



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

2 R 86/17g

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Hofmann und die Richterin des Oberlandesgerichtes Mag. Thier in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Hutchison Drei Austria GmbH**, Brünner Straße 52, 1210 Wien, vertreten durch Dr. Mathias Görg, Rechtsanwalt in Wien, wegen **Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 36.000,00)**, infolge Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 05.04.2017, 18 Cg 71/16d-7, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird in seinem Spruchpunkt 1.a) bestätigt und in seinem Spruchpunkt 1.b) abgeändert, sodass Spruchpunkt 1.a) und 1.b) insgesamt zu lauten haben:

„Die beklagte Partei ist schuldig,

**1.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](http://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;

**1.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 Entgeltänderungen 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](http://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 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 Entgelt oder Gebühren, insbesondere eine Servicepauschale von EUR 20,00 in den Vertrag einzuführen, oder sinngleiche Praktiken anzuwenden.

Das darüber hinausgehende Begehren, die unter 1) bis 3) genannten Praktiken oder sinngleiche Praktiken ohne *ausdrückliche* Zustimmung des Kunden zu unterlassen, wird **abgewiesen.**"

Im darüber hinausgehenden Umfang wird der Berufung nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.051,12 (darin EUR 508,52 USt.) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,00.

Die Revision ist zulässig.

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

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 und § 28a KSchG berechtigter Verein.

Der **Kläger** beantragt a) die Unterlassung der Verwendung der und Berufung auf die im Spruch ersichtlichen Klausel gemäß § 28 KSchG und b) die Unterlassung von aus dem Spruch ersichtlichen Praktiken, die gesetzwidrig seien und die die allgemeinen Interessen der Verbraucher im Sinne des § 28a Abs 1 KSchG beeinträchtigten.

Zu a):

Der Kläger brachte im Wesentlichen vor, dass die inkriminierte Klausel 7.3. bei kundenfeindlichster Auslegung ein unbeschränktes einseitiges Änderungsrecht der Beklagten bezüglich nicht individuell vereinbarter Vertragsbestimmungen bzw. Entgeltbestimmungen festlege. Das Änderungsrecht sei inhaltlich und zeitlich völlig unbestimmt, das heißt die Beklagte könne jederzeit aus welchem Grund immer ihr Entgelt und ihre Geschäftsbedingungen einseitig ändern. Weiters enthalte die Klausel keine Beschränkung in Form einer sachlichen Rechtfertigung für die entsprechende Vertragsänderung. Damit fehle jegliche Determinierung. Neben dieser Klausel finde sich in den gegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Wertanpassungsklausel anhand des Jahres-VPI. Die hier in

Rede stehende Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG, § 6 Abs 2 Z 4 KSchG und § 25 TKG.

Die Klausel sei auch nicht durch § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG gedeckt. Die Auffassung, dass sich aus § 25 Abs TKG ein einheitliches Änderungsrecht der Telekom-Anbieter ergebe, gehe auf die Vorgängerbestimmung, nämlich § 18 TKG 1997 zurück. Aus § 18 Abs 2 TKG 1997, und den darin festgelegten Kundmachungsvorschriften sei vom Obersten Gerichtshof 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 geregt.

Mit dem TKG 2003 sei in dem § 25 Abs 2 TKG ausdrücklich festgehalten, dass „die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, sowie des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches unberührt“ blieben. Allein daraus gehe hervor, dass eine Mitteilung von Änderungen gemäß den Formvorschriften des TKG erst nach zivilrechtlich gebotener Annahme durch den 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. Gemäß den ausdrücklichen Ausführungen in den Materialien sei § 25 TKG eine verbraucherschutzorientierte Intention zu unterstellen, was ebenfalls gegen die Annahme eines Sonderprivatrechtes für Telekommunikationsanbieter spreche.

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: In der Entscheidung 4 Ob 98/04x habe der Oberste Gerichtshof betont, dass Änderungen des

Einzelvertrages durch § 25 TKG 2003 nicht gedeckt wären, sodass die zu beurteilende Klausel auch nach der nunmehr geltenden Rechtslage gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verstoße, weil sie die Beklagte zur einseitigen, durch § 25 TKG 2003 nicht gedeckten Vertragsänderung ermächtige. In 4 Ob 227/06w habe der Oberste Gerichtshof hervorgestrichen, dass der Wortlaut von § 25 Abs 2 TKG 2003, wonach die Vorschriften des ABGB und des KSchG „unberührt“ blieben, die Frage aufwerfe, ob diese zu § 18 TKG 1997 entwickelte Auffassung aufrecht erhalten werden könne; zu den „unberührt“ bleibenden, das heißt vorrangig anzuwendenden zivilrechtlichen Regelungen könnte auch der Grundsatz gehören, dass einseitige Vertragsänderungen nur möglich seien, wenn es dafür eine vertragliche Grundlage gebe. Diese vertragliche Grundlage wäre dann wieder an § 6 Abs 1 Z 5 bzw. Abs 2 Z 3 KSchG zu messen“. Auch die Entscheidungen 7 Ob 84/12x, 4 Ob 115/13k, 5 Ob 118/13h und 2 Ob 20/15b beschäftigten sich mit dem Umfang des in § 25 TKG normierten Änderungsrecht der Telekom-Anbieter, ließen jedoch die Frage unbeantwortet, ob dieses Änderungsrecht durch die Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 4 KSchG beschränkt sei.

In der Lehre sei die vormalige Rechtsauffassung ebenfalls auf erhebliche Kritik gestoßen (vgl. *Th. 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 eingesetzliches 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 2002/22idF 2009/136/EG. Art 1 Absatz 4 dieser RL enthalte folgenden Passus: „Die Endnutzerrechte betreffenden Bestimmungen dieser Richtlinie gelten unbeschadet der gemeinschaftlichen Verbraucherschutzvorschriften, insbesondere der Richtlinien 93/13/EW Gund 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.

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 solle das - vom EUGH in seiner Rechtsprechung als Interessensausgleich vorgesehene - Kündigungsrecht statuiert werden. Aus Art 20 Abs 2 USD-RL lasse sich sohin kein gesetzliches einseitiges Änderungsrecht ableiten, sondern festigte dieser gerade gegenteilig für den Fall eines in den AGB vorweg vereinbarten einseitigen Änderungsrechts das zwingende Kündigungsrecht des Verbrauchers. In richtlinienkonformer Interpretation sei § 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.

Zu b)

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 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 eine Wertsicherungsklausel und eine Servicepauschale von EUR 20,00 jährlich

eingeführt worden seien. Ebenso habe die Beklagte mit 08.09.2016 bei Wertkartentarifen gestützt auf § 25 TKG bzw die oben inkriminierte Klausel das monatliche Grundentgelt um bis zu EUR 3,00 erhöht. 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 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 auf das einseitige gesetzliche Änderungsrecht gemäß § 25 TKG berufen, werde auf die obigen Ausführungen diesbezüglich verwiesen, wonach ein solches nicht gegeben sei. 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 habe selbst ausgeführt, dass von der gegenständlichen 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 bestehe. Die gegenständlichen Kundmachungen seien öffentlich erfolgt, und es seien die von den Vertragsänderungen betroffenen Verbraucher auch direkt von der Beklagten informiert worden.

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 vom Kläger für den eigenen Rechtsstandpunkt herangezogenen Entscheidung 2 Ob 20/15 werde dies als „herrschende Rechtsprechung“ bezeichnet. Zwar seien in 4 Ob 227/06w tatsächlich Zweifel angemeldet worden, ob angesichts des (damals noch) pauschalen Unberührtheitshinweises in § 25 Abs 2 letzter Satz TKG von einem gesetzlichen Änderungsrecht ausgegangen werden könne. Allerdings habe der OGH in weiterer Folge klargestellt, dass er weiterhin von einem solchen Änderungsrecht ausgehe. Die Behauptung, aus 4 Ob 115/13k sei eine gegenteilige Haltung ableitbar, sei schlichtweg falsch. Vielmehr bestätige der OGH 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 Teilneh-

mern zuvor ausdrücklich verzichtet habe.

Auch in der Literatur spreche sich die bei weitem überwiegende Meinung für das Bestehen eines einseitigen gesetzlichen Änderungsrechts aus.

Auch aus dem Unionsrecht ergebe sich keineswegs, dass ein einseitiges gesetzliches Änderungsrecht für Telekommunikationsanbieter unzulässig wäre: Soweit der Kläger in dem Zusammenhang auf die Klauselrichtlinie 93/13/EWG verweise, übersehe er 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 worden sei, von der Richtlinie von vornherein unberührt blieben. Auch aus dem Umstand, dass Art 20 Abs. 2 der Universalienrichtlinie idF 2009/136/EG von einem Änderungsvorschlag spreche, könne der Kläger nichts für sich ableiten, schon weil in ebendieser 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 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 er 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 sei.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das **Erstgericht** dem Klagebegehren vollinhaltlich statt.

Es stellte dazu fest, dass die Beklagte im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, die inkriminierte Klausel verwendet.

Rechtlich gelangte das Erstgericht zu folgender Beurteilung:

Den Kern des gegenständlichen Verfahrens bilde die Frage, ob § 25 TKG dem Telekommunikationsanbieter ein von der konkreten vertraglichen Vereinbarung losgelöstes Recht zur unbeschränkten Änderung bestehender Verträge in den dort geregelten Verfahren einräume, oder vielmehr das Bestehen einer vertraglichen Vereinbarung voraussetze, die einer Inhalts- und Geltungskontrolle gemäß den Vorschriften des ABGB und KSchG unterliege. § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG würden nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung als Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung ex lege angesehen werden. Als Ausgleich dafür erhalte der Teilnehmer ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht. Damit bilde § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG eine Ausnahme vom allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz der Vertragstreue, wonach einseitige Vertragsänderungen nicht möglich seien, und insofern eine Ausnahme vom allgemeinen Zivilrecht. Dies müsse allerdings - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht bedeuten, dass die einseitig vorge-

nommene Änderung überhaupt nicht mehr am allgemeinen Zivilrecht gemessen werden könne, und insbesondere auch keiner Inhaltskontrolle mehr unterliege. Davon sei der Oberste Gerichtshof im Übrigen auch im Anwendungsbereich der Vorgängerbestimmung des § 25 TKG gar nicht ausgegangen. Der Oberste Gerichtshof habe in seiner Leitscheidung 4 Ob 50/00g zwar anerkannt, dass § 18 Abs 2 TKG 1997 eine Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung sei, die nach Maßgabe des § 18 Abs 2 TKG geänderte Klausel aber dennoch einer Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB unterzogen. Ob auch eine nach § 25 Abs 2 und 3 TKG vorgenommene Vertragsänderung einer Inhaltskontrolle unterliege, sei durch die Rechtsprechung noch nicht beantwortet worden. In 4 Ob 98/04 sei eine Klausel etwa deswegen als unzulässig beurteilt worden, weil sie unter anderem eine einseitige Ermächtigung zur Änderung des Einzelvertrages vorgesehen habe, die gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG im Einzelnen hätte ausgehandelt werden müssen. § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG seien auf diese Klausel nicht anwendbar, weil sie nur einseitige Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Entgeltbedingungen, nicht aber des Einzelvertrages regelten. Daher habe sich der Oberste Gerichtshof gar nicht mit der Frage befasst, ob eine Klausel, die eine Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung gemäß den Vorgaben des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG vorsehe, darüber hinaus noch den Anforderungen des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG entsprechen müsse. Auch in 4 Ob 227/06w habe sich der Oberste Gerichtshof nicht mit dem Verhältnis von § 6 KSchG zu § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG befasst, weil „sich die Beklagte nicht darauf berufen [hat], dass eine auch für bestehende Verträge wirkende Änderung von Entgeltbestimmungen ohnehin unmittelbar auf-

grund von § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG 2003 möglich wäre, sodass es auf die hier strittige Klausel und deren Übereinstimmung mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gar nicht ankäme.“ Der Oberste Gerichtshof habe in dieser Entscheidung zumindest angedeutet, dass auch Ermächtigungen zur einseitigen Vertragsänderung gemäß § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG dem KSchG genügen müssten und erwähnt, dass der Wortlaut von § 25 Abs 2 TKG 2003, wonach die Vorschriften des ABGB und des KSchG „unberührt“ blieben, die Frage aufwerfe, ob diese zu § 18 TKG 1997 entwickelte Auffassung aufrecht erhalten werden könne. Der OGH habe in dieser Entscheidung die Frage aufgeworfen, ob zu den (anders als nach § 18 Abs 2 TKG 1997) „unberührt“ bleibenden, das heißt vorrangig anzuwendenden zivilrechtlichen Regelungen, auch der Grundsatz gehöre, dass einseitige Vertragsänderungen nur möglich seien, wenn es dafür eine vertragliche Grundlage gebe, die dann wieder an § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG zu messen wäre (4 Ob 227/06w). In 7 Ob 84/12x habe der Oberste Gerichtshof eine Klausel wiederum deshalb als unzulässig beurteilt, weil der darin vorgesehene Änderungsmodus bereits den Vorgaben des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG widersprochen habe. 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, sei nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen. Auch in 4 Ob 115/13k sei § 25 TKG nicht entscheidungsrelevant gewesen. In 5 Ob 118/13h habe sich der Oberste Gerichtshof ebenfalls nicht mit dem Verhältnis von § 25 TKG und dem KSchG befasst, mit folgendem Argument: „Die im Revisionsverfahren von den Parteien behandelte Frage, ob das in § 25 TKG normierte Änderungsrecht auch § 6 Abs 1 Z 5 und § 2 Z 4 KSchG entsprechen muss,

bedarf im vorliegenden Rechtsstreit keiner Klärung, weil die Klausel schon dem Transparenzgebot nicht entspricht". Schließlich sei in der Entscheidung 2 Ob 20/15b die inkriminierte Klausel bereits deshalb als unzulässig beurteilt worden, weil die dort vorgesehenen Modalitäten zu einseitigen Vertragsänderungen den Vorgaben des § 25 TKG nicht entsprochen haben. Der Oberste Gerichtshof habe allerdings Zweifel daran geäußert, ob § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG überhaupt als einseitiges gesetzliches Änderungsrecht zu verstehen sei.

Der bestehenden Rechtsprechung könnten Hinweise darauf entnommen werden, dass auch einseitige Vertragsänderungen, die gemäß § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG vorgenommen würden, einer Inhaltskontrolle unterliegen und damit den Anforderungen des KSchG entsprechen müssen. Dieses Ergebnis lege auch § 25 Abs 2 letzter Satz TKG nahe, wonach die Bestimmungen des KSchG und des ABGB unberührt blieben. Durch § 25 Abs 2 letzter Satz TKG werde deutlich, dass zwischen Modus des Zustandekommens und inhaltlicher Kontrolle zu trennen sei. Die Vorgangsweise zur Änderung richte sich nach § 25 TKG, erfordere also Anzeige und Kundmachung sowie Mitteilung an den Teilnehmer. Die im Übrigen unberührt bleibenden Bestimmungen des KSchG und des ABGB seien jene, die den Inhalt der Änderungen betreffen, also §§ 864a, 879 ABGB und §§ 6, 9 KSchG. § 25 TKG habe seine unionsrechtliche Grundlage in Art 20 Abs 2 Universaldienstrichtlinie idF 2009/136/EG. Der genannte Artikel sei eine Verbraucherschutzbestimmung, was sich bereits aus der systematischen Stellung des Art 20 im Kapitel IV „Interesse und Rechte der Endnutzer“ der Universaldienstrichtlinie idF 2009/136/EG und dem Erwägungsgrund 49 dieser Richtlinie, wonach Elemente

des Verbraucherschutzes wie eindeutige Vertragsbedingungen, Streitbeilegung und Transparenz für Verbraucher verfolgt würden; zudem gelten gemäß Art 1 Abs 4 Universalienrichtlinie idF 2009/136/EG „die Endnutzerrechte betreffenden Bestimmungen dieser Richtlinie [...] unbeschadet der gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften, insbesondere der Richtlinie 93/13/EWG und 97/7/EG und der mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehenden nationalen Vorschriften.“ Es widerspreche dem Zweck von Art 20 Abs 2 Universalienrichtlinie idF 2009/136/EG und § 25 Abs 3 TKG, wenn § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG so ausgelegt würden, dass jedwede einseitige Vertragsänderung ohne inhaltliche Kontrolle gestattet sei, solange die darin festgelegten Modalitäten eingehalten würden. Diese Normen ersetzen daher insbesondere nicht Konsumentenschutzbestimmungen des KSchG und ABGB, sondern ergänzen diese um Bestimmungen betreffend die Vorgehensweise bei der Vornahme von Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Entgeltbestimmungen.

Die inkriminierte Klausel treffe keinerlei Einschränkungen hinsichtlich des Inhaltes der Vertragsänderungen, sondern lasse Vertragsänderungen nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zu. Allein deshalb sei sie gröblich benachteiligend und intransparent iS von § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG.

Sie könne 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 könne. Damit verstoße sie gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, der auch auf Änderungen der Entgeltbestimmungen nach dem Modus des § 23 (wohl gemeint § 25)

Abs 2 und Abs 3 TKG anwendbar sei. Der Unterlassungsanspruch bestehe bereits aufgrund von § 28 Abs 1 KSchG, sodass nicht darauf eingegangen werden müsse, ob auch ein Unterlassungsanspruch aufgrund von § 28a KSchG bestehe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung der Beklagten** mit dem Antrag, die Klage vollinhaltlich abzuweisen. In eventu wurde ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in der Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist **teilweise berechtigt**.

Vorauszuschicken ist, dass die Berufung weder die festgesetzte Leistungsfrist noch den Ausspruch über die Urteilsveröffentlichung rügt, sodass diese Entscheidungsteile, die selbständigen Einwendungen ausgesetzt sind, nicht von der Beurteilungspflicht des Berufungsgerichtes umfasst sind (RIS-Justiz RS0043352 [T10] [T35] [T38]).

Die Berufungswerberin wendet sich gegen die Unterlassungsgebote und wiederholt die rechtlichen Argumente, die sie bereits im Verfahren erster Instanz vortrug:

Die Berufungswerberin interpretiert § 25 TKG dahingehend, dass damit dem Telekommunikationsanbieter ein gesetzliches unmittelbares Änderungsrecht eingeräumt werde, wobei der Teilnehmer als Ausgleich dafür ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht erhalte. Dass solche einseitigen vorgenommenen Änderungen am allgemeinen Zivilrecht zu messen seien, und zwar der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB und der Transparenzkontrolle nach § 6 Abs 2 KSchG unterliegen, sei von Lehre und Rechtsprechung unstrittig, und werde auch von der Beklagten gar nicht in Zweifel gezogen. Lediglich die Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, wie vom Erstgericht vorgenommen, sei abzulehnen, da § 25 TKG dezidiert

besage, dass die Bestimmungen des KSchG und ABGB lediglich im Übrigen „unberührt blieben“. Tatbestandsmerkmal von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sei es nun, dass die betreffende Entgeltänderung ihren Rechtsgrund in einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung habe. Somit unterfielen aber Änderungen, die sich stattdessen auf eine unmittelbare gesetzliche Ermächtigung (§ 25 TKG) stützen können, dem Tatbestand von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG von vornherein nicht. Gleiches gelte im Hinblick auf § 6 Abs 2 Z 4 KSchG sowie § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Die vom Erstgericht genannten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes 2 Ob 20/15b und 4 Ob 115/13k würden - im Gegensatz zur unrichtig vorgenommenen Interpretation durch das Erstgericht - das Vorliegen eines gesetzlichen Änderungsrechtes nicht bezweifeln, so erwähnt der Oberste Gerichtshof in 2 Ob 20/15b: „Dass die beklagte Partei ihre AGB und EB einseitig ändern kann, wurde bereits ausführlich erörtert“. Auch in 4 Ob 115/13k habe der Oberste Gerichtshof eine Einschränkung des Änderungsrechtes durch § 6 Abs 1 Z 5, Abs 2 Z 3 und 4 KSchG implizit dadurch verneint, indem er die dortige Entgelterhöhung einzig und allein deshalb beanstandet habe, weil im dortigen Fall das sich aus § 25 TKG ergebende gesetzliche Änderungsrecht ausdrücklich vertraglich abbedungen worden sei. Auch aus 5 Ob 118/13h könnten keine Zweifel des Obersten Gerichtshofes an seiner bisherigen Rechtsprechung in Richtung gesetzliches Änderungsrechtes abgeleitet werden, da die Frage, ob das in § 25 TKG normierte Änderungsrecht auch § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 4 KSchG entsprechen müsse, in dieser Entscheidung nicht beantwortet werden müssen, worauf der Oberste Gerichtshof ausdrücklich hingewiesen habe.

Die Stattgebung des Unterlassungsbegehrens nach §

28a KSchG sei vom Erstgericht nicht ausreichend begründet worden. Der dazu ergangene Hinweis des Erstgerichtes, dass der Unterlassungsanspruch bereits aufgrund von § 28 Abs 1 KSchG bestehe, sodass nicht darauf eingegangen werden müsse, ob auch ein Unterlassungsanspruch aufgrund von § 28a KSchG bestehe, übersehe, dass die beiden Begehren einer getrennten Beurteilung zu unterziehen seien, weil unterschiedliche Rechtsschutzziele verfolgt würden. Mit dem Begehren nach § 28a KSchG werde die Untersagung einer Vertragsänderung ohne entsprechende vertragliche Grundlage angestrebt, wohingegen das Begehren nach § 28 KSchG lediglich auf die Untersagung der Verwendung einer bestimmten Klausel einschließlich des Sich-Darauf-Berufens abziele. Das Erstgericht habe unberücksichtigt gelassen, dass der Kläger mit dem Begehren nach § 28a KSchG die Unterlassung von Vertragsänderungen ohne ausdrückliche Zustimmung des Kunden anstrebe. Sogar unter Zugrundelegung der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes, nämlich eines gesetzlichen unmittelbaren Änderungsrechtes in inhaltlicher Hinsicht aber unter den Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, hätte das Erstgericht das Klagebegehren zu § 28a KSchG abweisen müssen. Im Übrigen liege kein Verstoß gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot iSd § 28a KSchG durch die Praktiken der Beklagten vor. Konkret würden vom Kläger lediglich Verstöße gegen § 861 ABGB (Gebot der Vertragstreue) und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG geltend gemacht. Voraussetzung für einen Unterlassungsanspruch nach § 28a KSchG sei jedoch der Nachweis, gegen ein konkretes gesetzliches Gebot oder Verbot gehandelt zu haben und darzulegen, dass und inwieweit relevante Normen, die ein gesetzliches Gebot oder Verbot im Sinne der Bestimmung darstellen, verletzt wor-

den seien. Auch vor diesem Hintergrund wäre das Begehren nach § 28a KSchG abzuweisen gewesen. Eine Rechtsgrundlage für eine ausdrückliche Zustimmung, wie vom Kläger begehrt, sei nicht ersichtlich. Einerseits könne die Zustimmung selbstverständlich auch in schlüssiger Art und Weise erfolgen, wobei nicht einmal das klägerische Vorbringen eine Einschränkung auf ausdrücklich erteilte Zustimmungen vornehme. Andererseits stehe es dem Kläger auch nicht zu, durch ihre im Verbandsklageverfahren erhobene Forderung nach einer Zustimmung kurzerhand die Möglichkeit der Beklagten abzuschneiden, sich im Individualprozess auf ergänzende Vertragsauslegung zu stützen. Nach der Rechtsprechung käme ein Verstoß gegen § 28a KSchG im Zusammenhang mit einer missbräuchlichen Vertragsklausel typischerweise nur dann in Betracht, wenn sich die Beklagte einer Klausel zur Rechtfertigung einer rechtswidrigen Vorgehensweise bediene oder anders ausgedrückt, nur dann, wenn das beanstandete Verhalten auch für sich genommen rechtswidrig sei. Demnach würde selbst eine missbräuchliche Vertragsklausel für sich nicht ausreichen, um eine unlautere Geschäftspraktik iSd § 28a KSchG zu begründen. Vielmehr müsste dafür zusätzlich die in Rede stehende Vertragsänderung jedenfalls auch bei isolierter Betrachtung gesetzwidrig im Sinne dieser Bestimmung sein, was aber wegen des bestehenden gesetzlichen unmittelbaren Änderungsrechtes gemäß § 25 TKG im Anfall nicht der Fall sei.

Selbst wenn sich die Beklagte im Zuge der streitgegenständlichen Vertragsänderung auf die inkriminierte Klausel berufen hätte, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen, weil selbst die Berufung auf eine (laut Kläger) rechtswidrige Klausel nichts daran ändere, dass

dies zumindest nicht zur Rechtfertigung einer rechtswidrigen Vorgangsweise erfolge.

Ein Gesetzesverstoß gemäß § 28a KSchG sei nach der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Vereinbarung einer missbräuchlichen Klausel nur dann einschlägig, wenn dies unter Berufung auf eine solche Vertragsklausel erfolge, und dies zumindest als ständige Praxis des belangten Unternehmens qualifiziert werden könne. Auch aus dieser Überlegung wäre das zweite Teilbegehren abzuweisen gewesen, weil der Kläger weder ein Sich-Berufen der Beklagten auf die Klausel, noch eine ständige Praxis behauptet und bewiesen habe. Das Erstgericht habe ausschließlich die Verwendung der inkriminierten Klausel festgestellt, nicht hingegen auch ein Sich-Berufen der Beklagten, geschweige denn ein Sich-Berufen bereits im Zuge der Durchführung der Änderungen und/oder in Form einer ständigen Praxis. Insbesondere ergebe sich aus dem Vorbringen des behauptungs- und beweispflichtigen Klägers zur Kommunikation der Beklagten mit den Kunden im Zuge der Durchführung der Änderungen vor allem auch zur Kundmachung in keiner Weise, dass sich die Beklagte in dem Zusammenhang auf die inkriminierte Klausel berufen hätte. Auch aus der rechtlichen Beurteilung könne keine dislozierte Feststellung über das Sich-Berufen auf die inkriminierte Klausel durch die Beklagte und die ständige Praxis erkannt werden.

Sollte das Berufungsgericht der Auffassung sein, dass sich in der rechtlichen Beurteilung diese dislozierte Feststellung befinde, werde diese als aktenwidrig und unter dem Berufungsgrund der unrichtigen Beweiswürdigung bekämpft. Das Verfahren habe keine Verfahrensergebnisse gebracht, denen zufolge die Beklagte sich bereits

im Zuge der Durchführung der Änderung und/oder als ständige Praxis auf die inkriminierte Klausel berufen habe. Der auf § 28a KSchG gestützte Anspruch sei daher auch aus diesem Grund abzuweisen.

Auch das Unterlassungsbegehren nach § 28 KSchG sei zu Unrecht erhoben worden. Mit der inkriminierten Klausel habe die Beklagte darüber informiert, wie und wann sie den Teilnehmern von ihr beabsichtigte Änderungen kommuniziere, und auf welche Weise letztere hinauf reagieren könnten. Die Klausel beinhalte keine Aussage dahingehend, dass sich die Beklagte - wie das Erstgericht meine - mit dieser Klausel über die gesetzliche Inhaltskontrolle hinwegsetzen dürfte. Für den angemessenen verständigen informierten Verbraucher bestehe keinerlei Grund anzunehmen, dass die Erfüllung der besagten Formvorschriften dem AGB-Verwender die Möglichkeit verschaffen solle, sich ansonsten mit dem Vertrag im rechtsfreien zu bewegen. Dass gesetzliche Verbote wie § 879 Abs 3 ABGB, § 1a UWG (aggressive Geschäftspraktiken), § 1295 Abs 2 ABGB (Rechtsmissbrauch) und dergleichen, bei denen unter anderem die Frage nach dem Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung eine wesentliche Rolle spielen könne, für die Beklagte nicht gelten würden, ergebe sich aus der Klausel in keiner Weise. Dementsprechend bedürfe es in der Klausel auch keines gesonderten aufklärenden Hinweises darüber. Gerade im Bereich Telekommunikation wäre die nähere inhaltliche Prädeterminierung einer solchen AGB-Klausel in der Praxis ein Unding, weil es schlicht nicht möglich sei, in einer derart schnelllebigen Branche die verschiedenen Parameter, vor allem auch in ihrer Wechselbeziehung, vorab in einer Weise zu umreißen, dass in einem sich derart dynamisch entwickelnden Bereich das erforder-

liche Mindestmaß an Flexibilität der Betreiber nicht über Gebühr eingeschränkt würde. Damit sei die Klausel weder gröblich benachteiligend, noch intransparent.

Dazu hat da **Berufungsgericht** Folgendes erwogen:

**1.** Der Kläger macht mit seiner Verbandsklage zwei unterschiedliche Unterlassungsansprüche geltend, die auf verschiedenen Rechtsgrundlagen gestützt werden. Einerseits begehrt er die Unterlassung der Verwendung einer Vertragsklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten gestützt auf § 28 KSchG. Andererseits wendet er sich gegen gesetzwidrige Geschäftspraktiken und begehrt deren Unterlassung gemäß § 28a KSchG.

Da die Anspruchsvoraussetzungen unterschiedlich sind, hat die rechtliche Beurteilung getrennt zu erfolgen.

## **2. Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG**

**2.1.** Im Verbandsprozess, der gegen die Verwendung und Empfehlung gesetz- und sittenwidriger Vertragsbestimmungen gerichtet ist, gelten folgende Grundsätze:

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im kundenfeindlichsten Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590).

Eine geltungserhaltende Reduktion nicht ausgehandelter missbräuchlicher Klauseln darf nicht vorgenommen werden (RIS-Justiz RS0038205; nunmehr auch im Individualprozess RIS-Justiz RS0128735).

Nach herrschender Rechtsprechung unterliegen die Klauseln im Verbandsprozess auch dem Prüfmaßstab des § 864a ABGB. Die Geltungskontrolle nach § 864a geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 vor (RIS-Justiz RS0037089). Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich

abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein Überraschungs- und Übertölpelungseffekt inne wohnen (RIS-Justiz RS0014646).

Ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB). Durch diese Bestimmung wurde - wie in den einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein einer objektiven Äquivalenzstörung und „verdünnten Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). § 879 Abs 3 ABGB wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern.

Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf Allgemeine Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und deren Vertragspartnern regelmäßig anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interesses zu orientieren (RIS-Justiz

RS0014676).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umgesetzt, und damit das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird (5 Ob 118/13h; 1 Ob 244/11f). Einzelwirkungen des Transparenzgebotes sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217; RS0115219). Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind (RIS-Justiz RS0115217).

**2.2.** Die hier konkret unter den oben dargestellten Grundsätzen zu prüfende und aus dem Spruch ersichtliche Klausel, die mit der Überschrift „Wie erfolgt die Änderung von AGB und Entgeltbestimmungen?“ übertitelt ist, legt die Art und die Frist der öffentlichen Kundmachung

und Mitteilung an den Kunden über von der Beklagten beabsichtigte Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen dar. Gleichzeitig wird festgehalten, dass bei Änderungen, die den Kunden nicht ausschließlich begünstigen, in der Mitteilung an den Kunden der Kunde gemäß § 25 Abs 3 TKG auch darauf hingewiesen wird, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens kostenlos zu kündigen, und dass auf Ersuchen des Kunden ihm der Volltext der Änderungen übermittelt wird.

Die Formulierung der beanstandeten Klausel orientiert sich am Wortlaut des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG und gibt die darin festgelegten Kundmachungs- und Mitteilungsvorschriften sowie die kostenlose Kündigungsmöglichkeit des Kunden inhaltlich wieder.

**2.3.** Um die Frage beantworten zu können, ob eine Klausel, die sich inhaltlich an dem gesetzlichen Text orientiert, als missbräuchlich einzustufen ist, ist eine Analyse und Interpretation jener Norm, auf der die Klausel basiert, vorzunehmen.

**2.4.** § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG lauten:

*„(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 Änderung hinzuweisen sowie darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen. Der Volltext der Änderung ist den Teilnehmern auf deren Verlangen zuzusenden [...].“*

**2.5.** Der Oberste Gerichtshof judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass die Bestimmung des § 25 Abs 3 TKG grundsätzlich als gesetzliche Ermächtigung zu einer einseitigen Vertragsänderung verstanden wird, wobei das kostenlose außerordentliche Kündigungsrecht den Ausgleich dafür darstellt (9 Ob 14/17z; 2 Ob 20/15b; 5 Ob 118/13h; 8 Ob 72/13s; 7 Ob 84/12x; 1 Ob 123/09h; 6 Ob 233/15f).

Die Interpretation als gesetzliches Änderungsrecht wurde jedoch vermehrt in der Literatur bezweifelt und die Auffassung vertreten, dass bei historischer und teleologischer Interpretation die besseren Gründe dafür sprechen, dass § 25 TKG als reine Schutznorm zugunsten von Teilnehmern konzipiert ist und der Gesetzgeber auch nicht die Absicht hatte, ein gesetzliches Änderungsrecht zu begründen, sondern mit § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG vertragliche Änderungsrechte vorausgesetzt wurden (*Schilchegger in Riesz/Schilchegger, TKG § 25 Rz 34 mwN*). In jüngster Zeit wurden insbesondere von *Lehofer* in VbR 2015/46 Bedenken an der Auslegung des § 25 TKG als gesetzliches Vertragsänderungsrecht geäußert, und 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 Vertragsrechtes zu gelten haben, nämlich insbesondere, dass die Vereinbarung von Änderungsklauseln gemäß § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 und 4 KSchG vorliegen müssen, damit die Anbieter eine Änderung vornehmen können. Auch *Docekal* in VbR 2014/48 steht auf dem Standpunkt, dass gewichtige Gründe gegen die Auffassung sprechen, dass § 25 Abs 3 TKG ein gesetzliches Vertragsänderungsrecht einräumt, und zwar einerseits aus der Überlegung, dass der mit § 25 TKG umgesetzte Art 20 Abs 4 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG als Verbraucherschutznorm konzipiert ist, und andererseits auch die Materialien zum Europäischen Gesetzgebungsprozess keinen Hinweis darauf geben, dass Art 20 USD-Richtlinie eine Sonderregel zugunsten von Telekommunikationsanbietern einführen wollte. Die Annahme eines einseitigen gesetzlichen Änderungsrechtes könne bei extremer Anwendung dazu führen, dass mehrmals jährlich Entgeltanpassungen vorgenommen werden.

**2.6.** Wie vom Kläger zu Recht erwähnt, enthält auch die oberstgerichtliche Rechtsprechung Hinweise darauf, dass die Interpretation des § 25 TKG als umfassendes gesetzliches Änderungsrecht bei Telekommunikationsanbieter im Zusammenhang mit der Entgeltfestsetzung bezweifelt wird.

Der Oberste Gerichtshof nimmt in 2 Ob 20/15b auf das jüngere Schrifttum Bezug, in dem vermehrt die Ansicht vertreten wird, dass § 25 TKG 2003 kein gesetzliches Änderungsrecht statuieren, sondern dass auf Änderungen bestehender Verträge allgemeines Vertragsrecht anzuwenden sei. Er kommt jedoch dann zum Ergebnis, dass der dortige Rechtsstreit keinen tauglichen Anlass bietet, die Rechtsprechung angesichts der divergierenden Lehrmeinungen neu

zu überdenken, weil die dort zu beurteilende Klausel aus anderen Überlegungen missbräuchlich war.

Allerdings ist festzuhalten, dass in der Entscheidung 2 Ob 20/15b in Zusammenhang mit einer weiteren Klausel, die nicht das Entgelt betraf, sondern die Gründe für eine Sicherheitssperre, ausgesprochen wurde, dass der Telekommunikationsanbieter seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen (einseitig) ändern kann, wobei er dabei das Prozedere des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG 2003 einzuhalten hat.

Die Entscheidung kann als Hinweis dafür genommen werden, dass ein Überdenken der Rechtsprechung zur Interpretation des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG in Richtung gesetzlicher Ermächtigung zur Vertragsänderung nur im Zusammenhang mit Entgeltbestimmungen angebracht scheint.

Ob im Hinblick auf Änderungen der essentialia negotii, das heißt insbesondere, was die Festlegung des Entgeltes betrifft, eine iSd § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vereinbarte vertragliche Änderungsbestimmung voraussetzt, wird in der Entscheidung 4 Ob 227/06w ausführlich thematisiert, wobei der Oberste Gerichtshof dann schließlich festhält, dass dieses Thema auf sich beruhen kann, weil die beanstandete Klausel schon wegen des unklaren Verweises auf andere Klauseln gegen § 6 Abs 3 KSchG verstößt.

**2.6.1.** Im Sinne einer negativen Regelungsabgrenzung fallen nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung jedenfalls folgende drei Vertragsanpassungskonstellationen nicht in den Regelungsbereich des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG, und zwar

- a) die Änderung von Einzelverträgen,
- b) die Entgeltänderung durch Anwendung einer vereinbarten Wertanpassungsklausel, und

c) die Veränderung der vertraglich garantierten Entgeltshöhe.

Zu a):

So wird vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 7 Ob 84/12x und 4 Ob 98/04x eine Klausel mit der Begründung als unzulässig erkannt, dass der Hinweis auf das einseitige Änderungsrecht in den Allgemeinen Vertragsbestimmungen in kundenfeindlichster Auslegung dahin verstanden werden könnte, dass damit eine Ermächtigung zur Änderung des Einzelvertrages möglich sei, was jedoch von § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG nicht gedeckt ist. Dass eine Änderung von Einzelverträgen nicht in den Regelungsbe- reich des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG fällt, wird auch von der Lehre geteilt (*Schilchegger in Riesz/Schilchegger, TKG § 25 Rz 13*).

Zu b):

Dass eine Indexklauselanpassung keine Vertragsänderung iSd Art 20 Abs 2 Richtlinie 2002/22/EG darstellt, hat der EuGH in der Rechtssache C-326/14 entschieden. Der EuGH legt Art 20 Abs 2 Richtlinie 2002/22/EG dahin aus, 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 und vorsieht, dass eine solche Änderung anhand eines von einer staatlichen Stelle ermittelten objektiven VPI erfolgt, keine Änderung der Vertragsbedingung im Sinne dieser Bestimmung darstellt, die den Teilnehmer berechtigt, seinen Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen.

Zu c):

Vom Obersten Gerichtshof wurde weiters ausdrücklich

judiziert, dass in Fällen, in denen die Kundenverträge so zu verstehen sind, dass das Grundentgelt auf die Dauer der Vertragslaufzeit garantiert wird, § 25 TKG nicht zur Anwendung kommt (4 Ob 115/13k; in diesem Sinne wohl auch 9 Ob 14/17z).

**2.6.2.** Legt man diese Negativabgrenzung von § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG dieser Entscheidung zugrunde, so führt dies bei kundenfeindlichster Interpretation der genannten Klausel zum Ergebnis, dass diese nicht dem nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG geforderten Transparenzgebot entspricht: Ein durchschnittlicher Mobilfunkkunde, der die zitierte Rechtsprechung und Lehre zu § 25 Abs 2 Z 3 TKG nicht kennt, könnte die Bestimmung nämlich dahingehend verstehen, dass der Beklagten das Recht zukommt, sowohl einzeln ausgehandelte Entgeltsbestimmungen als auch vertraglich garantierte Entgeltshöhen zu verändern. Jenen Kunden, die sich nicht sorgfältig mit dem Meinungsstreit zu § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG auseinandersetzen, was wohl die wenigsten tun werden, wird der Umfang der der Beklagten eingeräumten Änderungsmöglichkeiten, insbesondere im Bereich der garantierten Entgeltleistungen und der einzelvertraglichen Entgeltbestimmungen, unklar bleiben.

**2.6.3.** Zwar trifft es grundsätzlich zu, dass eine Regelung dann transparent ist, wenn sie vollständig und richtig die Rechtslage wiedergibt, allerdings reicht für die Darstellung der Rechtslage nur dann der Gesetzeswortlaut aus, wenn dieser eindeutig und für den durchschnittlichen Konsumenten ohne weitwendige Rechtsprechungs- und Literaturrecherche interpretierbar ist. Genau dies ist im Anlassfall jedoch zu verneinen, sodass trotz Verwendung der verba legalia die Klausel aus den genannten Gründen als intransparent zu qualifizieren ist.

**2.7.1.** Da bei dem zweiten erhobenen Unterlassungsanspruch gem § 28a KSchG die Praktik der Beklagten der einseitigen Entgeltanhebung untersagt werden soll, die - wie noch zu zeigen sein wird - unter Berufung auf die genannte Klausel erfolgt, hat eine weiterführende Klauselprüfung dahingehend zu erfolgen, ob diese in gesetzwidriger Weise eine umfassende einseitige Änderungsermächtigung der Entgelthöhe vermuten lässt.

Damit ist der erkennende Senat gehalten, die Kernfrage des oben zitierten Meinungsstreites, ob § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG ein gesetzliches oder ein vertragliches Änderungsrecht statuiert, zu beantworten.

**2.7.2.** Dazu sind folgende Überlegungen voranzustellen:

**2.7.2.1.** § 25 Abs 3 TKG ist als konsumentenschutzrechtliche Norm konzipiert (1 Ob 123/09h; 2 Ob 20/15b; *Polster* in *Stratil/Polster/Singer/Steinmaurer/Weissenburger*, TKG 2003, 63).

Auch der EuGH betont in der Entscheidung C-326/14, dass die Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG Elemente des Verbraucherschutzes, wie eindeutige Vertragsbedingungen, Streitbeilegung und Tariftransparenz für Verbraucher vorsieht. Der EuGH verweist in dem Zusammenhang auf den Erwägungsgrund 30 der Richtlinie, der auszugsweise lautet:

*„Verträge stellen ein wichtiges Mittel für Nutzer und Verbraucher dar, um ein Mindestmaß an Informationstransparenz und Rechtssicherheit zu gewährleisten.[...]“*

*Verbrauchertransaktionen im Zusammenhang mit elektronischen Netzen und Diensten unterliegen zusätzlich zu den Bestimmungen dieser Richtlinie den Anforderungen geltender gemeinschaftsrechtlicher Verbraucherschutzvor-*

*schriften für Verträge, insbesondere der Richtlinie 93/13/EWG [...] über missbräuchliche Klausel in Verbraucherverträgen [...].*

*Insbesondere sollten die Verbraucher bei ihren Vertragsbeziehungen mit ihren unmittelbaren Telefondiensteanbieter ein Mindestmaß an Rechtssicherheit in der Weise haben, dass die Vertragsbedingungen, die Dienstqualität, die Kündigungsbedingungen und die Bedingungen für die Einstellung des Dienstes, Entschädigungsregelungen und die Streitbeilegung vertraglich festgelegt sind. [...]*

*Maßnahmen zur Gewährleistung der Transparenz bei Preisen, Tarifen und Bedingungen werden es den Verbrauchern erleichtern, eine optimale Wahl zu treffen und auf diese Weise umfassend vom Wettbewerb zu profitieren."*

Erwägungsgrund 49 der Richtlinie 2002/22/EG lautet:

*„Diese Richtlinie sollte Elemente der Verbraucherschutzes wie eindeutige Vertragsbedingungen, Streitbeilegung und Tariftransparenz für die Verbraucher vorsehen. [...].*

Die Richtlinie legt somit als wesentliche Ziele die Entgelttransparenz und Rechtssicherheit für Konsumenten fest, sodass die Umsetzung dieser Richtlinie dieser Zielerreichung zu dienen hat.

**2.7.2.2.** Aus der Richtlinie 2009/136/EG, die die Richtlinie 2002/22/EG modifizierte, ergibt sich, und zwar konkret aus Art 20 Abs 2 lit d, dass in dem Vertrag mindestens die Einzelheiten über Preis und Tarife, einschließlich der Angabe, mit welchen Mitteln aktuelle Informationen über alle anwendbaren Tarife und Wartungsentgelte eingeholt werden können, der angebotenen Zahlungsmodalitäten und der durch die Zahlungsmodalität bedingten Kostenunterschiede anzuführen sind.

Art 20 Abs 2 lit d der USD-RL wurde in § 25 Abs 5 TKG umgesetzt, in denen die Mindestanforderungen an die im Vertrag festgelegten Entgeltbestimmungen festgelegt werden, nämlich insbesondere die Einzelheiten über einmalige, regelmäßige, wiederkehrende und variable Entgelte einschließlich des Beginns und Endzeitpunkt der Tarifierung von Verbindungen sowie die Art der Tarifierung.

**2.7.2.3.** Art 20 Abs 2 der Richtlinie 2009/136/EG lautet: *„Die Mitgliedsstaaten 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 Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden das Format für diese Mitteilung vorgeben können.“*

Bei Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung wurde in § 25 TKG der in der Richtlinie verwendete Begriff „Vertragsbedingungen“ durch die Begriffe „Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen“ ersetzt.

Im Unterschied zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde der Begriff „Entgeltbestimmungen“ nicht dem allgemeinen Zivilrecht entlehnt.

Die Festlegung der vertraglichen Mindestinhalte, die in § 25 Abs 5 Z 1 bis 4 TKG geregelt sind, klärt über den Bedeutungsgehalt von „Entgeltsbestimmungen“ jedoch hinreichend auf. Erfasst sind nicht nur Bestimmungen, welche

die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln und daher als Nebenbestimmungen iSd § 879 Abs 3 ABGB zu deuten sind, sondern sämtliche Bestimmungsfaktoren für die Tarifierung, somit die zahlenmäßige Festlegung der für die einzelnen Leistungen des Betreibers zu entrichtenden Entgelte (Tarifübersichten) einschließlich aller Begleitregelungen, die zur korrekten Ermittlung von Grund und Höhe der Entgeltforderungen des Betreibers erforderlich sind.

Dem Teilnehmer muss es anhand der Entgeltbestimmungen möglich sein, das Entgelt für die von ihm in Anspruch genommenen Leistungen eindeutig und zweifelsfrei festzustellen (*Schilchegger*, aaO Rz 10 mit Verweis auf *Feil/Lehofer*, TKG 95, 99).

Die Abgrenzung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmung ist praktisch fließend. *Schilchegger* meint, dass die rechtsdogmatische Notwendigkeit einer exakten Abgrenzung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltsbestimmungen mit der 7. TKG-Novelle insofern beseitigt wurde, als der Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG auch auf Entgeltbestimmungen erweitert wurde und insoweit an Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen keine unterschiedlichen Rechtsfolgen mehr geknüpft sind (*Schilchegger*, aaO Rz 12).

Die gesetzlichen Schranken in der Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen bestehen daher im Wesentlichen darin, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen den Mindestinhalt des § 25 Abs 4 TKG und Entgeltbestimmungen den Mindestinhalt des § 25 Abs 5 TKG zu entsprechen haben. Mit der 7. TKG-Novelle wurde klargestellt, dass von Entgeltbestimmungen auch die Höhe

der einzelnen Entgelte begrifflich umfasst sind (*Schilchegger*, aaO Rz 12).

### **2.8. Exkurs - Zu weit gefasste gröblich benachteiligende Zustimmungsfiktion**

Im Verfahren 6 Ob 233/15f lag dem Obersten Gerichtshof eine Klausel in einem Telekommunikationsvertrag zur Beurteilung vor, nach der der Telekommunikationsanbieter Änderungen nicht individuell vereinbarter Vertragsbedingungen und Tarifbestimmungen (Entgelte und Gebühren) auch aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit dem Kunden vornehmen kann und diesfalls dem Kunden das Änderungsangebot samt Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der geplanten Änderungen zumindest sechs Wochen vor diesem Zeitpunkt in geeigneter schriftlicher Form übersendet. In der Klausel wurde auch festgelegt, dass das Angebot als angenommen gilt, wenn nicht bis zum In-Kraft-Treten der geplanten Änderungen ein kostenloser Widerspruch durch den Kunden erfolgt, wobei der Kunde im Angebot auch über die Widerspruchsfrist und die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen wird.

Der Oberste Gerichtshof betonte, dass eine Klausel selbst dann, wenn sie den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht (vertragliche Vereinbarung der Zulässigkeit von Erklärungsfiktionen) unter anderem nach § 6 Abs 3 KSchG zu prüfen ist. Der Oberste Gerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung 1 Ob 210/12g, in der er eine vergleichbare Klausel als intransparent untersagte, weil sie Änderungen des Vertrages über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zuließ. Der Oberste Gerichtshof bewertete die in 1 Ob 210/12g zu prüfende Klausel als unbestimmt, da darin offen blieb, welche Vertragsbedin-

gungen und Tarifbestimmungen die Beklagte mit fingierter Zustimmung des Teilnehmers ändern kann. In der Entscheidung 1 Ob 210/12g - in der allerdings das ZaDiG zur Anwendung gelangte - führte er begründend aus, dass eine Klausel mit vereinbarter Zustimmungsfiktion ohne jede inhaltliche Schranke gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB ist. Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben. Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen aber ebenfalls der Inhaltskontrolle (RIS-Justiz RS0016908). Die Klausel mit inhaltlich uneingeschränkter Zustimmungsfiktion ermöglicht eine sehr weitgehende Änderung von (auch) Hauptleistungspflichten der Parteien im Wege einer Zustimmungsfunktion, bestimmt aber gerade nicht Inhalt und Umfang dieser Leistungen, indem sie sie individuell und zahlenmäßig umschreibt (RIS-Justiz RS0016931). Durch § 879 Abs 3 ABGB wird ein objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners sein, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Dies ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zuge dachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen

Norm des nachgiebigen Rechtes vorliegt. Eine Klausel, die eine Zustimmungsfiktion ohne irgendeine Beschränkung festlegt, lässt eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zugunsten des Unternehmers in nahezu jeder Richtung und im unbeschränkten Ausmaß zu. Dadurch wird die Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte und aller vom Unternehmen geschuldeten Leistungen ermöglicht. Diese uneingeschränkte Möglichkeit eines Verwenders von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung über eine Zustimmungsfunktion erheblich zu seinen Gunsten zu verschieben und die Position des Vertragspartners zu entwerten, sah der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 11.10.2007 (III ZR 63/07) als entscheidendes Argument für das Verbot einer Klausel an. Für derart weitreichende, die Grundlagen der rechtlichen Beziehungen der Parteien betreffenden Änderungen ist ein Änderungsvertrag notwendig. Eine Zustimmungsfiktion reicht nicht aus, weil sich der größte Teil von Verbrauchern erfahrungsgemäß nicht mit Vertragsanpassungen auseinandersetzt und regelmäßig in der Annahme, die Änderung werde „schon ihre Ordnung haben“, schweigt. Damit unterstreicht der Oberste Gerichtshof in 1 Ob 210/12g, dass nicht jede Vertragsanpassung über eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Zustimmungsfiktion nach dem Gesagten unzulässig ist, sondern nur eine völlig uneingeschränkte. Eine solche Klausel wurde damit als gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB verstoßend beurteilt.

Da der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 6 Ob 233/15f diese Überlegungen auf eine Klausel im Telekommunikationsvertrag überträgt, obwohl er gleichzeitig

in ständiger Rechtsprechung § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG als einseitige gesetzliche Änderungsermächtigung der Telekommunikationsanbieter interpretiert, kann argumentum maiore ad minus nur der Schluss gezogen werden, dass eine Vertragsklausel, wie die im Anlassfall, die nach ihrem Wortlaut in kundenfeindlichster Interpretation eine einseitige Änderung durch die Beklagte in jede Richtung ohne inhaltliche Beschränkung zulässt, dem Verbraucher keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass er vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderung des Vertrages in irgendeiner Form geschützt ist. Bei kundenfeindlichster Auslegung ist die Klausel so zu verstehen, dass die Beklagte die Entgeltshöhe und den Leistungsumfang ohne jegliche inhaltliche Schranke einseitig ändern darf.

An der Missbräuchlichkeit dieser Klausel ändert auch der Umstand nichts, dass den konkret vorgenommenen Änderungen durch § 934, § 879 Abs 1 und § 879 Abs 2 Z 4 ABGB Grenzen gesetzt sein können, beispielsweise weil mit der Änderung ein völlig überhöhtes Nutzungsentgelt einseitig festgelegt wird. Eine Klausel kann nämlich selbst dann verboten werden, wenn der Verbraucher sich in seinem individuellen Rechtsverhältnis zum Unternehmer gegen eine derartige Vertragsveränderung zur Wehr setzen kann und auch dann, wenn gar nicht anzunehmen ist, dass eine die Vertragsäquivalenz gravierende Vertragsänderung vom Unternehmen versucht werde (vgl. 1 Ob 210/12g).

Wenn also der Oberste Gerichtshof im Telekommunikationsvertrag eine völlig uneingeschränkte Vereinbarung der Zustimmungsfiktion, die sich der Telekommunikationsanbieter insofern freiwillig auferlegte, als er unter Zugrundelegung der Auslegung des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG als gesetzliches einseitiges Änderungsrecht dieser

Zustimmung gar nicht bedürfte, als missbräuchlich qualifiziert, so muss eine Klausel, die dem Unternehmer sogar noch mehr Rechte ohne Bezugnahme auf das vertragliche Äquivalenzverhältnis einräumt, nämlich ein allumfassendes einseitiges Vertragsänderungsrecht, umso mehr als intransparent und gröblich benachteiligend eingestuft werden.

**2.9.** Unter Berücksichtigung der bisher dargestellten Überlegungen, kommt der erkennende Senat bei der Auslegung der § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG daher zu folgendem Ergebnis:

**2.9.1.** Gemäß § 6 ABGB darf einem Gesetz in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.

Bei der Wortauslegung (grammatikalischen Interpretation) kann § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG nur als grundsätzliche gesetzliche Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung gedeutet werden, da in Abs 3 vom Zeitpunkt des Inkraft-Tretens der Änderung die Rede ist, und, dass für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen kundzumachen und dem Teilnehmer anzuzeigen sind.

**2.9.2.** Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob dieses **grundsätzliche** Änderungsrecht ex lege inhaltlich oder umfangmäßig begrenzt ist.

Nach der Wortinterpretation kann der in § 25 Abs 2 TKG enthaltene „Unberührtheitsvorbehalt“ als solche Grenzziehung verstanden werden. In § 25 Abs 2 TKG wird ausdrücklich festgeschrieben, dass „im Übrigen die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes sowie des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches unberührt bleiben“.

Da die Gesetzesmaterialien zu diesem mit der 7. TKG-Novelle eingeführten „Unberührtheitsvorbehalt“ keine Erläuterungen enthalten, ist ungewiss, in welchem Umfang das allgemeine Vertragsrecht und insbesondere auch die Regeln über unzulässige Vertragsbestandteile gemäß § 6 KSchG die einseitige Änderungsermächtigung des Telekommunikationsanbieters einschränken.

Da im Anlassfall die einseitige Erhöhung des geschuldeten Entgelts zu beurteilen ist, kann sich die Prüfung darauf beschränken, ob der „Unberührtheitsvorbehalt“ des § 25 Abs 2 TKG die Anwendung von § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 4 KSchG bei Vertragsänderungen betreffend die Entgelthöhe erforderlich macht.

**2.9.3.** § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beschränkt einseitige Änderungen des Entgeltes durch den Unternehmer. Die Bestimmung berücksichtigt einerseits das vor allem bei längeren vertraglichen Beziehungen legitime Bedürfnis des Unternehmers, den Preis bei nachträglicher Änderung der hierfür maßgeblichen objektiven Faktoren anzupassen. Andererseits soll sie die Vertragstreue sichern, den Verbraucher vor überraschenden Preiserhöhungen schützen und dazu beitragen, dass der unmittelbar vor dem Vertragsabschluss vorgenommene Preisvergleich nicht verfälscht wird (*Kathrein/Schoditsch* in *KBB*<sup>5</sup>, ABGB § 6 KSchG Rz 10).

Nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG muss die Befugnis des Unternehmers zur einseitigen Entgeltsänderung im Vertrag selbst vereinbart sein. Die Vereinbarung muss dem Verbraucher bei Vertragsabschluss eine möglichst zutreffende Vorstellung vom künftigen Entgelt vermitteln, und ihn in die Lage versetzen, das geänderte Entgelt im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle zu überprüfen (*Kathrein/Schoditsch*, aaO Rz 11).

**2.9.4.** Berücksichtigt man nun die Zielsetzung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, nämlich einerseits die Anerkennung des Bedürfnisses des Unternehmens auf geänderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu reagieren, andererseits das Bedürfnis des Kunden in Kenntnis der Voraussetzungen für eine Entgeltänderung zu sein, und damit diese bei Vertragsabschluss individuell bewerten zu können, so weist diese Zielsetzung augenscheinliche Parallelen zu jenen, die im Zusammenhang mit der Entgelthöhe in der Universalienstrichtlinie statuiert werden, auf.

Wie oben bereits erwähnt, soll laut den Erwägungsgründen der Richtlinie 2002/22/EG erreicht werden, dass die Telekommunikationsverträge ein Mindestmaß an Informationstransparenz und Rechtssicherheit gewährleisten, und dass Maßnahmen zur Gewährleistung der Transparenz von Preisen und Tarifen zu treffen sind. In Art 1 Abs 2 der genannten Richtlinie heißt es unter der Überschrift „Anwendungsbereich und Ziele“: *„Diese Richtlinie begründet die Rechte der Endnutzer und die entsprechenden Pflichten vom Unternehmen, die öffentlich zugänglich elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitstellen. Im Hinblick auf die Gewährleistung eines Universaliendienstes in einem Umfeld mit offenen wettbewerbsorientierten Märkten legt die Richtlinie das Mindestangebot an Diensten mit definierter Qualität fest, zu denen alle Endnutzer unter Berücksichtigung der spezifischen nationalen Gegebenheiten zu einem erschwinglichen Preis und unter Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen Zugang haben.“*

Schließlich wird in Art 20 der Richtlinie 2009/136/EG, und zwar in Abs 1 lit d, wie bereits erwähnt, der Mindestinhalt der Verträge betreffend die

Preise und Tarife festgelegt. Danach müssen die Einzelheiten über Preise und Tarife aufgeführt werden.

**2.9.5.** Legt man also diese ausdrücklich festgehaltene Zielsetzung der Universaldienstrichtlinie, nämlich die Tariftransparenz und Vertragssicherheit der Auslegung des § 25 TKG, mit dem Art 20 der Universaldienstrichtlinie innerstaatlich umgesetzt wurde, zugrunde, so muss in richtlinienkonformer Interpretation der im österreichischen Gesetz normierte Unberührtheitsvorbehalt des § 25 Abs 2 TKG dahingehend verstanden werden, dass auch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG von dieser Norm, als dasselbe Ziel verfolgend, nämlich die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit über das geschuldete Entgelt, unberührt geblieben ist.

**2.9.6.** Eine teleologische Auslegung unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben durch die Universaldienstrichtlinie führt auch aus einer weiteren Überlegung zu dem Ergebnis, dass Entgeltänderungen der Höhe nach nur bei Vereinbarung eines Änderungsvorbehaltes nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG erfolgen dürfen:

Wenn die Richtlinie nämlich einen Mindestinhalt der vertraglich festgelegten Entgeltbestimmungen vorschreibt, und dabei erwähnt, dass die Einzelheiten über Preise und Tarife im Vertrag in klarer und umfassender Form anzuführen sind, würde ein gleichzeitig uneingeschränktes einseitiges Änderungsrecht in diesem Bereich (Entgelthöhe) die in der Richtlinie geforderte Vertragsklarheit sofort wieder aushebeln können.

**2.10.** Zusammenfassend kommt daher der erkennende Senat zu folgendem Ergebnis:

Mit § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG wurde dem Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten grundsätzlich eine

einseitige Ermächtigung zur Vertragsänderung eingeräumt, die jedoch zumindest im Bereich der vom Teilnehmer zu leistenden Entgelthöhe in ihrem Umfang durch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beschränkt wird.

Das bedeutet, dass die hier in Rede stehende Klausel mangels Hinweises auf diese inhaltliche Gestaltungsbeschränkung (Notwendigkeit der Vereinbarung eines Entgeltänderungsvorbehaltes iSd § 6 Abs 1 Z 5 KSchG) dem Konsumenten kein klares Bild über seine Rechtsposition verschafft, sodass auch aus dieser Überlegung die Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 1 Z 3 KSchG zu bewerten ist. Das Erstgericht hat dem Unterlassungsbegehren nach § 28 KSchG daher zu Recht stattgegeben.

### **3. Zum Unterlassungsbegehren nach § 28a KSchG**

**3.1.** § 28a Abs 1 KSchG erweitert den Anwendungsbereich der Verbandsklage auf gesetzwidrige Geschäftspraktiken von Unternehmen im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, beschränkt auf die in § 28a Abs 1 KSchG angegebenen Vertragsverhältnisse und außervertraglichen Rechtsverhältnisse (*Kathrein/Schoditsch in KBB<sup>5</sup>, § 28a KSchG Rz 1; 10 Ob 13/17k*).

**3.2.** Zweck der Verbandsklagen nach § 28a KSchG ist es, Verhaltensweisen zu unterbinden, die in Widerspruch zum geltenden innerstaatlichen Recht stehen (10 Ob 28/14m mit Hinweis auf den Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2009/22/EG).

§ 28a KSchG zählt die für die Unterlassungsklage maßgebenden Schutzbereiche taxativ auf. Die Bestimmung lautet, soweit für den Anlassfall maßgebend, auszugsweise wie folgt:

*„Wer im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit [...] der Vereinbarung von missbräuchli-*

*chen Vertragsklauseln [...] gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt [...], kann unbeschadet des § 28 Abs 1 auf Unterlassung geklagt werden.“*

Die Bestimmung enthält keine taxative oder demonstrative Aufzählung jener gesetzlichen Verbote und Gebote innerhalb der einzelnen Schutzbereiche, deren Verletzung einen Unterlassungsanspruch auslösen kann. Sie bezweckt damit einen über die Richtlinie hinausgehenden Schutz, indem alle weitergehenden gesetzlichen Maßnahmen erfasst werden, die dem Schutz der Verbraucher in den einzelnen Schutzbereichen dienen. Dieser Zweck ändert jedoch nichts daran, dass es sich - schon aus Gründen der Rechtsicherheit - um bestimmte gesetzliche Verbote oder Gebote handeln muss (10 Ob 13/17k).

**3.3.** In der Lehre wird - im Anschluss an die EB zur RV der Stammfassung von § 28a KSchG (1998 BlgNr 21.GP 32) - die Auffassung vertreten, dass der Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG im Zusammenhang mit missbräuchlichen Vertragsklauseln insofern über § 28 Abs 1 KSchG hinausgeht, als er auch Klauseln außerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern erfasst; allerdings ist zusätzlich eine Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen der Verbraucher erforderlich (*Langer in Kosesnik-Wehrle, Konsumentenschutzgesetz [2010] §§ 28 bis 30 KSchG, Rz 32b*).

**3.4.** Der Kläger wendet sich im Anlassfall gegen drei konkret bezeichnete Praktiken der Beklagten, nämlich a) Erhöhungen des Grundentgeltes ausgenommen solchen, die sich aus der vertraglich vereinbarten Wertsicherungsklausel ergeben, vorzunehmen, b) neue Wertsicherungsklauseln in den Vertrag einzuführen oder bestehende Wertsicherungsklauseln zu ihren Gunsten abzuändern und c) neue

Entgelte oder Gebühren, insbesondere eine Servicepauschale von EUR 20,00 in den Vertrag einzuführen, und zwar bei solchen Verträgen, in welchen keine wirksame Vereinbarung über die Durchführung von Vertragsänderungen getroffen wurden und keine ausdrückliche Zustimmung des Kunden eingeholt wurde.

Damit spricht der Kläger als übertretene Gebotsnorm das Unterlassen der Vereinbarung eines Änderungsvorbehaltes iSd § 6 Abs 1 Z 5 KSchG an.

**3.5.** Dass es sich dabei um eine Praktik handelt, die im Zusammenhang mit einer missbräuchlichen Klausel gesetzt wurde, kann aufgrund des von der Beklagten außer Streit gestellten Sachverhaltes nicht bezweifelt werden, weshalb das Erstgericht dazu auch keine Feststellungen treffen musste: Die Beklagte stellte in ihrer Klagebeantwortung die in der Klage enthaltenen sachverhaltsbezogenen Ausführungen auf den Seiten 12 bis 14 zur Durchführung von Änderungen außer Streit. Damit ist zum einen außer Streit gestellt, dass das beanstandete Verhalten die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt, weil diese Praxis im Sinne eines Systems angewendet wurde (*Langer in Kosesnik-Wehrle, §§ 28 bis 30 KSchG Rz 32c; 4 Ob 143/14d*). Andererseits kann aufgrund dieser Außerstreitstellung auch der Zusammenhang zwischen den beanstandenden Verhalten und der Vereinbarung der missbräuchlichen Vertragsklausel hergestellt werden (*4 Ob 143/14d*).

Für eine Bejahung des Unterlassungsanspruches nach § 28a Abs 1 KSchG ist es nämlich nicht erforderlich, sich explizit im Sinne einer der numerischen Gliederung der AGB entsprechenden Bezeichnung der Klausel auf diese zu berufen - wie es hier offenbar die Beklagte meint.

Vielmehr ist ein Zusammenhang im Sinne der genannten Norm bereits dann hergestellt, wenn die Praktik erkennbar einen Bezug zu einer missbräuchlichen Vertragsklausel herstellt. Dieser Konnex wird in den von der Beklagten außer Streit gestellten Kundmachungsschreiben insofern hergestellt, als § 25 Abs 2 TKG ausdrücklich erwähnt wird und darauf hingewiesen wird, dass die Beklagte mit diesen Schreiben den Kunden über eine nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Vertragsbedingungen informiert.

Damit wird ein eindeutiger Zusammenhang zu der inkriminierten Klausel hergestellt, die sich derselben Diktion bedient.

Würde man die Anforderungen an eine Bezugnahme auf die missbräuchliche Klausel bei einer missbräuchlichen Geschäftspraktik höher ansetzen, würde § 28a KSchG zu einem zahnlosen Instrument werden.

**3.6.** Damit ist abschließend nur noch die Frage zu klären, gegen welches gesetzliche Gebot oder Verbot die Beklagte durch die einseitige Tariferhöhung und Neueinführung von neuen Entgeltbestandteilen sowie die Veränderung der vertraglich vereinbarten Wertsicherungsklausel verstieß.

Dazu ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, nämlich insbesondere, dass nach Ansicht des erkennenden Senates eine einseitige Erhöhung des Entgeltes nur unter den Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und der Vereinbarung eines entsprechenden Änderungsvorbehaltes zulässig ist. Die beschriebenen Praktiken verstoßen daher konkret gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

**3.7.** Das Fehlen der Vereinbarung des Änderungsvorbehaltes im Anlassfall führt konsequenterweise dazu, dass

eine Entgeltänderung nur nach allgemeinem Vertragsrecht zulässig ist und damit nur mit Zustimmung des Kunden erfolgen kann.

Insofern hat der Kläger zu Recht das Unterlassungsbegehren dahin eingeschränkt, dass er sich nur gegen jene Praktiken wendet, bei denen die Zustimmung des Kunden fehlt.

Zutreffend hat jedoch die Beklagte darauf hingewiesen, dass nach allgemeinem Vertragsrecht des ABGB auch eine konkludente Zustimmung für eine wirksame Vertragsänderung ausreicht.

Da das Unterlassungsgebot vom Kläger damit zu weit gefasst ist, da es auch das Verbot von Verhaltensweisen umfasst, die gesetzlich zulässig sind, nämlich konkludent vereinbarte Entgeltserhöhungen, ist im Unterlassungsgebot dem Begehren nur in diesem eingeschränkten Umfang stattzugeben und das darüber hinausgehende Begehren abzuweisen.

**3.8.** Schließlich war das Unterlassungsbegehren insofern zu modifizieren, als der Beklagten das Unterlassungsgebot nur für jene bestehenden Verträge, in welchen keine wirksame Vereinbarung über die Durchführung von Entgeltänderungen getroffen wurde, aufzutragen war. Der vom Kläger gewählte Begriff der Vertragsänderung ist zu unbestimmt, sodass sie nicht als Richtschnur für das zukünftige Verhalten des Beklagten dienen kann.

Das Gericht ist zur Modifizierung und Neufassung eines Begehrens berechtigt, sofern es dem Begehren nur eine klarere und deutlichere, dem tatsächlichen Begehren und Vorbringen des Klägers entsprechende Fassung gibt (RIS-Justiz RS0039357; RS0041254 [T2, T4, T12, T13]).

Bei der Neufassung des Spruchs hat sich das Gericht

im Rahmen der vom Kläger gewollten und damit innerhalb der vom § 405 ZPO gezogenen Grenzen zu halten.

Mit der vorgenommenen Modifikation wurde lediglich eine Verdeutlichung von dem vorgenommen, was nach dem Vorbringen des Klägers ohnehin begehrt wurde (RIS-Justiz RS0039357 [T27]; 17 Ob 22/08v; 4 Ob 93/10w).

4. Die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteiles war trotz Teilabweisung nicht abzuändern, da der Kläger nur mit einem geringfügigen Teil seines Anspruches, dessen Geltendmachung überdies keine Kosten veranlasste, unterlegen ist (§ 43 Abs 2 ZPO).

5. Auch die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf die §§ 43 Abs 2 iVm 50 ZPO.

6. Der Bewertungsausspruch orientiert sich an der nicht zu beanstandenden Streitwertbezifferung des Klägers in der Höhe von EUR 36.000,00.

7. Die Revision ist zulässig, da die Auslegung des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG in der Lehre unterschiedlich vorgenommen wird, und die entscheidungswesentliche Rechtsfrage, ob die in dieser Norm statuierte einseitige Ermächtigung zur Vertragsänderung durch das Telekommunikationsunternehmen durch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eine inhaltliche Schranke erfährt, vom Obersten Gerichtshof bisher nicht entschieden wurde.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 2, am 28. Februar 2018

**Dr. Klaus Dallinger**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG