

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder hinsichtlich der gemäß § 25 TKG 2003 am 05.08.2008 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der T-Mobile Austria GmbH (für die Marken tele.ring und T-Mobile), Rennweg 97-99, in ihrer Sitzung vom 22.09.2008 beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 25 Abs. 6 TKG 2003 wird den am 05.08.2008 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der T-Mobile Austria GmbH, die als Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheids bilden, widersprochen.

II. Begründung

1. Festgestellter Sachverhalt

Mit E-Mail vom 05.08.2008 hat die T-Mobile Austria GmbH die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (für die Marken tele.ring und T-Mobile) gemäß § 25 TKG 2003 (ON 1) angezeigt und teilte mit, dass auf Grund einer erstgerichtlichen Entscheidung des HG Wien (19 Cg 46/08y vom 17.06.2008), welches gegenüber einem anderen Mobilfunkbetreiber ergangen ist, das „Rückfallsrecht“ in § 7 (4.4) der AGB wieder auf 7 Werktage zurückgesetzt worden sei.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten folgende Klausel:

„§ 7 (4.4):

Ihre Kündigung bei Änderungen unserer AGB oder Tarifbestimmungen ist wirkungslos, wenn wir innerhalb von 7 Werktagen nach Erhalt Ihrer Kündigung rückwirkend auf die Vertragsänderungen verzichten. Wir weisen Sie auf diese Frist hin. Unsere Erklärung steht uns frei – sie haben keinen Recht darauf.“

In der Stellungnahme vom 01.09.2008 (ON 4) führte die T-Mobile Austria GmbH aus, dass gegen die am 28.02.2008 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche eine Frist von 4 Wochen enthielten, um auf die Änderungen zu verzichten, kein Widerspruch von der Telekom-Control-Kommission erhoben wurde. Dies sei auch mit Schreiben vom 04.03.2008 mitgeteilt worden. Weiters führte die T-Mobile Austria GmbH in der Stellungnahme Folgendes aus:

„Im selben Zeitraum war das Verfahren Verein für Konsumentenschutz gegen unsere Mitbewerberin Mobilkom Austria AG anhängig. Das Gerichtsverfahren 1. Instanz, hatte eben diese Rückfallsfrist [Anm: gemeint ist die vierwöchige Frist um auf die Änderungen zu verzichten] zum Inhalt. Da wir ein kundenfreundliches Unternehmen sind und uns dieses Verfahren bekannt war, haben wir mit der Arbeiterkammer (Frau Mag. xxx) vereinbart, dass wir, sobald uns die Gerichtsentscheidung 1. Instanz vorliegt, welche die 4-Wochen Frist als gröblich benachteiligend ansieht, zu unseren bisherigen Regelungen zurückkehren.“

Die bisherige und nun wieder aktuelle Regelung unserer AGB lautet daher:

§ 7 (4.4): Ihre Kündigung bei Änderungen unserer AGB oder Tarifbestimmungen ist wirkungslos, wenn wir innerhalb von 7 Werktagen nach Erhalt Ihrer Kündigung rückwirkend auf die Vertragsänderungen verzichten. Wir weisen Sie auf diese Frist hin. Unsere Erklärung steht uns frei – sie haben kein Recht darauf.“

Diese Regelung ist in unseren AGB seit Beginn unserer Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen max.mobile/T-Mobile und war nie Anlass eines Widerspruchs bzw. eines Gerichtsverfahrens mit dem VKI bzw. der AK.

Es erscheint uns daher nicht nachvollziehbar, warum plötzlich – ohne ersichtlichen Grund – eine Regelung die als branchenüblich einzustufen ist und seit mehr als 10 Jahren keinen Anlass für Probleme zwischen Kunden und Betreibern gegeben hat, plötzlich als sittenwidrig im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB zu verstehen ist. Wenn also die RTR die Rechtsmeinung gemäß Schreiben vom 19.08.2008 in dieser Form aufrecht erhält, sehen wir uns, ohne dass dies unsere Absicht ist, gezwungen, unsere Anzeige vom 05.08.08 zurückzuziehen, d. h. den vorherigen Zustand wieder aufleben zu lassen. Das würde bedeuten, dass wir gezwungenermaßen die vier Wochen Frist wieder einführen müssen und warten müssen, bis uns der VKI oder die AK klagt, wobei wir natürlich die Umstände, die dazu geführt haben, offen legen müssen.“

Inhaltliche Ausführungen dahingehend, warum bei einer Frist von 7 Werktagen der bestehende Schwebezustand für den Teilnehmer nicht mehr unzumutbar und daher als gröblich benachteiligend zu qualifizieren wäre, wurden von der T-Mobile Austria GmbH nicht vorgebracht.

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ist unstrittig und ergibt sich aus den von der T-Mobile Austria GmbH am 05.08.2008 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ON 1) und der am 01.09.2008 übermittelten Stellungnahme der T-Mobile Austria GmbH (ON 4).

3. Rechtliche Beurteilung

Widerspruchsrecht und Prüfungskriterien nach § 25 TKG 2003

Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen die angebotenen Dienste beschrieben werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen (inklusive Leistungsbeschreibungen) sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen (§ 25 Abs. 1 TKG 2003). Nach § 25 Abs. 2 TKG 2003 sind auch Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.

Die Telekom-Control-Kommission kann den gemäß § 25 Abs. 1 und 2 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Leistungsbeschreibungen) innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn diese dem TKG 2003 oder auf Grund des TKG 2003 erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen.

Die Prüfung hat ergeben, dass die angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht den Kriterien des Prüfungsmaßstabes (§ 25 Abs. 6 TKG 2003) entsprechen.

1. Verletzung des § 879 Abs. 3 ABGB

Gemäß § 879 Abs. 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungspflichten festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (4 Ob 227/06w vom 20.03.2007) gilt Folgendes: „Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS 0016914). Bei einer Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Eine Abweichung vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt.“

a. Keine Hauptleistungspflicht

Im vorliegenden Fall regelt die zu beurteilende Bestimmung (§ 7 (4.4) der AGB) unzweifelhaft keine Hauptleistungspflicht; vielmehr räumt die Klausel dem Betreiber die Möglichkeit ein, innerhalb von 7 Werktagen ab Erhalt einer nach § 25 TKG 2003 ausgesprochenen Kündigung des Teilnehmers, auf die Änderungen zu verzichten und damit die Kündigung wirkungslos zu machen.

b. „Gröbliche Benachteiligung“

Bei einer Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676).

§ 25 TKG 2003 räumt dem Teilnehmer für den Fall, dass eine nicht ausschließlich begünstigende einseitige Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. der Entgeltbestimmungen vorgenommen wird, ein kostenloses Kündigungsrecht bis zum In-Kraft-Treten der Änderungen ein. Die T-Mobile Austria GmbH sieht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergänzend vor, dass sie innerhalb von 7 Werktagen nach Erhalt der Kündigung des Teilnehmers auf die Änderungen verzichten und damit die Kündigung des Teilnehmers wirkungslos machen kann.

Das Handelsgericht Wien führte in der Entscheidung 19 Cg 46/08y vom 17.06.2008 im Zusammenhang mit einer inhaltsgleichen Bestimmung, welche jedoch die Möglichkeit vorsah innerhalb von 4 Wochen (und nicht innerhalb von 7 Werktagen) auf die Änderungen zu verzichten, aus, dass „eine außerordentliche Kündigung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist, die zur sofortigen Beendigung des Vertrages ohne Einhaltung einer Frist führt. Diese kann ja nur dann erfolgen, wenn einer

der Vertragspartner einen gewichtigen Grund hat, der es ihm unzumutbar macht, den Vertrag weiterhin aufrecht zu erhalten. Dieser wesentliche Grund liegt hier in der Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es ist einem Verbraucher nicht zumutbar, ein Vertragsverhältnis aufrechtzuerhalten, das nicht der ursprünglichen Vereinbarung entspricht. Dadurch wird die Rechtsposition des Verbrauchers gegenüber jener beklagten Partei sehr stark minimiert, da es wiederum die beklagte Partei in der Hand hat, was mit dem Vertrag passiert. Sie bringt dadurch den Vertrag in einen für den Verbraucher unzumutbaren Schwebezustand. Daher ist die Klausel jedenfalls gröblich benachteiligend iSd. § 879 Abs. 3 ABGB.“

Im Gegensatz zur zitierten Entscheidung behält sich die T-Mobile Austria GmbH nur einen Zeitraum von 7 Werktagen vor, um auf die Änderungen zu verzichten und damit die Kündigung des Teilnehmers wirkungslos zu machen.

Dieser Schwebezustand, in dem sich der Teilnehmer befindet, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch bei einer Frist von nur 7 Werktagen als gröblich benachteiligend anzusehen, da der Teilnehmer ebenso Gefahr läuft, nach Ablauf der vorgesehenen 7 Werktage nicht nur seinen Vertragspartner, sondern auch seine Rufnummer zu verlieren oder mit zwei Vertragspartnern dazustehen.

Bei kundenfeindlichster Auslegung der Bestimmungen ist die Dispositionsmöglichkeit des Teilnehmers in einer ähnlichen Weise eingeschränkt wie bei einer Frist von 4 Wochen, da der Teilnehmer erst nach Ablauf der vorbehaltenen Frist weiß, ob sein Vertrag mit seinem Betreiber endet oder weiterläuft. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass der Schwebezustand nicht 4 Wochen, sondern nur 7 Werktage besteht.

Kündigt der Teilnehmer erst kurz vor dem In-Kraft-Treten der Änderungen, so muss er sich, ohne die Reaktion des Betreibers auf seine Kündigung abzuwarten, entweder einen neuen Betreiber suchen und seine Rufnummer portieren oder er wartet die Reaktion seines Betreibers ab und trägt für den Fall, dass der Betreiber nicht auf die Änderungen verzichtet, das Risiko mit Ablauf der Frist von 7 Werktagen seine Rufnummer zu verlieren und ohne Vertragspartner dazustehen.

Schließt der Teilnehmer vor Ablauf der Frist von 7 Werktagen einen neuen Vertrag ab, damit er seine Rufnummer portieren lassen kann, so kann es passieren, dass sein früherer Betreiber letztendlich doch auf die Änderungen verzichtet und damit seine Kündigung wirkungslos macht. In diesem Fall steht der Teilnehmer plötzlich mit zwei Mobilfunkverträgen da, wobei unter Umständen auch beide Verträge mit einer Mindestvertragsdauer versehen sind, sodass eine ordentliche Kündigung seitens des Teilnehmers ohne dafür erhebliche finanzielle Nachteile in Kauf nehmen zu müssen, gar nicht möglich ist.

Fraglich scheint im vorliegenden Zusammenhang, ob eine sachliche Rechtfertigung für die vorgesehene Möglichkeit, innerhalb von 7 Werktagen auf die Änderungen zu verzichten und damit die Kündigung des Teilnehmers wirkungslos zu machen, besteht.

c. Keine sachliche Rechtfertigung

Eine sachliche Rechtfertigung wurde von der T-Mobile Austria GmbH für die Möglichkeit, innerhalb von 7 Werktagen auf die Änderungen zu verzichten und damit die Kündigung des Teilnehmers wirkungslos zu machen, nicht vorgebracht. Die vorliegende Entscheidung 19 Cg 46/08y des Handelsgerichts Wien vom 17.06.2008 enthält auch keine Ausführungen dahingehend, dass eine sachliche Rechtfertigung bestehen würde.

Perner [„Der Ausschluss“ des Kündigungsrechts nach § 25 Abs. 3 TKG 2003] in *Knyrim/Leitner/Perner/Riss*, Aktuelles AGB-Recht (2008) [104] führt zur Frage, ob eine sachliche Rechtfertigung vorliegt, Folgendes aus: „Nun ist davon auszugehen, dass der Mobilfunkbetreiber seine Reaktion von den Umständen (zB. Anzahl der Kündigungen) abhängig machen wird wollen. Um notwendige betriebswirtschaftliche Kalkulationen vorzunehmen, bedarf es verlässlicher Daten, die erst im Zeitpunkt des geplanten Inkrafttretens der Änderungen vollständig vorliegen. Kündigt ein Kunde unmittelbar nach (spätestens ein Monat vor Inkrafttreten der geplanten Änderungen erfolgter) Mitteilung der Vertragsänderung iSd. § 25 Abs. 3 TKG 2003, dauert es jedenfalls noch vier Wochen, bis die erwählten Daten, die der Mobilfunkbetreiber für seine Kalkulation benötigt, vollständig sind. Für Überlegungsfristen bis hin zu einem Monat sprechen somit durchaus sachliche Gründe.“

Unter der Annahme, dass der Teilnehmer seine Kündigung im letztmöglichen Zeitpunkt ausspricht (dh. kurz vor dem In-Kraft-Treten der Änderungen und nicht schon erheblich früher), scheint eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass der Betreiber trotz Vorliegen sämtlicher Kündigungen noch weitere vier Wochen benötigt, um seine Entscheidung zu treffen, nicht zu bestehen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann eine sachliche Rechtfertigung für die Möglichkeit, innerhalb von 4 Wochen auf die Änderungen zu verzichten und damit die Kündigung des Teilnehmers wirkungslos zu machen, jedenfalls nicht erblickt werden.

Zu prüfen war, ob für eine Frist von lediglich 7 Werktagen eine sachliche Rechtfertigung angenommen werden kann. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission besteht auch bei einer Frist von lediglich 7 Werktagen jedenfalls solange keine sachliche Rechtfertigung, solange nicht gleichzeitig auch der für den Teilnehmer unzumutbare Schwebezustand beseitigt wird.

Durch die vorgesehene Möglichkeit, auf die Änderungen zu verzichten und damit die Kündigung des Teilnehmers wirkungslos zu machen, besteht für den Teilnehmer die Gefahr, dass er nicht nur seinen Vertragspartner, sondern auch seine Rufnummer verliert. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann allein durch eine Reduzierung der Frist, welche sich der Betreiber vorbehält, um auf die Änderungen zu verzichten, der Schwebezustand nicht beseitigt werden.

Um den „unzumutbaren Schwebezustand“ zu beseitigen, wäre es jedenfalls erforderlich, dass der Teilnehmer – in transparenter Art und Weise – ausdrücklich über den weiteren Vertragsverlauf informiert wird und ihm nach dieser Information durch den Betreiber eine angemessene Frist zur Verfügung steht, um sich einen neuen Vertragspartner zu suchen und allenfalls eine Rufnummernportierung durchführen zu lassen. Weiters wäre auch sicherzustellen, dass der Teilnehmer während dieser Frist den Vertrag zu den ursprünglichen Bedingungen nutzen kann. Für den Teilnehmer soll zu keinem Zeitpunkt die Gefahr bestehen, dass er plötzlich mit zwei Vertragspartnern oder ohne Vertragspartner dasteht.

Bezug nehmend auf die Ausführungen der T-Mobile Austria GmbH dahingehend, dass nicht nachvollziehbar sei, warum plötzlich ohne Grund eine Regelung, die als branchenüblich einzustufen sei und seit mehr als 10 Jahren keinen Anlass für Probleme zwischen Kunden und Betreibern gegeben habe, plötzlich als sittenwidrig im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB zu verstehen ist, wird auf Folgendes hingewiesen:

Die Telekom-Control-Kommission hat weder im Rahmen der Aufforderung zur Stellungnahme vom 19.08.2008, noch zu einem anderen Zeitpunkt die Ansicht vertreten, dass die Bestimmung sittenwidrig iSd. § 879 Abs. 3 ABGB wäre.

Vielmehr hat die Telekom-Control-Kommission im Schreiben vom 19.08.2008 (unter Bezugnahme auf die der T-Mobile Austria GmbH bekannten Entscheidung des HG Wien 19 Cg 46/08y vom 17.06.2008) mitgeteilt, dass die Bestimmung gröblich benachteiligend iSd. § 879 Abs. 3 ABGB sei und dass alleine durch die Verkürzung der Frist auf 7 Werktage der Schwebezustand nicht beseitigt werden könne.

Weiters weist die Telekom-Control-Kommission daraufhin, dass die oben genannte Entscheidung des HG Wien als Anlass genommen wurde, um die bisher von der Telekom-Control-Kommission vertretene Rechtsansicht zu überdenken. Die Telekom-Control-Kommission ist auf Grund der überzeugenden Ausführungen des Handelsgerichts Wien zu der Auffassung gelangt, dass bei kundenfeindlichster Auslegung ein für den Teilnehmer unzumutbarer Schwebezustand entsteht (der alleine durch die Verkürzung der Frist nicht beseitigt werden kann), und änderte daher die bisher von ihr vertretene Rechtsansicht.

Zu dem Vorbringen der T-Mobile Austria GmbH, dass seit mehr als 10 Jahren die gegenständliche Klausel kein Anlass für Probleme zwischen Kunden und Betreibern gewesen sei, muss angemerkt werden, dass es sich bei dem Verfahren nach § 25 Abs. 6 TKG 2003 um eine Form der „präventiven Klauselkontrolle“ handelt, bei der über die Zulässigkeit von Vertragsbedingungen unabhängig von deren Verwendung in einem konkreten Einzelfall zu entscheiden ist (siehe *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003, *Praxiskommentar zum TKG 2003*, S. 101).

Daher besteht im Rahmen des Verfahrens nach § 25 TKG nicht die Möglichkeit, die Verwendung der Klausel im Einzelfall zu überprüfen. Dass T-Mobile Austria GmbH die gegenständliche Klausel im konkreten Einzelfall tatsächlich derart zur Anwendung bringen, dass die Vorgehensweise keinen Anlass für Probleme mit sich bringt, kann - wie bereits ausgeführt - im Rahmen des Verfahrens nach § 25 TKG 2003 nicht berücksichtigt werden.

Hinsichtlich der Ausführungen der T-Mobile Austria GmbH, wonach sie gegebenenfalls darlegen werde, warum die in den früher angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Klausel mit einer Frist von 4 Wochen weiterhin zur Anwendung gebracht wird, weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass diese Tatsache nichts daran ändert, dass die nunmehr in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene adaptierte Klausel § 879 Abs. 3 ABGB ebenfalls nicht entspricht und daher auch den Prüfungsmaßstab des § 25 Abs. 6 TKG 2003 verletzt.

Es war den am 05.08.2008 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der T-Mobile Austria GmbH wegen Verletzung des § 879 Abs. 3 ABGB zu widersprechen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

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 220,-- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 22.09.2008

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung :

i. V. Dr. Wolfgang Feiel
Leiter Recht