

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf  
*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer  
*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,  
Martina Weixelbraun-Mohr  
*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

September 2017

17

749 – 796

## Aktuelles

**Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2017:**  
**SC Pilnacek zum Ministerialentwurf** ➔ 749

## Beiträge

**Entlohnung von Insolvenzverwaltern  
in Sonderfällen** Andreas Konecny ➔ 753

**Das Einigungsverfahren** Jutta Hammerl ➔ 760

**Rechtsprechung des Verwaltunggerichtshofs zum Gewerberecht 2016**  
Christoph Kleiser ➔ 767

## Evidenzblatt

**Gutgläubiger Verbrauch der Abfertigung** ➔ 771

**Nachtragsverteilung ohne vorhergehende Schlussverteilung**  
Thomas Zeitler ➔ 775

**Günstigkeitsvergleich im Finanzstrafrecht** ➔ 787

## Forum

**§ 25 Abs 3 TKG – die nächste Runde** Christian Zib ➔ 793

## Kosten

**Kostenseitig** Josef Obermaier ➔ 796

## § 25 Abs 3 TKG – die nächste Runde

ÖJZ 2017/109

Der Streit um die Auslegung des § 25 Abs 3 TKG geht in die nächste Runde: Nachdem die Frage der Indexanpassungen geklärt ist (keine Entgeltänderung iS dieser Bestimmung),<sup>1)</sup> wurde nun einem Mobilfunkanbieter die Verwendung einer AGB-Klausel untersagt, die weitgehend wörtlich § 25 Abs 3 TKG wiedergibt, soweit dort die Vorgangsweise des Diensteanbieters gegenüber dem Teilnehmer bei nicht ausschließlich begünstigender Änderung der AGB und Entgeltbestimmungen geregelt ist (Mitteilung mindestens einen Monat vor Inkrafttreten, außerordentliches Kündigungsrecht).<sup>2)</sup> Das überrascht nur auf den ersten Blick, hat sich doch in der Literatur ein veritabler Meinungsstreit darüber entwickelt, ob § 25 TKG überhaupt ein gesetzesunmittelbares Änderungsrecht gewährt oder aber ein Recht zur einseitigen Vertragsänderung vereinbart sein muss, das dann bei Entgelterhöhungen den Geboten des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu entsprechen hätte (insb Bestimmtheitsgebot, Willensunabhängigkeit, Symmetrie von Erhöhung und Senkung).

Zur Unklarheit trägt ua § 25 Abs 2 Satz 3 TKG bei, wonach „im übrigen die Bestimmungen des KSchG sowie des ABGB unberührt bleiben“. Nach allgemeinen Grundsätzen wäre für Vertragsänderungen ein Konsens erforderlich, dessen Vorwegregelung für Entgelterhöhungen den Geboten des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unterworfen wird. Zum Teil wird deshalb vertreten, dass § 25 TKG kein gesetzliches Änderungsrecht normiere, sondern ein vertragliches (Änderungsvorbehalt) voraussetze und nur zusätzliche Maßnahmen fordere (gegenüber den Teilnehmern: Kundmachung, Mitteilung, Hinweis auf das Sonderkündigungsrecht).<sup>3)</sup>

Der OGH hat § 25 Abs 3 TKG hingegen als gesetzliche Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung gesehen und das

außerordentliche Kündigungsrecht der Teilnehmer als Ausgleich dafür verstanden.<sup>4)</sup> Er hat damit durchaus breite Zustimmung in der Lehre gefunden.<sup>5)</sup> Jüngst hat der OGH in diesem Zusammenhang sogar von einer „ständigen Rechtsprechung“ gesprochen.<sup>6)</sup>

Ein Verdienst des vorliegenden Urteils ist es, dass die hiezu bestehenden Literaturmeinungen ausführlich dargestellt werden. Der maßgebliche Begründungsansatz des Urteils lautet:

„Durch § 25 Abs 2 letzter Satz TKG wird deutlich, dass zwischen Modus des Zustandekommens und inhaltlicher Kontrolle zu trennen ist. Die Vorgangsweise zur Änderung richtet sich, weil gesetzliches Änderungsrecht, nach § 25, erfordert also Anzeige und Kund-

1) OGH 27. 1. 2017, 8 Ob 132/15t, nach Vorabentscheidung des EuGH 26. 11. 2015, C-326/14.

2) HG Wien 5. 4. 2017, 18 Cg 71/16d (nicht rk).

3) *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecollex* 2000, 490 (491), zu § 18 TKG 1997; *Pichler*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen, MR 2007, 216 (221); *Schilchegger*, Statuiert § 25 TKG 2003 ein gesetzliches Änderungsrecht? MR 2010, 287; *ders in Riesz/Schilchegger*, TKG (2016) § 25 Rz 35; *Lust*, Gedanken zur Änderung von Telefonverträgen, MR 2014, 163; *Docekal*, TKG-Kündigungsrecht bei Indexanpassung, VbR 2014/48; *Lehofer*, § 25 Abs 3 TKG – Sonderprivatrecht zur einseitigen AGB-Änderung? VbR 2015/46.

4) OGH 25. 5. 2004, 4 Ob 98/04x; 8. 9. 2009, 1 Ob 123/09h; 14. 11. 2012, 7 Ob 84/12x; 28. 4. 2014, 8 Ob 72/13s; 25. 7. 2014, 5 Ob 118/13h (sub 4.6). Ebenso schon zur Vorläuferbestimmung § 18 Abs 2 TKG 1997 OGH 14. 3. 2000, 4 Ob 50/00g; 13. 9. 2001, 6 Ob 16/01y. In der E 20. 3. 2007, 4 Ob 227/06w, hat der OGH die Frage aufgeworfen, ob die zu § 18 TKG 1997 bejahte einseitige Vertragsänderung zu § 25 TKG 2003 aufrechterhalten werden könne, aber mangels Entscheidungsrelevanz nicht weiterverfolgt. Auch OGH 25. 2. 2016, 2 Ob 20/15b (sub 2.1.3), sah „keinen tauglichen Anlass, diese Rsp angesichts der divergierenden Lehrmeinungen neu zu überdenken“.

5) Vgl nur *Zib*, VbR 2014, 12 und die Nw dort in FN 2. Die Auflistung sei hier nicht wiederholt.

6) OGH 22. 12. 2016, 6 Ob 233/15f.

*machung sowie Mitteilung an den Teilnehmer. Die ‚im Übrigen‘ unberührt bleibenden Bestimmungen des KSchG und ABGB sind jene, die den Inhalt der Änderung betreffen, insb §§ 864 a, 879 ABGB und §§ 6, 9 KSchG. [...]*

*Es widerspräche dem Zweck von Art 20 Abs 2 UniversaldienstRL idF 2009/136/EG und § 25 Abs 3 TKG, wenn § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG so ausgelegt würden, dass sie jedwede einseitige Vertragsänderung ohne inhaltliche Kontrolle gestatten, solange die darin festgelegten Modalitäten eingehalten werden.“*

Dem ist zuzustimmen. Daraus wird im Urteil dann aber die Konsequenz gezogen, dass eine § 25 Abs 3 TKG wiedergebende AGB-Klausel – weil sie den Inhalt der möglichen Vertragsänderungen nicht von sich aus einschränkt – gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstößt, den Teilnehmer gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB) und intransparent ist (§ 6 Abs 3 KSchG).

Gegen diese Folgerung bestehen aber Bedenken: Ein gesetzliches Änderungsrecht benötigt keinen Änderungsvorbehalt in den AGB, daher auch keinen, der bei Entgeltänderungen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entspricht und hinreichend detailliert ist, um § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG standzuhalten. Abgesehen vom besonderen Modus des Zustandekommens der Vertragsänderung berechtigt ein gesetzliches Änderungsrecht aber freilich **nicht** zur Einführung inhaltlich gröblich benachteiligender (§ 879 Abs 3 ABGB), überraschender (§ 864 a ABGB) oder solcher AGB-Klauseln, die inhaltlich gegen das KSchG verstoßen. Ein gesetzliches Änderungsrecht hilft auch nicht, wenn der Betreiber etwa vertraglich auf eine Entgeltänderung verzichtet hat<sup>7)</sup> oder eine solche im Lichte seiner Werbeaussagen als UWG-Verstoß zu werten ist.<sup>8)</sup>

Wollte man das Urteil so verstehen, dass es entgegen seinem Wortlaut ein gesetzliches Änderungsrecht in § 25 Abs 3 TKG in Wahrheit ablehnt, so wäre dem mE nicht zu folgen. Damit würde selbst bei Erfüllung der Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG dem Kunden bei Telekom-Diensten – im Gegensatz zu anderen Branchen, wo die Entgelterhöhung dann bindet – trotzdem noch ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt. Das Gesetz wollte aber Telekom-Anbieter durch das gesetzliche Änderungsrecht begünstigen, nicht sie benachteiligen.<sup>9)</sup> Das außerordentliche

Kündigungsrecht der Teilnehmer soll – wie dies auch der OGH hervorgehoben hat (vgl eingangs) – einen Ausgleich dafür bieten.

In diese Richtung hat auch der EuGH in seinem Urteil C-326/14 (auf Vorlage des OGH) zu Art 20 Abs 2 UniversaldienstRL 2002/22/EG ausgeführt (Rz 25):

*„Anhand dieser Bestimmungen wird deutlich, dass der Unionsgesetzgeber anerkannt hat, dass Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen, ein berechtigtes Interesse daran haben können, die Preise und Tarife ihrer Dienstleistungen zu ändern (vgl entsprechend Urteil RWE Vertrieb, C-92/11, Rn. 46).“*

Dies spricht jedenfalls nicht gegen, sondern eher für die Zulässigkeit eines gesetzlichen Änderungsrechts.

Auch die frühere deutsche Parallelbestimmung zu § 25 TKG in § 28 TKV 1997<sup>10)</sup> ermöglichte Anbietern explizit – und auch vom Gesetzgeber<sup>11)</sup> und BGH so bestätigt – die einseitige Änderung von AGB und Entgelten in bestehenden Verträgen durch Kundeninformation mit Sonderkündigungsrecht des Kunden bei Änderungen zu seinen Ungunsten.

Diese Zielsetzung des Gesetzgebers zu ändern, ist eine rechtspolitische Forderung, die – wenn man sie für richtig hält – an den Gesetzgeber zu richten wäre. Im Wege der Auslegung ist dies mE nicht möglich.

Man darf jedenfalls auf die weitere Entwicklung gespannt sein.

*Christian Zib,  
Universität Wien*

7) Zutr OGH 3. 5. 2017, 4 Ob 250/16t.

8) OGH 20. 1. 2014, 4 Ob 115/13k.

9) Dazu Zib, aaO 13.

10) Telekommunikations-KundenschutzV dBGBl I 1997 S 2910. § 28 TKV wurde 2002 durch das Post- und telekommunikationsrechtliche Bereinigungsg (dBGBl I 2002 S 1529) aufgehoben.

11) Vgl die Mat zum Post- und telekommunikationsrechtlichen Bereinigungsg, BT-Dr 14/7921, 17f (zur Änderung der TKV 1997 im Gefolge der deutschen Schuldrechtsmodernisierung): „Infolge dieser Änderung ist § 28 TKV, der an die Regelung des § 23 Abs 2 Nr 1 a AGB-Gesetz anknüpft und in Absatz 3 nachträgliche Änderungen von AGB schon mittels einer geeigneten Information des Kunden (bei nachträglichen Änderungen zuungunsten des Kunden gepaart mit einem Sonderkündigungsrecht) ermöglicht, zu streichen [...]“