

wortliche sogleich verarbeitet, die zugleich Auftragsverarbeiter sind. Die Feststellung der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter ist lediglich ein Problemkreis, neben vielen weiteren Aspekten wie bspw die Frage der Rechtmäßigkeit der Daten-

verarbeitung oder ob die Unveränderlichkeit der Daten auf der Blockchain möglicherweise das Recht auf Vergessenwerden oder andere Rechte konterkariert. Diesen Aspekten ist eine eigene Untersuchung vorzubehalten.



Die Autorin:

Dr. **Jeannette Gorzala**, BSc ist Senior Associate bei EY Law Pelzmann Gall Rechtsanwälte GmbH. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt im Bereich Kapitalmarkt-, Unternehmens und Gesellschaftsrecht sowie IT, IP und Digitalisierung. Sie berät private und börsennotierte Gesellschaften in unterschiedlichen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Dabei liegt ihr besonderer Fokus bei M & A Transaktionen sowie bei Digitalisierungsberatung. Ihr Forschungsschwerpunkt liegt insb im Bereich der rechtlichen Implikationen neuer Technologien (va Applikationen auf der Blockchain, zB Smart Contracts).

✉ jeannette.gorzala@eylaw.at
🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Gorzala/Jeannette

Foto: Stefan Seebig



Der Autor:

Mag. **Martin Hanzl** MSc (WU) ist Rechtsanwaltsanwärter bei EY Law Pelzmann Gall Rechtsanwälte GmbH und Doktorand an der Universität Wien. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Kapitalmarkt und Gesellschaftsrecht (insb M&A Transaktionen). Er berät darüber hinaus Unternehmen bei der Umsetzung neuer Technologien und daraus entstehenden rechtlichen Implikationen (insb im Bereich Blockchain).

Publikationsauswahl:

Hanzl/Rubey, Blockchain – frischer Wind im Gesellschaftsrecht? GesRZ 2018, 102; Hanzl/Rubey, Smart Contracts – die intelligente Art Verträge zu schließen? Zak 2018, 238; Hanzl/Geißler, „Alles Blockchain“ – Arbeitsrecht 4.0? ecoloex 2018, 690.

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Hanzl/Martin

Foto: Stefan Seebig

Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer • Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, WU Wien

§ 25 TKG: Alte Fragen, keine neuen Probleme

» RdW 2018/369

§ 25 TKG über die Änderung von Telekommunikations-Verträgen ist eine für dieses Massengeschäft praktisch höchst bedeutende Norm, die immer wieder Gegenstand rechtswissenschaftlicher Diskussion und höchstgerichtlicher Entscheidungen war. Die zwischenzeitig im Wesentlichen eingelebte Ruhe auf der bis vor Kurzem als gesichert empfundenen Basis einer über ein Jahrzehnt herausgebildeten Judikatur zu Vertragsänderungen im Telekomgeschäft ist durch ein aktuelles Verbandsklageverfahren allerdings gestört worden.¹

1. Schutzkonzept

§ 25 TKG ist eine Norm, die Lehre und Rsp immer wieder beschäftigt hat. Das verwundert nicht, ist sie doch das nicht immer glücklich formulierte Ergebnis einer Entwicklung, die von der monopolistischen Post- und Telegraphenverwaltung zu einem ausdifferenzierten und hochkompetitiven Markt und vom „Vier-

teltelefon“ zum 4G-Smartphone geführt hat, ohne dass der Gesetzgeber immer „mitgezogen“ hat.

In einem gewissen Sinn zeigt sich das schon am Konzept, das § 25 TKG für die erstmalige Vereinbarung von AGB vorsieht.

1.1. Erstmalige Vereinbarung von AGB

1.1.1. Vorabkontrolle

So haben Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten ihre AGB vor Verwendung der Regulierungsbehörde anzuzeigen (Abs 1). Infolgedessen kann die Regulierungsbehörde den AGB dann „innerhalb von acht Wochen bei Nichtübereinstimmung mit [Telekomrecht] oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen“ (Abs 6).²

Diese behördliche Prüfung ist – da es keine Beschränkung auf das Verbrauchergeschäft gibt – Ausdruck eines generellen Kundenschutzkonzepts im Telekomrecht. Auch wenn eine solche

¹ Der Verfasser wurde aus Anlass dieses Verfahrens (HG Wien 5. 4. 2017, 18 Cg 71/16d; OLG Wien 28. 2. 2018, 2 R 86/17g) von A1, Drei und T-Mobile er sucht, § 25 TKG vor dem Hintergrund der in diesem Verfahren aufgeworfenen Rechtsfragen zu beleuchten.

² Nach § 115 Abs 1 TKG sind die AGB der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) anzuzeigen. Das Widerspruchsrecht steht gem § 117 Z 3 TKG hingegen der bei der RTR-GmbH angesiedelten Telekom-Control-Kommission zu, s *Schilchegger in Riesz/Schilchegger*, TKG (2016) § 25 Rz 14.



behördliche Vorabprüfung wie ein Fremdkörper wirkt, gibt es sie vereinzelt auch noch in anderen Bereichen. Was anachronistisch anmutet, ist in anderen Branchen – wenn auch mit unterschiedlicher Nuancierung – aber auch wieder modern, wie die Renaissance verwaltungsbehördlicher Interventionsbefugnisse zum Schutz des Verbrauchers zeigt, die mit MiFID II³ und MiFIR⁴ einhergehen.⁵

1.1.2. Einbeziehungskontrolle

Ein wirklicher Anachronismus ist es hingegen, wenn in § 25 Abs 1 TKG noch davon gesprochen wird, dass Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten AGB „zu erlassen“ hätten.⁶ Das ist ganz sicher nicht der Fall, sondern eben ein Relikt der Telegraphenverwaltung.⁷ Telekom-AGB müssen heute – auch wenn sie die behördliche Prüfung überstanden haben – vielmehr nach allgemeinen Regeln vereinbart und damit in den jeweiligen Vertrag mit einbezogen werden.⁸

1.1.3. Geltungs- und Inhaltskontrolle

Weder die behördliche Vorabkontrolle noch die allgemeinen Regeln folgende Einbeziehungskontrolle ersetzen natürlich die gerichtliche ex post-Kontrolle. AGB müssen daher auch im Telekom-Sektor der gerichtlichen Geltungskontrolle des § 864a ABGB und der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB sowie spezifisch Verbraucherschutzrechtlicher Vorschriften standhalten.⁹

Die AGB-Vereinbarung ist im Telekom-Sektor also nur durch eine verwaltungsbehördliche Kompetenz ex ante angereichert, birgt sonst aber keine großen Überraschungen.

1.2. Abänderung vereinbarter AGB

1.2.1. Änderungsrecht

Anders ist das bei Änderungen bestehender Verträge, für die Abs 2 eine für das Massengeschäft besonders wichtige Spezialregelung enthält: Wenn es dort heißt, dass „Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen [...] vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen“ sind, klingt auch das auf einen ersten, freilich trügerischen Blick nach Telekomverwaltung mit imperium und damit aus der Zeit gefallen.

Diese Anordnung wird allerdings in Abs 3 von einem Recht des Teilnehmers flankiert, seinen Vertrag „kostenlos zu kündigen“. Damit präsentieren sich nach gefestigter Rsp und hL § 25 Abs 2 und 3 TKG als ein gerade in einem derartigen Massengeschäft sinnvoller und gar nicht anachronistischer, sondern im Gegenteil sehr moderner Mechanismus zur Vertragsänderung.¹⁰ Aus § 25 TKG wird nämlich abgeleitet, dass der Betreiber ein gesetzliches Änderungsrecht hat, mit dem ein Recht des Kunden zur Kündigung korrespondiert, wenn die Änderung ihn nicht nur begünstigt.¹¹ Die Modernität zeigt aktuell etwa § 9 Abs 2 PauschalreiseG, wo erhebliche Leistungs- und Entgeltänderungen als vereinbart gelten, wenn der Verbraucher der Anzeige durch den Reiseveranstalter nicht binnen einer vom Reiseveranstalter festgelegten Frist widerspricht.¹²

Das kostenlose Kündigungsrecht nach dem TKG erfreut sich dem Vernehmen nach großer Beliebtheit, weil damit Mindestvertragslaufzeiten annulliert werden können und so ein „außertourlicher“ Providerwechsel ermöglicht wird.¹³ Diese erhebliche Sanktion ist es auch, die Betreiber motiviert, mit AGB-Änderungen sparsam zu sein.

1.2.2. Geltungs- und Inhaltskontrolle

In einem Verbandsklageverfahren hat das HG Wien dazu jüngst judiziert, dass es „zumindest Hinweise“ darauf gebe, dass „auch einseitige Vertragsänderungen, die gem § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG

³ RL 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl L 2014/173, 349.

⁴ VO (EU) 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der VO (EU) 648/2012, ABl L 2014/173, 84.

⁵ So sieht etwa die MiFIR vor, dass der Handel mit bestimmten gefährlichen Finanzmarktprodukten im Interesse des Anlegerschutzes untersagt werden kann, vgl etwa *Klingenbrunn*, Produktintervention zugunsten des Anlegerschutzes, WM 2015, 316. Die unionsrechtlichen Vorgaben wurden mit dem WAG 2018 umgesetzt, das die Zuständigkeit der FMA zum Erlass von Produktverboten vorsieht.

⁶ Bedeutung kommt der Wendung freilich insofern zu, als Betreiber dadurch verpflichtet werden, im geschäftlichen Verkehr AGB zu verwenden, die zudem einen gewissen Mindestinhalt (Abs 4) aufweisen müssen (zu den Problemen des gesetzlichen Zwangs, AGB zu verwenden, s allgemein *Bollenberger*, Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit, ÖBA 2016, 26). Dass AGB im Einzelfall nicht einbezogen oder abweichende Vereinbarungen getroffen wurden, stellt keine Verletzung von § 25 Abs 1 TKG dar, s *Schilchegger* in *Riesz/Schilchegger*, TKG § 25 Rz 6, 8.

⁷ Zur Entstehungsgeschichte von § 25 TKG *Schilchegger* in *Riesz/Schilchegger*, TKG § 25 Rz 1 ff.

⁸ Zur Einbeziehungskontrolle bei behördlicher Genehmigung *Riss*, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post für den Briefdienst im Inland, in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss*, Aktuelles AGB-Recht (2008) 107 (108 f, 111 f); vgl auch *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 93; *Schilchegger* in *Riesz/Schilchegger*, TKG § 25 Rz 8 f.

⁹ Vgl nur *Schilchegger* in *Riesz/Schilchegger*, TKG § 25 Rz 104 f, 127.

¹⁰ Der aktuell vorgestellte MinE für eine TKG-Novelle (Begutachtungsende: 30. 7. 2018) teilt dieses Verständnis, sprechen die Mat doch davon, dass „der Zweck des Sonderkündigungsrechtes [darin besteht], dass verschlechternde Änderungen des Vertragsverhältnisses durch Betreiber sich für den Kunden nicht nachteilig auswirken“.

¹¹ RIS-Justiz RS0113221, RS0128648 (T1); 9 Ob 14/17z; 8 Ob 72/13s; 7 Ob 84/12x; 1 Ob 123/09h; *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (141); *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 95 f; *Parschalk/Otto/Weber/Zuser*, Telekommunikationsrecht (2006) 93; *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 508; *Schauhuber*, Neue OGH-Judikatur zu einseitigen Vertragsänderungen im Telekom-Bereich, MR 2007, 290 (292); *Steinmaurer/Polster* in *Stratil*, TKG⁴ (2013) § 25 Anm 6; *Thiele*, Einseitige Änderung von Telekom-Verträgen, VbR 2015, 66; *Zib*, § 25 TKG und Indexanpassung, VbR 2014, 12 (13); *Zib*, § 25 Abs 3 TKG – die nächste Runde, ÖJZ 2017, 793.

¹² Siehe *Bollenberger*, Änderung von Bankverträgen im Massengeschäft, ÖBA 2017, 741 (743).

¹³ Vgl auch *Ertl*, MR 2005, 142; *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht 510; *Schilchegger* in *Riesz/Schilchegger*, TKG § 25 Rz 75.



vorgenommen wurden, einer Inhaltskontrolle unterliegen“ müssen.¹⁴ Die vorsichtige Formulierung offenbart eine Unsicherheit über den größeren Zusammenhang. Denn es ist völlig klar, dass es für eine solche Inhaltskontrolle nicht nur „Hinweise“ gibt.

Es ist vielmehr eine völlige Selbstverständlichkeit, dass die geänderten Bedingungen ihrerseits der normalen AGB-Kontrolle unterliegen. Es gibt keinen Grund dafür, im Wege des einseitigen Änderungsrechts Klauseln zum Vertragsinhalt machen zu können, die bei regulärer Vereinbarung unwirksam wären. Auf diesen Kontrollschritt kann schon nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen nicht verzichtet werden. Die Geltung dieser allgemeinen Grundsätze wird durch Abs 2 aber noch eigens bestätigt, der ausdrücklich festhält, dass die Bestimmungen des ABGB und des KSchG im Übrigen unberührt bleiben.

1.2.3. Zwischenfazit

Der Schutz des Kunden findet bei einer Änderung der AGB durch den Betreiber nach dem bisher Gesagten daher

- einerseits vorgelagert durch das Prüf- und Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde nach Abs 6,
- andererseits durch das Kündigungsrecht des Kunden nach Abs 3
- und schließlich nachgelagert durch die gerichtliche ex post-Kontrolle

statt.

Aus der Vogelperspektive präsentiert sich so ein schlüssiges Konzept. Der Unterschied zur erstmaligen Vereinbarung der AGB ist nach hA die Einseitigkeit der Änderung, die aber durch das kostenlose Kündigungsrecht kompensiert wird. Bedenkt man den zweifelhaften Wert der oft rein formelhaften Zustimmung zu AGB beim Vertragsabschluss, verschwimmen die Unterschiede zwischen beiden Modellen noch mehr. Von einer „verdünnten“ Willensfreiheit des Kunden als beim Vertragsabschluss kann bei der Vertragsänderung mit Kündigungsrecht kaum die Rede sein, jedenfalls können keine besonderen Schieflagen konstatiert oder Defizite beim Kundenschutz im Allgemeinen oder beim Verbraucherschutz im Besonderen ausgemacht werden. Im Gegenteil erscheint das Modell des TKG für bisweilen notwendige Änderungen im Massengeschäft verallgemeinerungsfähig.

2. Besondere Anforderungen an das Änderungsrecht?

2.1. Unberührtheitsvorbehalt

All das ist Stand der stRsp und hL, die sich auch mit dem Einwand auseinandergesetzt haben, dass § 25 TKG in Wirklichkeit gar kein gesetzliches Änderungsrecht vorsähe, sondern einen vertraglichen Änderungsvorbehalt voraussetze.¹⁵ Diese Auslegung des

§ 25 TKG ist zwar nicht schon prima facie von der Hand zu weisen, da das gesetzliche Änderungsrecht aus § 25 TKG nur „über die Bande“ erschlossen werden kann.¹⁶ Die ganz hA hat sich dieser Auslegung aber nicht angeschlossen.¹⁷

Sie hat insb und mE zutreffend auch das Argument verworfen, gegen ein gesetzliches Änderungsrecht spreche ausgerechnet die in § 25 Abs 2 TKG eingefügte Wendung: „Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des [KSchG], sowie des [ABGB] unberührt.“ Daraus folge die Notwendigkeit einer vertraglichen Vereinbarung, weil diese Gesetze keine unilateralen Änderungen von Verträgen vorsähen.¹⁸ Einerseits trifft das nicht zu, weil jedes Gestaltungsrecht eine einseitige Änderung der Rechtslage bewirkt. Andererseits verfängt das Argument nicht, weil die Annahme kaum intuitiv ist, dass ein Gesetzgeber, der den Standardfall vertraglicher AGB-Änderungen im Kopf hat, diese Selbstverständlichkeit ausgerechnet durch die dafür unpassende Wendung zum Ausdruck brächte, die Bestimmungen von KSchG und ABGB blieben – zumal „im Übrigen“ – unberührt.

Bevor Rsp und Lehre auf dieses Ergebnis eingeschwenkt sind, war die Frage nach der Bedeutung des Unberührtheitsvorbehalts von größerer Aktualität. Auch wenn er als Hinweis auf die Notwendigkeit vertraglicher Vereinbarungen nicht besonders taugt, musste seine Bedeutung erst ausgelotet werden, da er erst nachträglich ins Gesetz eingeführt wurde. § 25 TKG 2003 rezipierte nämlich an sich § 18 TKG 1997, ergänzte aber den Hinweis auf die Unberührtheit. Diese gesetzgeberische Maßnahme hat 2003 daher durchaus Klärungsbedarf hinsichtlich der Bedeutung der geänderten Textierung aufgeworfen,¹⁹ sodass der OGH in 4 Ob 227/06w die Frage formuliert hat, „ob diese zu § 18 TKG 1997 entwickelte Auffassung [eines gesetzesunmittelbaren Änderungsrechts] aufrecht erhalten werden kann“.

In weiterer Folge haben Rsp und Lehre diese Frage bejaht und den aktuellen Standard im Telekomrecht geschaffen, nach dem der Unberührtheitsvorbehalt nur eine klarstellende Wirkung für die ex post-Kontrolle des Ergebnisses der Vertragsänderung habe, dass aus ihm aber nicht abgeleitet werden könne, dass es eines vertraglichen Änderungsvorbehalts bedürfe.²⁰

Riedler in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 864a Rz 29; *Schilchegger*, Statuiert § 25 TKG 2003 ein gesetzliches Änderungsrecht? MR 2010, 287 ff; vgl auch *Docekal*, TKG-Kündigungsrecht bei Indexanpassung, VbR 2014, 88 (90 ff); *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 864a Rz 26; *Lehofer*, § 25 Abs 3 TKG – Sonderprivatrecht zur einseitigen AGB-Änderung? VbR 2015, 67; *Th. Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490 (491).

¹⁶ Die hA stützt sich dabei auf die Formulierung der Abs 2 und 3, die davon sprechen, dass AGB-Änderungen vor ihrer Wirksamkeit anzuzeigen und kundzumachen sind und dass der Kunde den Vertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kündigen kann, s etwa *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 95 f; 4 Ob 50/00g und unten 2.3.

¹⁷ Siehe schon FN 11.

¹⁸ Vgl *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 864a Rz 26; *Lust*, MR 2014, 164 f; *Schilchegger*, MR 2010, 290 f.

¹⁹ Auch die Materialien äußern sich dazu nicht, vgl ErläutRV 128 BlgNR 22. GP.

²⁰ 9 Ob 14/17z; 2 Ob 20/15b; 6 Ob 233/15 f; 8 Ob 72/13s; 7 Ob 84/12x; 1 Ob 123/09h und das Schrifttum in FN 11.

¹⁴ HG Wien 5. 4. 2017, 18 Cg 71/16d.

¹⁵ *Lust*, Gedanken zur Änderung von Telefonverträgen, MR 2014, 163 ff; *Lust*, Bald 20 Jahre „liberalisierte“ Telekommunikation in Österreich: Wie steht's um den Wettbewerb? JRP 2014, 153 (154 f); *Lust*, Zur Klauselkontrolle durch den Telekom-Regulator, RdW 2014, 694 (695 f); *Pichler*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen, MR 2007, 216 (221);



Vor diesem Hintergrund wurde im aktuellen Verbandsklageprozess²¹ dennoch die Frage gestellt, ob § 25 TKG nicht vielleicht doch eine vertragliche Vereinbarung voraussetze. Dass der unscheinbare Unberührtheitsvorbehalt all die Jahre ganz falsch verstanden wurde, konnte dabei jedenfalls nicht mit neuen Argumenten untermauert werden. Warum aus ihm nach über einem Jahrzehnt der hA auf einmal etwas ganz anders folgen sollte als bisher und was es rechtfertigen würde, bei Millionen von Telekommunikationsverträgen den Mechanismus der Vertragsänderung auszurdieren, bleibt ebenso offen.

2.2. Zu berücksichtigende Konsequenzen

Im Zusammenhang damit zeigt sich nicht nur das Problem der ex tunc-Wirkung von Judikaturänderungen, das sich als allgemeines Problem immer stellt. Unternehmen gestalten ihre AGB im Vertrauen auf die Rechtslage und werden in weiterer Folge durch eine Änderung der Rsp in ihrem Vertrauen aber oft besonders enttäuscht. Judikaturänderungen beeinträchtigen nämlich nicht nur die Rechtssicherheit, sondern reißen manchmal auch Lücken, die – insb im Massengeschäft und im Super-Massengeschäft wie in der Telekombranche (oder auch in der Energie- und Finanzbranche) – kaum mehr zu schließen sind und daher besonders folgenschwer sind.

Der OGH hat nämlich in einer sehr umstrittenen Judikaturlinie damit begonnen, Zustimmungsfiktionsklauseln, die stets als probates Mittel für AGB-Anpassungen gesehen wurden, für unzulässig zu erklären, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass durch sie eine unzulässige Vertragsänderung stattfindet.²² Da sich das in transparenter Weise kaum ausschließen lässt, resultiert aus dieser Vermischung des Wegs zur Vertragsänderung und des Ergebnisses der Vertragsänderung für das Massengeschäft das Problem, dass eine Korrektur von AGB durch Anpassung kaum mehr möglich ist. Verlangte man plötzlich eine vertragliche Vereinbarung des gesetzlichen Änderungsrechts, wäre das bei Bestandskunden wohl ein Ding der Unmöglichkeit. Das Problem stellt sich aber auch bei neuen Verträgen: „*Wie man eine wirksame Zustimmungsfiktionsklausel formuliert, die ihren durchaus legitimen Zweck erfüllt (nämlich die Anpassung bestehender Dauerverträge an geänderte Verhältnisse im Massenkundengeschäft), weiß in Österreich heute wohl niemand mehr genau.*“²³

In diesem durch die Rsp maßgebend mitgestalteten Regelungsumfeld braucht es deshalb Argumente mit sehr hoher Über-

zeugungskraft, um eine Judikaturwende bei Telekomverträgen zu rechtfertigen.

2.3. (K)ein Grund zur Sorge?

Es wirkt daher auf den ersten Blick beruhigend, dass für das OLG Wien²⁴ § 25 Abs 2 und 3 TKG „*nur als grundsätzliche gesetzliche Ermächtigung zur einseitigen Vertragsänderung gedeutet werden [kann], da in Abs 3 vom Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Änderung die Rede ist, und, dass für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen kundzumachen und dem Teilnehmer anzuzeigen sind*“.

Damit hat das OLG einen Gesichtspunkt identifiziert, der die Gesamtbeurteilung der Norm weit mehr prägt als der Hinweis auf die Unberührtheit von KSchG und ABGB. § 25 TKG „klingt“ schon nicht nach vertraglichem Änderungsvorbehalt.²⁵ Dieser Hinweis hat erhebliche Überzeugungskraft, der das diffuse Unberührtheitsgebot wenig entgegensetzen vermag.

Die Beruhigung ist freilich nicht von langer Dauer, denn was das OLG Wien mit der einen Hand gibt, nimmt es mit der anderen sofort wieder weg. Es fragt sich nämlich, „*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*“ und bejaht diese Frage.

3. Aufgeworfene Fragen

3.1. Gesetzliches Änderungsrecht und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG

3.1.1. Untauglichkeit im Massengeschäft

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG verankert bekanntlich das Symmetriegebot, nach dem eine Vereinbarung über Entgeltänderungen nur gültig ist, wenn sie sowohl zu einer Erhöhung als auch zu einer Senkung führen kann. Außerdem müssen die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sein.²⁶ Das ist bei Langzeitverträgen im Massengeschäft, für die die Norm nicht wirklich prädestiniert ist, leichter gesagt als getan. Wie soll denn hinreichend transparent beschrieben werden, welche Umstände für die Entgeltänderung maßgebend sein sollen? Dazu tut sich auf nationaler wie europäischer Ebene zu viel Unvorhersehbares. Wie soll etwa das EU-Gebot für kostenloses Roaming im Telekommunikationsbereich oder das nationale Verbot von Bankomatgebühren mit den daraus jeweils resultierenden Konsequenzen sinnvoll ex ante abgebildet werden? Wie soll dem Onlinebanking-Kunden des Jahres 2005 hinreichend transparent gemacht werden, dass bankaufsichtsrechtliche Regelun-

²¹ HG Wien 5. 4. 2017, 18 Cg 71/16d; OLG Wien 28. 2. 2018, 2 R 86/17g.

²² RIS-Justiz RS0128865, grundlegend 1 Ob 210/12g; dazu *Spitzer*, Ein Schelm, wer Böses dabei denken könnte, VbR 2013, 31; vgl auch *Bollenberger*, ÖBA 2017, 743 ff; *Csoklich/Foglar-Deinhardstein*, Die Inhaltskontrolle von Erklärungs-fiktionsklauseln in Verbraucherverträgen, JBl 2013, 629; *Dullinger*, Zur Zulässigkeit von Vertragsänderungen durch Zustimmungsfiktion in AGB – Anmerkung zu OGH 1 Ob 210/12g = JBl 2013, 436, JBl 2013, 609; *Haghofer*, Stärkung des Vertragsprinzips, VbR 2013, 30; *Koch*, Erklärungs(f)iktionen, ÖBA 2013, 898; *Riss*, Mechanismen der Vertragsanpassung im Massengeschäft mit Verbrauchern, ÖBA 2014, 419.

²³ *Schopper*, Kritik an der Judikatur. Judikatur zu Zustimmungsfiktionsklauseln in AGB, VbR 2017, 75.

²⁴ 28. 2. 2018, 2 R 86/17g.

²⁵ Vgl auch *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 95 f; 4 Ob 50/00g.

²⁶ *Docekal/Kiendl-Wendner* in *Keiler/Klauser*, Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht (1. Lfg; 2015) § 6 KSchG Rz 52 ff; *Langer* in *Koschnick-Wehrle*, KSchG⁴ (2015) § 6 Rz 25 ff.



gen der PSD II (Zahlungsdienste-RL II)²⁷ im Jahr 2015 in Zusammenschau mit Guidelines der European Banking Authority die Abwicklung des Onlinebanking stark verändern werden? *Ad impossibilia nemo tenetur*?²⁸

3.1.2. These und Antithese

Unabhängig davon, wie schwer oder leicht es ist, § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bei Langzeitverträgen im Massengeschäft zu entsprechen, darf eines nicht übersehen werden: Es ist nicht möglich, mit der hA ein gesetzliches Änderungsrecht anzunehmen, das gleichzeitig nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vereinbart werden muss. Es gibt hier nur These (gesetzliches Änderungsrecht) und Antithese (vertraglicher Änderungsvorbehalt); eine Synthese ist nicht möglich.

Vielleicht soll im Sinne einer Antithese zur hA § 6 Abs 1 Z 5 KSchG aber eben *lex specialis* zu § 25 Abs 2 und 3 TKG sein, sodass es für die Entgeltänderung eben kein gesetzliches Änderungsrecht gibt, sondern nur vertragliche Änderungsvorbehalte wirken. Dann ist freilich zugleich zu bedenken, dass die Fragestellung nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG des OLG Wien zu kurz greift.²⁹ Denn es gibt natürlich noch eine zweite wichtige „Bestimmung“ des KSchG, die Vertragsänderungen betrifft, nämlich § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, nach der der Unternehmer seine Leistung nur einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, wenn die Befugnis dazu eigens ausgehandelt wurde, und die Abweichung als geringfügig und sachlich gerechtfertigt dem Verbraucher zumutbar ist.³⁰

Wer die Frage nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG aufwirft, muss notwendigerweise auch die Frage nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG stellen. Wo die Entgeltänderung in sehr präziser Weise in AGB vereinbart werden müsste, muss die Leistungsänderung auch noch einzeln ausgehandelt werden. Wer das gesetzliche Änderungsrecht für das Entgelt des Kunden ausschließt, muss es aber eigentlich auch für die Leistung des Unternehmers tun.

Wenn das OLG Wien daher einerseits sagt, dass § 25 TKG nur als gesetzliches Änderungsrecht verstanden werden kann und dem hinzufügt, dass Änderungen „*nur bei Vereinbarung eines Änderungsvorbehaltes nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG erfolgen dürfen*“, entpuppt sich die Qualifikation des § 25 TKG als gesetzliches Änderungsrecht als Lippenbekenntnis, das nur den Bruch mit der hA kaschiert, indem ein Potemkinsches gesetzliches Änderungsrecht errichtet wird, hinter dem vertragliche Änderungsvorbehalte für Leistung (§ 6 Abs 2 Z 3 KSchG) und Gegenleistung (§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG) stehen müssen.

Folgt man der hA leistet die AGB-Kontrolle hier die Kontrolle der geänderten Bestimmung (sodass § 9 KSchG einen im Wege des Änderungsrechts eingeführten Gewährleistungsausschluss

unzulässig macht oder § 6 Abs 1 Z 9 KSchG zu weitreichenden Haftungsausschlüssen entgegensteht oder § 6 Abs 3 KSchG die Intransparenz einer eingeführten Änderung aufgreift oder § 879 Abs 3 KSchG die gröbliche Benachteiligung ...), aber nicht die Kontrolle des Rechtsgrundes der Änderung. Der Weg zum neuen Vertrag ist kontrollfrei, der neue Vertrag natürlich nicht.³¹

3.2. Gesetzliches Änderungsrecht bei Aufhebung vertraglicher Änderungsklauseln

3.2.1. Ausgangslage

Obwohl § 25 TKG von der hA als gesetzliches Änderungsrecht verstanden wird, finden sich in AGB von Mobilfunkbetreibern häufig Ausführungen zur Vertragsänderung. So ist im aktuellen Verbandsklageverfahren eine Klausel streitgegenständlich, der das Berufungsgericht attestiert, sich am Wortlaut von § 25 TKG zu orientieren.

Dass eine Orientierung am Wortlaut nicht unbedingt Garant dafür ist, dass die Klausel hält, ist freilich sattsam bekannt, Transparenzbedenken können auch bei enger Anlehnung ans Gesetz zuschlagen.³² Auch wäre es denkbar, dass anders als im Anlassfall die vertragliche Änderungsklausel sich nicht am § 25 TKG orientiert und daher in anderer Hinsicht zu weit geht. Es sind also Fälle denkbar, in denen die vertragliche Abbildung des gesetzlichen Änderungsrechts gegen AGB-rechtliche Vorgaben verstößt.

Das erscheint auf den ersten Blick recht unproblematisch, weil der Hochseilakt der AGB-Gestaltung ohnehin über dem Sicherheitsnetz des § 25 TKG stattfindet. Auch hier geraten gesichert erscheinende Denkmuster aber unter Druck.

3.2.2. Keine geltungserhaltende Reduktion

Nichts Neues ist es, dass eine geltungserhaltende Reduktion von AGB-Klauseln im Verbrauchergeschäft – und zwar auch im Individualprozess – unzulässig ist,³³ da sie schon an der nötigen Transparenz scheitert und außerdem den als unangenehmen empfundenen Nebeneffekt hat, dass der Unternehmer für die unwirk-

²⁷ RL (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der RL 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der VO (EU) 1093/2010 sowie zur Aufhebung der RL 2007/64/EG, ABL L 2015/337, 35.

²⁸ Vgl auch *Bollenberger*, ÖBA 2017, 744; *Schopper*, VbR 2017, 75.

²⁹ Der vom OLG Wien ebenfalls in Erwägung gezogene § 6 Abs 2 Z 4 KSchG spielt als weitere Regelung zur Entgeltänderung keine besondere Rolle, darauf muss hier nicht eigens eingegangen werden.

³⁰ Vgl *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ (2015) § 6 KSchG Rz 72 ff; *Eccher* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ (2006) § 6 Abs 2 Z 3 KSchG Rz 1 ff.

³¹ Vgl *Zib*, ÖJZ 2017, 794.

³² Das ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Im konkreten Fall moniert das OLG Wien auch, dass das gesetzliche Änderungsrecht einer individualen „Garantievereinbarung“ weiche, sodass ein dem Kunden garantiertes Entgelt aufgrund der daraus resultierenden einzelvertraglichen Abbedingung des § 25 TKG auch nicht nach § 25 TKG geändert werden kann. Dass auf ein gesetzliches Recht verzichtet werden kann, ist letztlich eine Selbstverständlichkeit und wurde auch schon vom OGH so entschieden, 4 Ob 115/13k. Darin liegt für das OLG Wien eine Intransparenz, denn ein „*durchschnittlicher Mobilfunkkunde, der [die Judikatur] nicht kennt, könnte die Bestimmung nämlich dahingehend verstehen, dass der Beklagten das Recht zukommt, sowohl einzeln ausgehandelte Entgeltbestimmungen als auch vertraglich garantierte Entgeltshöhen zu verändern*“. Selbst wenn man aus dem Zusammenspiel von „Entgeltgarantie“ und Änderungsklausel eine Intransparenz ableiten wollte, kann das Gericht aber auch im Verbandsprozess nur die Unterlassung der Verwendung dieser Klausel gegenüber solchen Kunden verbieten. Ein „allgemeines“ Unterlassungsbegehren wäre demgegenüber überschießend und rechtsgrundlos.

³³ RIS-Justiz RS0128735; EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino* Rz 65; 21. 12. 2016, C-154/15, C-307/15, C-308/15, *Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez und Banco Popular Español SA* Rz 57.



same AGB-Klausel nicht hinreichend „bestraft“ wird, wenn er auf das gerade einmal Zulässige herabgestuft wird. Die Bestrafung ist dabei Ausdruck europäischer Vorgaben, nach denen „angemessene und wirksame Mittel vorhanden [sein sollen], damit der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird.“³⁴

Ob wirklich alles eine missbräuchliche Klausel nach der Intention der Richtlinie ist, was von der heute in AGB-Sachen bisweilen sehr strengen Rsp aufgehoben wird, ist eine gesonderte Frage, die allerdings die Frage nach der Berechtigung der wirksamen Sanktion miteinschließt.³⁵ Das kann hier aber nicht beantwortet werden.

3.2.3. Verlust dispositiver Rechte?

An dieser Stelle soll vielmehr vor einem Missverständnis gewarnt werden: Der neueste Trend ist, dass der Verwender einer „missbräuchlichen“ Klausel nicht nur nicht in den Genuss der geltungserhaltenden Reduktion kommen soll, sondern – wirksame Sanktion! – dass ihm auch die Berufung auf das dispositive Recht verwehrt sein soll. Was auf den ersten Blick die Fallhöhe in überaus wirksamer Weise erhöht – der missbräuchliche AGB-Verwender hat nicht einmal mehr das dispositive Recht – wirkt auf den zweiten Blick seltsam: Die Rechtfertigung des dispositiven Rechts liegt ja in der ausgewogenen Regelung durch den Gesetzgeber.³⁶ Soll das AGB-Recht jetzt wirkliche Straffunktion übernehmen, sodass der Verlust (allgemein) bürgerlicher Rechte den AGB-Verwender noch wirksamer abschreckt?

Der OGH hat sich in der E 9 Ob 85/17s mit dieser Frage beschäftigt und kommt unter vielfältiger, allerdings nicht widerspruchsfreier³⁷ Bezugnahme auf den EuGH zum Ergebnis, dass eine Lückenschließung durch dispositives Recht nach Aufhebung einzelner AGB-Klauseln³⁸ nicht mehr zulässig sei. Die Bezugnahmen tragen das Ergebnis freilich nicht:

³⁴ Art 7 Abs 1 der Klausel-RL, RL 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABL L 1993/95, 29; EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino* Rz 68; 30. 4. 2014, C-26/13, *Kásler* Rz 78.

³⁵ Vgl etwa *Gsell*, Prävention als oberstes Ziel der Klauselkontrolle bei Verbraucherverträgen? in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2015 (2015) 35 (40) mwN.

³⁶ Vgl nur *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 159.

³⁷ Zunächst heißt es: „Die Beurteilung, ob ein Vertrag nach Wegfall einer oder mehrerer Klauseln undurchführbar ist, ist nach objektiven Kriterien vorzunehmen und nicht danach, ob der Wegfall des Vertrags im Einzelfall für den Verbraucher günstiger wäre“, dann aber: „Nach der oben zitierten Judikatur des EuGH wäre eine Schließung der durch den Wegfall der missbräuchlichen Klausel entstandenen Vertragslücke im Verbraucherrecht nur dann zulässig, wenn sich die ersatzlose Streichung der missbräuchlichen Klausel nachteilig auf die Rechtssituation des Verbrauchers auswirken würde.“

³⁸ Siehe *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? ÖBA 2013, 27 (29); *Gsell* in *Leupold*, Forum Verbraucherrecht 2015, 44 ff; *Kathrein/Schoditsch* in *Kozioł/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ (2017) § 6 Rz 4; *Kern*, Wer darf wann welche Lücke füllen? wbl 2016, 61 (70 f); *Kurz*, Rechtsfolgen missbräuchlicher Klauseln: (Un-)Anwendbarkeit dispositiven Rechts, VbR 2015, 52.

In einem ersten Schritt leitet der OGH aus der Rs *Banco Español*³⁹ ab, dass „die nationalen Gerichte eine missbräuchliche Vertragsklausel nur für unanwendbar zu erklären hätten, damit sie den Verbraucher nicht binde, ohne dass sie befugt wären, deren Inhalt abzuändern. Denn der betreffende Vertrag müsse – abgesehen von der Änderung, die sich aus der Aufhebung der missbräuchlichen Klauseln ergebe – grundsätzlich unverändert fortbestehen, soweit dies nach den Vorschriften des innerstaatlichen Rechts rechtlich möglich sei“.

Aus der Rs *Kásler*⁴⁰ nimmt der OGH mit, dass „im Fall eines nach Wegfall einer missbräuchlichen Klausel nicht mehr durchführbaren Vertrags zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher [...] Art 6 Abs 1 der Klausel-RL dahin auszulegen sei, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegenstehe, die es dem nationalen Gericht ermögliche, der Nichtigkeit der missbräuchlichen Klausel dadurch abzuwehren, dass es sie durch eine dispositive Vorschrift des nationalen Rechts ersetze“.

In den verbundenen Rs *Unicaja Banco SA und Caixabank SA*⁴¹ erblickt der OGH schließlich eine Beschränkung des Lückenschlusses durch dispositives Recht nach Wegfall einer missbräuchlichen Vertragsklausel „ausdrücklich auf die Fälle, in denen die Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel das Gericht verpflichten würde, den Vertrag insgesamt für nichtig zu erklären, wodurch der Verbraucher Konsequenzen ausgesetzt würde, die derart seien, dass er dadurch bestraft würde“.

3.2.4. Bedeutung für den vorliegenden Fall

Was folgt daraus für einen Fall, in dem die gesetzliche Änderungsbefugnis vertraglich in einer Weise abgebildet wurde, die für intransparent oder inhaltlich problematisch befunden wird?

Der nächste Schritt scheint klar und in 9 Ob 85/17s grundgelegt, wo die Lückenschließung durch den OGH – wenn auch im sehr speziellen Fall der Hauptleistung des Kunden bei einem Partnerschaftsvermittlungsvertrag – abgelehnt wurde:

Sicher wäre es abschreckend, dem Telekom-Betreiber bei Unzulässigkeit der vertraglichen Änderungsklausel auch die Berufung auf das gesetzliche Änderungsrecht nach § 25 TKG zu nehmen; und zweifellos würde der Vertrag dadurch nicht „undurchführbar“. Allerdings ist hier große Vorsicht geboten, damit sich keine Rechtssätze verselbstständigen. Lückenschließung durch dispositives Recht kann problematisch sein, ist es aber nicht ohne weiteres. Dafür ist die „Undurchführbarkeit“ des Vertrages ebenso zu grobschlächtig wie ein diffuses Motiv der Abschreckung.

So schlicht wird rechtsgeschäftlich sonst auch nicht gedacht und so schlicht denkt auch der EuGH nicht. *Faber* hat nämlich eindrücklich zu bedenken gegeben, dass im Umgang mit Entscheidungen des EuGH „besondere Vorsicht“ bei Umkehrschlüssen

³⁹ EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA/Joaquín Calderón Camino*.

⁴⁰ EuGH 30. 4. 2014, C-26/13, *Kásler*.

⁴¹ EuGH 21. 1. 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, *Unicaja Banco SA und Caixabank SA*.

sen geboten sei und bei der Beurteilung der Frage, „ob Formulierungen im Urteil, die als Einschränkungen verstanden werden könnten, tatsächlich Tatbestandscharakter für eine aus dem Urteil ableitbare allgemeine Regel haben sollen.“⁴²

Als Beispiel rekurriert *Faber* ausgerechnet auf die Rs Kásler⁴³ und wirft die Frage auf, „ob die Undurchführbarkeit des Vertrags infolge Wegfalls der Klausel Tatbestandsvoraussetzung für eine Lückenfüllung durch dispositives Recht sein soll.“⁴⁴ Für das Verständnis des Urteils des EuGH, das ja eine Antwort auf eine Frage ist, empfiehlt es sich, nicht auf die Frage zu vergessen. Und tatsächlich zeigt sich, dass sich die Vorlagefrage ausdrücklich auf Lückenfüllung in Situationen bezogen hat, in denen der Vertrag sonst undurchführbar wäre.

Darauf hat der EuGH geantwortet, vielleicht nicht ganz unglücklich darüber, sich in einem Fall, wo die Alternative eine Schlechterstellung des Verbrauchers gewesen wäre, auf eine in diesem Licht besehen „No na-Antwort“ beschränken zu können. Gleichzeitig entspricht es dem Stil des EuGH, nicht mehr zu sagen, als notwendig ist. Der EuGH wird zwar in den Mitgliedstaaten nicht ganz ohne Grund bisweilen als Ersatzgesetzgeber gesehen, er arbeitet aber nicht wie ein Gesetzgeber.⁴⁵

Daraus zieht *Faber* das Fazit, dass eine Lückenfüllung durch dispositives Recht auch in anderen Situationen zulässig sein kann. Diese – mE unbedingt überzeugende – Ansicht kann man teilen oder nicht. Aber Kásler trifft dazu ebenso wenig eine Aussage wie Unicaja Banco SA und Caixabank SA, die nach *Faber* überhaupt nur – noch dazu obiter – die Rs Kásler zusammenfassen.⁴⁶

Die Ableitung des 9. Senats ist umso problematischer, wenn man die Tragweite der Schlussfolgerungen in 9 Ob 85/17s bedenkt, die weit über diesen Fall hinausreicht. Zu dieser E, die zur Zeit der Drucklegung dieses Beitrages noch ganz frisch ist, wird daher zweifellos noch viel geschrieben werden. Um den Rahmen nicht zu sprengen, muss hier der Hinweis genügen, dass es dieser literarischen Auseinandersetzung auch bedarf. Die Entscheidung ist in einem überaus heiklen Bereich sehr apodiktisch und blendet zu viele Gesichtspunkte aus. Man mag sich etwa gar nicht vorstellen, was daraus abgeleitet werden könnte, wenn die Entgeltbestimmungen von Energieversorgern auf den Prüfstand kommen und – aus welchem Grund immer – für unwirksam gehalten werden. Gratis Strom für alle? Der OGH muss sich dabei vorwerfen lassen, dass er sich komplett der aktuellen deutschen höchstgerichtlichen Judikatur verschließt.

Der BGH hat in einem solchen Fall nämlich daran erinnert, dass es eine allzu einseitige Ausrichtung auf einen die Klausel-RL nur „vermeintlich prägenden Sanktionscharakter“ wäre, stets den Lückenschluss zu verbieten. Die RL verfolge vielmehr das Ziel, „die formale Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten

der Vertragsparteien durch eine materielle Ausgewogenheit zu ersetzen und so deren Gleichheit wiederherzustellen, nicht dagegen die Nichtigkeit sämtlicher Verträge herbeizuführen, welche missbräuchliche Klauseln enthalten“. Daraus zieht der BGH das Fazit: „Die Nichtigkeitssanktion äußert sich danach also nur als Wirkung des genannten Ziels, wenn und soweit dies zur Wiederherstellung einer materiell ausgewogenen Gleichheit der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien erforderlich ist und der Vertrag im Übrigen fortbestehen kann.“ Unterm Strich steht für den BGH „die Ersetzung einer missbräuchlichen Klausel durch eine dispositive nationale Vorschrift, [...] vielmehr im Einklang mit dem Zweck [...] der Klausel-RL. Das nationale Gericht ist nicht daran gehindert, die missbräuchlichen Klauseln wegzulassen und sie in Anwendung vertragsrechtlicher Grundsätze durch eine dispositive Vorschrift des nationalen Rechts zu ersetzen.“⁴⁷

Auch wenn 9 Ob 85/17s befürchten lässt, dass der OGH der Lückenschließung durch dispositives Recht grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, hat er sich in dieser Entscheidung wohl noch nicht abschließend festgelegt. Die Anwendung von § 25 TKG wäre im Fall der Aufhebung einer AGB-Klausel über Vertragsänderungen zweifellos geboten, schon weil sonst der AGB-Verwender, der sich um eine geschlossene Darstellung in seinen AGB bemüht, schlechter stünde als jener, der das gesetzliche Änderungsrecht nicht einmal erwähnt.⁴⁸

Derzeit ist es jedenfalls alles andere als gesichert, dass im Fall der Aufhebung einer Vertragsänderungsklausel der OGH den Hochseilakt der AGB-Gestaltung wirklich im Sicherheitsnetz des § 25 TKG auffängt. Dadurch erlangt das aktuelle Verbandsklageverfahren zusätzliche Brisanz, wie eine Zusammenschau der Ergebnisse zeigt:

4. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Wer die vertragliche Vereinbarung eines Änderungsrechts in Telekom-AGB verlangt, bricht unweigerlich mit der hA zu § 25 TKG, auf die AGB-Verwender seit 10 Jahren vertraut haben.
2. Dieser Bruch geht konsequent weit über das Ausgangsverfahren hinaus, sondern betrifft Telekom-AGB quer über die Anbieter hinweg.
3. Für einen solchen Bruch ist entgegen der Entscheidung des OLG Wien kein Grund im Hinweis des TKG zu sehen, dass die Bestimmungen des KSchG und ABGB im Übrigen unberührt bleiben. Die Argumente dazu wurden in den vergangenen 10 Jahren ausgetauscht, neue Argumente sind nicht in Sicht, was das Vertrauen der AGB-Verwender in die Rechtslage besonders schützenswert erscheinen lässt.
4. Ein solcher Bruch wäre rechtsgeschäftlich auch nicht zu sanieren, weil die Rsp die Räume für AGB-Änderungen in den letzten Jahren ausgesprochen eng gemacht hat. Es ist kaum vorstellbar, wie nunmehr wirksam eine „Änderungsklausel“

⁴² *Faber*, Auslegung von EuGH-Entscheidungen, JBl 2017, 697, 776 (706).

⁴³ EuGH 30. 4. 2014, C-26/13, *Kásler*.

⁴⁴ *Faber*, JBl 2017, 706.

⁴⁵ Vgl. *Rebhahn* in Klang³ (2014) Nach §§ 6, 7 Rz 9, 120 ff.

⁴⁶ *Faber*, JBl 2017, 709 f.

⁴⁷ BGH 6. 4. 2016, VIII ZR 79/15 NJW 2017, 320.

⁴⁸ Dieser Umstand wäre mE schon bei der AGB-Kontrolle zu berücksichtigen.



ART.-NR.: 370

WIRTSCHAFTSRECHT JUDIKATUR

in die AGB von Millionen von Bestandskunden eingeführt werden sollte.

5. Aktuelle Rsp des OGH gibt außerdem Anlass zur Sorge, dass im Falle der Aufhebung bestehender rechtsgeschäftlicher Abbildungen des § 25 TKG ein Rückfall auf die gesetzliche Norm für unzulässig gehalten würde. Eine grundsätzliche Ablehnung der Lückenschließung durch dispositives Recht ist mit dem BGH grundsätzlich abzulehnen.
6. Könnte man im Falle der Aufhebung einer Änderungsklausel nicht auf § 25 TKG rekurrieren, würde das besonders wenig einleuchten, weil der um Transparenz und Vollständigkeit seiner AGB bemühte AGB-Verwender schlechter stünde als derjenige, der sein Änderungsrecht nicht erwähnt, eine Prognose lässt sich aber kaum treffen. Damit ist die Sprengkraft des aktuell geführten Verfahrens wesentlich größer, als der erste Blick vermuten lässt, weil Weichenstellungen für den ganzen Telekom-Sektor zur Diskussion stehen.

**Der Autor:**

Univ.-Prof. Dr. **Martin Spitzer** ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien. Seine Schwerpunkte sind neben dem Kreditsicherungs- und Insolvenzrecht das Schuldrecht, das Produkthaftungsrecht, das Erbrecht und das Zivilverfahrensrecht.

Publikationen:

Kommentierung der §§ 1045-1052 ABGB (Tausch) und §§ 1053-1089 ABGB (Kauf) in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar zum ABGB, 4. Auflage (2014); Perner/Spitzer/Kodek, Lehrbuch Bürgerliches Recht, 5. Auflage (2016); Kommentierung der §§ 1035-1044, § 1174 und §§ 1411-1437 (Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht) in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, 5. Auflage.

✉ martin.spitzer@univie.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Spitzer/Martin

Foto: privat

WIRTSCHAFTSRECHT JUDIKATUR

bearbeitet von *Wolfgang Kolmasch, Sabine Kriwanek und Barbara Tuma*

SCHULDRECHT

Anlegerschaden: Aufklärungspflicht betreffend Innenprovision

» RdW 2018/370

§ ABGB: §§ 1295, 1299

OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 172/17h

Eine Pflicht zur **Aufklärung** über eine **Innenprovision** bestand auch vor Inkrafttreten des WAG 2007.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass die **Verletzung** dieser **Aufklärungspflicht** einen Schaden der Kl verursachte; ob der Schaden auch im **Rechtswidrigkeitszusammenhang** mit der Pflichtverletzung steht, konnte jedoch noch nicht abschließend beurteilt werden: Zweck der verletzten Informationspflicht war die Aufklärung über eine allfällige **Interessenkollision**. Eine Interessenkollision wäre im konkreten Fall dann zu verneinen, wenn die Bekl die strittigen Beteiligungen auch dann empfohlen hätte, wenn sie dafür (abgesehen vom offengelegten Ausgabebauschlag) keine Vergütungen von ihrem Vertriebspartner erhalten hätte. Die Beweislast für diesen Umstand trifft die Bekl. Sie kann ihrer Ersatzpflicht **nicht** durch den bloßen Nachweis entgehen, sie biete **nur Produkte** an, für die sie eine **Provision**

erhalte. Auch in diesem Fall kann nämlich **immer noch ein Interesse** der Beraterin bestehen, **gerade ein bestimmtes Produkt** zu vermitteln.

Entscheidung

Ein etwaiges **Mitverschulden** der beiden Kl Anleger hat das BerufungsG nach Ansicht des OGH jedenfalls im Ergebnis zutreffend **verneint**:

Anders als in der E 2 Ob 99/16x (= RdW 2017/447) wurde hier (Kommanditbeteiligungen [H. Fonds]) den Kl **ausdrücklich** versichert, „sie bekämen **im schlimmsten Fall** nur das **eingesetzte Kapital** zurück“.

Arglist des Beraters wurde im vorliegenden Fall nicht festgestellt (und auch nicht behauptet). Angesichts dessen, dass die bekl Bank, die sich den Berater zurechnen lassen muss (RIS-Justiz RS0016309), aber dem objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB unterliegt und der Berater über das Produkt, das er bewarb, Bescheid wissen musste, liegt in der festgestellten **Falschberatung** aber (zumindest) **an Vorsatz grenzende grobe Fahrlässigkeit**.

Unter diesen Umständen ist aus der Feststellung, dass die Kl vor Vertragsabschluss die **Risikohinweise nicht lasen**, sondern vielmehr auf die Richtigkeit der Aussagen ihres Beraters vertrauten, in Bezug auf sämtliche Aufklärungspflichtverletzungen der Bekl keine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten abzuleiten, die gegenüber der (gravierenden) Fehlberatung des Beraters ins Gewicht fielen (vgl 2 Ob 133/16x, RdW 2018/63).