

REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF



RECHTSANWÄLTE
DR. KOSESNIK-WEHRLE
DR. LANGER
22. Juli 2004
EINGELANGT
FRIST:

4 Ob 98/04x

4 R 199 / 03v

Oberlandesgericht Wien

Eingel. am 21. JUNI 2004 ... Uhr ... Min.
..... fach, mit Beilag. Akten
..... Halbschriften

21

Präsidium
des Handelsgerichtes Wien

eingel. am 15. JULI 2004
..... fach, mit Beil. Akten
..... Halbschriften

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß und Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei ONE GmbH, Wien 21, Brünnerstraße 52, vertreten durch Foglar-Deinhardstein & Brandstätter KEG, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 26.000 EUR), über die außerordentliche Revision der Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 19. Februar 2004, GZ 4 R 199/03v-17, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 21. August 2003, GZ 34 Cg 38/03z-10, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit 749,70 EUR bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung (darin 124,95 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Beklagte betreibt ein bundesweites Mobilfunktelefonnetz. Sie bietet folgende Leistungen an: Mobilfunk, Mobilfunk mittels Wertkarte, alternatives Festnetz (F-ONE), WAP-, HSCSD (High Speed) und

GPRS-Dienste sowie Internetleistungen (I-ONE). Die Beklagte gibt ihre Netzabdeckung mit 94 % an. Ihren Verträgen mit Verbrauchern legt die Beklagte allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde, die auszugsweise wie folgt lauten:

“...

Diese Allgemeinen Vertragsbedingungen gelten für alle Vertragsverhältnisse bzw Telekommunikationsanschlüsse und treten mit 1. 7. 2002 in Kraft.

I. Allgemeine Bedingungen

...

2. Zustandekommen des Vertragsverhältnisses

Das Vertragsverhältnis zwischen ONE und dem Kunden kommt durch schriftliche Angebotstellung des Kunden unter ausschließlicher Verwendung der von ONE zur Verfügung gestellten und bei den jeweiligen Vertriebspartnern von ONE aufliegenden Formulare (Serviceanträge) und durch Annahme dieses Anbots durch ONE zustande.

...

4. Entgelte, Zahlungsbedingungen

Die Entgelte für die zur Verfügung gestellten Dienste sind der jeweils gültigen ONE-Entgeltübersicht zu entnehmen, die insbesondere bei ONE und deren Vertriebspartnern aufliegt bzw im Internet unter www.one.at abrufbar ist. Bei Zustandekommen des Vertrags gemäß Punkt I.2 kann ein einmaliges Aktivierungsentgelt in jeweils gültiger Höhe verrechnet werden.

...

12. Haftung

ONE haftet nicht für leichte Fahrlässigkeit; diese Haftungsbeschränkung gilt nicht für Personenschäden. Die Bestimmungen des PHG bleiben unberührt.

...

II. Dienstespezifische Bedingungen für Mobilfunkkunden (außer Wertkarten)

1. Leistungsumfang

Zum Leistungsumfang zählt neben dem Dienstangebot auch die geographische Verfügbarkeit des Dienstes.

...

Vorübergehende Ausfälle im Netzwerk von ONE sowie Störeinflüsse aus anderen Netzen können nie

vollkommen ausgeschlossen werden. ONE wird jedoch bemüht sein, solche Ausfälle minimal zu halten und schnellstmöglich zu beheben. Vorübergehende Nichtverfügbarkeit von Diensten auf Grund technischer Störfälle stellt daher keine Einstellung oder Reduktion von Diensten dar.

...
IV. Dienstespezifische Bedingungen für Festnetzkunden (F-ONE):

1. Leistungsumfang

ONE stellt Verbindungsnetzbetreiberdienste für Kunden zur Verfügung, die als Teilnehmer eines anderen österreichischen Festnetzanbieters (Herkunftsnetz, derzeit ausschließlich Telekom Austria) über einen digitalen Anschluss verfügen. Diese Dienste können durch Wahl einer Betreiberauswahlnummer erreicht werden.

...
Die vorübergehende Nichtverfügbarkeit von Diensten auf Grund technischer Störfälle stellt daher keine Einstellung oder Reduktion von Diensten dar.

...
V. Dienstespezifische Bedingungen für WAP, HSCSD (High Speed) und GPRS-Dienste:

1. Leistungsumfang

Die allgemeinen technischen Grenzen, denen Mobilfunk unterliegt, gelten auch für darauf betriebenen Datenverkehr. Daher kann die jederzeit vollständige Übermittlung von Daten auch im Zusammenhang mit WAP-High Speed- und GPRS-Diensten nicht garantiert werden.

...
Vorübergehende Ausfälle im Netzwerk von ONE sowie Störeinflüsse aus anderen Netzen können nie vollkommen ausgeschlossen werden. ONE wird jedoch bemüht sein, solche Ausfälle minimal zu halten und schnellstmöglich zu beheben. Vorübergehende Nichtverfügbarkeit von Diensten aufgrund technischer Störfälle stellt daher keine Einstellung oder Reduktion von Diensten dar.

...
VII. Dienstespezifische Bedingungen für Internetkunden (I-ONE):

1. Leistungsumfang

Diese Bedingungen regeln die Bereitstellung von entgeltlichen und unentgeltlichen internetspezifischen Dienstleistungen sowie alle damit im Zusammenhang stehenden Lieferungen von Hard- und Software.

Vorübergehende Geräteausfälle im Netzwerk von ONE sowie Störeinflüsse aus anderen Netzen können nie vollkommen ausgeschlossen werden. ONE ist jedoch bemüht, solche Ausfälle minimal zu halten und schnellstmöglich zu beheben. Vorübergehende Nichtverfügbarkeit von Diensten oder Verlust von gespeicherten Daten aufgrund technischer Störfälle stellen daher keine Einstellung oder Reduktion von Diensten dar. ONE kann einen Ausfall eines Servers und einen daraus resultierenden Verlust von gespeicherten Daten nicht zur Gänze ausschließen.

ONE ist berechtigt, den Leistungsumfang zu ändern bzw einzuschränken.

...

5. Verrechnung

Neben einem allfälligen Entgelt für die internetspezifischen Dienstleistungen fallen zusätzlich Telefongebühren an...

...

6. Gewährleistung

ONE leistet keine Gewähr dafür, dass die Software ununterbrochen bzw fehlerfrei läuft, frei von Produktmängeln ist oder für einen bestimmten Zweck nutzbar ist.

7. Haftung

...

ONE haftet bei verursachten Schäden nur in Fällen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit sowie für indirekte oder Folgeschäden, Vermögensschäden, aufgrund von Datenverlust entstandenen Schaden, nicht erzielten Ersparnissen, entgangenen Gewinn, Zinsverlusten, der Ersatz von Ansprüchen Dritter gegen den Kunden sowie der Ersatz von Sachschäden von Unternehmen nach dem PHG ist ausgeschlossen. Die übrigen Bestimmungen des PHG bleiben unberührt. Die Haftungseinschränkung erstreckt sich ausdrücklich auf die Verwendung jeder Software, die von ONE geliefert wird.

..."

Die Beklagte informiert auf ihrer Homepage über die Tarifgestaltung für Mobiltelefonieleistungen. Danach hat der Kunde neben dem einmaligen Aktivierungsentgelt ein monatliches Grundentgelt sowie zusätzlich für jeden

(abgehenden) Anruf eine gesonderte Gesprächsgebühr zu zahlen.

Bei Wertkartenhandys schließt die Beklagte den Vertrag mit dem Kunden durch die Übergabe der Wertkarte bzw der SIM-Karte. Der Kunde ist an ein bestimmtes Tarifmodell gebunden. Entgeltlich sind dabei alle Anrufe, das Versenden von SMS und der Empfang von Bestätigungs-SMS. Mit Festnetzkunden schließt die Beklagte den Vertrag durch Annahme des Anbots des Kunden. Sie veranlasst, dass der Festnetzanschluss des Kunden freigeschaltet wird.

Die Beklagte bietet ihren Kunden auch Internet-Service-Provider-Dienstleistungen (idF: ISP-Leistungen) bzw Internetdienste an. Vor der ersten Inanspruchnahme von ISP-Leistungen muss sich der Kunde auf dem Portal von ONE registrieren lassen, um (kostenlos) einen Benutzernamen und ein Passwort zu erhalten. Danach kann der Kunde jederzeit die Internetdienste der Beklagten in Anspruch nehmen. Um zu den Internetdiensten zu gelangen, muss sich der Kunde in das Internet einwählen. Das kann über das alternative Festnetz der Beklagten (F-ONE) oder über das Netz eines anderen Festnetzbetreibers erfolgen. Für die Nutzung des Festnetzes ist die jeweilige Telefongebühr bzw Onlinegebühr zu zahlen; kostenpflichtige Internetdienste werden nach übertragener Datenmenge oder mit Wertkarte nach Zeit abgerechnet.

Mit Schreiben vom 17. 2. 2003 forderte der Kläger die Beklagte auf, die Verwendung der den Gegenstand des nunmehrigen Unterlassungsbegehrens bildenden Klauseln zu unterlassen und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. In der Folge hat die Beklagte die Klauseln VII. 6 und 7 ersatzlos gestrichen. Ihre neuen allgemeinen Geschäftsbedingungen hat die Beklagte angezeigt und in der

Ausgabe vom 2./3. 5. 2003 der "Wiener Zeitung" veröffentlicht. Seit 1. 7. 2003, dem Tag des Inkrafttretens, sind die Geschäftsbedingungen auf der Website der Beklagten abrufbar. Bei einer Änderung ihrer Geschäftsbedingungen benötigt die Beklagte vor der Anzeige an die Regulierungsbehörde etwa vier bis fünf Wochen Druckvorlaufzeit.

Der Kläger beantragt, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln

1. Vorübergehende Nichtverfügbarkeit von Diensten aufgrund technischer Störfälle stellt daher keine Einstellung oder Reduktion von Diensten dar;

2. Vorübergehende Nichtverfügbarkeit von Diensten oder Verlust von gespeicherten Daten aufgrund technischer Störfälle stellen daher keine Einstellung oder Reduktion von Diensten dar;

3. ONE ist berechtigt, den Leistungsumfang zu ändern bzw einzuschränken;

4. ONE leistet keine Gewähr dafür, dass die Software ununterbrochen bzw fehlerfrei läuft, frei von Produktmängeln ist oder für einen bestimmten Zweck nutzbar ist;

5. ONE haftet bei verursachten Schäden nur in Fällen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit sowie für indirekte oder Folgeschäden, Vermögensschäden, aufgrund von Datenverlust entstandenen Schaden, nicht erzielten Ersparnissen,

entgangenen Gewinn, Zinsverlusten, der Ersatz von Ansprüchen Dritter gegen den Kunden sowie der Ersatz von Sachschäden von Unternehmen nach dem PHG ist ausgeschlossen. Die übrigen Bestimmungen des PHG bleiben unberührt. Die Haftungseinschränkung erstreckt sich ausdrücklich auf die Verwendung jeder Software, die von ONE geliefert wird;

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; die Beklagte ferner schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind; und den Kläger zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten zu ermächtigen. Die Klauseln zu Punkt 1, 2 und 4 verstießen als unzulässige Einschränkung der Gewährleistungsansprüche gegen § 9 KSchG; die Klausel zu Punkt 3 verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil sich die Beklagte damit generell und unbeschränkt Leistungsänderungen vorbehalte. Die Klausel zu Punkt 5 verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Mit dieser Klausel werde die Haftung für bestimmte Schadensarten ausgeschlossen.

Die Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen und das klageabweisende Urteil auf Kosten des Klägers zu veröffentlichen, in eventuelle, die Leistungsfrist mit 6 Monaten bzw mit einem angemessenen Zeitraum zu bemessen. Mit den Klauseln zu Punkt 1 und 2 werde die Gewährleistungsverpflichtung nicht beschränkt, weil von vornherein keine Leistungspflicht bestehe, soweit aufgrund technischer Störfälle nicht geleistet werden könne. Die Klausel zu Punkt 3 verstoße nicht gegen das Konsumentenschutzgesetz. Nach § 18 TKG könne der

Telekommunikationsdienstleister den Vertragsinhalt einseitig ändern; dem Vertragspartner stehe im Gegenzug ein außerordentliches Kündigungsrecht zu. Da die ISP-Leistungen unentgeltlich seien, bestehe insoweit keine Gewährleistungsverpflichtung. Die Klausel zu Punkt 4 sei daher unbedenklich. Mit der Klausel zu Punkt 5 werde die Haftung für Personenschäden nicht ausgeschlossen. Der Ausschluss der Haftung nach dem PHG gelte nur für Unternehmen. In der Folge brachte die Beklagte vor, ihre Geschäftsbedingungen geändert zu haben. Die Klauseln zu Punkt 4 und 5 seien weggefallen. Die neuen Geschäftsbedingungen seien auch für Altkunden gültig. Insoweit bestehe daher keine Wiederholungsgefahr.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren zu den Klauseln zu Punkt 1, 2 und 3 unter Festsetzung einer Leistungsfrist von fünf Monaten zur Gänze statt, dem Unterlassungsbegehren zu den Klauseln zu Punkt 4 und 5 nur insoweit, als der Kläger die Unterlassung des Sich-Berufens auf die Klauseln begehrt, es ermächtigte den Kläger zur Urteilsveröffentlichung und wies das Mehrbegehren ab. Die Beklagte schulde nicht nur das Bemühen, bestmögliche Erreichbarkeit sicherzustellen und die Ausfälle und Störungen schnellstmöglich zu beheben, sondern sie habe die angebotenen Dienste zu leisten und Lieferungen zu erbringen. Der Kunde dürfe erwarten, dass die Beklagte sämtliche zumutbaren Vorkehrungen treffe, um Ausfälle zu verhindern. Die Klauseln zu Punkt 1 und 2 schränkten daher die Gewährleistungsverpflichtung der Beklagten unzulässigerweise ein. Mit der Klausel zu Punkt 3 behalte sich die Beklagte entgegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG vor, die Leistungen einseitig zu ändern. § 18 Abs 2 TKG erfasse nur Änderungen

von Geschäftsbedingungen, die Telekommunikationsleistungen im engeren Sinn betreffen. Die Beklagte erbringe auch andere Leistungen. Die Beklagte habe nicht behauptet, dass auch ihre Softwarelieferungen unentgeltlich wären. Mit der Klausel zu Punkt 4 werde daher gegen § 9 KSchG verstoßen. Die Klausel zu Punkt 5 schließe die Haftung für Personenschäden bei leichter Fahrlässigkeit aus und verstoße damit gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Sie sei auch entgegen § 6 Abs 3 KSchG unklar und unverständlich abgefasst. Die Beklagte habe selbst eingeräumt, dass die Klauseln zu Punkt 4 und 5 unzulässig gewesen seien und sich nur auf den Wegfall der Wiederholungsgefahr berufen. Die Wiederholungsgefahr sei in Bezug auf das Verwenden der Klauseln tatsächlich weggefallen; dass sie sich auch nicht auf die Klauseln berufen werde, habe die Beklagte nicht behauptet. Die Leistungsfrist sei mit 5 Monaten festzusetzen gewesen.

Das Berufungsgericht gab dem Unterlassungsbegehren auch in Bezug auf die Verwendung der Klauseln zu Punkt 4 und 5 statt und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Die Wiederholungsgefahr sei durch die bloße Änderung der Bedingungen nicht weggefallen, auch wenn die Wiedereinführung der beanstandeten Klauseln höchst unwahrscheinlich sei. Sie sei jedoch nicht ausgeschlossen. Die mit fünf Monaten festgesetzte Leistungsfrist sei angemessen. Die Klausel zu Punkt 3 sei nach § 18 TKG BGBl I 1997/100 zu beurteilen, weil das Telekommunikationsgesetz 2003 erst nach Schluss der Verhandlung erster Instanz in Kraft getreten sei. Nach § 18 TKG BGBl I 1997/100 sei nur der Konzessionsinhaber zu

Änderungen der Geschäftsbedingungen berechtigt gewesen. Da die Beklagte auch nicht unter die Konzession fallende Leistungen anbiete, könne sie sich auf die Änderungsbefugnis nicht berufen.

Die gegen dieses Urteil zu Punkt 3, 4 und 5 des Unterlassungsgebots gerichtete Revision der Beklagten ist zulässig, weil das Berufungsgericht entgegen der Rechtsprechung von der Anwendbarkeit des Telekommunikationsgesetzes BGBl I 1997/100 ausgegangen ist und keine Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des § 25 TKG 2003 besteht; die Revision ist aber nicht berechtigt.

1. Zur Klausel zu Punkt 3

ONE ist berechtigt, den Leistungsumfang zu ändern bzw einzuschränken.

Mit Recht bekämpft die Beklagte die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Zulässigkeit der Klausel zu Punkt 3 nicht nach dem Telekommunikationsgesetz 2003 zu beurteilen sei. Nach ständiger Rechtsprechung hat das Gericht auf eine Änderung der Rechtslage in jeder Lage des Verfahrens Bedacht zu nehmen, sofern die neuen Bestimmungen nach ihrem Inhalt auf das in Streit stehende Rechtsverhältnis anzuwenden sind. Nach den Übergangsbestimmungen ist demnach zu beurteilen, ob eine Gesetzesänderung für ein laufendes Verfahren zu beachten ist (4 Ob 87/94 = ÖBl 1995, 120 - Urlaub für Schlaue; 4 Ob 140/94 = ÖBl 1995, 163 - BMX-Rennräder ua).

Das Telekommunikationsgesetz 2003 ist am 20. 8. 2003 und somit während des vorliegenden Verfahrens in Kraft getreten. Nach den Übergangsbestimmungen sind

zum Zeitpunkt des Inkrafttretens anhängige
Verwaltungsverfahren nach der alten Rechtslage zu Ende zu
führen (§ 133 Abs 1 TKG 2003); für gerichtliche Verfahren
trifft das Gesetz keine Regelung, so dass die neue Rechtslage
maßgebend ist. Im vorliegenden Verfahren ist daher das
Telekommunikationsgesetz 2003 anzuwenden. Wieder-
holungsgefahr besteht damit nur dann, wenn die
beanstandeten Geschäftsbedingungen auch nach der nunmehr
geltenden Rechtslage gesetzwidrig sind.

Nach § 25 TKG 2003 sind Betreiber von
Kommunikationsnetzen oder -diensten berechtigt, ihre
allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen
zu ändern. Die Änderungen sind vor ihrer Wirksamkeit der
Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form
kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich
begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und
Anzeigefrist von zwei Monaten. Der Teilnehmer ist darauf
hinzuweisen, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zum
Inkrafttreten der Änderungen kostenlos zu kündigen (§ 25
Abs 2 und 3 TKG 2003).

Die Beklagte macht geltend, dass aus der damit
normierten Zulässigkeit von Änderungen der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen die
Zulässigkeit der beanstandeten Klausel zu Punkt 3 folge. Die
Klausel berechtigt die Beklagte, „den Leistungsumfang zu
ändern bzw einzuschränken“.

Die Klausel ist damit - anders als die in der
Entscheidung 6 Ob 16/01y = JBl 2002, 178 zu beurteilende
Klausel („Änderungen oder Ergänzungen der
Teilnahmebedingungen oder sonstiger in den
Programmunterlagen beschriebener Abläufe ...“) - nicht auf

die Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen beschränkt, sondern berechtigt - wenn sie im kundenfeindlichsten Sinn ausgelegt wird (zur Maßgeblichkeit der Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn im Verfahren über eine Verbandsklage s 7 Ob 170/98w = SZ 72/12) - auch zu Änderungen des Einzelvertrags. Dass aber Änderungen des Einzelvertrags durch § 25 TKG 2003 gedeckt wären, behauptet auch die Beklagte nicht. Die Klausel verstößt damit auch nach der nunmehr geltenden Rechtslage gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil sie die Beklagte zu einseitigen, durch § 25 TKG 2003 nicht gedeckten Vertragsänderungen ermächtigt.

2. Zu den Klauseln zu Punkt 4 und 5

ONE leistet keine Gewähr dafür, dass die Software ununterbrochen bzw fehlerfrei läuft, frei von Produktmängeln ist oder für einen bestimmten Zweck nutzbar ist;

ONE haftet bei verursachten Schäden nur in Fällen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit sowie für indirekte oder Folgeschäden, Vermögensschäden, aufgrund von Datenverlust entstandenen Schaden, nicht erzielten Ersparnissen, entgangenen Gewinn, Zinsverlusten, der Ersatz von Ansprüchen Dritter gegen den Kunden sowie der Ersatz von Sachschäden von Unternehmen nach dem PHG ist ausgeschlossen. Die übrigen Bestimmungen des PHG bleiben unberührt. Die Haftungseinschränkung erstreckt sich ausdrücklich auf die Verwendung jeder Software, die von ONE geliefert wird.

Die Beklagte macht hiezu nur geltend, dass sie die Klauseln gestrichen habe und keine Wiederholungsgefahr bestehe. Das Berufungsgericht habe selbst gemeint, dass eine

Wiedereinführung der Klauseln "unwahrscheinlich, aber nicht völlig ausgeschlossen" sei. Mehr könne für die Widerlegung der Wiederholungsgefahr nicht verlangt werden.

Das Berufungsgericht hat sogar gemeint, eine Wiedereinführung der Klauseln sei „höchst unwahrscheinlich“ (Seite 17). Es hat dabei aber nicht ausreichend beachtet, dass die Beklagte in der Klagebeantwortung noch behauptet hat, die Klauseln seien nicht gesetzwidrig, und ihre Geschäftsbedingungen erst danach geändert hat. Die Beklagte hat auch weder einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich noch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG angeboten.

Nach § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung unzulässigerweise vereinbarter Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Mit dieser Bestimmung soll klargestellt werden, dass die nach § 29 KSchG klagelegitimierten Einrichtungen ein Abmahnverfahren durchführen können, ohne sich der Gefahr auszusetzen, durch eine Abmahnung in einem in der Folge erforderlichen gerichtlichen Verfahren in eine ungünstigere Position zu gelangen. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (311 BlgNR 20. GP 31).

Aus § 28 Abs 2 KSchG folgt demnach, dass die Wiederholungsgefahr regelmäßig zu bejahen ist, wenn der Unternehmer trotz Abmahnung keine Unterlassungserklärung abgibt. Die Wiederholungsgefahr könnte nur verneint werden, wenn es geradezu ausgeschlossen wäre, dass der Unternehmer die beanstandeten gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen oder sinngleiche Bedingungen in seine Geschäftsbedingungen aufnimmt.

Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein, auch wenn die Geschäftsbedingungen bei der Regulierungsbehörde vorzulegen sind und die Regulierungsbehörde die Klauseln auf ihre Vereinbarkeit mit (ua) §§ 6, 9 KSchG zu prüfen und ihnen gegebenenfalls zu widersprechen hat (§ 26 Abs 6 TKG 2003. Das einzuhaltende Verfahren bietet nämlich keine ausreichende Gewähr, dass die Beklagte nicht doch wieder inhalts- oder sinngleiche Bestimmungen in ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnimmt und - angesichts eines immer gegebenen Beurteilungsspielraums und der Ungewissheit, wie genau die Regulierungsbehörde die Bedingungen prüfen wird - damit auch durchkommt. Wäre die Beklagte tatsächlich entschlossen, in Zukunft auf derartige Bedingungen zu verzichten, so hätte sie ihrem Sinneswandel durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung oder gegebenenfalls durch einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich Ausdruck verleihen können und müssen.

Für das begehrte Verbot des Sich-Berufens auf die Geschäftsbedingungen bedarf es entgegen der Auffassung der Beklagten weder einer eigenen Wiederholungsgefahr noch einer Erstbegehungsgefahr. Das Verbot, gesetz- oder sittenwidrige Geschäftsbedingungen zu verwenden (§ 28

Abs 1 Satz 1 KSchG), schließt auch das Verbot mit ein, sich auf solche Bedingungen zu berufen (§ 28 Abs 1 Satz 2 KSchG). Soweit daher eine Unterlassungsverpflichtung nach § 28 Abs 1 Satz 1 KSchG gegeben ist, besteht auch die Unterlassungsverpflichtung nach § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG, ohne dass weitere Voraussetzungen zu prüfen wären (5 Ob 227/98p = RdW 1999, 519).

Die Revision musste erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50

ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. Mai 2004.

Dr. K o d e k

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

