

cher eine Prüfpflicht auferlegen und seine Berichtigungsansprüche im Fall ihrer Verletzung ausschließen oder einschränken wollen, sind daher unwirksam. Außerdem darf sich der Zahlungsdienstleister nach dem Schutzzweck der Rügeobliegenheit dann nicht auf ihre Verletzung berufen, wenn ihm daraus kein Nachteil entstanden ist, weil die verspätete Rüge weder den Schaden vergrößert oder seine Aufklärung verhindert hat und die Obliegenheitsverletzung auch nicht weitere Missbräuche und Fehler verursacht oder ermöglicht hat (*Verbot des Rechtsmissbrauchs*).<sup>70)</sup>

Weiters kann *im Fall einer fristgerechten Rüge* der Berichtigungsanspruch auch nach Ablauf der 13-Monate-Frist innerhalb der allgemeinen Verjährungsfristen gerichtlich geltend gemacht werden.<sup>71)</sup> Schließlich bleiben gem § 36 Abs 3 Satz 4<sup>72)</sup> im Fall einer Verletzung der Rügeobliegenheit alle anderen Ansprüche unberührt, die dem Kunden iZm der nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlung nach dem allgemeinen Zivilrecht zustehen. Bei Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen kann der Kunde daher weiterhin *Schadenersatz- oder Bereicherungsansprüche* geltend machen.<sup>73)</sup> Eine Verletzung der Rügeobliegenheit kann also letztendlich im-

mer nur zu einem Verlust von Ansprüchen führen, die ausschließlich aus den §§ 44 und 46 ZaDiG abgeleitet werden können. Solche Ansprüche des Kunden sind insb die verschuldensunabhängige Haftung des Zahlungsdienstleisters für die fehlerfreie Ausführung von Zahlungsaufträgen und die Beschränkung der Haftung des Verbrauchers für einen leicht fahrlässig herbeigeführten Missbrauchsschaden auf einen Betrag von € 150,-.

70) ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 41.

71) § 36 Abs 3 Satz 3.

72) Vgl auch Erwägungsgrund 31 letzter Satz der RL 2007/64/EG.

73) ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 41.

#### SCHLUSSSTRICH

*Das ZaDiG verbessert den Verbraucherschutz, indem es dem Zahlungsdienstleister des Zahlers das Missbrauchsrisiko zwingend zuordnet und ihm außerdem eine verschuldensunabhängige Haftung für die fehlerfreie Ausführung des Zahlungsauftrages auferlegt.*

## Inkompatibilität von Richteramt und Vorsitz in der Schlichtungsstelle

*Nach der Geschäftsordnung der Gemeinsamen Schlichtungsstelle der Ärztekammer für Steiermark und der Steiermärkischen Krankenanstalten Gesellschaft mbH (KAGes) soll der Vorsitzende dieser Schlichtungsstelle ein Richter sein. Dies kann dazu führen, dass derselbe Richter, der regelmäßig außergerichtlich Haftungsansprüche gegen die KAGes zu behandeln hat, auch in seiner Funktion als Richter mit Medizinschadensklagen gegen die KAGes befasst ist. Der Autor vertritt die Auffassung, dass die Unbefangenheit dieses Richters in Zweifel gezogen werden könne (§ 19 Abs 2 JN).*

MICHAEL ZACH

Immer wieder werden aus dem gesellschaftlichen Bereich an den Richter Ämter und Funktionen herangebracht mit dem Ziel, seinen Sachverstand auch in außergerichtlichen Verfahren zu nutzen. Dies gilt insb für die Leitung außergerichtlicher Schieds- und Schlichtungsverfahren, wogegen disziplinarrechtlich zunächst nichts einzuwenden ist, sofern die Nebenbeschäftigung oder Nebentätigkeit angezeigt und genehmigt ist (§§ 63, 63 a RStDG).<sup>1)</sup> Unzulässig und angreifbar wird eine solche Schlichtertätigkeit aber jedenfalls dann, wenn außergerichtliches Engagement und richterliche Aufgabenerfüllung kollidieren und die Unvereinbarkeit beider Bereiche anhand der konkreten Ausgestaltung evident wird. Über eine solche Fehlentwicklung aus dem medizinrechtlichen Sektor soll hier berichtet werden:

Die Gemeinsame Schlichtungsstelle der Ärztekammer für Steiermark und der Steiermärkischen

Krankenanstalten Gesellschaft mbH (KAGes) ist aufgrund einer Schlichtungsstellen-Vereinbarung zuständig für die Förderung der Regulierung von Medizinschadensfällen zwischen Geschädigten und der Krankenhausgesellschaft.<sup>2)</sup> Die Vertragsparteien haben in ihrer Geschäftsordnung folgende Regelungen getroffen:

Michael Zach ist Fachanwalt für Medizinrecht in Mönchengladbach.

1) Nach § 63 Abs 5 RStDG darf ein Richter eine Bestellung zum Schiedsrichter nicht annehmen.

2) *Bernat*, Einführung in das österreichische Medizinrecht, in *Wenzel* (Hrsg), Handbuch des Fachanwalts Medizinrechts<sup>2</sup> (2009) 1625 f; private rechtliche Vereinbarung zwischen der Ärztekammer Steiermark und der KAGes vom 15. 11. 2007; Geschäftsordnung (GO) der Gemeinsamen Schlichtungsstelle vom 15. 11. 2007; entsprechende Vereinbarungen bestehen auch außerhalb der Steiermark in den anderen Bundesländern: siehe *Juen*, Arzthaftungsrecht<sup>2</sup> (2005) 293.

Nach § 3 GO ist ein Vorsitzender der Schlichtungsstelle vorwiegend für Fälle des LKH-Universitätsklinikums Graz zuständig. Der Vorsitzende des Gemeinsamen Schlichtungsausschusses wird auf Vorschlag der KAGes bestellt und soll ein Richter sein. Der Sitz der KAGes befindet sich ebenfalls im Gerichtssprengel des LG ZRS Graz. Bei der Antragstellung durch einen Patienten hat dieser zu erklären, dass vor Beendigung des Schlichtungsverfahrens ein zivilgerichtliches Verfahren beim LG ZRS Graz nicht eingeleitet werde (§ 6 Abs 5 GO). Für die Durchführung des Verfahrens gelten die Bestimmungen der ZPO (§ 9 GO) und im Rahmen des Verfahrens können Beweiserhebungen durch die Einvernahme von Zeugen (§ 7 GO) erfolgen. Allfällige Befangenheitsgründe des Vorsitzenden des Schlichtungsausschusses sind von ihm selbst namhaft zu machen und bekannt zu geben (§ 9 GO). Über die Stellung eines etwaigen Befangenheitsgesuchs entscheidet ein weiterer Vorsitzender einer gemeinsamen Schlichtungsstelle, der ebenfalls auf Vorschlag der KAGes bestellt wird (§ 9 Abs 3 GO). Das Verfahren vor dem Schlichtungsausschuss erfolgt geheim (§ 9 Abs 9 GO). Das Verfahren endet durch Streitbereinigung aufgrund Vorschlags des Vorsitzenden der Schlichtungsstelle oder durch Abweisung des Schlichtungsantrags des Patienten. Eine Verurteilung der KAGes sieht die Geschäftsordnung nicht vor (§ 9 Abs 13 GO). Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens erfolgt für den Antragsteller kostenfrei. Die Vorsitzenden der Gemeinsamen Schlichtungsstelle erhalten für ihre Tätigkeit eine Aufwandsentschädigung, deren Höhe im Einvernehmen mit der KAGes festgesetzt wird. Diese Aufwandsentschädigung wird von den KAGes getragen und von ihr ausbezahlt (§ 12 Abs 4 GO). Die Kosten der schriftlichen medizinischen Gutachten werden ebenfalls von der KAGes getragen und ausbezahlt.

Vorliegend ist festzustellen, dass Richter des Gerichtssprengels des LG ZRS Graz, in dem sie kraft Amtes für Zivilrechtsstreitigkeiten gegen die KAGes zuständig sind, zugleich den Vorsitz in der ärztlichen Schlichtungsstelle innehaben. Dies führt dazu, dass derselbe Richter, der regelmäßig außergerichtlich Haftungsansprüche gegen das Universitätsklinikum in Graz in der Trägerschaft der KAGes zu behandeln hat, auch in seiner Funktion als Richter mit Medizinschadensklagen gegen die KAGes befasst ist.<sup>3)</sup> Dies kann zu Verfahrenskonstellationen führen, bei denen nicht nur der böse Schein einer Befangenheit entsteht, sondern die Parteinarbeit geradezu positiv nachgewiesen werden kann.

Die Gründe, die die Ablehnung eines gerichtlichen Spruchkörpers als befangen rechtfertigen können, lassen sich unterteilen in solche, die die individuelle Person des Richters oder die Art und Weise seiner Verhandlungsführung betreffen, und solche, die aus seiner Eingebundenheit in bestehende Strukturen resultieren. Inkompatibilitäten aufgrund der Funktion sind anerkannt bei Richtern, die infolge einer dienstlichen Vorbefassung an der Entscheidung, die sie im Rechtsmittelverfahren zu überprüfen haben, selbst beteiligt waren; dies gilt auch bei einer Vorbefassung in einem schiedsrichterlichen Verfahren.<sup>4)</sup> Verschie-

dene neuere Verfahrensordnungen erkennen weitergehend schon jede Beteiligung des Richters in einem vorangegangenen, nicht gerichtlichen Verfahren als Ausschlussgrund an.<sup>5)</sup> Derartige Inkompatibilitäten sichern die Neutralität des gesetzlichen Richters in dem gerichtlichen Verfahren und gewährleisten den verfassungsrechtlichen Anspruch auf einen gesetzlichen, unparteiischen und neutralen Richter, wie er in Art 6 EMRK und den nationalen Verfassungen verankert ist.<sup>6)</sup>

Gem § 19 Z 2 JN kann ein Richter in bürgerlichen Rechtssachen abgelehnt werden, weil ein zureichender Grund vorliegt, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Die Gründe, die eine Befangenheit bewirken, sind im Gesetz nicht erschöpfend aufgezählt. Nach Lehre und stRsp ist ein Richter dann als befangen anzusehen, wenn Umstände vorliegen, die es nach objektiver Prüfung und Beurteilung rechtfertigen, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Dabei genügt schon die Besorgnis, dass bei der Entscheidung dieses Richters andere als rein sachliche Motive eine Rolle spielen könnten. Das Wesen der Befangenheit besteht in der Hemmung einer unparteiischen Entscheidung durch unsachliche, psychologische Motive. Bei der Prüfung der Unbefangenheit ist im Interesse des Ansehens der Justiz ein strenger Maßstab anzulegen: Es genügt, dass eine Befangenheit mit Grund befürchtet werden muss oder dass bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könnte. Andererseits soll die Ablehnung aber auch nicht die Möglichkeit bieten, dass sich Parteien ihnen nicht genehmer Richter entledigen können. Als Befangenheitsgründe kommen neben privaten persönlichen Beziehungen zu Parteien eine auffallend einseitige Verhandlungsführung oder unsachliche persönliche Bemerkungen zu Parteien oder Parteivertretern in Betracht.<sup>7)</sup>

In dem eingangs geschilderten Sachverhalt steht der Richter in ständiger geschäftlicher Verbindung mit der KAGes, die in Medizinschadensfällen als Träger der Spitäler regelmäßig bekl Partei beim LG ZRS Graz ist. Er erhält regelmäßige Geldzahlungen von ihr. Er sitzt regelmäßig in nicht-öffentlichen Verhandlungen mit den Rechtsvertretern der KAGes beisammen und hat in diesem Rahmen vermutlich des Öfteren die Klinikdirektoren, Universitätsprofessoren und Oberärzte, die auch streitgegenständlich von ihm befragt wurden, als Zeugen oder Sachverständige gehört. Der abgelehnte Richter erhält für diese Nebentätigkeit von der KAGes, der Bekl des vorliegenden Rechtsstreits, eine Vergütung unmittelbar ausbezahlt.

Es widerspricht der Unabhängigkeit des Richters, wenn er im Rahmen einer Nebentätigkeit oder einer

3) LG ZRS Graz, 45 Cg 21/06 s, zu einem kardiologisch/hämostasiologischen Haftungsfall nach Fehlmedikation; vgl *Schrader/Zach*, Rechtsprobleme der Behandlung kardialer Erkrankungen, RdM 2008, 74.

4) § 41 Z 6 ZPO.

5) Mitwirkung im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren gem § 22 Z 4 StPO, im patentrechtlichen Genehmigungsverfahren gem § 86 Abs 2 Z 2 PatG sowie im sozialrechtlichen Bewilligungsverfahren gem § 60 Abs 2 SGG.

6) Siehe etwa Art 20 Abs 3 GG, Art 101 Abs 1 Satz 2 GG.

7) *Mayr* in *Rechberger*, ZPO Rz 4 ff zu § 19 JN.

Nebenbeschäftigung von einer der Parteien, während eines laufenden Zivilverfahrens, wiederkehrende Vergütungen erhält. Wenn zu den Mitgliedern eines „Gerichts“ eine Person gehört, die sich sowohl im Hinblick auf ihre Pflichten als auch auf die Organisationen ihres Amtes im Verhältnis zu einer der Parteien in untergeordneter Stellung befindet, können die Parteien berechnete Zweifel an der Unabhängigkeit der Person hegen. Eine derartige Situation beeinträchtigt ernstlich das Vertrauen, das die Gerichte in einer demokratischen Gesellschaft erwecken müssen.<sup>8)</sup>

Ferner ist es mit dem Gebot des gesetzlichen, unabhängigen Richters nicht vereinbar, wenn ein Antragsteller des Schlichtungsverfahrens damit rechnen muss, nach einem Scheitern des Schlichtungsverfahrens den vormaligen Schlichter als seinen gesetzlichen Richter zugewiesen zu erhalten. Eine Regelung in dem Geschäftsverteilungsplan, die dies ausschließen würde, ist nicht publiziert und wäre wiederum höchst problematisch, da hierdurch der gesetzliche Richter danach festgelegt werden würde, ob der Kl zu vor das Schlichtungsverfahren betrieben hat oder nicht. Der Richter wäre durch seine außergerichtliche Vorbereitung mit der Angelegenheit möglicherweise voreingenommen, obwohl es durchaus zulässig wäre, im Klageverfahren abweichend zu dem Schlichtungsverfahren – dann anwaltlich – vorzutragen.

Wegen dieser Inkompatibilitäten erscheint es richtiger, die Kommissionen mit pensionierten Richtern zu besetzen, insb solchen, deren dienstliche Tätigkeit außerhalb des Zuständigkeitsbezirks der Schlichtungsstelle erfolgte. Es sollte zugleich ausgeschlossen sein, dass Richter für ihre ständigen außergerichtlichen Tätigkeiten Vergütungen erhalten, wenn aufgrund der gerichtlichen Geschäftsverteilung absehbar ist, dass der Vergütungsgeber immer wieder Partei von Rechtsstreiten ist, die dieser Richter zu entscheiden hat. Hinsichtlich der bereits abgeschlossenen Verfahren wird die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmeklage gem §§ 529, 530 ZPO in Betracht zu ziehen sein.

8) Vgl EGMR, U v 22. 10. 1984, *Sramek gg Österreich*, Serie A 84 Z 38 (Tiroler Landesverkehrsbehörde), S 16 des amtlichen Urteilsabdrucks.

#### SCHLUSSSTRICH

*Es ist unzulässig, dass Richter eines Gerichtssprengels, in dem sie kraft ihres Amtes für Zivilrechtsstreitigkeiten gegen Krankenanstaltenträger zuständig sind, zugleich den Vorsitz in der ärztlichen Schlichtungsstelle innehaben.*

#### RECHTSPRECHUNG

BEARBEITET VON  
H. FRIEDL

## Leasing-AGB – Zur vollständigen Unterwerfung unter den Unterlassungsanspruch im „Abmahnverfahren“

1. Fügt der Verwender von AGB seiner nach Abmahnung gem § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln mit dem Bemerkung bei, diese seien von der Unterlassungserklärung ausgenommen, liegt keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gem § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor. Die Wiederholungsgefahr wird nicht beseitigt. Darauf, ob die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln „sinngleich“ sind, kommt es hierbei nicht an.

2. Alte und neue Bedingungen sind einander seit der Einführung des § 28 Abs 2 KSchG nicht (mehr) gegenüberzustellen und die neuen Bedingungen einer inhaltlichen Prüfung nicht zu unterziehen. Die gegenteilige Ansicht liefe auf ein gesetzlich nicht vorgesehenes „Genehmigungssystem“ hinaus.

3. Zweck des – nicht obligatorischen – Abmahnverfahrens ist es, eine für beide Teile kostengünstige und die Gerichte entlastende Bereinigung der Angelegenheit herbeizuführen. Es ist auf die Schaffung von Rechtssicherheit für beide Teile ausgerichtet. Die mit einer Unterlassungserklärung verbundene Formulierung von Ersatzklauseln bewirkt das genaue Gegenteil.

4. Die Änderung der inkriminierten Klauseln allein ist nicht geeignet, das Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die seinerzeitige Verwendung der gesetzwidrigen Vertragsbestandteile zu erfüllen. Ein Veröffentlichungsbegehren erweist sich als berechtigt, wenn aufgrund der Unzulänglichkeit

ihrer Unterlassungserklärung nach § 28 Abs 2 KSchG die Gefahr künftigen rechtswidrigen Verhaltens (die Wiederholungsgefahr) weiterhin gegeben ist.

*Die bekl Leasinggeberin gab gegenüber dem kl VKI folgende Erklärung ab:*

*„I. Das genannte Unternehmen verpflichtet sich gegenüber dem genannten Verband im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln gemäß angeschlossener ‚Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafvereinbarung gemäß § 28 Abs 2 KSchG‘ (das ist die Beilage zum Abmahnungsschreiben des Verbandes vom 21. 3. 2007) oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und sich auf diese Klauseln – soweit diese schon geschlossenen Verträgen mit Verbrauchern unzulässigerweise zugrundegelegt wurden – nicht zu berufen.*

*Zur Vermeidung etwaiger späterer Meinungsdivergenzen hält das Unternehmen zu den abgemahnten Klauseln in den Punkten 2 bis 8, 10 bis 13, 15 und 19 fest, dass sich diesbezüglich die Unterlassungserklärung nur auf die Verwendung von bzw Berufung auf die Klauseln in den Punkten 2 bis 8, 10 bis 13, 15 und 19 in der abgemahnten Formulierung (das heißt ohne die im Folgenden dargestellten Änderungen und Ergänzungen) und sinngleiche, nicht aber auch auf gesetzlich zulässige und daher nicht sinngleiche Klauseln bezieht.*

*Eine Verwendung von bzw Berufung auf die Klauseln in den Punkten 2 bis 8, 10 bis 13, 15 und 19*

§ 879 Abs 3  
ABGB;  
§§ 28, 29 KSchG

OGH 3. 9. 2009,  
2 Ob 153/08 a

2010/37