



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei Hutchison Drei Austria GmbH, Wien 21, Brünner Straße 52, vertreten durch Dr. Mathias Görg, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 5.500 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. Februar 2018, GZ 2 R 86/17g-13, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 5. April 2017, GZ 18 Cg 71/16d-7, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es lautet:

„Das Klagebegehren des Inhalts,

1. die beklagte Partei ist schuldig

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt 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 Grundentgelts – 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.

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 beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen,

wird abgewiesen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten

Partei die mit 13.642,18 EUR (darin enthalten 1.456,36 EUR USt und 4.904 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Der Kläger ist ein nach § 29 Abs 1 KSchG klagebefugter Verein. Die Beklagte ist eine Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen. Sie tritt laufend mit Verbrauchern im Sinn des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und legt den mit diesen geschlossenen Verträgen Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde, die unter anderem die im vorliegenden Verfahren beanstandete Klausel enthalten.

Der Kläger beehrte – gestützt auf § 25 Abs 2 und 3 TKG, §§ 6 Abs 1 Z 5, 6 Abs 2 Z 4, 6 Abs 3 KSchG, §§ 879 Abs 3 und 864a ABGB –, der Beklagten die Verwendung der und die Berufung auf die im Spruch ersichtliche Klausel oder sinngleicher Klauseln gemäß § 28 KSchG zu untersagen und ihr Geschäftspraktiken im Sinn des § 28a KSchG zu verbieten, mit denen sie auf Basis der beanstandeten Klausel ohne ausdrückliche Zustimmung des Kunden

- Erhöhungen des Grundentgelts – ausgenommen solcher, die sich aus der vertraglich vereinbarten Wertsicherungsklausel ergeben – vornimmt,

- neue Wertsicherungsklauseln in den Vertrag einführt oder bestehende Wertsicherungsklauseln zu ihren Gunsten abändert oder

- neue Entgelte oder Gebühren, insbesondere eine Servicepauschale von 20 EUR in den Vertrag einführt;
zudem erhob der Kläger ein Veröffentlichungsbegehren. Die

beanstandete Klausel lege ein uneingeschränktes einseitiges Änderungsrecht der Beklagten hinsichtlich nicht individuell vereinbarter Vertragsbestimmungen und Entgeltbestimmungen fest. Dieses Änderungsrecht sei inhaltlich und zeitlich unbestimmt. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei die Klausel nicht durch § 25 TKG gedeckt.

Die Beklagte entgegnete, dass die Bestimmungen des § 25 Abs 2 und 3 TKG Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen ex lege zur Vornahme von Vertragsänderungen berechtigten. Auch aus dem Unionsrecht ergebe sich nichts anderes.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren einschließlich des Veröffentlichungsbegehrens statt. § 25 Abs 2 und 3 TKG bilde eine Ausnahme vom allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz der Vertragstreue, wonach einseitige Vertragsänderungen nicht möglich seien. Der Rechtsprechung könnten jedoch Hinweise darauf entnommen werden, dass auch einseitige Vertragsänderungen nach § 25 TKG einer Inhaltskontrolle unterliegen. Da die beanstandete Klausel Vertragsänderungen durch die Beklagte nahezu unbeschränkt zulasse, sei sie gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nur insoweit (teilweise) Folge, als es hinsichtlich der vom Erstgericht untersagten Geschäftspraktik jede (und nicht nur eine ausdrückliche) Zustimmung des Kunden als Rechtfertigung genügen ließ. Dazu referierte das Berufungsgericht die Rechtsprechung, wonach § 25 Abs 2 und 3 TKG grundsätzlich als gesetzliche Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung verstanden werde. Diese Interpretation werde in der Literatur jedoch vermehrt bezweifelt. Mit der genannten Regelung werde den Betreibern

von Kommunikationsnetzen oder -diensten zwar eine einseitige Ermächtigung zur Vertragsänderung eingeräumt; dieses Recht sei im Bereich der von den Teilnehmern zu leistenden Entgelthöhe jedoch durch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beschränkt. Außerdem liege in drei Vertragsanpassungskonstellationen (Einzelvertrag, Indexanpassung und Entgeltgarantie) kein Fall des § 25 TKG vor, weshalb die Klausel gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG verstoße. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil § 25 Abs 2 und 3 TKG in der Lehre unterschiedlich ausgelegt werde und die Rechtsfrage, ob die in dieser Norm statuierte einseitige Ermächtigung zur Vertragsänderung durch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eine inhaltliche Schranke erfahre, vom Obersten Gerichtshof bisher nicht geklärt worden sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten, die auf eine Abweisung des Klagebegehrens abzielt.

Mit seiner Revisionsbeantwortung beantragt der Kläger, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen, in eventu, diesem den Erfolg zu versagen.

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig; sie ist auch berechtigt.

1.1 Die beanstandete Klausel lautet wie folgt:

„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.“

1.2 Die zugrunde liegenden Rechtsvorschriften lauten:

§ 25 TKG 2003 seit der Fassung
BGBl I 2011/102:

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

(3) Der wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen ist dem Teilnehmer mindestens ein Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung in 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 Volltext der Änderungen ist den Teilnehmern auf deren Verlangen zuzusenden.“

Der letzte Satz in § 25 Abs 2 TKG wurde durch BGBl I 2011/102 geändert; zuvor (BGBl I 2003/70) lautete er wie folgt:

„Die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl Nr 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches bleiben unberührt.“

Art 20 Abs 2 der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung lautet:

„(2) 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. Den Teilnehmern werden diese Änderungen mit ausreichender Frist, und zwar mindestens einen Monat zuvor, angezeigt; gleichzeitig werden sie über ihr Recht unterrichtet, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen, wenn sie die neuen Bedingungen nicht annehmen. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden das Format für diese Mitteilungen vorgeben können.“

2.1 Die im Anlassfall entscheidende Rechtsfrage verlangt die Antwort darauf, ob § 25 Abs 2 und 3 TKG dem Telekommunikationsanbieter ein einseitiges gesetzliches Änderungsrecht in Bezug auf Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen einräumt, oder ob für eine solche Änderung eine entsprechende vertragliche Änderungsvereinbarung vorausgesetzt ist.

2.2 Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, dass die Regelung des § 25 Abs 2 und 3 TKG grundsätzlich als gesetzliche Ermächtigung zu einer einseitigen Vertragsänderung verstanden wird, wobei dem Kunden als Ausgleich dafür ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht zusteht (1 Ob 123/09h; 7 Ob 84/12x; 8 Ob 72/13s; 5 Ob 118/13h; 2 Ob 20/15b; 6 Ob 233/15f; 9 Ob 14/17z).

Wie das Berufungsgericht ebenfalls richtig ausführt, wird in der Literatur zum Teil die Auffassung vertreten, dass § 25 TKG als reine Schutznorm zu Gunsten von Teilnehmern konzipiert sei und der Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt habe, ein gesetzliches Änderungsrecht zu begründen, sondern mit § 25 Abs 2 und TKG vertragliche Änderungsrechte vorausgesetzt würden (siehe zum

Meinungsstand *Schilchegger* in *Riesz/Schilchegger*, TKG § 25 Rz 34 mwN). In jüngster Zeit wurde von *Lehofer* (§ 25 Abs 3 TKG – Sonderprivatrecht zur einseitigen AGB-Änderung? VbR 2015/46, 67) der Standpunkt vertreten, dass aufgrund des im Gesetz vorgenommenen Hinweises, dass die Bestimmungen des KSchG sowie des ABGB unberührt bleiben, und unter Berücksichtigung, dass sich auch aus dem Unionsrecht kein einseitiges AGB-Änderungsrecht ableiten lasse, die Grundregeln des Vertragsrechts zu gelten hätten, insbesondere, dass eine Vereinbarung von Änderungsklauseln gemäß § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 und 4 KSchG vorliegen müsse, damit die Anbieter eine Änderung vornehmen dürften.

Auch *Docekal* (TKG-Kündigungsrecht bei Indexanpassung, VbR 2014/48, 88) steht auf dem Standpunkt, dass gewichtige Gründe gegen die Auffassung sprächen, dass § 25 Abs 2 und 3 TKG ein gesetzliches Vertragsänderungsrecht einräume, und zwar einerseits aus der Überlegung, dass der mit § 25 TKG umgesetzte Art 20 der Universaldienstrichtlinie als Verbraucherschutznorm konzipiert sei, und weil andererseits auch die Materialien zum Europäischen Gesetzgebungsprozess keinen Hinweis darauf gäben, dass Art 20 der Universaldienstrichtlinie eine Sonderregel zugunsten von Telekommunikationsanbietern einführen wolle.

2.3 Die Frage, ob § 25 TKG, der Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie umsetzt, den Telekommunikationsanbietern ein gesetzliches einseitiges Änderungsrecht „von *Vertragsbestimmungen*“ (Textierung in der Richtlinie) bzw „von *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* und *Entgeltbestimmungen*“ (Textierung im TKG) einräumt, lässt sich – entgegen mancher Stimmen in der

Literatur – anhand der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu C-326/14, *AI Telekom*, klar beantworten:

In Rn 19 dieser Entscheidung hält der Gerichtshof fest, dass es in seiner Entscheidung um die Auslegung der Wendung „*Änderung der Vertragsbedingungen im Sinn von Art 20 Abs 2 der Richtlinie*“ geht. In Rn 24 gibt der Gerichtshof den Inhalt des Art 20 Abs 2 der Richtlinie wieder. Danach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Teilnehmer das Recht haben, bei der Bekanntgabe von Änderungen der Vertragsbedingungen, die von den Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen, vorgeschlagen werden, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen. Die Mitgliedstaaten müssen weiters dafür sorgen, dass den Teilnehmern diese Änderungen mit ausreichender Frist, und zwar mindestens einen Monat zuvor, angezeigt werden und dass sie über ihr Recht unterrichtet werden, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen, wenn sie die neuen Bedingungen nicht annehmen. Die entscheidende Aussage des Gerichtshofs folgt sodann in Rn 25, in der der EuGH Folgendes festhält: „Anhand dieser Bestimmungen wird deutlich, dass der Unionsgesetzgeber anerkannt hat, dass Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen, ein berechtigtes Interesse daran haben können, die Preise und Tarife ihrer Dienstleistungen zu ändern (vgl entsprechend Urteil *RWE-Vertrieb* C-92/11, EU:C:2013:180, Rn 46).“

Dass der EuGH damit ein einseitiges Änderungsrecht der Telekommunikationsanbieter, also ohne eine entsprechende vertragliche Regelung, meint, ergibt sich zunächst schon aus dem Verweis auf die Entscheidung

C-92/11, *RWE-Vertrieb*, die die Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, und zwar Verträge über Gaslieferungen betrifft. In der zitierten Rn 46 der Entscheidung C-92/11 nimmt der Gerichtshof auf die in der genannten Richtlinie für Tarifkundenverträge zum Standardtarif vorgesehene Regelung über die einseitige Änderung der Entgelte durch den Anbieter für die Gaslieferungen Bezug. Dieses einseitige Änderungsrecht ist Bezugspunkt für den sich daran anschließenden Hinweis des EuGH auf das vom Unionsgesetzgeber anerkannte berechtigte Interesse des Versorgungsunternehmens, die Entgelte für seine Leistung zu ändern.

Unter Zugrundelegung dieser Überlegungen zieht der Gerichtshof in Rn 27 der Entscheidung C-326/14 die Schlussfolgerungen zu der dort verfahrensgegenständlichen Entgeltänderung auf Basis einer Indexklausel dahin, „dass die in dieser Weise vertraglich vorgesehene Entgeltanpassung die Endnutzer nicht in eine andere vertragliche Situation versetzen kann, als sie sich aus dem Vertrag ergibt, dessen Inhalt sich nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmt, die die fragliche Klausel enthalten“.

Im Klartext bedeutet dies, dass die Entgeltänderung durch eine Indexklausel eine vertragliche Änderung betrifft und daher nicht von Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie erfasst wird, also nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fällt. Genau dies drückt der EuGH in Rn 28 wie folgt aus: „Wird eine Tarifänderung in dieser Weise vorgenommen, ist sie folglich nicht als Änderung der Vertragsbedingungen im Sinne von Art 20 Abs 2 der Richtlinie 2002/22 einzustufen.“ Daher gelangt der EuGH in Rn 29 zum Ergebnis, „dass Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie dahin auszulegen ist, dass eine

Änderung der Entgelte für die Bereitstellung elektronischer Netz- oder Kommunikationsdienste gemäß einer Entgeltanpassungsklausel, die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmens, das diese Dienste anbietet, enthalten ist, keine Änderung der Vertragsbedingungen im Sinn dieser Bestimmung darstellt, die den Teilnehmer berechtigt, seinen Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen.“

Die Entscheidung des EuGH enthält somit folgende zentrale Begründungselemente:

- Eine Entgeltänderung auf vertraglicher Basis, im Ausgangsfall aufgrund einer Entgeltanpassungsklausel, ist nicht als „Änderung der Vertragsbedingungen“ im Sinn von Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie zu verstehen und fällt daher nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung;

- Art 20 Abs 2 der Richtlinie sieht vielmehr ein einseitiges Änderungsrecht der Telekommunikationsanbieter zur Änderung von Vertragsbestimmungen vor, wobei dem Verbraucher als Ausgleich ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt wird.

3.1 Nach der besprochenen Entscheidung des EuGH ist somit zwischen

- dem gesetzlichen Änderungsrecht (von Vertragsbestimmungen bzw von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen) und

- vertraglichen (vereinbarten) Änderungsrechten zu unterscheiden.

Beim gesetzlichen Änderungsrecht kommt es für die Frage, ob eine Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen zulässig ist und wirksam zustande kommt (Änderungsmodus), nur auf die

formellen Vorgaben (das Prozedere) nach Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie – und in Umsetzung dieser Vorgaben nach § 25 Abs 2 und 3 TKG – an. Eine vertragliche Änderungsregel ist dafür nicht vorausgesetzt. Für den Änderungsmodus kommt es insbesondere nicht auf die Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG an, zumal diese Regelung nur für vertragliche Entgeltänderungen gilt. Für das gesetzliche Änderungsrecht ist auch nicht etwa ein Änderungsvorbehalt in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erforderlich (vgl dazu die zutreffenden Ausführungen von *Zib*, § 25 Abs 3 TKG – Die nächste Runde, ÖJZ 2017/109, 793 [794]).

3.2 Dieses Verständnis hat der Oberste Gerichtshof konsequenterweise auch seiner – im Anschluss an die Vorabentscheidung des EuGH zu C-326/14 ergangenen – Entscheidung zu 8 Ob 132/15t (der Vorlagebeschluss erfolgte zu 8 Ob 72/13s) zugrunde gelegt. Dementsprechend führte der 8. Senat in seiner Entscheidung aus: „Im Lichte des Ergebnisses und der Begründung der Entscheidung des EuGH kann der Auslegung der Vorinstanzen, die eine Einhaltung des Verfahrens nach § 25 Abs 3 TKG auch bei Entgelterhöhungen infolge einer vereinbarten Indexklausel für erforderlich erachtet haben, nicht gefolgt werden. Es kommt auch im Anwendungsbereich des § 25 TKG dem Teilnehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht nicht zu, wenn im Telekommunikationsbereich eine Entgeltänderung aufgrund einer vertraglich vorgesehenen Anpassungsklausel (...) erfolgt (vgl auch *Hasberger*, Entgelterhöhung im TKG: Ex lege oder doppelter Konsumentenschutz? MR 2012, 55; *Bollenberger*, Geldwert und Vertragsänderung. Bemerkungen zu § 25 TKG aus Anlass des Vorabentscheidungsersuchens 8 Ob 72/13s,

RdW 2014/760). Die gegenständlichen Klauseln begründen daher keinen Verstoß gegen § 25 Abs 3 TKG.“

Diese Judikatur setzte der Oberste Gerichtshof in den nachfolgenden Entscheidungen zu 6 Ob 233/15f (Klausel 7), zu 6 Ob 235/15z (Klausel 19.6) und zu 2 Ob 20/15b (Klausel 1) fort.

3.3 Die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach die einseitige Ermächtigung zur Vertragsänderung nach § 25 Abs 2 und 3 TKG zumindest im Bereich der Entgelthöhe durch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beschränkt werde, ist unzutreffend. Das Gleiche gilt für die Begründung des Berufungsgerichts, dass der „Unberührtheitsvorbehalt des § 25 Abs 2 TKG richtlinienkonform dahin zu verstehen sei, dass auch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG von dieser Norm unberührt geblieben sei und Entgeltänderungen nur bei Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG erfolgen dürften. Diese Argumentation lässt nämlich nicht nur die einschlägige Entscheidung des EuGH zu C-326/14, *Al Telekom*, unbeachtet, sondern auch den Grund für die Änderung des „Unberührtheitsvorbehalt“ durch die TKG-Novelle I 2011/102, der erkennbar darin bestand, in der Judikatur geäußerte Zweifel, ob zu den „unberührt bleibenden“ zivilrechtlichen Regelungen auch der allgemeine Vertragsgrundsatz gehört, dass einseitige Vertragsänderungen nur bei einer vertraglichen Grundlage zulässig sind (vgl 4 Ob 227/06w), zu entkräften. Durch die Verdeutlichung mit der Wendung „Im Übrigen ... unberührt bleiben“ wird ausgedrückt, dass sich der in Rede stehende Gesetzesvorbehalt nur auf Fragen bezieht, die nicht den Änderungsmodus betreffen. Konkret bedeutet dies, wie schon das Erstgericht zutreffend erkannt hat, dass zwischen

- dem gültigen Zustandekommen der Änderung

von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen (Änderungsmodus) einerseits und - sonst inhaltlicher Kontrolle einer entsprechenden Änderungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterscheiden ist und sich der Gesetzesvorbehalt nur auf Letzteres bezieht, weshalb eine entsprechende, auf das gesetzliche Änderungsrecht bezugnehmende Vertragsklausel – abgesehen vom Änderungsmodus – sonst inhaltlich nicht gegen das KSchG verstoßen darf (vgl *Zib*, § 25 Abs 3 TKG – Die nächste Runde, ÖJZ 2017/109, 793 [794]). Der Inhalt einer (allfälligen) solchen Änderungsklausel ist daher am Maßstab des ABGB und KSchG zu messen und darf etwa nicht dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG widersprechen.

3.4 Der vom Berufungsgericht ins Treffen geführte Grundsatz der richtlinienkonformen Interpretation hat an der konkreten Richtlinienbestimmung (hier der Frage nach der Bedeutung der „Änderung der Vertragsbedingungen“ im Sinn des Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie) anzusetzen. Bei der Auslegung von Unionsvorschriften sind nicht nur die Zielsetzungen, die mit der Rechtsvorschrift verfolgt werden, sondern insbesondere auch der systematische Zusammenhang der auszulegenden Bestimmung sowie die Regelungssystematik und Kohärenz der Vorschrift zu beachten (vgl C-294/15, *Mikolajczyk*, C-350/14, *Lazar*). Das Berufungsgericht argumentiert lediglich mit der Entgelttransparenz als verbraucherschutzrechtliche Notwendigkeit. Der Hinweis auf einen Teilaspekt der globalen Zielsetzungen der zugrunde liegenden Richtlinie (diese bestehen im Übrigen vornehmlich darin, in der gesamten Europäischen Union die Verfügbarkeit hochwertiger, öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste durch

wirksamen Wettbewerb und Angebotsvielfalt zu gewährleisten: vgl Rn 20 zu C-326/14) rechtfertigt nicht eine nur darauf bezogene einseitige Auslegung.

3.5 Das Berufungsgericht kann auch die Entscheidung 2 Ob 20/15b nicht für seine Ansicht ins Treffen führen. Insbesondere kann aus dieser Entscheidung nicht abgeleitet werden, dass ein Überdenken der Rechtsprechung zur Interpretation des § 25 Abs 2 und 3 TKG im Hinblick auf Vertragsänderungen im Zusammenhang mit Entgeltbestimmungen angebracht sei. Vielmehr verweist der 2. Senat in dieser Entscheidung auf die bisherige Rechtsprechung zu § 25 TKG, die diese Bestimmung als gesetzliche Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung auslegt und das kostenlose außerordentliche Kündigungsrecht des Kunden als Ausgleich dafür versteht. Weiters wird in dieser Entscheidung auf die im jüngeren Schrifttum vertretene Ansicht hingewiesen, dass § 25 TKG kein gesetzliches Änderungsrecht statuieren, sondern dass auf Änderungen bestehender Verträge allgemeines Vertragsrecht anzuwenden sei. Daran schließt sich die Beurteilung an, dass sich das Klauselwerk der (dortigen) Beklagten ebenso wie das von den Streitparteien erstattete Prozessvorbringen an der herrschenden Rechtsprechung orientieren. Aus der folgenden Aussage in dieser Entscheidung, dass der gegenständliche Verbandsprozess keinen tauglichen Anlass biete, die bisherige Rechtsprechung angesichts der divergierenden Lehrmeinungen neu zu überdenken, weil die insoweit bedeutsamen Klauseln 1 und 2 auch nach dem bisherigen Verständnis der Rechtsprechung unzulässig seien, kann nicht der gegenteilige Schluss gezogen werden, diese Entscheidung lege ein Überdenken der bisherigen Rechtsprechung im Zusammenhang mit Entgeltbestimmungen nahe.

3.6 Auch die Entscheidung zu 6 Ob 233/15f stützt die Ansicht des Berufungsgerichts nicht. Die Beurteilung zur dortigen Klausel 6 betraf ausschließlich die darin enthaltene Zustimmungsfiktion zur Vertragsänderung. Auch wenn eine Zustimmung des Kunden für die Vornahme einer Änderung von Entgeltbestimmungen aufgrund des gesetzlichen Änderungsrechts nicht notwendig ist, musste sich der Oberste Gerichtshof mit dieser konkreten Anordnung in der fraglichen Klausel dennoch befassen. Eine in der Klausel formulierte Zustimmungsfiktion gehört nicht zur „Änderung der Entgeltbestimmungen“ im Sinn des § 25 Abs 2 und 3 TKG (Änderungsmodus) und unterliegt daher der inhaltlichen Kontrolle einer Änderungsklausel.

4. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass § 25 Abs 2 und 3 TKG – im Einklang mit Art 20 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie – dem Telekommunikationsanbieter ein einseitiges gesetzliches Änderungsrecht zur Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen einräumt. Der erkennende Senat hält an der bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich fest. Die gegenteiligen Stimmen in der Literatur bieten keinen Anlass, von dieser (unionsrechtskonformen) Beurteilung abzugehen.

5.1 Das Berufungsgericht beurteilte den Inhalt der zu prüfenden Klausel auch als intransparent, weil diese auf die drei Vertragsanpassungskonstellationen, die nicht unter § 25 Abs 2 und 3 TKG fallen (Änderung von Einzelverträgen: 4 Ob 98/04x; Entgeltänderung durch Anwendung einer vereinbarten Wertanpassungs- bzw Indexklausel: C-326/14; Änderung einer vertraglich garantierten Entgelthöhe: 4 Ob 115/13k) nicht Bezug nehme.

5.2 Wie bereits ausgeführt, muss der Inhalt der zu beurteilenden Änderungsklausel – nicht aber der

Änderungsmodus – den Vorgaben des KSchG, insbesondere dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, entsprechen (vgl 5 Ob 118/13h).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Anordnung soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sichergestellt werden, um zu verhindern, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, gegen die er sich nicht zur Wehr setzt, er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes bzw unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis eines für die jeweilige Vertragsart typischen durchschnittlichen Verbrauchers. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen so gestaltet sein, dass der Verbraucher klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält. Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen in erster Linie Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich wiedergeben, dem Transparenzgebot, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (8 Ob 132/15t; 10 Ob 60/17x; 1 Ob 113/17z).

5.3 Das vom Berufungsgericht erzielte Ergebnis, wonach die hier zu beurteilende AGB-Klausel gegen das Transparenzgebot verstoße, überzeugt nicht: Die verwendete Klausel orientiert sich am Gesetzestext des § 25 Abs 2 und 3 TKG und gibt die Rechtslage richtig wieder, wonach dem Telekommunikationsanbieter nach Maßgabe der gesetzlich festgelegten Kundmachungs- und Mitteilungsvorschriften ein

gesetzliches Änderungsrecht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen und dem Nutzer als Ausgleich dafür ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht zukommt. Damit wird aus Sicht eines durchschnittlichen Verbrauchers weder die Rechtslage verschleiert, noch bleibt sie undeutlich, und der Kunde wird auch nicht über die Rechtsfolgen oder über seine vertraglichen Rechte getäuscht.

Aus dem Transparenzgebot kann sich zwar eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung der Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219). Die Anforderungen an das Transparenzgebot dürfen allerdings nicht überspannt werden (8 Ob 24/17p). Vertraglich speziell vereinbarte Änderungsrechte (von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Entgeltbestimmungen) oder vertraglich (für die Vertragslaufzeit) garantierte Entgelte fallen nicht in den Anwendungsbereich des gesetzlichen Änderungsrechts nach § 25 Abs 2 und 3 TKG und auch nicht in den Anwendungsbereich der zu prüfenden Klausel; sie nimmt auf solche Sondervereinbarungen mit keinem Wort Bezug. Um dem Transparenzgebot zu entsprechen, muss eine Klausel aber nicht alle denkbaren Eventualitäten, auf die sie gar keine Anwendung findet, berücksichtigen. Dem durchschnittlich verständigen Verbraucher ist auch ausreichend klar, dass individuell ausgehandelte Tarife und Entgeltgarantien nicht durch allgemein veröffentlichte Entgeltbestimmungen abgeändert werden können und die fragliche Klausel daher nur für Vertragsänderungen ohne vertragliche Sonderregelungen gilt. Im Übrigen hat sich der Kläger nicht darauf gestützt, dass es bei der Beklagten Kunden mit derartigen Sondervereinbarungen gibt. Vielmehr hat sich die Beklagte darauf berufen, dass sie – so wie alle

Mobilfunkanbieter – mit Verbrauchern nur auf Basis standardisierter Tarifbestimmungen kontrahiere. Diese Überlegungen führen insgesamt zum Ergebnis, dass die zu beurteilende Klausel nicht gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstößt.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vom Kläger beanstandete Klausel die Rechtslage, wonach dem Telekommunikationsanbieter ein gesetzliches einseitiges Änderungsrecht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen und dem Nutzer als Ausgleich dafür ein außerordentliches Kündigungsrecht zukommt, richtig wiedergibt. Die Klausel ist nicht gesetzwidrig und auch nicht intransparent. Dementsprechend ist die Änderung von Entgelten ohne Zustimmung des Verbrauchers auf Basis der Klausel auch keine gesetzwidrige Geschäftspraktik.

Davon ausgehend hält die Entscheidung des Berufungsgerichts der Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof nicht Stand. Der Revision der Beklagten war daher im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 17. Juli 2018
Dr. V o g e l
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG