



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 39/19y

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie die Richter Dr. Teply und Dr. Kikinger in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenten-information**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **EVN Energievertrieb GmbH & Co KG**, EVN Platz, 2344 Maria Enzersdorf, vertreten durch KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,--) sowie Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Wiener Neustadt vom 23. Mai 2018, 26 Cg 94/17d-11, in nichtöffentlicher Sitzung

./I: beschlossen:

Die Berufung wegen Nichtigkeit wird verworfen.

./II: zu Recht erkannt:

Im Übrigen wird der Berufung **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.051,12 (darin enthalten EUR 508,52 an USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens sowie die mit EUR 2.197,80 (darin enthalten EUR 366,30 an USt) bestimmten Kosten ihrer Beteiligung am Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Die Beklagte ist ein Energieversorgungsunternehmen und erbringt Dienstleistungen auf dem Energiesektor in den Sparten Strom, Erdgas und Wärme in Teilen Europas und Österreich mit Schwerpunkt auf dem Bundesland Niederösterreich, wo sie rund 2 Mio. Kunden versorgt.

Die Beklagte verwendet laufend im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Vertragsformblätter und/oder ihre Allgemeine Bedingungen für die Lieferung von elektrischer Energie gültig ab 1.2.2015 und ihre Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Erdgas gültig ab 1.2.2015, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt. Die AGB wurden der Regulierungsbehörde E-Control-Austria (ECA) im Herbst 2014 angezeigt, die deren Verwendung nicht untersagte.

Punkt V.3. der AGB lautet:

„V. Preise, Preisänderungen, Vertragsauflösung

3. Weiters behält sich EVN Energievertrieb Preisänderungen im Wege einer Änderungskündigung vor. Die Preisänderungen werden dem Kunden durch ein individuell adressiertes Schreiben oder auf dessen Wunsch elektronisch mitgeteilt. Sofern der Kunde den Änderungen nicht innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab Zugang der Preisänderungserklärung schriftlich widerspricht, werden nach Ablauf dieser Frist die Änderungen zu dem von EVN Energievertrieb mitgeteilten Zeitpunkt, der nicht vor dem Zeitpunkt der Versendung der Preisänderungserklärung liegen darf für die bestehenden Verträge wirksam. Widerspricht der Kunde den Änderungen binnen einer Frist von

zwei Wochen ab Zugang der Preisänderungserklärung schriftlich, endet der Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten, gerechnet ab Zugang der Preisänderungserklärung zum Monatsletzten. Der Kunde ist auf die Bedeutung seines Verhaltens sowie die eintretenden Folgen im Rahmen der Preisänderungserklärung besonders hinzuweisen."

Mit ihrer Klage vom 19.10.2017 begehrte die **Klägerin** die Beklagte zu verpflichten, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in AGB, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung dieser Klausel oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen sowie sich auf solche Klauseln zu berufen (1.) und ihr die Ermächtigung zu erteilen, den klagestattgebenden Teil des Urteilsspruches binnen sechs Monaten einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der Kronen Zeitung, Ausgabe für Niederösterreich und Burgenland, auf Kosten der Beklagten veröffentlichen zu dürfen (2.). Sie brachte im Wesentlichen vor, gemäß § 80 Abs 2 erster Satz ElWOG 2010 bzw § 125 Abs 2 erster Satz GWG 2011 seien Änderungen der Geschäftsbedingungen und der vertraglich vereinbarten Entgelte nur nach Maßgabe des ABGB und des KSchG zulässig. Auch wenn der Einleitungssatz der Klausel auf die Möglichkeit einer Änderungskündigung Bezug nehme, lasse die Klausel bei Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn über eine Zustimmungsfiktion unbeschränkt Preiserhöhungen zu. Sie sei daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Da die Klausel Änderungen nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulasse, verstoße sie überdies gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel räume der Beklagten das Recht zur Entgelterhöhung ein, ohne

dass die hierfür maßgeblichen Umstände beschrieben würden. Die Erhöhung sei nicht an eine sachliche Rechtfertigung, sondern alleine an den Willen der Beklagten geknüpft, sodass auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vorliege. Da Entgeltänderungen auch innerhalb der ersten zwei Monate nach Vertragsabschluss durchgeführt werden könnten, verstoße die Klausel überdies gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG. Wiederholungsgefahr liege vor. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten, sodass eine Urteilsveröffentlichung geboten sei.

Die **Beklagte** bestritt das Klagebegehren und beantragte dessen kostenpflichtige Abweisung. Sie brachte im Wesentlichen vor, die ECA sei für die präventive Vorabkontrolle der AGB zuständig, habe diese jedoch nicht untersagt. Der Rechtsweg für die Verbandsklage sei daher nicht zulässig. Das ElWOG sowie das GWG seien in Umsetzung der RL 2009/72/EG sowie RL 2009/73/EG ergangen. Das innerstaatliche Recht sehe sogar einen noch kundenfreundlicheren Maßstab vor. Die Möglichkeit einer Änderungskündigung werde ausdrücklich für zulässig erklärt. Die Klausel sehe kein einseitiges Preisänderungsrecht vor, sondern regle lediglich die gesetzlich zulässige Änderungskündigung eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses. Es liege daher kein Verstoß gegen das KSchG oder das ABGB vor. Überdies könne der Strom- und Gasmarkt hinsichtlich der Druck-, Benachteiligungs- sowie Transparenzsituation nicht mit dem Banken- oder Telekommunikationssektor verglichen werden. Der typische Durchschnittskunde im Strom- und Gasbereich sei aufgrund der Informationstätigkeit der Regulierungsbehörde aufgeklärt. Er habe daher ein fundiertes Grundverständnis über die Vertragspraxis. Auch

eine Drucksituation bestehe in Anbetracht der einfachen Administration eines Wechsels von Energielieferanten nicht. Die Preisbildung im Energiesektor sei maßgeblich von Großhandelspreisen beeinflusst. Es bestehe keine Gefahr einer willkürlichen Preissteigerung. Die Energielieferanten befänden sich überdies in einer scharfen Wettbewerbssituation. Die Klausel verstoße mangels Drucksituation nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB und sei auch ausreichend transparent. Wiederholungsgefahr liege nicht vor.

Mit dem angefochtenen **Urteil** gab das **Erstgericht** dem Unterlassungs- sowie Urteilsveröffentlichungsbegehren statt. Es stellte den bereits eingangs wiedergegeben Sachverhalt fest, auf den zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Rechtlich führte es aus, die aufsichtsbehördliche Genehmigung der AGB führe nicht zur Unzulässigkeit der Verbandsklage. Die ordentliche Änderungskündigung sei für den Unternehmer aus wirtschaftlicher Sicht ein radikales und wenig praktikables Mittel zur Erreichung von Preisänderungen, weil er sich dem Risiko aussetze, seine Bestandskunden zu verlieren. Zur Abschwächung dieses Risikos gestalte die Beklagte die Änderungskündigung derart, dass der Kunde das Änderungsangebot des Unternehmers stillschweigend annehme. Der Unternehme gebe bei dieser Variante der Änderungskündigung daher keine bedingte Beendigungserklärung ab, sondern informiere den Kunden über die künftig geltenden neuen Vertragsbedingungen. Bleibe der Kunde passiv, werde die bisherige Vertragsbeziehung stillschweigend zu den neuen Bedingungen verlängert. Die Beklagte spreche daher von sich aus keine bedingte Kündigung des Vertragsverhältnisses unter gleichzeitigem Vorschlag der neuen

Bedingungen aus. Vielmehr teile sie dem Kunden die künftig geltenden Preise mit und überlasse es ihm, den Vertrag durch schriftliche Kündigung (Widerspruch) binnen zwei Wochen zu beenden oder diesen zum neuen Preis stillschweigend aufrecht zu erhalten. Dieses Vorgehen sei keine grundsätzlich zulässige ordentliche Änderungskündigung, sondern die Vornahme einer Preisänderung mit Zustimmungsfiktion. Da die Klausel Änderung des Entgelts nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulasse, verstoße sie gegen § 879 Abs 3 ABGB sowie § 6 Abs 3 KSchG. § 80 Abs 2 ElWOG 2010 und § 125 Abs 2 GWG verdränge nicht die Anwendung der Bestimmungen des ABGB sowie KSchG.

Gegen dieses Urteil richtet sich die fristgerechte **Berufung** der **Beklagten** wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung, mit dem Antrag, das Klagebegehren abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Zu ./I: Nichtigkeit

1.1. Die Beklagte argumentiert, die Vorabüberprüfung der AGB durch die ECA führe zur Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges für die Verbandsklage, weil sonst eine unzulässige Doppelzuständigkeit einer Verwaltungsbehörde und eines Zivilgerichtes vorläge.

1.2. Der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 6 ZPO regelt die Unzulässigkeit des Rechtsweges in allen drei Erscheinungsformen, also die Unzulässigkeit des Gerichtsweges, weil der Anspruch vor eine Verwaltungsbehörde gehört, die Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges,

weil ein Sondergericht zu entscheiden gehabt hätte, aber auch die Unzulässigkeit des Prozesswegs, weil das außerstreitige Verfahren anzuwenden gewesen wäre (*Kodek in Rechberger*⁴ § 477 ZPO Rz 9).

Es entspricht der stRsp (RIS-Justiz RS0112133), dass den Zivilgerichten die Kontrolle der von einem Unternehmen verwendeten, wenn auch aufsichtsbehördlichen genehmigten Vertrags- und Tarifbestimmungen nicht verwehrt ist.

Soweit die Berufungswerberin argumentiert, sowohl dem aufsichtsbehördlichen Prüfungsverfahren als auch dem gerichtlichen Verfahren liege derselbe Beurteilungsmaßstab zugrunde, weil auch im Verbandsprozess eine abstrakte, von einem konkreten Vertragsverhältnis losgelöste Beurteilung vorzunehmen sei, was eine unzulässige Doppelzuständigkeit einer Verwaltungsbehörde und eines Gerichtes bedeute, ist sie auf die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 12. März 2019, G 190/2018-12, zu verwiesen, denen sich das Berufungsgesicht anschließt. Die Aufsichtsbehörde entscheidet demnach bloß abstrakt und losgelöst von einer konkreten Anwendung der Bedingungen während die ordentlichen Gerichte die Zulässigkeit der bevorstehenden oder tatsächlichen Verwendung in ihrer konkreten Erscheinungs- bzw. Verwendungsform zu beurteilen haben. Zwar sind die abstrakten Rechtsfragen teilweise ident, nicht jedoch die „Rechtssachen“. Die bloße Nichtuntersagung der angezeigten AGB durch die Behörde kann die Entscheidung der ordentlichen Gerichte nicht präjudizieren. Eine verfassungsrechtlich unzulässige Doppelzuständigkeit einer Verwaltungsbehörde und eines Gerichtes liegt nicht vor.

Die Berufung war daher, soweit sie Nichtigkeit gel-

tend macht, zu verwerfen.

Zu ./II:

1.1. Aus Zweckmäßigkeitserwägungen ist die Behandlung der **Rechtsrüge** vorzuziehen, weil die Berufungswerberin auch im Rahmen ihrer Verfahrens- und Tatsachenrüge auf denselben, nach ihrer Ansicht (ergänzend) festzustellenden Sachverhalt Bezug nimmt.

1.2.1. Die Berufungswerberin rügt als sekundäre Mangelhaftigkeit (RIS-Justiz RS0043304), das Fehlen von näher dargelegten (Punkt 2.5 sowie 3.4. in ON 12) Feststellungen zum Ausmaß der „verdünnten Willensfreiheit“, dem Fehlen einer faktischen Drucksituation im Energiesektor sowie den für die Energiebranche typischen Durchschnittsverbraucher. Diese Feststellungen wären für die Beurteilung einer gröblichen Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB und des Prüfungsmaßstabes nach § 6 Abs 3 KSchG notwendig gewesen.

1.2.2. Die Verwendung der Klausel ist - wie zu zeigen ist (vgl Punkt 1.3.2.) - unzulässig, ohne dass es eines Rückgriffes auf § 879 Abs 3 ABGB bedürfte, sodass bereits deshalb Feststellungen zur „verdünnten Willensfreiheit“ und der Drucksituation im Energiesektor entbehrlich sind. Soweit die begehrten Feststellungen auf den Tarifikalkulator sowie die (einfache) Wechselmöglichkeit der Energiekunden Bezug nehmen, handelt es sich ohnehin um allgemeinkundige Tatsachen, bei denen der Gegenbeweis aussichtslos erscheint und die daher das Berufungsgericht auch ohne Erörterung seiner Entscheidung zu Grunde legen könnte (10 Ob 57/16d = RdW 2017, 690 mwN).

Im Übrigen erweisen sich die Ausführungen der Berufungswerberin aber auch aus folgenden Überlegungen als

nicht stichhältig.

Durch die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB wurde eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen. Bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften liegt gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners schon dann vor, wenn sie unangemessen ist (RIS-Justiz RS0016914; *Krejci in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ 3 879 ABGB Rz 367). Die Annahme der gröblichen Benachteiligung hängt somit einerseits vom Ausmaß der einseitigen Verschiebung des gesetzlich vorgesehenen Interessenausgleiches und andererseits vom Ausmaß der „verdünnten Willensfreiheit“ des Benachteiligten ab (RIS-Justiz RS0016914 [T10]; *Krejci* aaO). Dies ist jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass Feststellungen zu den im Energiemarkt herrschenden Verbraucherschutzstandards (Tarifkalkulator, leichte Wechselmöglichkeit zwischen den Anbietern, Preisbildung über Großhandelsmärkte) notwendig wären. Der Grund dafür, dass § 879 Abs 3 ABGB insbesondere auf AGB abstellt, liegt in der zwischen Verwendern von AGB und Vertragspartner typischerweise vorzufindenden Ungleichgewichtslage. Der mit AGB konfrontierte Kunde ist in der Regel in seiner Willensbildung insoweit nicht völlig frei, als er sich den AGB zu fügen hat oder keinen Vertrag erhält. Gerade darin liegt die „verdünnte Willensfreiheit“ (RIS-Justiz RS0016914 [T29]). Dass dies bei der Beklagten anders wäre, der Verbraucher also Einfluss auf die Vereinbarung bzw den Inhalt der AGB hätte, behauptet sie nicht einmal.

Die von der Beklagten begehrten ergänzenden Feststellungen, die im Übrigen über weite Strecken ohnehin rechtliche Ausführungen darstellen, sind daher nicht

erforderlich.

1.2.3. Auch bedarf es keiner Feststellungen zum für die Energiebranche typischen Durchschnittsverbraucher.

Zwar ist bei der Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess auch zur Beurteilung des Transparenzgebotes auf das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden abzustellen (RIS-Justiz RS0126158; RIS-Justiz RS0037107 [T6, T10]). Allerdings stellt die Ermittlung des Verständnisses einer solchen Maßfigur eine Rechtsfrage dar, wenn zu ihrer Beurteilung die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen; es ist nur dann eine Tatfrage, wenn das nicht zutrifft (4 Ob 18/08p; RIS-Justiz RS0039926 [T26]). Nur dann, wenn der Richter den angesprochenen Kreisen nicht angehört, reicht seine Erfahrung nicht aus, die Wirkung der Ankündigung zu beurteilen.

Da sich die von der Beklagten verwendeten AGB an sämtliche Energieabnehmer richten und auch Richter den angesprochenen Verkehrskreisen angehören, reichen die Erfahrung des täglichen Lebens zur Beurteilung des Verständnisses aus. Besondere, einem bestimmten Fachkreis zuzuordnende und daher festzustellende Kenntnisse sind nicht notwendig.

1.2.4. Die von der Berufungswerberin sowohl im Zusammenhang mit § 879 Abs 3 ABGB als auch § 6 Abs 3 KSchG gerügten Feststellungsmängel liegen somit nicht vor.

Soweit sich die Berufungswerberin daher in ihrer Verfahrens- und Beweisrüge gegen die Ausführung des Erstgerichtes wendet, wonach die Beurteilung der Klausel schon vom Text her möglich sei, ohne dass es auf eine Betrachtung eines durchschnittlichen Energiekunden oder

einer auf diesen (nicht) lastenden Drucksituation ankomme, und abermals die Feststellung des bereits im Rahmen der Rechtsrüge genannten Sachverhalts anstrebt, ist sie auf obige Ausführungen zu verweisen.

Im Übrigen stellt die Aussage des Erstgerichtes keine im Wege der Beweisrüge bekämpfbare Tatsachenfeststellung, sondern eine bloße Rechtsausführung dar.

Auf den nur für den Fall, dass es sich um eine dislozierte Feststellung handeln sollte, geltend gemachten Begründungsmangel war daher bereits deshalb nicht einzugehen.

Da die von der Berufungswerberin aufgrund der nicht durchgeführten Beweise erzielbaren Verfahrensergebnisse für die Entscheidung auch nicht wesentlich sind, liegt keine Mangelhaftigkeit des Verfahrens vor (RIS-Justiz RS00116273).

1.3.1. Die Beklagte gesteht zu, dass § 80 Abs 2 ElWOG 2010 sowie § 125 Abs 2 GWG 2011 kein einseitiges Vertragsänderungsrecht der Energielieferanten vorsehen (so auch *Riedler*, Geltung und Änderung von AGB in Strom- und Gasverträgen, ÖJZ 2009, 495). Sie steht vielmehr auf dem Standpunkt, die von ihr verwendete Klausel setze lediglich das in den genannten Bestimmungen vorgeformte Änderungskündigungsrecht um. Die Kombination einer Änderungskündigung mit einer Erklärungsfiktion, die den Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspreche, sei zulässig. Es liege keine Preisänderungsklausel mit Zustimmungsfiktion, sondern lediglich die Vereinbarung einer mit einer Erklärungsfiktion kombinierten Änderungskündigung vor. Die Klausel sei daher weder benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB noch verstoße sie gegen § 6 Abs 3 KSchG.

1.3.2. Die Auslegung von Klauseln im Verbandsprozess hat im kundenfeindlichsten Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das damit für Verbrauchergeschäfte normierte Transparenzgebot soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten zu informieren. Im Verbandsprozess sollen nicht nur gesetzwidrige Klauseln verboten, sondern auch jene Klauseln beseitigt werden, die einem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln. Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB 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 oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweiligen Vertragstypischen Durchschnittskunden. Die Elemente des Transparenzgebots sind Erkennbarkeit, Verständlichkeit, Hinweis auf bestimmte Rechtsfolgen Bestimmtheit, Differenzierung, Richtigkeit sowie Vollständigkeit (vgl 6 Ob 140/18h mwN).

Eine Änderungskündigung liegt vor, wenn eine Kündigung unter der Bedingung erklärt wird, dass sich der Vertragspartner mit einer bestimmten Änderung des Vertrages nicht einverstanden erklärt (RIS-Justiz RS0028310). Es liegt also neben einer (aufschiebend oder auflösend)

bedingten Auflösungserklärung auch ein Anbot auf Änderung des Vertragsinhalts vor, dessen Annahme die Auflösung des Vertragsverhältnisses verhindert. Die Änderungskündigung zielt nicht in erster Linie auf eine Beendigung des Vertragsverhältnisses, sondern vielmehr auf eine inhaltliche Neugestaltung ab. Es ist dabei ausschließlich Sache des Kunden, ob er unter den neu angebotenen Bedingungen das Dauerschuldverhältnis aufrecht lassen will (vgl 8 ObA 216/94).

Änderungskündigungen sind im Zusammenhang mit unbestimmten Dauerschuldverhältnissen grundsätzlich möglich und zulässig (9 Ob 16/18w).

§ 80 Abs 2 ElWOG sowie § 125 Abs 2 GWG sehen kein gesetzliches, einseitiges Vertragsänderungsrecht vor, sondern skizzieren nur das formale Prozedere bei nachträglicher (einvernehmlicher) Änderung von AGB und treffen keine Aussagen über die inhaltliche Zulässigkeit von nachträglichen Adaptierungen (*Riedler* aaO).

Die beanstandete Klausel enthält entgegen der Ansicht der Berufungswerberin nicht bloß eine mit einer Zustimmungsfiktion verbundene Änderungskündigung, sondern verknüpft die Möglichkeit einer Preisänderung im Wege der Zustimmungsfiktion mit einer Änderungskündigung. Da die Beklagte bereits in der Klausel die Beendigung des Vertragsverhältnisses für den Fall eines Widerspruchs des Kunden erklärt, liegt auch bereits eine für eine Änderungskündigung typische, durch die Vornahme einer Preisänderung sowie einen Widerspruch des Kunden bedingte Auflösungserklärung vor.

Allerdings führt die Verknüpfung einer in AGB enthaltenen, mit einer Zustimmungsfiktion verbundenen Preisanpassungsklausel mit einer Änderungskündigung nicht

dazu, dass die Preisanpassungsmöglichkeit nicht mehr an den Voraussetzungen des § 6 Abs 3 KSchG zu messen wäre. Auch die Vereinbarung bzw der bereits in AGB enthaltenen Ausspruch einer Änderungskündigung kommt nur dann in Betracht, wenn die Klausel bzw die beabsichtigte Vertragsänderung, die der Anlass für die Änderungskündigung ist, den gesetzlichen Vorgaben des ABGB bzw KSchG entspricht (vgl zum Änderungsvorschlag betreffend eine Girokontoverbindung: 9 Ob 16/18w), weil es der Verwender von AGB andernfalls in der Hand hätte, durch den bereits in AGB enthaltenen Ausspruch einer Änderungskündigung sonst in AGB unzulässige Vertragsänderungen vornehmen zu können.

Es ist daher zu prüfen, ob die Klausel, die den Anlass für die Änderungskündigung regelt, den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Anlass für die in den AGB vorgesehene Änderungskündigung ist eine Preisanpassung im Wege einer Zustimmungsfiktion.

Auch wenn die von der Beklagten inkriminierte Klausel den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht, ist ihre Zulässigkeit dennoch nach § 6 Abs 3 KSchG zu prüfen. Eine Klausel, die Änderungen des Vertrages über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulässt und nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lässt, die den Verbraucher vor den Eintritt unangemessener Nachteile schützen könnte, verstößt gegen das Transparenzgebot. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Klausel eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zugunsten des Verwenders der AGB in nahezu jede Richtung oder in unbeschränktem Ausmaß zulässt (RIS-Justiz RS0128865). Eine unbeschränkte Änderungsmöglich-

keit des Umfanges des vom Kunden zu entrichtenden Entgelts darf nicht völlig unbestimmt bleiben (RIS-Justiz RS0128865 [T1]). Die im kundenfeindlichsten Sinn auszulegende Klausel lässt über eine Zustimmungsfiktion Änderungen der vom Kunden zu erbringenden Hauptleistung nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zu. Es besteht daher die Möglichkeit, das Äquivalenzverhältnis über eine Zustimmungsfiktion erheblich zugunsten der Beklagten zu verschieben, ohne dass die dafür maßgeblichen Voraussetzungen erklärt würden. Im Hinblick auf die aus dem Transparenzgebot abzuleitende Pflicht zur Vollständigkeit muss der Verbraucher aber von Anfang an auch über die Gründe und die maßgeblichen Umstände für eine Entgelterhöhung mittels Zustimmungsfiktion informiert werden, andernfalls die Auswirkungen der Klausel für ihn unklar bleiben. Nur auf diese Weise kann dem Risiko der künftigen Passivität des Verbrauchers ausreichend Rechnung getragen werden (9 Ob 73/17a = VbR 2018, 194 = Zak 2018, 276).

Diesen Anforderungen wird die Klausel nicht gerecht. Es werden die für die Preisänderung maßgeblichen Umstände nicht offen gelegt und eine Änderung unbeschränkt ermöglicht.

Da die Berufungswerberin die Zulässigkeit der Urteilsveröffentlichung nicht in Zweifel zieht, war darauf vom Berufungsgericht nicht mehr einzugehen (RIS-Justiz RS0043352 [T23]).

Der Berufung war daher insgesamt nicht Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Der Klägerin gebührt überdies für die vor dem Verfassungsgerichtshof über Aufforderung, als welche die erfolgte „Freistellung“ zu ver-

stehen ist, erstattete Äußerung ein Kostenersatz, über den von jenem Instanzgericht zu entscheiden ist, in dessen Rechtsmittelverfahren der Antrag auf Normenkontrolle gestellt wurde (9 ObA 212/93; 8 ObA 47/12p; *Obermaier*, *Kostenhandbuch*³ Rz 1.419 f). Die tarifliche Honorierung wurde mit Art 7 Z 4 BRÄG 2016, BGBl I 2017/10, mit TP 3.C Abschnitt 1 RatG geregelt, wobei kein Zuschlag gebührt. § 8 Abs 1 AHK kommt im gerichtlichen Kostenbestimmungsverfahren nicht zur Anwendung (*Obermaier* aaO).

Die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes orientiert sich an der von der Klägerin vorgenommenen Bewertung sowie der wirtschaftlichen Bedeutung der verwendeten Klausel, wobei der Unterlassungsanspruch und das diesbezügliche Veröffentlichungsbegehren aufgrund des rechtlichen und sachlichen Zusammenhangs iSd § 55 Abs 1 JN einer einheitlichen Bewertung zu unterziehen waren (RIS-Justiz RS0053096 [T15]).

Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig, weil - soweit für das Berufungsgericht überblickbar - höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von einer bereits in AGB enthaltenen Änderungskündigung im Zusammenhang mit einer Preisanpassungsklausel im Anwendungsbereich des § 80 Abs 2 ElWOG sowie § 125 Abs 1 GWG fehlt.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 17. April 2019

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG