

Kündigung nach § 25 Abs 3 TKG bei nachträglichem Verzicht auf die Vertragsänderung?

Ändert ein Mobilfunkbetreiber seine AGB zum Nachteil des Kunden, kann dieser den Vertrag nach § 25 Abs 3 TKG 2003 kündigen. Die AGB der Mobilfunkbetreiber enthalten üblicherweise die Klausel, dass eine solche Kündigung wirkungslos ist, wenn der Mobilfunkbetreiber innerhalb einer bestimmten Frist auf die Vertragsänderung verzichtet. Der Beitrag untersucht die Zulässigkeit solcher AGB-Bestimmungen.

STEFAN PERNER

A. Einleitung und Problemstellung

Schließt ein Mobilfunkbetreiber einen Vertrag unter Zugrundelegung seiner AGB ab, gilt für ihn allgemeines Privatrecht: Die Geltung der AGB muss vereinbart werden. Unter bestimmten Umständen (dazu B.1.) hat der Mobilfunkbetreiber aber das Recht, seine AGB mit Wirkung auch für bestehende Verträge zu ändern. Sind die Änderungen für den Kunden nachteilig, kann dieser den Vertrag jedoch nach § 25 Abs 3 TKG 2003 mit sofortiger Wirkung kündigen. Die AGB der Mobilfunkbetreiber enthalten üblicherweise die Klausel, dass eine solche Kündigung wirkungslos ist, wenn der Mobilfunkbetreiber innerhalb einer bestimmten Frist auf die Vertragsänderung verzichtet. Der VKI hat jüngst einen Anbieter wegen der Verwendung einer solchen AGB-Bestimmung geklagt.¹⁾ Es wird befürchtet, dass solche Klauseln das gesetzliche Kündigungsrecht „aushebeln“ oder „umgehen“.

B. Rücknahme der Vertragsänderung zulässig?

1. Das Kündigungsrecht bei Vertragsänderungen

Das Kündigungsrecht bei Änderungen der AGB des Mobilfunkbetreibers ist in § 25 TKG 2003 geregelt:²⁾ Demnach sind beabsichtigte AGB-Änderungen der Regulierungsbehörde³⁾ anzuzeigen und in geeigneter Form – etwa auf der Homepage des Mobilfunkbetreibers⁴⁾ – kundzumachen. Für Änderungen, die den Kunden nicht ausschließlich begünstigen, gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten (Abs 2 leg cit).⁵⁾ Gem Abs 3 leg cit sind nicht ausschließlich begünstigende Änderungen dem Kunden überdies mindestens ein Monat vor deren Inkrafttreten mitzuteilen.⁶⁾ Der Kunde ist auf den Änderungszeitpunkt hinzuweisen und darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen.⁷⁾

Das Kündigungsrecht ermöglicht dem Endnutzer, sich gegen eine geplante Vertragsänderung dadurch zur Wehr zu setzen, dass er sich vom Vertrag löst. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die – hier nicht untersuchte, weil für unser Problem nicht entschei-

dende⁸⁾ – Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Vertragsänderung überhaupt zulässig ist, umstritten ist.⁹⁾ Nach hA¹⁰⁾ räumt § 25 Abs 3 TKG 2003 dem Mobilfunkbetreiber ein gesetzliches Vertragsänderungsrecht ein. Eine Änderung der AGB wirkt nach dieser Meinung auch für die bestehenden Verträge, selbst wenn sich in den AGB kein Änderungsvorbehalt findet (und einer Änderung somit nie – auch nicht vorweg – zugestimmt wurde). Das Kündigungsrecht ist dann die einzige Waffe gegen solche einseitigen Änderungen und damit ein notwendiger Schutz des Endnutzers. Nach aA ist eine Vertragsänderung allerdings nur auf allgemein-zivilrechtlicher Basis zulässig.¹¹⁾ Eine „einseitige“ Vertragsänderung kann es nach dieser Ansicht nur geben, wenn sie (vorweg) ver-

Dr. Stefan Perner ist Assistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.

- 1) <http://futurezone.orf.at/stories/266427/>
- 2) Zum europarechtlichen Rahmen vgl. Perner, Der „Ausschluss“ des Kündigungsrechts nach § 25 Abs 3 TKG 2003 in den AGB der Mobilfunkbetreiber, in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss* (Hrsg), Aktuelles AGB-Recht.
- 3) Das ist die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH; s §§ 115, 117 TKG 2003, *Parschalk/Otto/Weber/Zuser*, Telekommunikationsrecht (2006) 92f.
- 4) *Parschalk/Otto/Weber/Zuser*, Telekommunikationsrecht 93.
- 5) Ein Verstoß gegen die Kundmachungs- und Anzeigepflicht zieht eine Verwaltungsstrafe nach sich (§ 109 Abs 4 Z 3 TKG 2003), hat aber keine zivilrechtlichen Konsequenzen; vgl. *Parschalk/Otto/Weber/Zuser*, Telekommunikationsrecht 94.
- 6) Das Gesetz erwähnt ausdrücklich den Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung. Nach den ErläutRV zu § 25 Abs 3 TKG 2003 soll die Möglichkeit einer Mitteilung der Änderungen zB mittels SMS dadurch nicht ausgeschlossen sein.
- 7) Vgl. Perner in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss*, Aktuelles AGB-Recht.
- 8) Siehe Perner in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss*, Aktuelles AGB-Recht.
- 9) Vgl. die Nw in OGH 4 Ob 227/06 w, MR 2007, 222 (Ausführungen zur gegenständlichen Frage 233 f).
- 10) OGH 4 Ob 50/00 g, EvBl 2000/150 = JBl 2000, 653; vgl. allerdings jüngst offen lassend OGH 4 Ob 227/06 w, MR 2007, 222 (233 f), *Kaufmann/Trischer*, TKG 2003 – Der neue Rechtsrahmen für „elektronische Kommunikation“ (Teil I), MR 2003, 273, (278); *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in FS Mayer (2004) 137 (147 ff, krit allerdings 149); *Polster in Stratil* (Hrsg), TKG³ (2004) § 25 Anm 8; *Parschalk/Otto/Weber/Zuser*, Telekommunikationsrecht 93.
- 11) *Th. Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490 (491).

einbart wurde.¹²⁾ Selbst bei vertragsrechtlich zulässigen Änderungen besteht dann aber eine Kündigungsmöglichkeit.¹³⁾

2. „Umgehung“ des Kündigungsrechts?

Einige Mobilfunkbetreiber haben in ihre AGB Klauseln aufgenommen, in denen sie sich für den Fall des Widerspruchs des Kunden gegen eine Änderung das Recht vorbehalten, innerhalb einer bestimmten Frist (dazu s 3.) auf die Vertragsänderung zu verzichten. Fraglich ist zunächst, ob ein solcher Verzicht in Widerspruch mit dem gesetzlich vorgegebenen Kündigungsrecht steht. Neben den allgemeinen zivilrechtlichen Schutzmechanismen ist vorweg insb zu prüfen, ob ein Verstoß gegen § 25 Abs 3 TKG 2003 vorliegt.

Nun ist zweifellos zuzugestehen, dass der in den AGB vorbehaltene Änderungsverzicht die ausgesprochene Kündigung wirkungslos macht – das ist ja gerade sein Zweck. Eine andere Frage ist aber, ob die Klausel schon allein deshalb mit gesetzlichen Vorgaben in Widerspruch steht. Betrachtet man den Zweck des Kündigungsrechts, ist dies zu verneinen. Ziel der Bestimmung ist, dem Kunden eine Auflösungsmöglichkeit zu geben, wenn eine Vertragsänderung beabsichtigt ist.¹⁴⁾ Sobald diese Gefahr nicht mehr besteht – weil der Mobilfunkbetreiber auf die Änderung verzichtet –, gibt es *keinen Grund für eine Kündigung*. Der Vertrag läuft zu denselben Bedingungen weiter, denen der Kunde bei Vertragsabschluss zugestimmt hat. Es drängt sich die Frage auf, welches berechnete Interesse der Kunde an einer Vertragsauflösung noch haben sollte, wenn sein Vertrag ohnehin zu den Altbedingungen weiterläuft.

Auch das Argument, der Verzicht auf die Vertragsänderung könne nicht wirksam sein, weil sich der Betreiber so von seiner „bindenden“ Erklärung lösen könne, geht fehl. Selbstverständlich könnte ein Mobilfunkbetreiber auf die Vertragsänderung nicht nachträglich verzichten, wenn er sich diese Möglichkeit nicht vertraglich einräumen hat lassen. Findet sich in den AGB des Mobilfunkbetreibers aber eine entsprechende Klausel, so ist das *Verzichtsrecht* des Mobilfunkbetreibers der *Änderungserklärung immanent*. Die Änderungserklärung des Mobilfunkbetreibers ist eben von vornherein nicht endgültig bindend. Dass Erklärungen ohne endgültige Bindung im Geschäftsleben nicht nur gang und gäbe, sondern gerade bei Massengeschäften auch betriebswirtschaftlich gerechtfertigt sind, braucht nicht weiter erörtert zu werden. Man würde auch nicht auf die Idee kommen, „freibleibende“ Angebote oder Erklärungen „ohne oblige“ als schlechthin unzulässig zu qualifizieren, wenn der Erklärende zum Ausdruck bringt, dass seine Erklärung nicht endgültig bindend ist.

Gegen einen in AGB vereinbarten Änderungsverzicht für den Fall der Kündigung ist also im Prinzip nichts einzuwenden. Insb handelt es sich weder um eine Umgehung noch eine Aushebelung des gesetzlichen Kündigungsrechts.

3. Überlegungsfrist des Mobilfunkbetreibers

Die AGB der österreichischen Mobilfunkbetreiber enthalten verschieden lange Überlegungsfristen für

die Entscheidung über den Verzicht auf die Vertragsänderung. Das Spektrum reicht von „sieben Werktagen“¹⁵⁾ über „zwei Wochen“¹⁶⁾ bis hin zu „vier Wochen“.¹⁷⁾ An dieser Stelle gilt es zu untersuchen, ob die Länge der Überlegungsfrist eine mögliche Auswirkung auf die Wirksamkeit der Änderungsverzichts-klausel hat.

Zunächst ist festzuhalten, dass die *Änderungen* des Vertrags *nicht wirksam* werden, solange die Überlegungsfrist des Mobilfunkbetreibers noch läuft. Entweder läuft der Vertrag nämlich zu den alten Bedingungen weiter oder die *Kündigung* ist wirksam geworden (weil der Mobilfunkbetreiber auf die Änderung nicht verzichtet). Für eine wirksame Vertragsänderung nach Ausspruch einer Kündigung durch den Kunden bleibt also kein Platz.

Zwar entfaltet die außerordentliche Kündigung des § 25 Abs 3 TKG 2003 grundsätzlich sofortige Wirkung.¹⁸⁾ Man kann die Ausbedingung einer Überlegungsfrist durch den Mobilfunkbetreiber aber sinnvoller Weise nur so verstehen, dass der Vertrag während der Frist noch nicht ausläuft, sondern sich in einem „Schwebezustand“ befindet, in dem er zu den alten Bedingungen weiterbesteht. Sonst müsste man den Änderungsverzicht als vertraglich eingeräumtes Recht zum Abschluss eines neuen Vertrags zu den Altbedingungen verstehen, eine Deutung, die recht lebensfremd scheint. Der *Vertrag läuft* vielmehr bis zum Ende der Überlegungsfrist (oder einer vorher erfolgten Erklärung des Mobilfunkbetreibers) *weiter*. Der Umstand, dass der Vertrag mit dem Kunden während der Überlegungsfrist noch weiterläuft, ist kein Verstoß gegen § 25 Abs 3 TKG 2003, weil dies zu den alten Bedingungen geschieht.

Es bleibt zu untersuchen, welche Vorgaben es für die Wirksamkeit von Bindungsfristen des Kunden gibt – wie viel Zeit darf sich der Mobilfunkbetreiber gewähren lassen? Überlange Überlegungsfristen führen letztlich dazu, dass der Mobilfunkbetreiber den Vertrag jederzeit ohne sachlichen Grund auflösen kann. Reagiert der Mobilfunkbetreiber auf eine Kündigung des Kunden längere Zeit nicht und lässt den Vertrag zu den alten Bedingungen weiterlaufen, mag eine gewisse Vertrauensbasis geschaffen sein, dass der Vertrag so weiterläuft wie bisher. Könnte sich der Mobilfunkbetreiber dann auf die Beendigung be-

12) *Th. Rabl*, *ecolex* 2000, 491 führt als Beispiel den Änderungsvorbehalt in AGB an.

13) Freilich stellt sich in diesem Fall die Frage nach der rechtspolitischen Rechtfertigung des Kündigungsrechts. Dass es insb dann greift, wenn in den AGB ein Änderungsvorbehalt vorgesehen ist, der eine – in „verdünnter Willensfreiheit“ abgegebene – Vorwegzustimmung des Kunden enthält (*Th. Rabl*, *ecolex* 2000, 491), ist zwar sicher richtig, erklärt aber nicht, warum es in anderen Branchen nicht existiert.

14) *Perner* in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss*, *Aktuelles AGB-Recht*.

15) § 7 Abs 4.4 der AGB von T-Mobile und telering.

16) Pkt 12, der AGB ONE GmbH.

17) § 3 Abs 4 der AGB der mobilkom austria AG.

18) Vgl *Polster* in *Sinatl*, TKG³ § 25 Anm 8; *Lehofer*, in FS Mayer 149 f. Aus § 25 Abs 3 TKG 2003 ist aber abzuleiten, dass der Vertrag nach einer Kündigung noch bis zum geplanten Inkrafttreten der Änderung zu den alten Bedingungen weiterläuft. Das Kündigungsrecht bezieht sich auf die *geplanten Änderungen* und somit auch auf *diesen* Zeitpunkt. Das *kann* auch für den Kunden von Vorteil sein, weil er noch Zeit hat, sich nach einem neuen Anbieter umzusehen.

rufen, erschiene das eigenartig. Es stünde bei befristeten Dauerschuldverhältnissen im Widerspruch zum Grundsatz, dass eine vorzeitige Auflösung nur aus wichtigem Grund zulässig ist. Es bedarf daher einer sachlichen Rechtfertigung für die Bemessung der Überlegungsfrist. Auszugehen ist davon, dass der Mobilfunkbetreiber seine Reaktion von den Umständen (zB der Anzahl der Kündigungen) abhängig machen will. Um notwendige betriebswirtschaftliche Kalkulationen vorzunehmen, bedarf es verlässlicher Daten, die erst mit dem Datum des geplanten Inkrafttretens der Änderungen vorliegen. Eine Überlegungsfrist von einem Monat wird daher die Obergrenze sein, eine längere Frist ist sachlich kaum gerechtfertigt und wäre daher unwirksam iSd § 879 Abs 3 ABGB. Als Folge einer überlangen Überlegungsfrist des Unternehmers steht dem Kunden das Recht zu, sich auf die sachlich angemessene Frist zu berufen. Hat der Mobilfunkbetreiber nach Ablauf einer angemessenen Frist auf die Änderungen verzichtet, ist dieser Verzicht daher nicht wirksam geworden, sondern der Vertrag infolge Kündigung durch den Kunden beendet.

Die Beschränkung auf eine angemessene Frist steht bei Verträgen mit Verbrauchern auch im Einklang mit § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, nach dem Vertragsbestimmungen nichtig sind, nach denen sich der Unternehmer eine unangemessen lange Frist ausbedingt, während deren er einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann.¹⁹⁾ Eine direkte Anwendung der Bestimmung scheitert daran, dass es sich bei der Kündigung des Verbrauchers natürlich nicht um ein Vertragsangebot handelt. Die ratio legis, nämlich zu verhindern, dass der Verbraucher mangels Vertragsabschlusses nicht in den Genuss der in Aussicht genommenen Leistung kommt, wegen der Bindung aber auch nicht andere Erwerbsgelegenheiten wahrnehmen kann,²⁰⁾ greift in unserem Fall zwar nicht ganz. Der Verbraucher läuft nämlich nicht Gefahr, die Leistung eine geraume Zeit nicht zu erhalten, weil sein Vertrag während der Überlegungsfrist – wie oben ausgeführt – ja weiterläuft. Dennoch zeigt die Bestimmung deutlich, dass der Gesetzgeber sachlich nicht gerechtfertigten Überlegungsfristen ganz grundsätzlich skeptisch gegenübersteht.

4. Hinweis auf das Verzichtsrecht

Das in AGB vereinbarte Verzichtsrecht des Mobilfunkbetreibers birgt für den Kunden durchaus gewisse Risiken. Man braucht sich nur den Fall vor Augen halten, dass der Kunde im Vertrauen auf seine Kündigung einen Vertrag mit einem anderen Mobilfunkbetreiber abschließt, bevor der erste Vertragspartner auf die Änderung verzichtet. Der Kunde steht dann im Ergebnis mit zwei Verträgen da. Die Gefahr würde nicht bestehen, wenn der Mobilfunkbetreiber zugleich mit seinem verpflichtenden Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit darüber informiert, dass auf die Änderung (innerhalb einer bestimmten Frist) verzichtet werden kann. Dann wäre der Kunde in hinreichendem Maß davor gewarnt, frühzeitig – nämlich vor Ablauf der Überlegungsfrist des Betreibers – einen anderen Vertrag abzuschließen.

Eine solche Hinweispflicht wird zu bejahen sein. § 25 Abs 3 TKG 2003 verpflichtet den Mobilfunkbetreiber, den Kunden über die geplante Vertragsänderung und den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens zu informieren sowie ihn darauf hinzuweisen, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen. Wird dieser Hinweispflicht nicht entsprochen, zieht dies die zivilrechtliche Unwirksamkeit der Vertragsänderung nach sich.²¹⁾ Sinn dieser Bestimmung ist es, den Kunden auf die Änderung und die möglichen Folgen seines Verhaltens aufmerksam zu machen. § 25 Abs 3 TKG 2003 schafft dadurch eine Informationstransparenz. Der Kunde soll wissen, „was Sache ist“. Mit den Wertungen dieser Bestimmung ist es ganz zwanglos vereinbar, den Mobilfunkbetreiber nicht nur zu verpflichten, auf die Kündigungsmöglichkeit aufmerksam zu machen, sondern auch über die Folgen der Abgabe dieser Erklärung aufzuklären. Nur auf das Kündigungsrecht hinzuweisen, wäre ja bloß die „halbe Wahrheit“. Die Pflicht, auf die Änderungsverzichtsmöglichkeit hinzuweisen, ist daher aus einer Analogie zu § 25 Abs 3 TKG 2003 abzuleiten. Kommt der Mobilfunkbetreiber dieser Verpflichtung nicht nach, kann er sich auf die Änderungsverzichtsmöglichkeit nicht mehr berufen.

- 19) Fall 2 des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG, wonach eine unangemessen lange Frist, „während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist“, nichtig ist, passt schon deshalb nicht auf unseren Fall, weil damit nur verhindert werden soll, dass der Verbraucher übermäßig an einen Vertrag gebunden ist, den der Unternehmer nicht erfüllt: *Apathy* in *Schwimmann* V³ § 6 KSchG Rz 6. Darum geht es in unserem Fall aber nicht.
- 20) *Mayrhofer/Tangl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkölch* (Hrsg), *Klang*³ § 6 Abs 1 Z 1 KSchG Rz 2.
- 21) *Polster* in *Sratil*, TKG³ § 25 Anm 8.

SCHLUSSTRICH

In AGB der Mobilfunkbetreiber enthaltene Änderungsverzichtsklauseln für den Fall der Kündigung des Kunden sind zulässig. Die Überlegungsfrist des Mobilfunkbetreibers muss aber sachlich gerechtfertigt sein. Der Kunde ist außerdem auf die Möglichkeit des Änderungsverzichts zugleich mit der Information über sein Kündigungsrecht hinzuweisen.