



- 1. § 15 KSchG gilt für Verträge über wiederkehrende Leistungen von beweglichen körperlichen Sachen, Energie oder wiederholte Werkleistungen eines Unternehmers (Wartungsverträge, Serviceverträge, Entsorgungsverträge), wenn der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichtet ist.**
- 2. Bei Mischverträgen ist es für die Anwendbarkeit des § 15 KSchG entscheidend, dass die werkvertraglichen oder kaufvertraglichen Elemente nicht bloß eine untergeordnete Rolle spielen. Beim Mobilfunkvertrag, der einen Mischvertrag sui generis darstellt, überwiegen mietvertragliche und dienstvertragliche Elemente.**
- 3. Die dem Verbraucher nach § 15 Abs 1 KSchG zur Verfügung stehende gesetzliche Kündigungsfrist ist auf die von Kunden eines Mobilfunkbetreibers geschlossenen Mobilfunkverträge demzufolge nicht – auch nicht analog – anwendbar.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Ehmayer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, Prinz Eugen-Straße 20-22, 1040 Wien, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei ONE Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Foglar, Deinhardtstein & Brandstätter KEG, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die ordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 14. Dezember 2004, GZ 2 R 201/04z-11, womit über die Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 7. Juni 2004, GZ 24 Cg 14/04y-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben. Die klagende Partei hat der beklagten Partei die mit 1.315,08 EUR (darin 219,18 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte betreibt in Österreich ein Mobilfunknetz. Die mit ihren Kunden abgeschlossenen Mobilfunkverträge enthalten Vertragsklauseln über einen Verzicht des Kunden auf Kündigung des Vertragsverhältnisses vor Ablauf von 18 Monaten.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Verbandsklage die Unterlassung folgender Vertragsklauseln:

- „1. Ich habe im Zusammenhang mit diesem Antrag ein preisgestütztes Endgerät erworben, erhalte eine Grundentgeltbefreiung für die Dauer von 6 Monaten und verzichte daher für die Dauer von 18 Monaten auf mein Kündigungsrecht gegenüber O***** GmbH;
2. Ich habe im Zusammenhang mit diesem Serviceantrag ein preisgestütztes Endgerät erworben. Ich verzichte daher für die Dauer der in Monaten angegebenen Bindefrist auf mein Kündigungsrecht gegenüber O***** GmbH. O***** Cent 18: Der Kunde verzichtet in Zusammenhang mit dem Erwerb eines preisgestützten Endgerätes für 18 Monate darauf, gegenständlichen Vertrag ordentlich zu kündigen. Bei Tarifwechsel, Wechsel des Teilnehmeranschlussinhabers oder vom Kunden verursachter Kündigung des Vertrages vor Ablauf des 18-monatigen Kündigungsverzichts wird ein zusätzliches Entgelt in der Höhe von EUR 99,90 verrechnet.
3. Mit der Ausfolgung meines gewählten Mobiltelefons verzichte ich für weitere 12 Monate ab Unterzeichnung dieses Antrages darauf, meinen zu obiger O*****-Rufnummer bestehenden

Teilnehmervertrag zu kündigen."

Die Klägerin begehrt ferner die Unterlassung der Berufung der Beklagten auf diese Klauseln und die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Der Kündigungsverzicht sei mit den zwingenden kürzeren gesetzlichen Kündigungsfristen des § 15 Abs 1 KSchG nicht vereinbar. Die vertragstypische Leistung des Netzbetreibers bestehe in der Herstellung und Aufrechterhaltung von Telefonverbindungen. Mobilfunkverträge seien Werkverträge. Bei anderer Ansicht, etwa bei einer Qualifizierung des Vertrages als Dienstvertrag, müsse § 15 KSchG analog angewendet werden. Auch im Telekommunikationsbereich bestehe ein gleichartiges Schutzbedürfnis der Verbraucher. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klagebegehren. Der Mobilfunkvertrag sei kein Werkvertrag sondern ein Dienstleistungsvertrag mit bestandrechtlichen Elementen, auf den § 15 KSchG nicht anzuwenden sei. Die Beklagte stelle kein Werk her. Sie stelle eine vollautomatisierte Telekommunikationsinfrastruktur zum Sprach austausch zur Verfügung. Die Beklagte könne keine 100 %ige Netzabdeckung garantieren. Sie schulde keinen Verbindungserfolg. Das Entgelt werde nicht nur für den Aufwand, sondern auch nach Zeit verrechnet (Grundgebühr). Auch dies spreche gegen die Annahme eines Werkvertrags.

Das *Erstgericht* wies die Klagebegehren ab. Im Revisionsverfahren ist der entscheidungswesentliche Sachverhalt, insbesondere der Umstand, dass die Telefonverbindungen unter Nutzung der vollautomatisierten Telekommunikationsinfrastruktur durch die Teilnehmer selbst hergestellt werden, nicht weiter strittig. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus, dass die Schutzbestimmung des § 15 KSchG nur die im Abs 1 angeführten wiederkehrenden Lieferungen und Werkleistungen erfasse. Bei Mischverträgen komme es darauf an, ob das werk- oder kaufvertragliche Element nicht eine bloß untergeordnete Rolle spiele. Wenn kein werkvertragliches Element vorliege oder ein solches nur eine untergeordnete Nebenrolle spiele, komme nach der oberstgerichtlichen Judikatur (1 Ob 106/00m; 6 Ob 141/01i) § 15 KSchG nicht zur Anwendung. Mit dem Mobilfunkvertrag verpflichtete sich das Telekommunikationsdienstleistungsunternehmen, dem Kunden den Zugang zum Mobilfunknetz zu eröffnen und es ihm zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit beliebigen dritten Teilnehmern eines Mobilfunknetzes oder Festnetzes Sprache auszutauschen. Nach der Rechtsprechung des BGH sei die vertragstypische Hauptleistungspflicht des Unternehmers dienstvertraglicher Natur. Dass die Beklagte als Nebenleistung im Rahmen der technischen Möglichkeiten hier auch die Zustellung von Textnachrichten (SMS) und damit einen Erfolg zusage, ändere an der Verneinung eines Werkvertrages nichts, weil es für die Frage des Kündigungsrechts auf die für den Vertrag charakterisierende Hauptleistung ankomme. § 15 KSchG sei auf Mobilfunkverträge aber auch nicht analog anzuwenden. Es liege keine echte Gesetzeslücke vor, auch wenn die Bestimmung des § 15 KSchG bereits im Jahr 1979 eingeführt worden sei und seither technische Entwicklungen stattgefunden hätten. Der Gesetzgeber habe sich für zwei bestimmte Vertragstypen als Anwendungsbereich des § 15 KSchG entschieden. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf andere Verträge als Kauf- und Werkverträge komme nicht in Betracht. Eine bloße Ungleichgewichtslage (zwischen Unternehmer und Verbraucher) reiche noch nicht für eine sinngemäßen Anwendung des KSchG aus.

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Entgegen den Ausführungen der Klägerin plädierten die zitierten Autoren (Krejci in Rummel, ABGB3 Rz 10 zu § 15 KSchG und Lehhofer in Kosesnik-Wehrle, KSchG2 Rz 5 zu § 15) nicht für eine extensive Interpretation des § 15 Abs 1 KSchG oder eine analoge Anwendung dieser Gesetzesstelle auf Dienstverträge. Der Mobilfunkvertrag sei kein Mischvertrag sondern – wie auch in der deutschen Literatur ausgeführt werde – ein als Dauerschuldverhältnis zu qualifizierender Telefondienstvertrag, bei dem der Unternehmer verpflichtet sei, dem Kunden den Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz zu eröffnen. § 15 KSchG sei auf Dienstverträge weder unmittelbar noch im Wege der Analogie anwendbar. Eine planwidrige Gesetzeslücke liege nicht vor. Der Gesetzgeber habe nur bestimmte Vertragstypen, insbesondere Versorgungs- und Entsorgungsverträge im Auge gehabt. Es sollten

offenbar nur lebensnotwendige Bereiche unter Schutz gestellt werden. Telefondienstverträge gehörten nicht zu diesen. Selbst wenn im Jahr 1979 für Verträge im Bereich der Post und des Telefons ein Regelungsbedarf nicht vorhanden gewesen sei, weil diese Bereiche damals öffentlich-rechtlich geführt worden seien und es keine anderen Anbieter gegeben habe, könne eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nicht erkannt werden, weil damals der Energiebereich ebenfalls noch öffentlich-rechtlich geführt worden sei und der Gesetzgeber dennoch Energielieferungsverträge ausdrücklich dem § 15 Abs 1 KSchG unterstellt habe. Im Übrigen sei ein Verbraucher auch im Bereich der Telekommunikation vor unangemessen langen Bindungsfristen durch die Bestimmung des § 6 Abs 1 KSchG geschützt. Insoweit sich die Berufungswerberin nun auf diese Gesetzesstelle berufe, geschehe dies verspätet, weil sie sich im Verfahren erster Instanz auf diesen Rechtsgrund nicht gestützt habe. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil eine oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Rechtsnatur des Mobilfunkvertrages nicht vorliege. Mit ihrer ordentlichen Revision beantragt die Klägerin die Abänderung dahin, dass den Klagebegehren stattgegeben werde. Die Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Die *Revision* der Klägerin ist *zulässig*, aber *nicht berechtigt*.

Die Schutzbestimmung des § 15 KSchG, die den Verbraucher vor schwer auflösbaren, überlangen Vertragsbindungen schützen soll, erfasst Verträge über wiederkehrende Leistungen von beweglichen körperlichen Sachen, Energie oder wiederholte Werkleistungen eines Unternehmers (Wartungsverträge, Serviceverträge, Entsorgungsverträge), wenn der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichtet ist (RIS-Justiz RS0114187). § 15 Abs 1 KSchG lautet wörtlich: *„Verträge, durch die sich der Unternehmer zur wiederholten Lieferung beweglicher körperlicher Sachen einschließlich Energie oder zu wiederholten Werkleistungen und der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichten und die für eine unbestimmte oder eine ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen worden sind, kann der Verbraucher unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist zum Ablauf des ersten Jahres, nachher zum Ablauf jeweils eines halben Jahres kündigen.“*

Auf den hier zu beurteilenden Mobilfunkvertrag wäre die Gesetzesbestimmung nicht nur dann anzuwenden, wenn der Vertrag als Werkvertrag im Sinne des gesetzlichen Vertragstyps (§ 1151 Abs 1, § 1165 ABGB) qualifiziert werden könnte, sondern auch dann, wenn ein Mischvertrag (etwa mit dienstvertraglichen, mietrechtlichen und werkvertraglichen Elementen) vorliegen sollte, bei dem das werkvertragliche Element überwiegt (RS0018777; 6 Ob 104/01i).

Die Revisionswerberin steht auf dem Standpunkt, es läge sogar ein „reiner“ Werkvertrag im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses vor. Der Mobilfunkbetreiber schulde den Erfolg, dass der Kunde Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz und die Möglichkeit zum Austausch von Sprache und Daten erhalte. Für das Vorliegen eines Werkvertrags sprächen die vertraglichen Gewährleistungsansprüche für den Fall, dass die Qualität der von der Beklagten geleisteten Dienste das ortsübliche Ausmaß unterschreite sowie die Gewährleistungsvorschriften des § 25 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003). Der Unternehmer erbringe trotz der zur Verfügung gestellten Telekommunikationsinfrastruktur selbst Leistungen. Die Infrastruktur ersetze nur das früher übliche „Fräulein vom Amt“. Die Vereinbarung eines Grundentgelts spreche nicht gegen einen Werkvertrag, sondern sei Ausfluss der vertragsautonomen Tarifgestaltung. Im Übrigen sei bei Wertkarten-Handys kein Grundentgelt zu bezahlen.

Der Mobilfunkvertrag sei auch nicht als Bestandvertrag zu qualifizieren, weil keine unverbrauchbare Sache zum Gebrauch übergeben werde. Es werde vielmehr der vereinbarte Erfolg unter Verwendung einer Sache durch Leistungen des Unternehmers herbeigeführt. Die Gewährleistung des Werkunternehmers sei hier eine „erfolgsbezogene“. Schließlich sei der Begriff der „wiederholten Werkleistungen“ im § 15 Abs 1 KSchG nach dem Gesetzeszweck extensiv auszulegen. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des KSchG im Jahr 1979 habe noch kein Regelungsbedarf für Mobilfunkunternehmen wegen des damals noch bestehenden Monopols der Post bestanden. Bei der Qualifizierung des Mobilfunkvertrags als freien Dienstvertrag müsse § 15

KSchG analog angewendet werden.

Die Beklagte replizierte zusammengefasst, dass sie dem Kunden keinen Erfolg (nämlich die Gesprächsverbindung) schulde, diesem vielmehr nur den Zugang zum Netz eröffne (einmalige Leistung mit der SIM-Karte) durch Freischaltung des Anschlusses für die gesamte Laufzeit des Vertrages. Der Kunde nutze das voll automatisierte Netz ohne Leistungsakt des Betreibers. Dies komme dem Gebrauch einer Sache durch einen Mieter gleich. Der Kunde müsse ein verbindungsunabhängiges Grundentgelt zahlen, also auch ein Entgelt ohne Verbindungserfolg. Dies spreche gegen die Qualifizierung des Mobilfunkvertrags als Werkvertrag. Wenn die SMS-Übermittlung werkvertraglichen Erfolgscharakter habe, so sei dies nicht entscheidend, weil es sich dabei um eine bloße Zusatzfunktion und nicht um das prägende Leistungselement des Mobilfunkvertrages handle. Der Mobilfunkvertrag habe bestandrechtliche Elemente. Damit gehe das Argument der Klägerin, dass die vertragliche Gewährleistung für einen Werkvertrag spreche, ins Leere, weil auch im Bestandrecht Gewährleistungsvorschriften bestünden.

Zu diesen im Revisionsverfahren von den Parteien vorgetragenen Argumenten ist folgendes auszuführen:

Ähnlich wie beispielsweise ein Anstellungsvertrag von Vorstandsmitgliedern als Dienstvertrag, als freier Dienstvertrag oder auch als Werkvertrag vertraglich gestaltet werden kann (RIS-Justiz RS0027929), kommt es auch hier bei der Beurteilung des Mobilfunkvertrags entscheidend auf die vertraglichen Umstände des Einzelfalls an, also darauf, welcher Vertragstyp den Kern des Vertragsverhältnisses nach dem Parteiwillen ausmacht.

Beim Werkvertrag schuldet der Unternehmer einen bestimmten Erfolg. Beim freien Dienstvertrag (der sich vom echten Dienstvertrag der §§ 1151 f ABGB durch das Fehlen persönlicher Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit unterscheidet: RIS-Justiz RS0021518) hat der Dienstnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und persönliche Dienstleistungen zu erbringen, schuldet aber keinen bestimmten Erfolg (zur Unterscheidung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag samt Fallbeispielen: Krejci in Rummel, ABGB3 Rz 92 f und Rz 96 zu § 1151; RS0021330). Charakteristischer Geschäftsinhalt des Bestandvertrags ist die Gebrauchsüberlassung einer unverbrauchbaren Sache gegen Entgelt (§ 1090 ABGB) mit einer Erhaltungspflicht des Bestandgebers (§ 1096 Abs 1 ABGB).

Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) definierte in den vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen III ZR 199/01 und III ZR 5/01, NJW 2002, 361, 362, die Leistungspflicht des Telekommunikationsunternehmens dahin, dem Kunden den Zugang zu dem vertragsgegenständlichen Mobilfunknetz zu eröffnen und es ihm zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit beliebigen dritten Teilnehmern eines Mobilfunknetzes oder Festnetzes Sprache auszutauschen. Er qualifizierte diese Hauptleistungspflicht als dienstvertraglicher Natur unter Hinweis auf deutsches Schrifttum, insbesondere auch auf die von der Beklagten in ihrer Revisionsbeantwortung zitierte Belegstelle Graf von Westphalen/Grote/Pohle, Der Telefondienstvertrag (2001), 170 ff. Die deutsche Lehre und ihr folgend der BGH stellen entscheidend auf das gegen das Vorliegen eines Werkvertrags sprechende Fehlen einer vereinbarten Erfolgsverpflichtung des Unternehmers für das Zustandekommen einer Gesprächsverbindung ab.

Im österreichischen Schrifttum vertritt Lehofer ohne nähere Begründung (in Kosesnik-Wehrle, KSchG2, Rz 5 zu § 15) die Auffassung, dass Verträge über die Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten und über Anschluss und Nutzung von Kabel-TV oder Pay-TV – da es sich weder um Werkleistungen noch Energie handle – von § 15 KSchG nicht erfasst seien. Der Autor meint aber anschließend, es sei im Rahmen der Prüfung unangemessen langer Vertragsbindungen gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG zu berücksichtigen, dass solche Verträge mit Energiebezugsverträgen bzw Abonnementverträgen durchaus zu vergleichen seien.

Zankl (Qualifikation und Dauer von Mobilfunkverträgen, eolex 2005, 29) tritt für eine Qualifikation des Mobilfunkvertrags als Mietvertrag ein und führt dazu insbesondere ins Treffen, dass der Einordnung in den freien Dienstvertrag die vertraglichen Gewährleistungsregelungen entgegenstünden. Der Mobilfunkunternehmer müsse dem Kunden zwar das Netz zur Verfügung

stellen, darin liege aber noch nicht der einen Werkvertrag ausmachende Erfolg. Dieser werde vielmehr von der erforderlichen Infrastruktur „von selbst“ hergestellt. Der Kunde könne die Infrastruktur gegen Bezahlung nutzen, womit man bei der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung, also einem Mietvertrag, angelangt sei. Diese Auslegung sei mit dem TKG kompatibel, weil der Mietvertrag Gewährleistungsvorschriften kenne, die nach § 25 Abs 4 Z 4 TKG für den Mobilfunkvertrag zwingend vorgesehen werden müssten. Für die Abgrenzung vom Werkvertrag sei entscheidend, ob der Erfolg eigens hergestellt oder durch Gebrauchsüberlassung zur Verfügung gestellt werde. Die typischen Leistungen des Mobilfunkbetreibers (Wartung des Netzes und seiner Komponenten) seien zwar erfolgsbezogen, gingen aber in der Erhaltung der Netzinfrastruktur auf. Dies spreche normativ für Miete (vgl § 1096 ABGB). Gleiches gelte hinsichtlich der Gesprächsverbindungen, weil hier technisch und leistungsspezifisch nichts anderes geschehe als bei der Netzanbindung. Beides beruhe auf der permanenten Übertragung von Funksignalen. Auch bei Gesprächsverbindungen finde daher kein spezieller Leistungsakt des Betreibers statt. Der Vorgang werde vom Netz und der Infrastruktur „selbst besorgt“. Der Mobilfunkvertrag sei mietvertraglich zu qualifizieren.

Unter Abwägung der zitierten Meinungen gelangt der Senat aus folgenden Gründen zum Ergebnis, dass der hier zu beurteilende Mobilfunkvertrag kein Werkvertrag, sondern ein Mischvertrag sui generis mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen ist:

Der Netzbetreiber schuldet keinen Erfolg, der in einer erfolgreichen Gesprächsverbindung (oder erfolgreichen SMS-Übermittlung) besteht. Er stellt kein Werk her, weil das vollautomatisierte Netz mit allen technischen Einrichtungen (Funknetz mit Sende- und Empfangsanlagen samt technischen Einrichtungen) schon besteht. Selbst wenn man im Sinne der Revisionsausführungen in der Verpflichtung des Netzbetreibers, dem Kunden auf Vertragsdauer den Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz und so die Möglichkeit zum Austausch von Sprache und Daten zu eröffnen, einen vom Unternehmer herzustellenden Erfolg und damit ein werkvertragliches Element erblickte, tritt dieses Element deutlich hinter dem mietrechtlichen Vertragselement zurück. Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers könnten allenfalls gegen die Annahme eines Dienstvertrags ins Treffen geführt werden (weil bei diesem Gewährleistungsansprüche des Dienstgebers gegenüber dem Dienstnehmer bislang ganz überwiegend verneint wurden), nicht aber gegen das mietvertragliche Element, weil im Mietrecht (dem Bestandrecht des ABGB) ebenso wie im Werkvertragsrecht gesetzliche Gewährleistungsregeln bestehen. Die Vereinbarung über ein verbindungsunabhängiges Grundentgelt, auch wenn vom Kunden keinerlei Gespräche geführt werden, stellt ein weiteres Argument gegen das Vorliegen eines Werkvertrags dar, wird damit doch eine Zahlungsverpflichtung ohne einen vom Unternehmer herzustellenden Verbindungserfolg vereinbart.

Der Auffassung Zankls (aaO) dass der Mobilfunkbetreiber keine erfolgsbezogenen Leistungen wie ein Werkunternehmer erbringt, ist zu folgen. Die unstrittige Vollautomatition der bestehenden Netzinfrastruktur erfordert keine Leistungsakte des Betreibers und ersetzt nicht das von der Revisionswerberin zitierte „Fräulein vom Postamt“ in dessen Funktion als Erfüllungsgehilfe des Unternehmers. Der wesentliche Leistungsinhalt des Betreibers besteht darin, dass er dem Kunden das gesamte Funknetz samt technischen Einrichtungen, das als unverbrauchbare Gesamtsache iSd § 1090 ABGB zu qualifizieren ist, zum Gebrauch zur Verfügung stellt. Dem Verbraucher werden auf Vertragsdauer gegen Entgelt Nutzungsrechte eingeräumt. Darin liegt das prägende Leistungselement iSd Überwiegens eines Elements bei Mischverträgen (RIS-Justiz RS0018777).

Gegen einen Werkvertrag oder das Überwiegen eines werkvertraglichen Elements eines Mobilfunkvertrags als Mischvertrag spricht schließlich die Gesetzesterminologie des Telekommunikationsgesetzes (TKG) 2003: Die Begriffsbestimmungen des § 3 TKG 2003 (bzw die ähnlichen Begriffsbestimmungen im zuvor geltenden TKG 1997) müssen den Begriffsbestimmungen der einschlägigen Richtlinien der EU entsprechen, um so die Umsetzung der Richtlinien sicherzustellen (Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz2 Rz 2 zu § 3). Kursorisch sind hier folgende Gesetzesstellen anzuführen:

„Betreiber“ ist ein Unternehmen, das ein öffentliches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige

Einrichtung bereitstellt, oder zur Bereitstellung hiervon befugt ist (§ 3 Z 1). „Bereitstellung eines Kommunikationsnetzes“ sind die Errichtung, der Betrieb, die Kontrolle oder das Zurverfügungstellen eines derartigen Netzes (§ 3 Z 2). „Kommunikationsdienst“ ist eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht ... (§ 3 Z 9). „Nutzer“ ist eine natürliche oder juristische Person, die einen öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienst in Anspruch nimmt oder beantragt (§ 3 Z 14). „Teilnehmer“ ist eine natürliche oder juristische Person, die mit einem Betreiber einen Vertrag über die Bereitstellung dieser Dienste geschlossen hat (§ 3 Z 19).

Aus der zitierten Wortwahl („Kommunikationsdienst“; „Dienste“; „Zurverfügungstellung eines Netzes“) ist das – freilich dogmatisch nicht sonderlich starke – Argument abzuleiten, dass der Gesetzgeber von Dienstleistungen des Betreibers gegenüber Nutzern oder Teilnehmern ausgeht, was eine Einordnung des Mobilfunkvertrags in den freien Dienstvertrag, wie dies der BGH judiziert, nahelegt, aber auch einen Hinweis auf das bestandrechtliche Element gibt (Zurverfügungstellung des Netzes). Für den vorliegenden Fall ist es im Ergebnis aber unbeachtlich, ob das Schwergewicht des Mischvertrags nun im dienstvertraglichen oder im mietrechtlichen Element erblickt wird. Entscheidend ist, dass dem für die Anwendbarkeit des § 15 KSchG erforderlichen werkvertraglichen Element im Sinne der Entscheidung 6 Ob 104/01i nur eine bloß untergeordnete Rolle zukommt.

Zu der von der Revisionswerberin angestrebten extensiven Auslegung des § 15 Abs 1 KSchG bzw zur analogen Anwendung dieser Gesetzesstelle auf den Mobilfunkvertrag:

Der Äußerung Krejcis (in Rummel3 § 15 KSchG Rz 10), dass die Abstellung des § 15 Abs 1 auf wiederholte Werkleistungen „etwas eng“ sei und dass auch Verträge über wiederholte Dienstleistungen eines Unternehmers in den gegebenen Zusammenhang „passen“ würden, ist keine taugliche Argumentationshilfe für den Standpunkt der Klägerin, weil offen bleibt, ob der Autor damit nur eine rechtspolitische Kritik am Gesetzgeber übt oder aber eine über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehende extensive Gesetzesinterpretation befürwortet. In letzterem Fall bliebe der Autor allerdings eine Begründung schuldig. Auf die Abgrenzung des Dienstvertrags zum Werkvertrag wurde schon hingewiesen. Wenn es möglich ist, Dienste eines Unternehmers entweder mit einem freien Dienstvertrag oder mit einem Werkvertrag zu regeln, so verneinte der Gesetzgeber offensichtlich einen Regelungsbedarf für freie Dienstverträge, bei denen kein Erfolg geschuldet wird, auch wenn damit im Einzelfall - wie hier – Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen können. Auch die schon zitierte Auffassung Lehofers spricht nicht für sondern ausdrücklich gegen den Standpunkt der Revisionswerberin. Es ist daher an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten, dass § 15 KSchG nur auf die im Gesetz angeführten Dauerschuldverhältnisse anzuwenden ist (RIS-Justiz RS0114187). Der schon vor Inkrafttreten des Gesetzes von Doralt/Koziol kritisierte enge Anwendungsbereich (Stellungnahme zum Ministerialentwurf des KSchG, 69) hat den Gesetzgeber nicht zu einer Änderung des Gesetzesentwurfs veranlasst. Das Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke als Voraussetzung einer analogen Anwendung des § 15 KSchG auf freie Dienstverträge vermag die Revisionswerberin nicht darzulegen, zumal im § 6 Abs 1 Z 1 KSchG ohnehin auch für solche Verträge eine Schutzbestimmung gegen unangemessen lange vertragliche Bindungsfristen zur Verfügung steht und dem Gesetzgeber unterstellt werden kann, dass er mit dieser Bestimmung den Verbraucherschutz außerhalb des engen Anwendungsbereichs des § 15 KSchG für ausreichend erachtete.

Auf die Gesetzeswidrigkeit der klagegegenständlichen Bindungsfrist gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG hat sich die Revisionswerberin erstmalig in ihrer Berufung gestützt. Abgesehen von der Unzulässigkeit neuen Sachvorbringens im Berufungsverfahren ist ihr entgegenzuhalten, dass auch im Revisionsverfahren keinerlei konkretes Sach- und Rechtsargument vorgetragen wird, das erkennen ließe, aus welchen Gründen die hier zu beurteilenden (relativ kurzen) Bindungsfristen als unangemessen lang qualifiziert werden müssten.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 Abs 1 ZPO.

Anmerkung^{*}

I. Das Problem

Die beklagte ONE GmbH betreibt ein Mobilfunknetz. Die mit ihren Kunden abgeschlossenen Mobilfunkverträge enthalten Vertragsklauseln über einen Kündigungsverzicht des Kunden für die Dauer von 18 Monaten. Mit ihrer Verbandsklage begehrte die klagende Bundesarbeiterkammer Unterlassung der den Kündigungsverzicht enthaltenden Klauseln und Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Der Kündigungsverzicht sei mit den zwingenden kürzeren gesetzlichen Kündigungsfristen des § 15 Abs 1 KSchG über die Rechte der Verbraucher bei Verträgen über wiederkehrende Leistungen nicht vereinbar.

Die Gerichte hatten letztlich die Frage nach der Rechtsnatur des Mobilfunkvertrages zu klären, um die verbraucherenschutzrechtliche Konformität der am Prüfstand stehenden Vertragsklauseln beurteilen zu können.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Die Klage der Konsumentenschützer wurde in allen Instanzen abgewiesen. § 15 KSchG, der den Verbraucher vor schwer auflösbaren, überlangen Vertragsbindungen schützen soll, erfasste nur Verträge über wiederkehrende Leistungen von beweglichen körperlichen Sachen, Energie oder wiederholte Werkleistungen eines Unternehmers, wenn der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichtet ist. Diese Bestimmung war auf die mit Kunden der Beklagten geschlossenen Mobilfunkverträge nicht (auch nicht im Wege der Analogie) anwendbar, weil der Mobilfunkvertrag weder ein Werkvertrag noch ein Mischvertrag mit überwiegendem werkvertraglichem Element wäre. Er wäre vielmehr ein Mischvertrag eigener Art mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen. Der wesentliche Leistungsinhalt des Mobilfunkbetreibers bestünde nämlich darin, dass er dem Kunden das gesamte Funknetz samt technischen Einrichtungen (als unverbrauchbare Gesamtsache) zur Verfügung stellte und dem Verbraucher Nutzungsrechte auf Dauer des Vertrags gegen Entgelt einräumte.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die **tragende Rechtsauffassung** des 6. Senats, der konkret gegenständlich zu beurteilende Mobilfunkvertrag ist kein Werkvertrag, sondern ein Mischvertrag *sui generis* mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen, überzeugt in Ergebnis und Begründung.

Der OGH argumentiert zunächst eher begriffsjuristisch unter Heranziehung der *verba legales* des Telekommunikationsrechts (vgl. die Definitionen des § 3 TKG 2003 zu „Dienst“, „Nutzer“ etc.) und lässt schließlich eine Entscheidung zwischen Miet- und Dienstvertrag offen, lehnt sich aber gegen eine werkvertragliche Deutung, insbesondere weil kein Erfolg der Gesprächsverbindung oder SMS-Übermittlung geschuldet ist. Damit konnte die in Frage stehende Bindung des Kunden über 18 Monate nach § 15 KSchG aufrecht gehalten werden.

Zu den Problemen der Einordnung des Mobilfunkvertrages und entsprechender Laufzeitenregelungen nach deutschem Recht vgl. auch *Köhler*, Der Mobilfunkvertrag (2005) sowie *Imping/Pohle*, Der Mobilfunkvertrag – Rechtsnatur und Gestaltung, K&R 2001, 251.

Rechtsvergleichend ist dazu anzumerken, dass es inhaltlich um die Frage der Rechtsnatur des Mobilfunkvertrages und um Laufzeitenregelungen in entsprechenden Endnutzerverträgen geht. Eine diesbezügliche höchstrichterliche Entscheidung steht in Deutschland noch aus, auch wenn der BGH sich inzwischen wohl – allerdings ohne überzeugende dogmatische Begründung – einer

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

dienstvertraglichen Einstufung von Telefonendnutzerverträgen nähert (vgl. BGH, MMR 2005, 373, 373 f. - *Rechtsnatur von Access-Provider-Verträgen*, mit Verweis auf BGH, MMR 2004, 308, 308 ff.; NJW 2002, 361, 361 ff. - *Dialer-Urteile*, die allerdings nicht explizit auf die Rechtsnatur eingehen, sondern ohne nähere Begründung vom "Telefondienstvertrag" als Dauerschuldverhältnis sprechen).

Alles in allem kann sohin an der - auch in Deutschland verbreiteten - mietvertraglichen Qualifikation des Mobilfunkvertrages und im Ergebnis damit auch an der Meinung *Lehofers* (in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG² Rz 5 zu § 15) festgehalten werden werden, dass § 15 KSchG auf Verträge dieser Art unanwendbar ist. Eine mehr als einjährige Vertragsbindung ist daher – in den Grenzen des § 6 Abs 1 Z 1 KschG – auch Verbrauchern gegenüber zulässig (ebenso *Zankl*, *ecolex* 2005, 29 mwN).

Abschließend sei ein **Ausblick** gestattet: Gewissermaßen obiter dictum hält das Höchstgericht fest, dass wohl die Gesetzmäßigkeit der klagegegenständlichen Bindungsfrist von 18 Monaten gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG bestände, da keine Gründe zu erkennen wären, die hier zu beurteilenden (relativ kurzen) Bindungsfristen als unangemessen lang qualifizieren zu müssen. Die Frage wird die Gerichte möglicherweise noch beschäftigen.

IV. Zusammenfassung

Im vorliegenden Urteil gelangt der OGH zur bislang schon von der hL vertretenen Auffassung, dass ein Mobilfunkvertrag kein Werkvertrag, sondern ein Mischvertrag *sui generis* mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen ist. Der Netzbetreiber schuldet keinen Erfolg. Er stellt auch kein Werk her. Insbesondere die Vereinbarung über ein verbindungsunabhängiges Grundentgelt spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wie überhaupt die werkvertraglichen Elemente deutlich hinter dem mietrechtlichen Vertragselement zurücktreten. Der wesentliche Leistungsinhalt des Betreibers besteht darin, dass er dem Handykunden das gesamte Mobilfunknetz samt technischer Einrichtungen, das als unverbrauchbare Gesamtsache iSd § 1090 ABGB zu qualifizieren ist, entgeltlich zum Gebrauch zur Verfügung stellt.