, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG