jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1999/4/28 3Ob246/98t

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.04.1999

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Dr. Heinz Kosesnik-Wehrle, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei m***** AG, ***** vertreten durch die Finanzprokuratur, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien vom 12. Juni 1998, GZ 4 R 66/98z-12, womit infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 16. Jänner 1998, GZ 38 Cg 49/97k-7, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S

12.960 (darin enthalten S 2.160 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei betreibt eines der beiden [zur Zeit der Klagseinbringung] in Österreich zugelassenen Netze für Mobiltelekommunikation, vor allem für Mobiltelefone im sogenannten "GSM"-Bereich. Sie verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäfsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt bzw in Vertragsformblättern die nachstehend genannten Klauseln:

"1. Änderungen und Ergänzungen des Vertrages durch Individualabreden werden durch schriftliche Bestätigung der PTA wirksam.

2. Rechte und Pflichten der PTA aus diesem Vertrag können vollinhaltlich - soweit es die Erbringung der Mobilfunkdienste sowie im freien Wettbewerb mit anderen Anbietern erbrachte Leistungen betrifft - ohne Zustimmung des Kunden zwischen der PTA und den Tochtergesellschaften der PTA, wie der Radio-Austria AG und der Österreichischen Fernmeldetechnischen Entwicklungs- und Förderungsgesellschaft mbH, mit für den Übergeber schuldbefreiender Wirkung übertragen werden.

3. Ansonsten sind Leistungsfristen und Termine nur dann verbindlich, wenn sie ausdrücklich und schriftlich als solche vereinbart werden.

4. Ist eine Gutschrift nicht möglich, so werden Guthaben bis öS 200,-- nicht ausbezahlt, sondern nur auf ein vom Kunden der PTA bekanntzugebendes Konto überwiesen."

Mit seiner Klage erhob der klagende Verein das Begehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der oben angeführten Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf eine der vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sei; weiters werde der klagenden Partei die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen drei Monaten ab Rechtskraft einmal in der Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teiles der "Neuen Kronen-Zeitung" auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozeßparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen. Sie brachte dazu im wesentlichen vor, die erste und dritte der beanstandeten Klauseln verstießen gegen § 10 Abs 3 KSchG, weil es im Verbrauchergeschäft unzulässig sei, die Wirksamkeit formloser Erklärungen - also auch und insbesondere die Wirksamkeit mündlicher Nebenabreden, die der Unternehmer oder sein Vertreter abgeben - vertraglich auszuschließen. Aus diesen Klauseln ergebe sich implizit die Unwirksamkeit mündlicher Nebenabreden, wenn diese in der Folge nicht von der Beklagten bestätigt würden. Die zweite Klausel sei mit § 6 Abs 2 Z 2 KSchG nicht vereinbar. Darin seien die Unternehmen, auf die Verträge überbunden werden sollten, nur beispielhaft genannt. Außerdem ermögliche der unscharfe Begriff "Tochtergesellschaft", der im Verbandsklageverfahren in konsumentenfeindlichster Weise objektiv auszulegen sei, im Ergebnis die Übertragung des Vertrages auf jede juristische Person, an der die Beklagte, wenn auch nur symbolisch, beteiligt sei. Es könnten derartige Beteiligungen auch nur zum Zwecke der Überbindung des Vertrages eingegangen und danach wieder abgestoßen werden.Mit seiner Klage erhob der klagende Verein das Begehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der oben angeführten Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf eine der vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sei; weiters werde der klagenden Partei die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen drei Monaten ab Rechtskraft einmal in der Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teiles der "Neuen Kronen-Zeitung" auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozeßparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen. Sie brachte dazu im wesentlichen vor, die erste und dritte der beanstandeten Klauseln verstießen gegen Paragraph 10, Absatz 3, KSchG, weil es im Verbrauchergeschäft unzulässig sei, die Wirksamkeit formloser Erklärungen - also auch und insbesondere die Wirksamkeit mündlicher Nebenabreden, die der Unternehmer oder sein Vertreter abgeben - vertraglich auszuschließen. Aus diesen Klauseln ergebe sich implizit die Unwirksamkeit mündlicher Nebenabreden, wenn diese in der Folge nicht von der Beklagten bestätigt würden. Die zweite Klausel sei mit Paragraph 6, Absatz 2, Ziffer 2, KSchG nicht vereinbar. Darin seien die Unternehmen, auf die Verträge überbunden werden sollten, nur beispielhaft genannt. Außerdem ermögliche der unscharfe Begriff "Tochtergesellschaft", der im Verbandsklageverfahren in konsumentenfeindlichster Weise objektiv auszulegen sei, im Ergebnis die Übertragung des Vertrages auf jede juristische Person, an der die Beklagte, wenn auch nur symbolisch, beteiligt sei. Es könnten derartige Beteiligungen auch nur zum Zwecke der Überbindung des Vertrages eingegangen und danach wieder abgestoßen werden.

Da die beklagte Partei die Klauseln laufend verwende, bestehe Wiederholungsgefahr. Überdies sei die Beklagte der vor Klagseinbringung an sie gerichteten Aufforderung, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben, nicht fristgerecht nachgekommen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens.

Zur Zeit der Erlassung der Geschäftsbedingungen habe gemäß § 44 Abs 6 FernmeldeG (FG) 1993 die Rahmenrichtlinienverordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr BGBl 1994/756 gegolten. Deren § 1 Abs 2 lege fest, daß von den Geschäftsbedingungen abweichende schriftliche Individualvereinbarungen zulässig seien, sofern sie nicht zum Nachteil des Kunden getroffen würden. Sie seien in ihrem vollen Umfang der Obersten Fernmeldebehörde (§ 36 FG 1993) anzuzeigen. Nach dieser Regelung sei es nur konsequent gewesen, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Abschluß mündlicher Individualvereinbarungen nicht zuzulassen. Schriftliche Vereinbarungen seien für beide Seiten besser nachvollziehbar und beweisbar. Aufgrund der durch die Rahmenrichtlinienverordnung auferlegten Verpflichtung sei es ihr nicht möglich gewesen, die vom klagenden Verein

gewünschte Unterlassungserklärung abzugeben.Zur Zeit der Erlassung der Geschäftsbedingungen habe gemäß Paragraph 44, Absatz 6, FernmeldeG (FG) 1993 die Rahmenrichtlinienverordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr BGBl 1994/756 gegolten. Deren Paragraph eins, Absatz 2, lege fest, daß von den Geschäftsbedingungen abweichende schriftliche Individualvereinbarungen zulässig seien, sofern sie nicht zum Nachteil des Kunden getroffen würden. Sie seien in ihrem vollen Umfang der Obersten Fernmeldebehörde (Paragraph 36, FG 1993) anzuzeigen. Nach dieser Regelung sei es nur konsequent gewesen, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Abschluß mündlicher Individualvereinbarungen nicht zuzulassen. Schriftliche Vereinbarungen seien für beide Seiten besser nachvollziehbar und beweisbar. Aufgrund der durch die Rahmenrichtlinienverordnung auferlegten Verpflichtung sei es ihr nicht möglich gewesen, die vom klagenden Verein gewünschte Unterlassungserklärung abzugeben.

Die zweite inkriminierte Klausel sei nur deklarativer Natur. Durch § 14 Abs 4 PTSG (BGBl 1996/201) sei die Übernahme der Verträge im Bereich der Mobilkommunikation von der PTA durch die Beklagte ermöglicht worden. Eine weitere Übernahme von Verträgen durch etwaige andere Unternehmen im Bereich von Mobilfunkdiensten sei derzeit nicht vorgesehen. In diesem Punkt habe die Beklagte dem klagenden Verein ihre Vergleichsbereitschaft im Sinne einer taxativen Anführung von Unternehmen aus der Unternehmensgruppe der PTA mitgeteilt. Für die entsprechende Änderung sei aber gemäß § 111 TKG die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich.Die zweite inkriminierte Klausel sei nur deklarativer Natur. Durch Paragraph 14, Absatz 4, PTSG (BGBl 1996/201) sei die Übernahme der Verträge im Bereich der Mobilkommunikation von der PTA durch die Beklagte ermöglicht worden. Eine weitere Übernahme von Verträgen durch etwaige andere Unternehmen im Bereich von Mobilfunkdiensten sei derzeit nicht vorgesehen. In diesem Punkt habe die Beklagte dem klagenden Verein ihre Vergleichsbereitschaft im Sinne einer taxativen Anführung von Unternehmen aus der Unternehmensgruppe der PTA mitgeteilt. Für die entsprechende Änderung sei aber gemäß Paragraph 111, TKG die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich.

Das Begehren auf Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der "Neuen Kronen-Zeitung" sei unangemessen, weil zur Aufklärung der betroffenen Personenkreise nicht notwendig.

§ 44 Abs 6 FG 1993 sei durch die fast gleichlautende Bestimmung des § 18 Abs 8 TKG ersetzt worden. Die Rahmenrichtlinienverordnung sei nach wie vor in Geltung und verweise auf die Richtlinie 90/387/EWG (Open Network Provision), wonach die ONP-Bedingungen folgenden fundamentalen Grundsätzen entsprechen müßten: objektive Kriterien, Transparenz und Veröffentlichung, gleicher Zugang und Diskriminierungsverbot. Das Schriftlichkeitsgebot in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen entspreche diesen Grundsätzen. In den AGB sei deshalb die PTA angeführt, weil die von dieser ausgearbeiteten Geschäftsbedingungen von der erst im April 1996 gegründeten beklagten Partei übernommen worden seien.Paragraph 44, Absatz 6, FG 1993 sei durch die fast gleichlautende Bestimmung des Paragraph 18, Absatz 8, TKG ersetzt worden. Die Rahmenrichtlinienverordnung sei nach wie vor in Geltung und verweise auf die Richtlinie 90/387/EWG (Open Network Provision), wonach die ONP-Bedingungen folgenden fundamentalen Grundsätzen entsprechen müßten: objektive Kriterien, Transparenz und Veröffentlichung, gleicher Zugang und Diskriminierungsverbot. Das Schriftlichkeitsgebot in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen entspreche diesen Grundsätzen. In den AGB sei deshalb die PTA angeführt, weil die von dieser ausgearbeiteten Geschäftsbedingungen von der erst im April 1996 gegründeten beklagten Partei übernommen worden seien.

Das Erstgericht gab der Klage bezüglich der Klauseln 1 bis 3 und der diesbezüglichen Veröffentlichungsbegehren statt. Dagegen wies es das Mehrbegehren betreffend die vierte Klausel ab.

In tatsächlicher Hinsicht lediglich von den eingangs wiedergegebenen Vertragsklauseln ausgehend, sah es die Feststellung eines darüber hinausgehenden Sachverhaltes als überflüssig an.

In rechtlicher Hinsicht verneinte es eine Sittenwidrigkeit der vierten Klausel im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.In rechtlicher Hinsicht verneinte es eine Sittenwidrigkeit der vierten Klausel im Sinne des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB.

Dagegen pflichtete es im übrigen der Rechtsansicht der klagenden Partei bei. Entgegen der Meinung der Beklagten könne aus § 1 Abs 2 der Rahmenrichtlinienverordnung nicht geschlossen werden, daß mündliche Individualvereinbarungen unzulässig wären und daß deren Gültigkeit von der Bestätigung durch die Oberste Fernmeldebehörde abhängig sei. Danach seien lediglich schriftliche Zusatzvereinbarungen anzuzeigen; die Abhängigkeit der Gültigkeit abweichender mündlicher Zusatzvereinbarungen von der Zustimmung der Obersten Fernmeldebehörde oder der Beklagten sei hier nicht geregelt. Eine andere Auslegung würde dem KSchG

widersprechen, welches zwingender Natur sei und dessen Anwendung durch die Bestimmungen einer Verordnung nicht eingeschränkt werden könne.Dagegen pflichtete es im übrigen der Rechtsansicht der klagenden Partei bei. Entgegen der Meinung der Beklagten könne aus Paragraph eins, Absatz 2, der Rahmenrichtlinienverordnung nicht geschlossen werden, daß mündliche Individualvereinbarungen unzulässig wären und daß deren Gültigkeit von der Bestätigung durch die Oberste Fernmeldebehörde abhängig sei. Danach seien lediglich schriftliche Zusatzvereinbarungen anzuzeigen; die Abhängigkeit der Gültigkeit abweichender mündlicher Zusatzvereinbarungen von der Zustimmung der Obersten Fernmeldebehörde oder der Beklagten sei hier nicht geregelt. Eine andere Auslegung würde dem KSchG widersprechen, welches zwingender Natur sei und dessen Anwendung durch die Bestimmungen einer Verordnung nicht eingeschränkt werden könne.

In der zweiten Klausel sei lediglich eine beispielhafte Aufzählung Dritter enthalten, an welche die Verträge zum Teil oder zur Gänze übertragen werden dürften, und zudem der nicht näher bestimmte Begriff "Tochtergesellschaften". Diese Klausel werde der sich aus § 6 Abs 2 Z 2 KSchG ergebenden Verpflichtung nicht gerecht. Daß derzeit eine allfällige Übernahme von Verträgen durch etwaige andere Unternehmen nicht vorgesehen sei, vermöge an der Gesetzwidrigkeit der Klausel nichts zu ändern.In der zweiten Klausel sei lediglich eine beispielhafte Aufzählung Dritter enthalten, an welche die Verträge zum Teil oder zur Gänze übertragen werden dürften, und zudem der nicht näher bestimmte Begriff "Tochtergesellschaften". Diese Klausel werde der sich aus Paragraph 6, Absatz 2, Ziffer 2, KSchG ergebenden Verpflichtung nicht gerecht. Daß derzeit eine allfällige Übernahme von Verträgen durch etwaige andere Unternehmen nicht vorgesehen sei, vermöge an der Gesetzwidrigkeit der Klausel nichts zu ändern.

Dieses Urteil bekämpften beide Seiten mit Berufungen, in denen sie auf ihren in erster Instanz eingenommenen Standpunkt beharrten.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Berufungsgericht lediglich der Berufung der klagenden Partei im Kostenpunkt teilweise Folge. Im übrigen bestätigte es das Ersturteil. Es sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 260.000 übersteigt und die ordentliche Revision nicht zulässig sei (weil keine Rechtsfrage der nach § 502 Abs 1 ZPO erforderlichen Qualität zu lösen gewesen sei).Mit dem angefochtenen Urteil gab das Berufungsgericht lediglich der Berufung der klagenden Partei im Kostenpunkt teilweise Folge. Im übrigen bestätigte es das Ersturteil. Es sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 260.000 übersteigt und die ordentliche Revision nicht zulässig sei (weil keine Rechtsfrage der nach Paragraph 502, Absatz eins, ZPO erforderlichen Qualität zu lösen gewesen sei).

Zur Berufung der beklagten Partei führte das Berufungsgericht aus, daß nicht einmal diese selbst in Abrede stelle, daß beide Klauseln § 10 Abs 3 KSchG widerstreiten. Es könne dahingestellt werden, ob durch das Außerkrafttreten des FG 1993 die Rahmenrichtlinienverordnung außer Kraft getreten sei. Adressat der bezughabenden Bestimmungen sowohl des FG und damit auch der Rahmenrichtlinienverordnung als auch des TKG seien nämlich insoweit die Betreiber von Telekommunikationsdiensten und keineswegs deren Kunden. Die Bestimmungen dienten ganz offenkundig der Kontrolle der Betreiber, deren Geschäftsbedingungen anzuzeigen und kundzumachen seien. Ihnen werde eine Beschränkung der Zulässigkeit von Individualvereinbarungen auferlegt, indem sie durch das Schriftlichkeitsgebot und die Anzeigepflicht einer Kontrolle zugänglich gemacht würden. Es gehe aber nicht an, sich dieser Verpflichtung zu entledigen, indem sie auf den Kunden mit dem Ergebnis überwälzt werde, daß mündliche Individualabreden für nicht wirksam erklärt würden. Würden entgegen der Rahmenrichtlinienverordnung mündliche Individualvereinbarungen getroffen werden, so habe zwar der Betreiber des Telekommunikationsdienstes einen Verstoß gegen die Verordnung zu vertreten; die Vereinbarung bleibe aber jedenfalls wirksam. Jede andere Interpretation bedeutete eine unzulässige Umgehung des Verbraucherschutzes und sei damit abzulehnen. Ungeachtet der Frage des allfälligen Außerkrafttretens der Rahmenrichtlinienverordnung sei sie daher zu keinem Zeitpunkt geeignet gewesen, die inkriminierten Klauseln zu rechtfertigen.Zur Berufung der beklagten Partei führte das Berufungsgericht aus, daß nicht einmal diese selbst in Abrede stelle, daß beide Klauseln Paragraph 10, Absatz 3, KSchG widerstreiten. Es könne dahingestellt werden, ob durch das Außerkrafttreten des FG 1993 die Rahmenrichtlinienverordnung außer Kraft getreten sei. Adressat der bezughabenden Bestimmungen sowohl des FG und damit auch der Rahmenrichtlinienverordnung als auch des TKG seien nämlich insoweit die Betreiber von Telekommunikationsdiensten und keineswegs deren Kunden. Die Bestimmungen dienten ganz offenkundig der Kontrolle der Betreiber, deren Geschäftsbedingungen anzuzeigen und kundzumachen seien. Ihnen werde eine Beschränkung der Zulässigkeit von Individualvereinbarungen auferlegt, indem sie durch das Schriftlichkeitsgebot und die Anzeigepflicht einer Kontrolle zugänglich gemacht würden. Es gehe aber nicht an, sich dieser Verpflichtung zu entledigen, indem sie auf den Kunden mit dem Ergebnis überwälzt werde, daß

mündliche Individualabreden für nicht wirksam erklärt würden. Würden entgegen der Rahmenrichtlinienverordnung mündliche Individualvereinbarungen getroffen werden, so habe zwar der Betreiber des Telekommunikationsdienstes einen Verstoß gegen die Verordnung zu vertreten; die Vereinbarung bleibe aber jedenfalls wirksam. Jede andere Interpretation bedeutete eine unzulässige Umgehung des Verbraucherschutzes und sei damit abzulehnen. Ungeachtet der Frage des allfälligen Außerkrafttretens der Rahmenrichtlinienverordnung sei sie daher zu keinem Zeitpunkt geeignet gewesen, die inkriminierten Klauseln zu rechtfertigen.

Die Argumentation der beklagten Partei zur zweiten Klausel sei unverständlich. Weder die Tatsache, daß die Übernahme der Verträge von der PTA durch die beklagte Partei durch § 14 Abs 2 PSTG BGBl 1996/201, Art 95, ermöglicht worden sei, noch die Tatsache, daß bei Inkrafttreten der AGB am 1. 7. 1995 nur die zwei genannten Tochtergesellschaften bestanden hätten, könne etwas daran ändern, daß die gewählte Formulierung eine bloß demonstrative Aufzählung beinhalte und damit ganz klar § 6 Abs 3 KSchG widerspreche.Die Argumentation der beklagten Partei zur zweiten Klausel sei unverständlich. Weder die Tatsache, daß die Übernahme der Verträge von der PTA durch die beklagte Partei durch Paragraph 14, Absatz 2, PSTG BGBl 1996/201, Artikel 95,, ermöglicht worden sei, noch die Tatsache, daß bei Inkrafttreten der AGB am 1. 7. 1995 nur die zwei genannten Tochtergesellschaften bestanden hätten, könne etwas daran ändern, daß die gewählte Formulierung eine bloß demonstrative Aufzählung beinhalte und damit ganz klar Paragraph 6, Absatz 3, KSchG widerspreche.

Dieses Urteil bekämpft die beklagte Partei mit ihrer außerordentlichen Revision wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung insoweit, als damit der klagsstattgebende Teil des Ersturteils bestätigt wurde. Dementsprechend begehrt sie die Abänderung der Urteile der Vorinstanzen dahin, daß das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde. Hilfsweise stellt sie auch einen Aufhebungsantrag.

Zur Zulässigkeit der Revision wird ausgeführt, daß, soweit überblickbar, Klauseln dieses oder ähnlichen Inhaltes noch nicht Gegenstand von Verbandsprozessen gewesen seien. Eine Rechtsprechung des OGH dazu, insbesondere auch zur Frage des Spannungsverhältnisses bei gerichtlicher Kontrolle aufsichtsbehördlich genehmigter allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Anwendung des KSchG bei Bindung des Verwenders von allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Gesetz oder Verordnung an bestimmte, mit dem KSchG im Spannungsverhältnis stehenden Normen, fehle.

In der Sache macht die Revisionsweberin geltend, das Berufungsgericht habe sich zu Unrecht nicht näher damit auseinandergesetzt, daß sie aufgrund der Rahmenrichtlinienverordnung zur Schriftlichkeit gezwungen sei. Gemäß § 40 Abs 2 FG 1993 sei dem zuständigen Bundesminister bei der Genehmigung von Geschäftsbedingungen eine Preiskommission zur Seite gestanden, der ua auch ein Vertreter der Bundesarbeitskammer angehört habe. Die AGB seien daher unter Beiziehung der beteiligten Verkehrskreise auch unter Berücksichtigung der Verbraucherinteressen behördlich genehmigt worden. Durch diese behördliche Präventivkontrolle, die gleichzeitig auch eine inhaltliche Kontrolle darstelle, würden auch die Interessen der Telefonkunden berücksichtigt. Sie sei darüber hinaus ein Indiz für eine ausgewogene Interessenswahrung.In der Sache macht die Revisionsweberin geltend, das Berufungsgericht habe sich zu Unrecht nicht näher damit auseinandergesetzt, daß sie aufgrund der Rahmenrichtlinienverordnung zur Schriftlichkeit gezwungen sei. Gemäß Paragraph 40, Absatz 2, FG 1993 sei dem zuständigen Bundesminister bei der Genehmigung von Geschäftsbedingungen eine Preiskommission zur Seite gestanden, der ua auch ein Vertreter der Bundesarbeitskammer angehört habe. Die AGB seien daher unter Beiziehung der beteiligten Verkehrskreise auch unter Berücksichtigung der Verbraucherinteressen behördlich genehmigt worden. Durch diese behördliche Präventivkontrolle, die gleichzeitig auch eine inhaltliche Kontrolle darstelle, würden auch die Interessen der Telefonkunden berücksichtigt. Sie sei darüber hinaus ein Indiz für eine ausgewogene Interessenswahrung.

Das FG 1993 sei mit Inkrafttreten des TKG am 1. 8. 1997 außer Kraft getreten. Die Bestimmung über die Geschäftsbedingungen sei in § 18 TKG enthalten. Diese seien gemäß § 111 Z 2 TKG von der Telecom-Control-Kommission zu genehmigen. Nach den Gesetzesmaterialien sei die Bestimmung des § 18 TKG geltendes Recht. Zu dessen Absatz 8 (Erlassung von Geschäftsbedingungen) werde ausdrücklich darauf hingewiesen, daß diese Bestimmung geltendes Recht sei, und weiters auf die Rahmenrichtlinienverordnung. Es sei daher davon auszugehen, daß diese nach wie vor in Geltung sei. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes nehme die Rahmenrichtlinienverordnung sehr wohl auch auf die Benutzerintereessen, festgelegt in der Richtlinie 90/387/EWG, wie etwa Transparenz und Gleichberechtigung, Bedacht. Von den Geschäftsbedingungen abweichende Individualvereinbarungen seien nicht beliebig möglich, sondern nur, wenn sie die Mindesterfordernisse der in der

Rahmenrichtlinienverordnung festgelegten Voraussetzung erfüllten. Mindesterfordernis sei demnach das Schriftlichkeitsgebot. Die Anzeigepflicht lasse es geradezu denkunmöglich erscheinen, daß mündliche Individualvereinbarungen, für die auch keine Anzeigepflichten gelten sollten, zulässig sein sollten. Wären mündliche Individualvereinbarungen ohne Anzeigepflicht zulässig, bedeutet dies eine Umgehung der in der ONP-Richtlinie festgelegten Erfordernisse von Transparenz und gleichberechtigtem Zugang.Das FG 1993 sei mit Inkrafttreten des TKG am 1. 8. 1997 außer Kraft getreten. Die Bestimmung über die Geschäftsbedingungen sei in Paragraph 18, TKG enthalten. Diese seien gemäß Paragraph 111, Ziffer 2, TKG von der Telecom-Control-Kommission zu genehmigen. Nach den Gesetzesmaterialien sei die Bestimmung des Paragraph 18, TKG geltendes Recht. Zu dessen Absatz 8 (Erlassung von Geschäftsbedingungen) werde ausdrücklich darauf hingewiesen, daß diese Bestimmung geltendes Recht sei, und weiters auf die Rahmenrichtlinienverordnung. Es sei daher davon auszugehen, daß diese nach wie vor in Geltung sei. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes nehme die Rahmenrichtlinienverordnung sehr wohl auch auf die Benutzerintereessen, festgelegt in der Richtlinie 90/387/EWG, wie etwa Transparenz und Gleichberechtigung, Bedacht. Von den Geschäftsbedingungen abweichende Individualvereinbarungen seien nicht beliebig möglich, sondern nur, wenn sie die Mindesterfordernisse der in der Rahmenrichtlinienverordnung festgelegten Voraussetzung erfüllten. Mindesterfordernis sei demnach das Schriftlichkeitsgebot. Die Anzeigepflicht lasse es geradezu denkunmöglich erscheinen, daß mündliche Individualvereinbarungen, für die auch keine Anzeigepflichten gelten sollten, zulässig sein sollten. Wären mündliche Individualvereinbarungen ohne Anzeigepflicht zulässig, bedeutet dies eine Umgehung der in der ONP-Richtlinie festgelegten Erfordernisse von Transparenz und gleichberechtigtem Zugang.

Das Schriftlichkeitsgebot entspreche dem in § 1 Abs 1 Rahmenrichtlinienverordnung festgelegten Grundsatz, wonach Geschäftsbedingungen auf der Richtlinie 90/387/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzuganges (Open Network Provision - ONP) Bedacht zu nehmen hätten. Die unbeschränkte Zulässigkeit mündlicher Vereinbarungen stünde im Widerspruch zu den Grundsätzen nach Art 3 dieser Richtlinie. Die vom Berufungsgericht vorgenommene, lediglich am KSchG orientierte Interpretation der Rahmenrichtlinienverordnung sei jedenfalls unzulässig. Hätte das Berufungsgericht Bedenken gegen die von ihm anzuwendende Verordnung aus dem Grunde der Gesetzwidrigkeit gehabt, hätte es einen Antrag auf Aufhebung der Verordnung an den Verfassungsgerichtshof stellen müssen (Art 89 Abs 2 B-VG). Dasselbe gelte auch für den Obersten Gerichtshof.Das Schriftlichkeitsgebot entspreche dem in Paragraph eins, Absatz eins, Rahmenrichtlinienverordnung festgelegten Grundsatz, wonach Geschäftsbedingungen auf der Richtlinie 90/387/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzuganges (Open Network Provision - ONP) Bedacht zu nehmen hätten. Die unbeschränkte Zulässigkeit mündlicher Vereinbarungen stünde im Widerspruch zu den Grundsätzen nach Artikel 3, dieser Richtlinie. Die vom Berufungsgericht vorgenommene, lediglich am KSchG orientierte Interpretation der Rahmenrichtlinienverordnung sei jedenfalls unzulässig. Hätte das Berufungsgericht Bedenken gegen die von ihm anzuwendende Verordnung aus dem Grunde der Gesetzwidrigkeit gehabt, hätte es einen Antrag auf Aufhebung der Verordnung an den Verfassungsgerichtshof stellen müssen (Artikel 89, Absatz 2, B-VG). Dasselbe gelte auch für den Obersten Gerichtshof.

Zur zweiten Klausel wird in der Revision bloß wiederholt, daß diese lediglich deklarativer Natur und darüber hinaus der Begriff der Tochtergesellschaft hinreichend konkretisiert sei, zumal zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der AGB am 1. 7. 1995 lediglich die zwei genannten Tochtergesellschaften bestanden hätten.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, daß die beklagte Partei zur Unterlassung verpflichtet sei, so beruhe die Nichtfestsetzung einer Leistungsfrist auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Es bedürfe, um dem Unterlassungsgebot entsprechen zu können, zeitaufwendiger Änderungen - diese seien zu genehmigen und mindestens zwei Monate vor ihrer Wirksamkeit kundzumachen - was bedeute, daß die Beklagte nicht zu einer reinen Unterlassung, sondern daneben zu einem positiven Tun verpflichtet sei. Sei dies aber der Fall, so sei § 409 Abs 2 ZPO anzuwenden und eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen, welche im Hinblick auf das gemäß TKG einzuhaltende Verfahren sechs Monate nicht zu unterschreiten habe (vgl ÖBA 1990/201; WBl 1989, 217).Selbst wenn man davon ausgehen wollte, daß die beklagte Partei zur Unterlassung verpflichtet sei, so beruhe die Nichtfestsetzung einer Leistungsfrist auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Es bedürfe, um dem Unterlassungsgebot entsprechen zu können, zeitaufwendiger Änderungen - diese seien zu genehmigen und mindestens zwei Monate vor ihrer Wirksamkeit kundzumachen - was bedeute, daß die Beklagte nicht zu einer reinen Unterlassung, sondern

daneben zu einem positiven Tun verpflichtet sei. Sei dies aber der Fall, so sei Paragraph 409, Absatz 2, ZPO anzuwenden und eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen, welche im Hinblick auf das gemäß TKG einzuhaltende Verfahren sechs Monate nicht zu unterschreiten habe vergleiche ÖBA 1990/201; WBl 1989, 217).

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil die in der Revision angeschnittene Frage, ob die gerichtliche Kontrolle aufsichtsbehördlich genehmigter Allgemeiner Geschäftsbedingungen eingeschränkt ist, - entgegen der Behauptung des klagenden Vereins in der Revisionsbeantwortung, die nicht näher belegt ist - bisher vom Obersten Gerichtshof ausdrücklich weder zu § 28 KSchG noch zu § 864a und § 879 Abs 3 ABGB entschieden wurde. Die Revision ist aber nicht berechtigt.Die Revision ist zulässig, weil die in der Revision angeschnittene Frage, ob die gerichtliche Kontrolle aufsichtsbehördlich genehmigter Allgemeiner Geschäftsbedingungen eingeschränkt ist, - entgegen der Behauptung des klagenden Vereins in der Revisionsbeantwortung, die nicht näher belegt ist - bisher vom Obersten Gerichtshof ausdrücklich weder zu Paragraph 28, KSchG noch zu Paragraph 864 a und Paragraph 879, Absatz 3, ABGB entschieden wurde. Die Revision ist aber nicht berechtigt.

Vorauszuschicken ist zunächst, daß das Berufungsgericht in der Besetzung nach § 8 Abs 2 JN, also mit einem fachmännischen Laienrichter aus dem Handelsstand, entschieden hat. Dies widerspricht § 30 Abs 2 KSchG, wonach auf Verbandsklagen nach § 28 dieses Gesetzes wie die vorliegende ua § 8 Abs 2 JN nicht anzuwenden ist. Daraus geht unzweifelhaft hervor, daß über derartige Verbandsklagen in zweiter Instanz ein aus drei Berufsrichtern zusammengesetzter Senat zu entscheiden hat. Dies ist auch in der Lehre, die diese Bestimmung zum Teil kritisiert, unstrittig (Krejci, KSchG Rz 28 zu §§ 28 bis 30; derselbe in Rummel**2 Rz 28 zu §§ 28 bis 30; Jelinek in Krejci, HdB zum KSchG 855; V. Steininger in Krejci/Schilcher/Steininger, KSchG 79; Deixler-Hübner, Konsumentenschutz**2 Rz 130; Apathy in Schwimann**2 Rz 12 zu § 30 KSchG). Allerdings hat den dadurch verwirklichten Nichtigkeitsgrund (§ 477 Abs 1 Z 2 iVm § 503 Abs 1 Z 1 ZPO) keine der Parteien im Revisionsverfahren geltend gemacht. Es handelt sich dabei aber um einen sogenannten "relativen" Nichtigkeitsgrund (Fasching, LB**2 Rz 1755; Kodek in Rechberger Rz 2 zu § 477 und Rechberger aaO Rz 17 zu §§ 260, 261 ZPO). Der Oberste Gerichtshof hat nun schon mehrfach ausgesprochen, daß der in einer unrichtigen Besetzung des Berufungsgerichtes gelegene Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 2 ZPO nur dann als geheilt angesehen werden kann, wenn eine mündliche Berufungsverhandlung anberaumt worden ist (SSV-NF 1/31 und weitere E zu RIS-Justiz RS0040259). So wurde etwa auch in SZ 63/24 und EvBl 1993/131 die Verletzung der Geschäftsverteilung als relativer Nichtigkeitsgrund gewertet. Die Folge der mangelnden Heilung ist allerdings, wie zu EvBl 1993/113 zutreffend ausgeführt wird, lediglich, daß dann, wenn - wie etwa im Rekursverfahren - eine Rüge nicht möglich war, die Parteien die Entscheidung durch einen nach der Geschäftsverteilung nicht zuständigen Senat im Verfahren zweiter Instanz im Rechtsmittelverfahren vor dem Obersten Gerichtshof als Nichtigkeitsgrund ausdrücklich geltend machen können. Ebenso führt Rechberger (aaO Rz 17 zu §§ 260, 261 ZPO) zutreffend aus, daß eine unrichtige Besetzung des Berufungssenates dann, wenn kein mündliches Berufungsverfahren stattgefunden hat und die Parteien keine Gelegenheit hatten, den Besetzungsmangel zu rügen, zwar Nichtigkeit begründet, daß diese aber ohne Geltendmachung in der Revision nicht wahrgenommen werden kann.Vorauszuschicken ist zunächst, daß das Berufungsgericht in der Besetzung nach Paragraph 8, Absatz 2, JN, also mit einem fachmännischen Laienrichter aus dem Handelsstand, entschieden hat. Dies widerspricht Paragraph 30, Absatz 2, KSchG, wonach auf Verbandsklagen nach Paragraph 28, dieses Gesetzes wie die vorliegende ua Paragraph 8, Absatz 2, JN nicht anzuwenden ist. Daraus geht unzweifelhaft hervor, daß über derartige Verbandsklagen in zweiter Instanz ein aus drei Berufsrichtern zusammengesetzter Senat zu entscheiden hat. Dies ist auch in der Lehre, die diese Bestimmung zum Teil kritisiert, unstrittig (Krejci, KSchG Rz 28 zu Paragraphen 28 bis 30; derselbe in Rummel**2 Rz 28 zu Paragraphen 28 bis 30; Jelinek in Krejci, HdB zum KSchG 855; römisch fünf. Steininger in Krejci/Schilcher/Steininger, KSchG 79; Deixler-Hübner, Konsumentenschutz**2 Rz 130; Apathy in Schwimann**2 Rz 12 zu Paragraph 30, KSchG). Allerdings hat den dadurch verwirklichten Nichtigkeitsgrund (Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 503, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO) keine der Parteien im Revisionsverfahren geltend gemacht. Es handelt sich dabei aber um einen sogenannten "relativen" Nichtigkeitsgrund (Fasching, LB**2 Rz 1755; Kodek in Rechberger Rz 2 zu Paragraph 477 und Rechberger aaO Rz 17 zu Paragraphen 260,, 261 ZPO). Der Oberste Gerichtshof hat nun schon mehrfach ausgesprochen, daß der in einer unrichtigen Besetzung des Berufungsgerichtes gelegene Nichtigkeitsgrund des Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO nur dann als geheilt angesehen werden kann, wenn eine mündliche Berufungsverhandlung anberaumt worden ist (SSV-NF 1/31 und weitere E zu RIS-Justiz RS0040259). So wurde etwa

auch in SZ 63/24 und EvBl 1993/131 die Verletzung der Geschäftsverteilung als relativer Nichtigkeitsgrund gewertet. Die Folge der mangelnden Heilung ist allerdings, wie zu EvBl 1993/113 zutreffend ausgeführt wird, lediglich, daß dann, wenn - wie etwa im Rekursverfahren - eine Rüge nicht möglich war, die Parteien die Entscheidung durch einen nach der Geschäftsverteilung nicht zuständigen Senat im Verfahren zweiter Instanz im Rechtsmittelverfahren vor dem Obersten Gerichtshof als Nichtigkeitsgrund ausdrücklich geltend machen können. Ebenso führt Rechberger (aaO Rz 17 zu Paragraphen 260,, 261 ZPO) zutreffend aus, daß eine unrichtige Besetzung des Berufungssenates dann, wenn kein mündliches Berufungsverfahren stattgefunden hat und die Parteien keine Gelegenheit hatten, den Besetzungsmangel zu rügen, zwar Nichtigkeit begründet, daß diese aber ohne Geltendmachung in der Revision nicht wahrgenommen werden kann.

Der erkennende Senat vermag sich der gegenteiligen, einen Verstoß gegen § 12 Abs 3 zweiter Halbsatz ASGG betreffenden Entscheidung 10 ObS 283/98k und den darin zitierten Autoren jedenfalls für Verfahren, auf die § 37 ASGG nicht anzuwenden ist, nicht anzuschließen. Kuderna (ASGG, Erl 4 zu § 37) gründet seine Ansicht, daß die Unterlassung der Geltendmachung der Nichtigkeit in der Berufung durch einen qualifizierten Vertreter im Sinne des ASGG nicht etwa zu einer Heilung der unrichtigen Gerichtsbesetzung führe, darauf, daß es für die Vertretung durch eine qualifizierte Person auf den Zeitpunkt des Verstoßes ankomme. Derartige Erwägungen haben in Verfahren nach der ZPO, insbesondere in einem Anwaltsprozeß wie dem vorliegenden, keine Relevanz. Die in der angeführten Entscheidung ebenfalls zitierte Meinung von Feitzinger/Tades (ASGG**2 Anm 4 zu § 37) setzt sich mit der übrigen Lehre und Rechtsprechung nicht auseinander. Piska (Das Prinzip der festen Geschäftsverteilung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, 305 ff) begründet ausführlich, weshalb § 260 Abs 4 ZPO auch auf das Berufungsverfahren anzuwenden ist und in diesem der dort verwendete Begriff "mündliche Streitverhandlung" durch "Berufungsverhandlung" zu ersetzen ist. Auch er führt aus, daß der Nichtigkeitsgrund von Amts wegen nicht mehr aufgegriffen werden kann, sobald beide Parteien des Berufungsverfahrens (durch Einlassung in die mündliche Berufungsverhandlung) präkludiert seien. Seine weiteren Ausführungen, daß dann, wenn keine Berufungsverhandlung stattfindet, eine Präklusion nach § 260 Abs 4 ZPO ausgeschlossen sei und der Nichtigkeitsgrund daher in einer allfälligen Revision geltend gemacht werden könne, lassen nicht eindeutig erkennen, ob der Oberste Gerichtshof seiner Ansicht nach mangels mündlicher Berufungsverhandlung den Besetzungsmangel von Amts wegen anläßlich eines zulässigen Rechtsmittels aufgreifen könne.Der erkennende Senat vermag sich der gegenteiligen, einen Verstoß gegen Paragraph 12, Absatz 3, zweiter Halbsatz ASGG betreffenden Entscheidung 10 ObS 283/98k und den darin zitierten Autoren jedenfalls für Verfahren, auf die Paragraph 37, ASGG nicht anzuwenden ist, nicht anzuschließen. Kuderna (ASGG, Erl 4 zu Paragraph 37,) gründet seine Ansicht, daß die Unterlassung der Geltendmachung der Nichtigkeit in der Berufung durch einen qualifizierten Vertreter im Sinne des ASGG nicht etwa zu einer Heilung der unrichtigen Gerichtsbesetzung führe, darauf, daß es für die Vertretung durch eine qualifizierte Person auf den Zeitpunkt des Verstoßes ankomme. Derartige Erwägungen haben in Verfahren nach der ZPO, insbesondere in einem Anwaltsprozeß wie dem vorliegenden, keine Relevanz. Die in der angeführten Entscheidung ebenfalls zitierte Meinung von Feitzinger/Tades (ASGG**2 Anmerkung 4 zu Paragraph 37,) setzt sich mit der übrigen Lehre und Rechtsprechung nicht auseinander. Piska (Das Prinzip der festen Geschäftsverteilung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, 305 ff) begründet ausführlich, weshalb Paragraph 260, Absatz 4, ZPO auch auf das Berufungsverfahren anzuwenden ist und in diesem der dort verwendete Begriff "mündliche Streitverhandlung" durch "Berufungsverhandlung" zu ersetzen ist. Auch er führt aus, daß der Nichtigkeitsgrund von Amts wegen nicht mehr aufgegriffen werden kann, sobald beide Parteien des Berufungsverfahrens (durch Einlassung in die mündliche Berufungsverhandlung) präkludiert seien. Seine weiteren Ausführungen, daß dann, wenn keine Berufungsverhandlung stattfindet, eine Präklusion nach Paragraph 260, Absatz 4, ZPO ausgeschlossen sei und der Nichtigkeitsgrund daher in einer allfälligen Revision geltend gemacht werden könne, lassen nicht eindeutig erkennen, ob der Oberste Gerichtshof seiner Ansicht nach mangels mündlicher Berufungsverhandlung den Besetzungsmangel von Amts wegen anläßlich eines zulässigen Rechtsmittels aufgreifen könne.

Wie (ua) auch aus der Regierungsvorlage zum ASGG (zitiert bei Feitzinger/Tades aaO Anm 1) hervorgeht, war es bereits eines der wesentlichsten Anliegen der ZVN 1983, prozessuale Streitigkeiten über die Zuständigkeiten und die Gerichtsbesetzung zurückzudrängen, vor allem zu verhindern, daß großer Prozeßaufwand vernichtet und viel Zeit verloren wird; deshalb sehe § 260 Abs 4 ZPO die Heilung aller Verstöße gegen die Besetzungsvorschriften der §§ 7 bis 8 JN vor. Diese Erwägungen müssen richtigerweise dazu führen, die Heilungsvorschrift des § 260 Abs 4 ZPO nicht etwa eng allein auf die mündliche Verhandlung zu beziehen, sondern vielmehr (ebenso wie § 104 Abs 3 JN) im Sinne einer

Einlassung in die Sache zu verstehen. Dies bedeutet, daß Verstöße gegen die §§ 7, 8 JN im Rekursverfahren oder in einem ohne Durchführung einer mündlichen Streitverhandlung abgeführten Berufungsverfahren dann als geheilt anzusehen sind, wenn die Parteien in ihren Rechtsmitteln an den Obersten Gerichtshof - ob eine Rüge noch in einer Revisions- oder Revisionsrekursbeantwortung möglich wäre, braucht hier nicht geprüft zu werden - den Fehler in der Gerichtsbesetzung des Gerichtes zweiter Instanz nicht (als Nichtigkeit) rügen. Fand nämlich keine mündliche Rechtsmittelverhandlung statt, dann bedeutet dies nur, daß eine Heilung im Sinn des § 260 Abs 4 ZPO nicht stattfinden kann, bevor die Parteien ihre Rechtsmittelschriftsätze eingebracht haben. In diesen können sie daher die Nichtigkeit geltend machen. Eine amtswegige Berücksichtigung ist dem Obersten Gerichtshof aber verwehrt, weil sich aus § 260 Abs 4 ZPO ableiten läßt, daß es in die Dispositionsfreiheit der Parteien gestellt ist, ob sie derartige Besetzungsfehler hinnehmen oder rügen wollen. Die amtswegige Wahrnehmung des Fehlers der Gerichtsbesetzung würde ja unter Umständen bedeuten, den Parteien, die bewußt die fehlerhafte Besetzung des Rechtsmittelsenates in Kauf genommen haben, eine Verlängerung des Verfahrens aufzuzwingen, was gerade den Zwecken, die die ZVN 1983 verfolgt hat, zuwider laufen würde. Das bedeutet, daß im vorliegenden Fall die unterlaufene Nichtigkeit des Berufungsurteils nicht aufgegriffen werden kann.Wie (ua) auch aus der Regierungsvorlage zum ASGG (zitiert bei Feitzinger/Tades aaO Anmerkung 1) hervorgeht, war es bereits eines der wesentlichsten Anliegen der ZVN 1983, prozessuale Streitigkeiten über die Zuständigkeiten und die Gerichtsbesetzung zurückzudrängen, vor allem zu verhindern, daß großer Prozeßaufwand vernichtet und viel Zeit verloren wird; deshalb sehe Paragraph 260, Absatz 4, ZPO die Heilung aller Verstöße gegen die Besetzungsvorschriften der Paragraphen 7 bis 8 JN vor. Diese Erwägungen müssen richtigerweise dazu führen, die Heilungsvorschrift des Paragraph 260, Absatz 4, ZPO nicht etwa eng allein auf die mündliche Verhandlung zu beziehen, sondern vielmehr (ebenso wie Paragraph 104, Absatz 3, JN) im Sinne einer Einlassung in die Sache zu verstehen. Dies bedeutet, daß Verstöße gegen die Paragraphen 7,, 8 JN im Rekursverfahren oder in einem ohne Durchführung einer mündlichen Streitverhandlung abgeführten Berufungsverfahren dann als geheilt anzusehen sind, wenn die Parteien in ihren Rechtsmitteln an den Obersten Gerichtshof - ob eine Rüge noch in einer Revisions- oder Revisionsrekursbeantwortung möglich wäre, braucht hier nicht geprüft zu werden - den Fehler in der Gerichtsbesetzung des Gerichtes zweiter Instanz nicht (als Nichtigkeit) rügen. Fand nämlich keine mündliche Rechtsmittelverhandlung statt, dann bedeutet dies nur, daß eine Heilung im Sinn des Paragraph 260, Absatz 4, ZPO nicht stattfinden kann, bevor die Parteien ihre Rechtsmittelschriftsätze eingebracht haben. In diesen können sie daher die Nichtigkeit geltend machen. Eine amtswegige Berücksichtigung ist dem Obersten Gerichtshof aber verwehrt, weil sich aus Paragraph 260, Absatz 4, ZPO ableiten läßt, daß es in die Dispositionsfreiheit der Parteien gestellt ist, ob sie derartige Besetzungsfehler hinnehmen oder rügen wollen. Die amtswegige Wahrnehmung des Fehlers der Gerichtsbesetzung würde ja unter Umständen bedeuten, den Parteien, die bewußt die fehlerhafte Besetzung des Rechtsmittelsenates in Kauf genommen haben, eine Verlängerung des Verfahrens aufzuzwingen, was gerade den Zwecken, die die ZVN 1983 verfolgt hat, zuwider laufen würde. Das bedeutet, daß im vorliegenden Fall die unterlaufene Nichtigkeit des Berufungsurteils nicht aufgegriffen werden kann.

In der Sache selbst beruft sich die Revisionswerberin zu Recht nicht ausdrücklich darauf, daß den Zivilgerichten die Prüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem KSchG dann verwehrt sei, wenn sie aufsichtsbehördlich genehmigt wurden. Eine derartige Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle ist weder durch das KSchG noch durch die einschlägigen Bestimmungen des ABGB (§ 864a, § 879 Abs 3) verfügt worden. Zu berücksichtigen ist dabei, daß sich in der Regel Prüfungsmaßstab und Zweck der Genehmigung von der gerichtlichen Überprüfung nach den angeführten Gesetzen unterscheiden (vgl Micklitz, Rolle und Funktion der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Wandel, in Lehofer/Mayer, Geschäftsbedingungen in Österreich und der Europäischen Union, 9 [13]). In Deutschland sind genehmigte AGB nicht von der Überprüfung nach dem AGBG ausgeschlossen (Micklitz aaO; Ulmer/Brandner/Hensen AGBG7 § 3 Rz 8). Auch die österreichische Lehre vertritt zu § 864a ABGB die Auffassung, daß eine aufsichtsbehördliche Genehmigung (etwa nach § 21 FG 1993) nicht ausschließt, daß eine Klausel ungewöhnlich ist (Koziol/Welser I10, 114; Apathy in Schwimann**2 Rz 7 zu § 864a).In der Sache selbst beruft sich die Revisionswerberin zu Recht nicht ausdrücklich darauf, daß den Zivilgerichten die Prüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem KSchG dann verwehrt sei, wenn sie aufsichtsbehördlich genehmigt wurden. Eine derartige Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle ist weder durch das KSchG noch durch die einschlägigen Bestimmungen des ABGB (Paragraph 864 a,, Paragraph 879, Absatz 3,) verfügt worden. Zu berücksichtigen ist dabei, daß sich in der Regel Prüfungsmaßstab und Zweck der Genehmigung von der gerichtlichen Überprüfung nach den angeführten Gesetzen unterscheiden vergleiche Micklitz, Rolle und Funktion der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Wandel, in Lehofer/Mayer,

Geschäftsbedingungen in Österreich und der Europäischen Union, 9 [13]). In Deutschland sind genehmigte AGB nicht von der Überprüfung nach dem AGBG ausgeschlossen (Micklitz aaO; Ulmer/Brandner/Hensen AGBG7 Paragraph 3, Rz 8). Auch die österreichische Lehre vertritt zu Paragraph 864 a, ABGB die Auffassung, daß eine aufsichtsbehördliche Genehmigung (etwa nach Paragraph 21, FG 1993) nicht ausschließt, daß eine Klausel ungewöhnlich ist (Koziol/Welser I10, 114; Apathy in Schwimann**2 Rz 7 zu Paragraph 864 a,).

Der erkennende Senat schließt sich der Auffassung der Lehre, gegen die offenbar bisher in der Literatur kein Einwand erhoben wurde, auch für die Überprüfung nach dem KSchG an. Demnach haben die Vorinstanzen zu Recht die von der klagenden Partei bekämpften Klauseln aus den AGB der beklagten Partei auf ihre Zulässigkeit nach dem 1. Hauptstück des KSchG überprüft.

Zu Unrecht wendet sich die Revisionswerberin gegen die Auffassung des Berufungsgerichtes, es könne dahingestellt bleiben, ob die Rahmenrichtlinienverordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr BGBl 1994/756 noch gilt, obwohl ihre gesetzliche Grundlage, nämlich § 44 Abs 2 FG, mit 1. 8. 1997 außer Kraft trat (§§ 128, 124 TKG; zur verfassungsrechtlichen Problematik vgl etwa Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht8 Rz 598; Mayer, MKK B-VG**2 123 f; Aichelreiter, Österreichisches Verordnungsrecht II 1159 ff). Stünde diese Verordnung nicht mehr in Geltung, dann könnte sich die Beklagte jedenfalls seit 1. 8. 1997 zur Aufrechterhaltung ihrer von der klagenden Partei angegriffenen AGB-Klauseln nicht mehr darauf berufen. Selbst wenn aber die Durchführungsverordnung noch in Kraft wäre, dürfte sie keinesfalls dahin ausgelegt werden, daß sie für ihren Regelungsbereich eine dem KSchG widersprechende Rechtslage schafft. Soweit dies nach den sonstigen Auslegungskriterien möglich ist, ist nämlich die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen und in gleicher Weise eine gesetzeskonforme Auslegung von Verordnungen geboten (vgl Bydlinski in Rummel**2 Rz 21 zu § 6 mwN; Posch in Schwimann**2 Rz 27 zu § 6 mwN, auch zur gesetzeskonformen Auslegung von Verordnungen). Eine solche Interpretation hat das Berufungsgericht gefunden. Ihm ist darin beizupflichten, daß § 1 Abs 2 der Rahmenrichtlinienverordnung dahin verstanden werden muß, daß es nach den Geschäftsbedingungen (ua) für die Erbringung reservierter Fernmeldedienste (welche übrigens nach dem neuen TKG gar nicht mehr existieren), zwar verboten ist, von den Geschäftsbedingungen abweichende Individualvereinbarungen ohne Einhaltung der Schriftform und ohne Anzeige an die Oberste Fernmeldebehörde zu treffen. Daraus ist aber im Sinn einer gesetzeskonformen, auf § 10 Abs 3 KSchG Bedacht nehmenden Auslegung nicht notwendig abzuleiten, daß solche Individualvereinbarungen nicht nur verboten, sondern auch unwirksam sind, weshalb es die genannte Verordnung nicht erfordert, daß die AGB eine Klausel enthalten, nach der dem Formgebot nicht entsprechende (in der Regel mündliche) Abmachungen unwirksam sind. Die dagegen in der Revision vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen und es ist im Hinblick auf die dargelegte Möglichkeit einer gesetzeskonformen Auslegung der Verordnung auch das in der Revision angeregte Verordnungsprüfungsverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof nicht geboten.Zu Unrecht wendet sich die Revisionswerberin gegen die Auffassung des Berufungsgerichtes, es könne dahingestellt bleiben, ob die Rahmenrichtlinienverordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr BGBl 1994/756 noch gilt, obwohl ihre gesetzliche Grundlage, nämlich Paragraph 44, Absatz 2, FG, mit 1. 8. 1997 außer Kraft trat (Paragraphen 128,, 124 TKG; zur verfassungsrechtlichen Problematik vergleiche etwa Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht8 Rz 598; Mayer, MKK B-VG**2 123 f; Aichelreiter, Österreichisches Verordnungsrecht römisch II 1159 ff). Stünde diese Verordnung nicht mehr in Geltung, dann könnte sich die Beklagte jedenfalls seit 1. 8. 1997 zur Aufrechterhaltung ihrer von der klagenden Partei angegriffenen AGB-Klauseln nicht mehr darauf berufen. Selbst wenn aber die Durchführungsverordnung noch in Kraft wäre, dürfte sie keinesfalls dahin ausgelegt werden, daß sie für ihren Regelungsbereich eine dem KSchG widersprechende Rechtslage schafft. Soweit dies nach den sonstigen Auslegungskriterien möglich ist, ist nämlich die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen und in gleicher Weise eine gesetzeskonforme Auslegung von Verordnungen geboten vergleiche Bydlinski in Rummel**2 Rz 21 zu Paragraph 6, mwN; Posch in Schwimann**2 Rz 27 zu Paragraph 6, mwN, auch zur gesetzeskonformen Auslegung von Verordnungen). Eine solche Interpretation hat das Berufungsgericht gefunden. Ihm ist darin beizupflichten, daß Paragraph eins, Absatz 2, der Rahmenrichtlinienverordnung dahin verstanden werden muß, daß es nach den Geschäftsbedingungen (ua) für die Erbringung reservierter Fernmeldedienste (welche übrigens nach dem neuen TKG gar nicht mehr existieren), zwar verboten ist, von den Geschäftsbedingungen abweichende Individualvereinbarungen ohne Einhaltung der Schriftform und ohne Anzeige an die Oberste Fernmeldebehörde zu treffen. Daraus ist aber im Sinn einer gesetzeskonformen, auf Paragraph 10, Absatz 3, KSchG Bedacht nehmenden Auslegung nicht notwendig abzuleiten, daß solche Individualvereinbarungen nicht nur verboten, sondern auch unwirksam sind, weshalb es die genannte Verordnung nicht erfordert, daß die AGB eine

Klausel enthalten, nach der dem Formgebot nicht entsprechende (in der Regel mündliche) Abmachungen unwirksam sind. Die dagegen in der Revision vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen und es ist im Hinblick auf die dargelegte Möglichkeit einer gesetzeskonformen Auslegung der Verordnung auch das in der Revision angeregte Verordnungsprüfungsverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof nicht geboten.

Daran vermag auch der Hinweis auf die Richtlinie des Rates vom 28. 6. 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienst durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) [90/387/EWG] in der (soweit für die vorliegende Entscheidung maßgeblich) Fassung der Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. 10. 1997 nichts zu ändern.

Art 3 der ONP-Richtlinie lautet wie folgt:Artikel 3, der ONP-Richtlinie lautet wie folgt:

"1. Die ONP-Bedingungen müssen folgenden fundamentalen Grundsätzen entsprechen:

- -Strichaufzählung
  Sie müssen auf objektiven Kriterien beruhen,
- -Strichaufzählung
  sie müssen transparent sein und in geeigneter Form veröffentlicht werden,
- -Strichaufzählung
  sie müssen gleichen Zugang gewährleisten und müssen in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht Diskriminierung ausschließen.

2. Die ONP-Bedingungen dürfen - außer wegen grundlegender Anforderungen im Rahmen des Gemeinschaftsrechts - den Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder öffentlichen Telekommunikationsdiensten nicht einschränken. Außerdem finden die allgemein geltenden Bedingungen für den Anschluß von Endgeräten an das Netz Anwendung.

3. Die ONP-Bedingungen dürfen - abgesehen von Einschränkungen, die mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind - keinerlei weitere Einschränkungen der Nutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze und/oder öffentlicher Telekommunikationsdienste gestatten".

Maßgeblich erscheint Abs 1 des Art 3, wonach die (in Art 2 Z 10 definierten) ONP-Bedingungen ua transparent und veröffentlicht sein, gleichen Zugang gewährleisten und in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht Diskriminierung ausschließen müssen.Maßgeblich erscheint Absatz eins, des Artikel 3,, wonach die (in Artikel 2, Ziffer 10, definierten) ONP-Bedingungen ua transparent und veröffentlicht sein, gleichen Zugang gewährleisten und in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht Diskriminierung ausschließen müssen.

Was zunächst die Transparenz und die Veröffentlichtung der Bedingungen angeht, so scheint dadurch die Frage, ob abweichend von diesen AGB auch mündliche Vereinbarungen wirksam getroffen werden können, nicht tangiert. Gerade weil solche Vereinbarungen definitionsgemäß von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ONP-Bedingungen) abweichen, vermögen sie nichts daran zu ändern, daß die Bedingungen selbst für die Kunden übersichtlich und durchschaubar bleiben. Für die Frage des gleichen Zugangs und einer allfälligen Diskriminierung kann es aber nicht darauf ankommen, ob von den AGB abweichende Vereinbarungen mündlich oder schriftlich geschlossen werden, weil selbstverständlich auch durch schriftliche Bevorzugungen einzelner Kunden genauso der gleiche Zugang zum mobilen Sprachtelefondienst verhindert wird und alle anderen Kunden einer Diskriminierung unterworfen werden. Das in der Revision verwendete Argument, die ONP-Richtlinie erfordere es, in den AGB festzulegen, daß bloß mündlich vereinbarte Abweichungen unwirksam seien, überzeugt daher nicht.

Daß die erste und dritte der von der klagenden Partei bekämpften AGB-Klauseln§ 10 Abs 3 KSchG widersprechen, wird von der beklagten Partei in ihrer Revision ebensowenig wie in ihrer Berufung bezweifelt.Daß die erste und dritte der von der klagenden Partei bekämpften AGB-Klauseln Paragraph 10, Absatz 3, KSchG widersprechen, wird von der beklagten Partei in ihrer Revision ebensowenig wie in ihrer Berufung bezweifelt.

Was die zweite Klausel angeht, die die Übertragung der Rechte und Pflichten der "PTA" aus dem Vertrag mit dem Kunden an "Tochtergesellschaften der PTA" zum Gegenstand hat, ist auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu verweisen (§ 510 Abs 3 ZPO), wiederholt doch die beklagte Partei in ihrer Revision bloß die schon in der Berufung vergeblich vorgetragenen Einwände.Was die zweite Klausel angeht, die die Übertragung der

Rechte und Pflichten der "PTA" aus dem Vertrag mit dem Kunden an "Tochtergesellschaften der PTA" zum Gegenstand hat, ist auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu verweisen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO), wiederholt doch die beklagte Partei in ihrer Revision bloß die schon in der Berufung vergeblich vorgetragenen Einwände.

Aber auch was die von dieser erstmals in der Revision begehrte Setzung einer angemessenen Leistungsfrist für die Änderung der Geschäftsbedingungen angeht, kann ihr nicht gefolgt werden. Nach dem bestätigten Teil des Ersturteils ist die Beklagte nur dazu verpflichtet, drei Klauseln ihrer AGB gegenüber Verbrauchern nicht weiter zu verwenden. Das kann durch entsprechende Hinweise diesen Kunden gegenüber geschehen, wofür eine besondere Frist nicht erforderlich ist, zumal die beklagte Partei nichts Gegenteiliges vorgebracht hat. Eine Änderung der AGB im Sinne des § 18 TKG kann darin nicht erblickt werden. Dennoch ist auch nicht erheblich, ob eine allfällige Änderung der AGB einen größeren Zeitaufwand erfordern würde.Aber auch was die von dieser erstmals in der Revision begehrte Setzung einer angemessenen Leistungsfrist für die Änderung der Geschäftsbedingungen angeht, kann ihr nicht

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at