

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Dr. Oskar Grünwald und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über den Antrag der Telekom Austria AG, Schwarzenbergplatz 3, 1010 Wien, auf Genehmigung neuer „Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Telekom Austria für die Inanspruchnahme der Telefondienste und damit im Zusammenhang stehende Leistungen (AGB Telefon)“ in ihrer Sitzung vom 09.09.2002 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß §§ 18 Abs. 4 in Verbindung mit § 111 Z 2 des Bundesgesetzes betreffend die Telekommunikation (Telekommunikationsgesetz – TKG, BGBl I Nr. 100/1997 idF BGBl I Nr. 32/2002) wird der Antrag der Telekom Austria AG vom 19.07.2002 in der Fassung vom 02.09.2002 auf Genehmigung der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Telekom Austria für die Inanspruchnahme der Telefondienste und damit im Zusammenhang stehende Leistungen“, die als Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheides bilden, genehmigt. Von der Genehmigung ausgenommen sind die drei letzten Sätze des § 23 Abs. 1 Z 8 der AGB Telefon.
2. Für diesen Bescheid sind gemäß § 1 in Verbindung mit Punkt E Z 7 des 2.Abschnittes der Telekommunikationsgebührenverordnung, BGBl II Nr. 29/1998, idF BGBl II Nr. 338/2001 Euro 49,05 an Gebühren binnen zwei Wochen ab Zustellung an das BMVIT, Kontonummer 5040003, PSK, zu entrichten.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 19.07.2002 (ON 1) stellte die Telekom Austria AG einen Antrag auf Genehmigung von neuen „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Inanspruchnahme der Telefondienste und damit im Zusammenhang stehende Leistungen (AGB Telefon)“. Die zur Genehmigung vorgelegten AGBs unterscheiden sich von den bisherigen insbesondere in folgenden Punkten:

§ 1 Abs 1:

Die von der normalen Sprachtelefonie verschiedenen Dienste wurden unter dem Begriff „Sonstige Telekommunikationsdienste“ zusammengefasst.

§§ 4 und 22:

Die Möglichkeit, Verpflichtungen aus dem Vertrag an konzernverbundene Unternehmen zu überbinden, soll geschaffen werden, ebenso die Möglichkeit Daten an konzernverbundene Unternehmen weiterzugeben.

§ 13 Abs 4:

Ein zusätzliches Entgelt in der Höhe von € 2,17 für die Nichterteilung einer Einzugsermächtigung soll eingeführt werden. Als Begründung wird angeführt, dass für die Bearbeitung von Bareinzahlungen ein großer administrativer Aufwand nötig ist.

§ 16 Abs 3:

Es soll die Möglichkeit eingeräumt werden, dass die Telekom Austria AG im Falle von Bestreitungen von Mehrwertdiensten Name und Anschrift des Dienstesbetreibers bekannt gibt, welchem man die grundinhaltliche Einwendung dann entgegenhalten soll.

§ 23 Abs 1 Z 5 und 6:

Die Regeln zur Erbringung einer Sicherheitsleistung oder Vorauszahlung gemäß § 15 wurden geringfügig modifiziert.

§ 23 Abs 1 Z 8:

Als Grund für die Leistungsverweigerung soll in Hinkunft die gewerbsmäßige Nutzung von Telekommunikationsdienstleistungen der Telekom Austria AG durch bloßen Wiederverkauf ausreichend sein.

§ 25 Abs 1:

Das Kündigungsrecht für eine ordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, die im Rahmen des Universaldienstes erbracht werden, wurde modifiziert. Insbesondere soll eine

Unterscheidung zwischen diesen Universaldienstleistungen und anderen Leistungen geschaffen werden.

In weiterer Folge beschloss die Telekom-Control-Kommission in ihrer Sitzung vom 29.07.2002 (ON 2) die Beweisaufnahme im gegenständlichen Verfahren gemäß § 55 Abs 1 AVG durch die RTR-GmbH vornehmen zu lassen. Mit Schreiben vom 08.08.2002 (ON 3) wurden die Ermittlungsergebnisse der Telekom Austria AG übermittelt, verbunden mit der Gelegenheit, hierzu gemäß § 45 Abs 3 AVG Stellung zu nehmen.

In ihrer Stellungnahme vom 21.08.2002 (ON 4) änderte die Telekom Austria AG ihren Antrag in einigen Punkten, die einer Genehmigung entgegenstehen hätten können, ab. So wurde beispielsweise die Möglichkeit, Verpflichtungen aus dem Vertrag anderen Unternehmen zu übertragen, auf die Mobilkom Austria AG & Co KG eingeschränkt. Ähnliches gilt für die Frage der Datenweitergabe.

Offen blieben die Frage des vorgesehenen Entgeltes für die Nichterteilung einer Einzugsermächtigung sowie jene Bestimmung, die den Wiederverkauf von Telekommunikationsleistungen als missbräuchliche Verwendung des Anschlusses erklärt. Die Telekom Austria AG verwies hinsichtlich der Frage des „Bareinzahlerentgeltes“ auf das entsprechende Urteil des Obersten Gerichtshofes 4 Ob 50/00g vom 14.03.2000, in dem dieser ausgesprochen hat, dass das vorgesehene Entgelt von € 2,17 geringfügig ist und vergleichbaren Gebühren im Finanzbereich entspräche. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass von der Telekom-Control-Kommission das Entgelt bereits im Rahmen der „TikTak“-Tarifoptionen genehmigt wurde. In der Frage des Wiederverkaufes brachte die Telekom Austria AG vor, dass „Resale“ nur mit Zustimmung der Telekom Austria AG möglich sein soll. Dies sei darauf zurückzuführen, dass Resale besondere Risiken für das Netz der Telekom Austria AG und dessen Sicherheit und Verfügbarkeit mit sich brächte. Es sei unerlässlich, über Reseller im Netz der Telekom Austria AG Bescheid zu wissen.

In weiterer Folge wurde eine Sachverhaltserhebung dahingehend durchgeführt, wie die Praxis der Einrichtung eines Kontos durch die österreichischen Banken gestaltet ist. Diese hat ergeben, dass es in Österreich Bevölkerungsgruppen gibt, denen die Eröffnung eines Kontos verweigert wird und somit die Bezahlung durch Einzugsermächtigung nicht möglich ist (ON 5).

Mit Schreiben vom 29.08.2002 (ON 6) wurde dieser Sachverhalt der Telekom Austria AG mitgeteilt und dieser Gelegenheit gegeben, gemäß § 45 Abs 3 AVG dazu Stellung zu nehmen. Mit selbem Schreiben wurde die Telekom Austria AG weiters darauf hingewiesen, dass die §§ 23 Abs 1 Z 8 und 27 Abs 5 AGB Telefon einer Genehmigung des Antrages entgegenzustehen scheinen.

In der darauffolgenden Stellungnahme der Telekom Austria AG vom 02.09.2002 (ON 7) verwies die Telekom Austria AG auf ihre bisherige Argumentation. Hinsichtlich der Frage des Wiederverkaufes änderte die Telekom Austria AG ihren Antrag dahingehend ab, dass Wiederverkauf von Telekommunikationsdienstleistungen der Telekom Austria AG dann nicht der Zustimmung bedürfen solle, wenn es sich hierbei nicht um die eigentliche Hauptleistung des Wiederverkäufers handle. Unternehmen wie Hotels oder Nutzung von Nebenstellenanlagen sollen hierbei nicht umfasst sein.

2. Festgestellter Sachverhalt

Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen AGB wird auf den Anhang zu diesem Bescheid verwiesen.

Weiters steht fest, dass es in Österreich Bevölkerungsgruppen gibt, denen die Eröffnung eines Kontos verweigert wird und diese somit nicht per Einzugsermächtigung bezahlen können.

3. Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf nachstehende Erwägungen

Die Feststellungen hinsichtlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben sich aus den Anträgen der Telekom Austria AG und sind unbestritten.

Die Feststellungen hinsichtlich der Möglichkeiten ein Konto für Zahlungszwecke einzurichten, ergeben sich aus einer entsprechenden Recherche (ON 5):

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der meisten österreichischen Banken sehen die Klausel vor, dass eine Kontoeröffnung ohne Angabe von Gründen abgelehnt werden kann. Ein Kontrahierungszwang ist somit nicht gegeben.

Seitens der Bank für Arbeit und Wirtschaft („BAWAG“) wurde hierzu mitgeteilt, dass auch mangelnde Bonität und Überschuldung zur Ablehnung eines Kontoeröffnungsantrages führen kann. Geringe Finanzkraft alleine ist allerdings in der Regel kein Grund, eine Kontoeröffnung zu verweigern. So haben auch Sozialhilfeempfänger und Arbeitslose Girokontos bei der BAWAG. Eigene „Sozialkontos“ gibt es offenbar nicht. Es wurde weiters darauf hingewiesen, dass es in Österreich nach wie vor Menschen gibt, die aus Kostengründen (Bankspesen) kein Konto eröffnen wollen.

Die Bank Austria Creditanstalt Aktiengesellschaft teilte Vergleichbares mit. An sich können auch sozial schwache Gruppen ein Konto eröffnen. Ablehnungen gibt es meist dann, wenn bereits schlechte Erfahrungen bestehen, u.U. auch bei Schulden oder mangelnder Bonität.

Es wurden auch von der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte Auskünfte eingeholt. Sie führt an, dass die Banken im Regelfall für Kunden, die einen KSV- oder UKV-Eintrag („Unerwünschte Kundenverbindung“) aufweisen, kein Konto eingerichtet wird. Wieviele Personen davon betroffen sind, lässt sich nicht feststellen, da die Banken darüber keine Auskunft geben. Da doch ein erheblicher Personenkreis in Österreich mit einer Überschuldungsproblematik konfrontiert oder/und in den entsprechenden Sperrlisten eingetragen ist, ist es aber möglich, dass der Personenkreis nicht unerheblich ist. Für die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte ist es ein bekanntes Problem, dass diese Personen immer mehr mit zusätzlichen Gebühren belastet werden, weil sie nicht über ein Konto verfügen.

Die oben geschilderten Ermittlungsergebnisse wurden von der Telekom Austria AG nicht bestritten.

4. Rechtliche Würdigung:

Zu Spruchpunkt 1:

§ 18 Abs 4 erster Satz TKG unterscheidet nicht zwischen der ersten Genehmigung von Geschäftsbedingungen und der Genehmigung späterer Änderungen. Es sind daher die Erlassung von Geschäftsbedingungen eines marktbeherrschenden Anbieters als auch alle Änderungen derselben genehmigungspflichtig. Dass die Telekom Austria AG auf dem Markt für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wurde von der Telekom-Control-Kommission zuletzt mit Bescheid M 1/01-112 vom 18.06.2001 festgestellt und steht außer Zweifel.

Wie die Telekom-Control-Kommission bereits im Bescheid G 11/99 vom 29.06.1999 unter Punkt 4 ausgeführt hat, ist anders als beim Widerspruch gegen Geschäftsbedingungen in § 18 Abs. 4 letzter Satz TKG bei der Genehmigung von Geschäftsbedingungen nicht nur auf das TKG, die auf Grund des TKG erlassenen Verordnungen und die relevanten Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften abzustellen, sondern auf die Gesamtrechtsordnung. Neben dem TKG, den auf Grund des TKG erlassenen Verordnungen und den relevanten Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften (insbesondere der Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anwendung des offenen Netzzuganges (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld) sind auch die allgemeinen vertragsrechtlichen Rahmenbedingungen wie das Konsumentenschutzgesetz – soweit es offenkundige Verstöße betrifft – zu berücksichtigen, dies unbeschadet des Umstands, dass die telekommunikationsrechtliche Genehmigung die zivilrechtliche Inhaltskontrolle von Geschäftsbedingungen durch die ordentlichen Gerichte nicht berührt.

Die Überprüfung der von der Telekom Austria AG beantragten Änderungen der AGB Telefon hat ergeben, dass die zur Genehmigung vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Ausnahme der drei letzten Sätze des § 23 Abs. 1 Z 8 dem oben angeführten Prüfungsmaßstab entsprechen.

Zu § 23 Abs. 1 Z 8 AGB Telefon:

In § 23 Abs. 1 Z 8 AGB Telefon wird ein Leistungsverweigerungsrecht mit folgendem Wortlaut beantragt: „(1) Die Telekom Austria ist - abgesehen von den Bestimmungen des § 9 dieser AGB - berechtigt, die Erbringung von Leistungen gänzlich oder teilweise zu verweigern (Sperrung), wenn ... der begründete Verdacht besteht, dass der Kunde Telekommunikationsdienste oder damit im Zusammenhang stehende Leistungen, insbesondere in betrugsmäßiger Absicht, missbraucht oder den Missbrauch durch Dritte duldet. Ein Missbrauch kann auch darin bestehen, dass eine Endkundenschnittstelle für Vermittlungszwecke widmungswidrig verwendet wird. Nicht widmungswidrig handeln zum Beispiel Hotels, Krankenhäuser, etc., welche als untergeordnete Nebenleistung ihre Schnittstelle für Vermittlungszwecke an ihre Hotelgäste bzw. Patienten zur Verfügung stellen. Hingegen sind Fälle, bei welchen die Zurverfügungstellung der Endkundenschnittstelle für Vermittlungszwecke an Dritte als überwiegende Hauptleistung angeboten wird, widmungswidrig und somit missbräuchlich.“

Auch in ihren Stellungnahmen (ON 4 und ON 7) führte die Telekom Austria AG aus, dass der reine Wiederverkauf von Telekommunikationsdienstleistungen ohne die vorherige Zustimmung nicht erlaubt sein soll. Abgesehen von der Aussage, dass Resale besondere Risiken für das Netz der Telekom Austria AG und dessen Sicherheit und Verfügbarkeit mit sich brächte, wurde keine nähere Begründung erstattet.

Die Telekom-Control-Kommission hat hiezu erwogen:

Gemäß § 34 Abs. 1 TKG hat ein Anbieter, der auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, Wettbewerbern auf diesem Markt unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in derselben Qualität Leistungen bereitzustellen, die er am Markt anbietet, oder die er für seine eigenen Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstellt.

Mit Bescheid vom 18.06.2002, M 1/01-112, wurde festgestellt, dass die Telekom Austria AG unter anderem auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Festsnetzes marktbeherrschend im Sinne des Telekommunikationsgesetzes ist. Dieser Bescheid ist in Rechtskraft erwachsen.

Kunden der Telekom Austria AG, die Dritten entgeltlich oder kommerziell die ständige und alleinige Inanspruchnahme von Leistungen, etwa die ständige und alleinige Benutzung eines Anschlusses, gestatten, die also Verträge über die Nutzung der ihnen von der Telekom Austria AG überlassenen Anschlüsse schließen, sind Wettbewerber der Telekom Austria AG auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen, da sie, ebenso wie die Telekom Austria AG, Telekommunikationsdienstleistungen anbieten, auch wenn sie diese bloß wiederverkaufen. Wiederverkäufer erbringen somit keinen Telekommunikationsdienst iSd Legaldefinition des § 3 Z 14 TKG, da sie keine Signale auf Telekommunikationsnetze übertragen und/oder weiterleiten; sie bieten jedoch Telekommunikationsdienstleistungen an und sprechen denselben Kundenkreis wie Erbringer von Telekommunikationsdiensten an.

§ 34 Abs 1 TKG verpflichtet marktbeherrschende Unternehmen, die angebotenen bzw. sich selbst erbrachten Leistungen unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in derselben Qualität auch anderen Marktteilnehmern bereitzustellen. Diese Bestimmung übernimmt den Art. 6 der RL 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.06.1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP).

Die Grundsätze des offenen Netzzuganges (ONP), niedergelegt insbesondere in Art 3 RL 90/387/EWG verlangen insbesondere einen auf objektiven Kriterien beruhenden, gleichen, nichtdiskriminierenden Zugang (sog. „equal access“) und stellen sohin ein allgemeines Diskriminierungsverbot auf. Ebenso bedeutet nach allgemeinem Wettbewerbsrecht – insbesondere im Rahmen des Art 82 EG (ex-Art 86 EGV) - , das ebenfalls bei der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit oben angeführter Bestimmungen heranzuziehen ist, jede unsachliche Diskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, der gemäß § 32 Abs 1 Z 3 TKG von der Regulierungsbehörde zu verhindern bzw. abzustellen ist. Das Erfordernis der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs bedingt, dass Mitbewerber, die Leistungen eines

marktbeherrschenden Unternehmens wiederverkaufen wollen, gegenüber anderen Kunden bezüglich der Bereitstellung von Leistungen des Marktbeherrschers nicht schlechter gestellt werden dürfen.

Auch nach § 35 Abs 1 Z 3 KartG 1988 besteht in der Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Die Telekom Austria AG bietet ihren Vertragspartnern, unabhängig, ob diese Wiederverkäufer sind oder nicht, inhaltlich idente Leistungen an; eine Ungleichbehandlung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist somit unzulässig.

Eine Zustimmung der Telekom Austria AG, damit Kunden Dritten die ständige und alleinige Inanspruchnahme von Leistungen entgeltlich oder kommerziell gestatten dürfen, widerspricht dem in § 34 Abs 1 TKG normierten Diskriminierungsverbot, da durch eine solche Bestimmung diejenigen Kunden, die zugleich Wiederverkäufer der Leistungen der marktbeherrschenden Telekom Austria AG sind, vom Markt für Telekommunikationsdienstleistungen verdrängt werden könnten.

Eine Ungleichbehandlung von solchen Kunden, die Leistungen der Telekom Austria AG entweder selbst nutzen oder gestatten, dass Dritte diese – unentgeltlich - in Anspruch nehmen und solchen Kunden, die Leistungen der Telekom Austria AG wiederverkaufen, ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Dass die Rechtsposition der Dritten (Vertragspartner der Kunden der Telekom Austria AG) durch diese Neuregelung allenfalls geschützt werden, vermag eine Diskriminierung der Mitbewerber dieses marktbeherrschenden Unternehmens nicht zu rechtfertigen, zumal der Schutz offenbar darin bestehen soll, dass diese die Leistung überhaupt nicht mehr in Anspruch nehmen könnten.

Die Telekom-Control-Kommission verkennt jedoch nicht die möglichen Probleme, die durch derartige Konstruktionen entstehen können. Die Interessen dieser Dritten sind durch entsprechende Informationen seitens der Konsumentenschutzeinrichtungen sowie durch Kontrolle der diesen Verträgen zu Grunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen wahrzunehmen; auch die Mechanismen des Wettbewerbs auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen werden das Ausmaß unter Umständen entstehender Probleme beschränken.

Auf Grund obiger Erwägungen war daher den beantragten Änderungen der letzten drei Sätze des § 23 Abs. 1 Z 8 der AGB Telefon die Genehmigung zu versagen.

Zur Frage des vorgesehenen Entgeltes für die Nichterteilung einer Einziehungsermächtigung (§ 13 Abs. 4 AGB Telefon):

Hinsichtlich dieser Frage hat sich die Telekom-Control-Kommission in ihren Erwägungen von der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 4 Ob 50/00g leiten lassen. Diese Entscheidung behandelte die Frage der Zulässigkeit der Einführung eines Zahlscheinentgeltes durch die Mobilkom Austria AG in der Höhe von € 2,17 pro Rechnung. Darin führte der OGH aus, dass das Einzugsermächtigungsverfahren keine unangemessene

Benachteiligung mit sich bringt. Der Kunde hat 42 Tage Zeit, gegen eine Abbuchung Widerspruch zu erheben und bekommt im Fall eines Widerspruches den abgebuchten Betrag rückerstattet. Das Einzugsermächtigungsverfahren bietet weiters Vorteile für alle Beteiligten. Für den Zahlungsempfänger verringert sich der administrative Aufwand wesentlich (fristgerechte Bezahlung, Mahnwesen, Kontrolle der Beleg, etc.). Für den Schuldner liegt der Hauptvorteil darin, dass er sich nicht um die Bezahlung kümmern braucht und damit Organisationsaufwand einspart und nicht in Gefahr gerät, Verzugsfolgen tragen zu müssen. Da die Einziehung nach Erhalt der Rechnung erfolgt, kann der Schuldner auch die Korrektheit der Rechnung vorab überprüfen. Auch hinsichtlich der Höhe des Entgeltes von € 2,17 pro Rechnung hat der OGH ausgeführt, dass dieser Entgeltbetrag angemessen ist.

In einer Prüfung aller Umstände und unter Berücksichtigung des genannten Urteiles ist die Telekom-Control-Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass auch § 13 Abs 4 AGB Telefon zu genehmigen waren.

Zu Spruchpunkt 2:

Die Gebührenpflicht gründet sich auf §§ 1 und 3 der Telekommunikationsgebührenverordnung.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gem. § 115 Abs. 2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweise

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung der Beschwerde ist eine Gebühr von Euro 180,- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 09.09.2002

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann