

## 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 2.2.2012 (in der Version der letztmaligen Änderungen vom 17.2.2012) angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der T-Mobile Austria GmbH, Rennweg 97-99, in ihrer Sitzung vom 27.02.2012 beschlossen:

### I. Spruch

Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird den am 2.2.2012 (in der Version der letztmaligen Änderungen vom 17.2.2012) gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der T-Mobile Austria GmbH (Version 2 für Neukunden und Vertragsverlängerungen), die als Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheids bilden, widersprochen.

### II. Begründung

#### 1. Festgestellter Sachverhalt

Mit E-Mail vom 1.2.2012 hat T-Mobile Austria GmbH (in weiterer Folge: T-Mobile) Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß § 25 TKG 2003 (ON 1) angezeigt. Mit E-Mail vom 2.2.2012 hat T-Mobile die Anzeige vom 1.2.2012 zurückgezogen und eine neuerliche Anzeige von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgenommen (ON 2). Die Anzeige vom 2.2.2012 enthält zwei Versionen: Eine Version für Bestandskunden (Version 1) und eine Version 2 für Neukunden und Vertragsverlängerungen (Version 2).

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Version 2) für Neukunden und Vertragsverlängerungen enthielt folgende Klausel:

*„7 b) Schweigen als Zustimmung (Erklärungsfiktion):*

*Bei Ihrer Vertragsanmeldung, Vertragsverlängerung oder im Falle eines Tarifwechsels können wir mit Ihnen schriftlich vereinbaren, dass wir Ihnen neue Optionen oder Dienste für einen kostenlosen Testzeitraum von jeweils mindestens einem Monat aktivieren dürfen. Wir werden Sie in diesem Fall jeweils zu Beginn des kostenlosen Testzeitraums per SMS auf den jeweiligen Dienst, die Dauer des Testzeitraumes und auf die Kosten der Option nach Ablauf des Testzeitraumes hinweisen.*

*Wird die Option während des Testzeitraumes von Ihnen nicht verwendet, so deaktivieren wir die Option mit Ende des Testzeitraumes automatisch. Haben Sie die Option hingegen während des kostenlosen Testzeitraumes genutzt, wollen diese aber nach Ende des Testzeitraumes nicht weiter nutzen, so müssen Sie diese vor Ablauf des Testzeitraumes aktiv per SMS abmelden. Auf die Möglichkeit zur Abmeldung und auf die dabei einzuhaltende Frist, die jeweils mindestens 14 Tage beträgt, sowie auf die Kosten der Option nach dem Testzeitraum werden wir Sie zu Beginn und vor Ablauf des kostenlosen Testzeitraums per SMS gesondert hinweisen. Zur Abmeldung genügt es, dass Sie diese SMS innerhalb der Frist mit „nein“ oder sinngleich beantworten, worauf Sie mit der SMS nochmals ausdrücklich hingewiesen werden.*

*Melden Sie die jeweilige Option nicht bis zum Ende der Frist entsprechend ab, so erklären Sie damit, dass Sie die Option künftig kostenpflichtig weiternutzen möchten. In diesem Fall sind wir berechtigt, Ihnen die fixen Optionsentgelte ab der auf den kostenlosen Testzeitraum folgenden Abrechnungsperiode zu verrechnen. Optionen, die wir für Sie entsprechend dieser Regelung aktivieren, haben keine Mindestvertragsdauer. Sie können solche Optionen jederzeit jeweils zum Monatsletzten schriftlich kündigen.“*

Die Telekom-Control-Kommission teilte die bestehenden Bedenken im Zusammenhang mit der Klausel 7.b) mit und räumte Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 45 Abs 3 AVG ein (ON 4).

In der Stellungnahme vom 15.02.2012 (ON 5) führt T-Mobile aus, dass aus der Klausel weder T-Mobile selbst berechtigt sei, dem Kunden auf die beschriebene Art und Weise Zusatzpakete anzubieten, noch würde sich für den Kunden daraus eine Verpflichtung zum Widerspruch ergeben. Die genannte Klausel würde lediglich den Inhalt einer zukünftigen mit dem Kunden gesondert schriftlich zu vereinbarende Erklärungsfiktion beschreiben. Voraussetzung für die Anwendung der beschriebenen Erklärungsfiktion sei eine entsprechende schriftliche Vereinbarung zwischen dem Kunden und T-Mobile. Es würden auf Grund dieser Klausel daher keine Dienste ohne eine entsprechende Vertragsgrundlage freigeschaltet, sondern nur, wenn T-Mobile eine gesonderte schriftliche Vereinbarung mit Teilnehmer getroffen habe.

Weiters führt T-Mobile aus, dass § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ausdrücklich die Möglichkeit vorsehen würde, Schweigen als Zustimmung des Kunden zu vereinbaren. Eine derartige Vereinbarung würde T-Mobile mit den Verbrauchern schriftlich treffen.

Mit der vorgesehenen Klausel würde T-Mobile sämtliche vom Gesetz für eine wirksame Vereinbarung über eine Erklärungsfiktion geforderten Voraussetzungen erfüllen. Es wäre unter anderem eine Frist von 14 Tagen zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung vorgesehen, weiters würde der Kunde mehrfach per SMS auf die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen werden.

Eine SMS würde einen besonderen Hinweis im Sinne des § 6 Abs 2 Z 2 KSchG darstellen, weil eine SMS die Aufmerksamkeit des Verbrauchers erwecken würde, da per SMS primär private Nachrichten ausgetauscht werden würden.

Im Zusammenhang mit den Ausführungen der Telekom-Control-Kommission in der Aufforderung zur Stellungnahme (ON 4) dahingehend, dass Teilnehmer teilweise gar keine andere Möglichkeit hätten als die angebotenen Zusatzpakete zu nutzen, zB bei einem SMS-Paket, wenn sie SMS versenden möchten, führte T-Mobile aus, dass den Bedenken Rechnung getragen werden wird und auf Zusatzpakete, die SMS bzw Minuten beinhalten, verzichtet werde. Punkt 7.b) der AGB sei in diesem Sinne ergänzt worden.

Um den Bedenken der Telekom-Control-Kommission, dass auf Grund der Klausel die Teilnehmer permanent gezwungen wären, nicht gewollte Dienstleistungen abzulehnen, Rechnung zu tragen, würde T-Mobile die Durchführung auf maximal 5 Kampagnen pro Jahr beschränken. In diesem Sinne sei die Klausel ergänzt worden.

Im Zusammenhang mit den Bedenken, dass die Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei, führte T-Mobile Folgendes aus: *„Bestimmungen, die nach § 6 KSchG ausdrücklich zulässig sind, können wohl nicht gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sein. Das KSchG kann durchaus als Konkretisierungsmaßstab für § 879 ABGB herangezogen werden (vgl Krejci in Rummel § 879 RZ 244).*

*Außerdem werden die neuen Dienste und Optionen jedenfalls Teil der Hauptleistung. Da die Regelung des Punktes 7.b) unserer neuen AGB unsere Hauptleistung regelt, fällt die Regelung überhaupt nicht in den Anwendungsbereich des § 879 Abs 3 ABGB.*

*Ihrer Argumentation, § 864 Abs 2 stünde in Widerspruch zu unserer AGB-Bestimmung 7.b) halten wird entgegen, dass § 864 Abs 2 ABGB eng auszulegen ist und nur auf Waren und/oder Dienstleistungen abstellt, die ohne Veranlassung übersandt werden. Faktum ist, dass T-Mobile Austria schon nach der AGB-Klausel 7.b) die Aktivierung von neuen Optionen oder Diensten für einen kostenlosen Testzeitraum davon abhängig macht, dass T-Mobile dafür mit dem jeweiligen Kunden eine diesbezügliche schriftliche Vereinbarung getroffen hat. Wenn jedoch einer Übersendung von Waren und/oder Dienstleistungen eine ausdrückliche schriftliche Vereinbarung zu Grunde liegt, so kann wohl nicht mehr damit argumentiert werden, dass die Versendung „ohne Veranlassung“ erfolgt sei. Mit seiner Zustimmung zum Vertrag und der gesonderten Erklärungsfiktion hat der Verbraucher die Aktivierung von neuen Optionen oder Diensten für einen kostenlosen Testzeitraum mit nachgeschalteter Möglichkeit zum Opt Out wohl veranlasst.“*

Gemeinsam mit der Stellungnahme vom 15.2.2012 übermittelte T-Mobile eine überarbeitete Version der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ON 5).

Am 17.2.2012 übermittelte die T-Mobile Austria GmbH letztmalig eine neuerlich überarbeitete Version der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ON 6); die Klausel 7.b) lautet in der endgültigen Fassung:

„7 b) Schweigen als Zustimmung (Erklärungsfiktion):

*Bei Ihrer Vertragsanmeldung, Vertragsverlängerung oder im Falle eines Tarifwechsels können wir mit Ihnen schriftlich vereinbaren, dass wir Ihnen neue Optionen oder Dienste für einen kostenlosen Testzeitraum von jeweils mindestens einem Monat aktivieren dürfen. Bei Zustandekommen einer entsprechenden Vereinbarung dürfen wir Ihnen pro Vertragsjahr bis zu maximal fünf Optionen oder Dienste testweise aktivieren. Ausgenommen davon sind Zusatzpakete mit SMSn oder Minutenpakete. Wir werden Sie in diesem Fall jeweils zu Beginn des kostenlosen Testzeitraums per SMS auf den jeweiligen Dienst, die Dauer des Testzeitraumes und auf die Kosten der Option nach Ablauf des Testzeitraumes hinweisen.*

*Wird die Option während des Testzeitraumes von Ihnen nicht verwendet, so deaktivieren wir die Option mit Ende des Testzeitraumes automatisch. Haben Sie die Option hingegen während des kostenlosen Testzeitraumes genutzt, wollen diese aber nach Ende des Testzeitraumes nicht weiter nutzen, so müssen Sie diese vor Ablauf des Testzeitraumes aktiv per SMS abmelden. Auf die Möglichkeit zur Abmeldung und auf die dabei einzuhaltende Frist, die jeweils mindestens 14 Tage beträgt, sowie auf die Kosten der Option nach dem Testzeitraum werden wir Sie zu Beginn und vor Ablauf des kostenlosen Testzeitraums per SMS gesondert hinweisen. Zur Abmeldung genügt es, dass Sie diese SMS innerhalb der Frist mit „nein“ oder sinnlos beantworten, worauf Sie mit der SMS nochmals ausdrücklich hingewiesen werden.*

*Melden Sie die jeweilige Option nicht bis zum Ende der Frist entsprechend ab, so erklären Sie damit, dass Sie die Option künftig kostenpflichtig weiternutzen möchten. In diesem Fall sind wir berechtigt, Ihnen die fixen Optionsentgelte ab der auf den kostenlosen Testzeitraum folgenden Abrechnungsperiode zu verrechnen. Optionen, die wir für Sie entsprechend dieser Regelung aktivieren, haben keine Mindestvertragsdauer. Sie können solche Optionen jederzeit jeweils zum Monatsletzten schriftlich kündigen.“*

Am 17.2.2012 übermittelte T-Mobile Austria GmbH eine weitere Stellungnahme und teilte mit, dass § 864 Abs 2 ABGB nicht Prüfungsmaßstab nach § 25 Abs 6 TKG 2003 sei, da diese Bestimmung nicht taxativ in § 25 Abs 6 TKG 2003 genannt werden würde.

## **2. Beweiswürdigung**

Der Sachverhalt ist unstrittig und ergibt sich aus den von T-Mobile am 1.2.2012, 2.2.2012, 15.2.2012 und 17.2.2012 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ON 1, ON 2, ON 5 und ON 6) und der am 15.2.2012 und 17.2.2012 übermittelten Stellungnahme der T-Mobile Austria GmbH (ON 5 und ON 7).

## **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 Interessensausgleichs 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 zugeordnete Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt.“*

#### **a. Keine Hauptleistungspflicht**

Die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB erfasst nur Vertragsbestimmungen, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen. *„Mit dem Begriff der Hauptleistung sollen nach den Materialien (ErläuterRV 744 BlgNr. GP 47) etwa jene Teile des Vertrages der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 entzogen sein, die im § 885 als „Hauptpunkte“ genannt sind und die von den Parteien vereinbart werden müssen, damit überhaupt ein hinreichend bestimmter Vertrag iSd § 869 zustande kommt. [...] Der Ausdruck „Hauptleistung“ ist daher möglichst eng zu verstehen, die im dispositiven Recht geregelten Fragen der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, fallen nicht unter diese Ausnahme.“* (Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG<sup>3</sup>(2010) §879 Abs 3 RZ 7).

Im vorliegenden Fall regelt die zu beurteilende Bestimmung (Punkt 7.b) unzweifelhaft keine Hauptleistungspflicht; vielmehr räumt die Klausel dem Betreiber die Möglichkeit ein, nach einer entsprechenden schriftlichen Vereinbarung, worunter im Sinne der kundenfeindlichsten Auslegung ein Aufdruck auf dem Anmeldeformular oder Vertragsverlängerungsformular verstanden werden kann, fünf Mal im Jahr gegenüber dem Teilnehmer zusätzliche Optionen oder Dienste (die nicht Inhalt des bestehenden Vertrages des Teilnehmers sind) für einen Testzeitraum frei zu schalten.

Die Klausel 7.b) regelt keine Hauptleistungspflicht des zwischen T-Mobile und dem Teilnehmer bestehenden Vertrages. Vielmehr enthält die Klausel eine Regelung für das Zustandekommen von weiteren Verträgen über Optionen bzw Dienste durch Schweigen des Teilnehmers. Die Ausführungen von T-Mobile, dass die neuen Optionen und Dienste Teil der

Hauptleistung werden würden und daher § 879 Abs 3 ABGB nicht anwendbar sei, kann aus den oben genannten Gründen nicht gefolgt werden.

#### **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 Interessensausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676).

§ 864 Abs 2 ABGB sieht Folgendes vor: *„Das Behalten, Verwenden oder Verbrauchen einer Sache, die dem Empfänger ohne seine Veranlassung übersandt worden ist, gilt nicht als Annahme eines Antrags. Der Empfänger ist nicht verpflichtet, die Sache zu verwahren oder zurückzuleiten, er darf sich ihrer auch entledigen. Muss ihm jedoch nach den Umständen auffallen, daß die Sache irrtümlich an ihn gelangt ist, so hat er in angemessener Frist dies dem Absender mitzuteilen oder die Sache an den Absender zurückzuleiten.“*

T-Mobile führt in ihrer Stellungnahme aus, dass die Bestimmung des § 864 Abs 2 ABGB gar nicht anwendbar sei, da dem Teilnehmer die Ware und/oder Dienstleistung nicht „ohne seine Veranlassung“ übermittelt werde. Die Übermittlung der Waren und/oder Dienstleistungen werde auf Grund der diesbezüglichen Vereinbarung mit dem Teilnehmer vorgenommen.

Im Zusammenhang mit der Frage, was unter „Veranlassung“ zu verstehen ist, wird auf folgende Ausführungen von *Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> (2000), § 864, Rz 11*, verwiesen:

*„Ohne seine Veranlassung sind die Sachen dem Empfänger nach den Mat[aterialien] dann zugekommen, wenn er deren Zusendung nicht adäquat verursacht habe; [...]. Eine aufgedrängte Zusatzleistung sollte daher idR nicht als „veranlasst“ angesehen werden. Auch die Bitte um Informationsmaterial, Muster, Vertreterbesuch oä mag „adäquate Verursachung“ unverlangter Zusendungen sein; doch sollte „Veranlassung“ im Prinzip auf wirkliche Anforderung (einschließl versehentlicher Mehrleistung) beschränkt bleiben.“*

*Schwimmann* führt in *Schwimmann, ABGB<sup>3</sup> (2006), Band 4, § 864 Rz 7* wie folgt aus: *„Ausgehend davon, dass man das Aufdrängen von Waren und Dienstleistungen [...] als verpönte Vertriebstech[nik] ansieht, die es möglichst zu unterbinden gilt.“*

Eine aufgedrängte Zusatzleistung sollte in der Regel nicht als „veranlasst“ iSd § 864 Abs 2 ABGB angesehen werden. Aus der vorliegenden Bestimmung geht hervor, dass der Gesetzgeber mit § 864 Abs 2 ABGB materiell das Zusenden von unbestellten Waren bzw Dienstleistungen (vgl FernabsatzRL ABI 1997, L 144/19 (Art 9)) sanktionieren will. Insbesondere soll niemand damit konfrontiert werden, dass durch Lieferung und Erbringung von Dienstleistungen, die nicht von ihm „veranlasst“ worden sind, Verpflichtungen entstehen. Daher sieht § 864 Abs 2 ABGB vor, dass der Empfänger nicht einmal verpflichtet ist, die Sachen zu verwahren oder zurückzustellen, sondern sich der Sachen auch entledigen darf.

Eine von § 864 Abs 2 ABGB geforderte „Veranlassung“ kann in der Tatsache, dass der Teilnehmer einmalig bei Vertragsanmeldung, Vertragsverlängerung oder Tarifwechsel zustimmt (in der kundenfeindlichsten Auslegung erfolgt diese Zustimmung durch Unterfertigung des Vertragsformblatts, in dem die Klausel enthalten ist), dass neue Optionen oder Dienste für einen kostenlosen Testzeitraum aktiviert werden dürfen, nicht erblickt werden. Der Teilnehmer erteilt bei Abschluss lediglich die Zustimmung zur Aktivierung von Optionen oder Diensten für einen kostenlosen Testzeitraum.

Entgegen dieser Bestimmung will T-Mobile in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit ihren Teilnehmern unter Heranziehung einer Konstruktion mittels einer Erklärungsfiktion vereinbaren, dass beim Teilnehmer maximal fünf Mal im Jahr unbestellte Optionen oder Dienstleistungen freigeschalten werden und über diese Optionen und Dienste ein Vertrag zu Stande kommt, sofern der Teilnehmer diese nutzt und in weiterer Folge sich nicht rechtzeitig abmeldet.

Inwiefern der Teilnehmer überhaupt die Möglichkeit hat, die neuen Optionen bzw Dienste nicht zu nutzen, ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission fraglich, da der Teilnehmer die meisten Dienste, die für gewöhnlich auch Inhalt von Optionen sein können, schon auf Grund seines bestehenden Mobilfunkvertrages nutzen kann. SMS-Nachrichten und „Minutenpakete“ sollten zwar von dem Anwendungsbereich dieser Klausel ausgenommen werden, zu denken wäre aber auch an Optionen, die zB Datentransfervolumen inkludieren. Was alles unter Optionen und Diensten, die T-Mobile auf Grund dieser Klausel beim Teilnehmer aktivieren möchte, zu verstehen ist, geht aus der vorliegenden Regelung nicht hervor. Weiters kann unter der von T-Mobile gewählten Formulierung der Klausel im Sinne der kundenfeindlichsten Auslegung auch verstanden werden, dass nicht grundsätzlich „SMS“-Nachrichten und Minutenpakete von der Anwendung dieser Klausel ausgenommen werden sollen, sondern dass nur die Einschränkung „fünf Mal pro Jahr“ für „SMS“-Nachrichten und Minutenpakete nicht gelten soll.

Da der Betreiber aus der bestehenden Vertragsbeziehung das Nutzungsverhalten des Teilnehmers kennt, hat er grundsätzlich auch die Möglichkeit entsprechend diesem Nutzungsverhalten Optionen und Dienste zu aktivieren. Auf Grund der ihm vorliegenden Daten kann er auch grundsätzlich gut einschätzen, ob der Teilnehmer die aktivierten Dienste in Anspruch nehmen wird.

Fraglich erscheint auch, wie sichergestellt wird, dass der Teilnehmer die Information über die Verpflichtung zur Abmeldung von der nicht bestellten Option überhaupt erhält.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehen in Punkt 17.1 vor: *„Sie dürfen Ihren Anschluss ohne unsere Zustimmung keinem Dritten ständig oder nachhaltig zur Nutzung überlassen.“* Im Umkehrschluss ist aus dieser Bestimmung abzuleiten, dass der Teilnehmer sehr wohl berechtigt ist, seinen Anschluss einem Dritten zeitweise zur Nutzung zu überlassen. Wird in der Zeit, in der ein Dritter den Anschluss nutzt, die von T-Mobile vorgesehene SMS über die Frist und Rechtsfolgen einer Nichtabmeldung innerhalb von mindesten 2 Wochen vom nicht bestellten Dienst übermittelt, so würde auf Grund dieser Klausel mit dem Teilnehmer ein zusätzlicher Vertrag über eine Option zu Stande kommen, ohne dass ihm tatsächlich die Information (über die Frist und den eintretenden Rechtsfolgen iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG) zugegangen wäre.

Weiters erscheint auch fraglich, ob im vorliegenden Fall der Hinweis auf die zur Verfügung stehende Frist und die Rechtsfolgen iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG überhaupt rechtzeitig erfolgt. Gemäß der Klausel erfolgt einmal bei Beginn des Testzeitraumes der Hinweis auf die Möglichkeit der Abmeldung und die dabei einzuhaltende Frist, sowie der Hinweis auf die Kosten der Option nach Ablauf des Testzeitraums. Ein weiterer Hinweis erfolgt gemäß der Klausel vor Ablauf des kostenlosen Testzeitraumes. Der kostenlose Testzeitraum kann jeweils mindestens einen Monat betragen. Auf Grund der Klausel sind daher auch Testzeiträume von mehreren Monaten denkbar. Erfolgt der Hinweis daher bei Beginn und vor Ablauf des Testzeitraumes, so erfolgt nicht jedenfalls ein Hinweis bei Beginn der Frist von mindestens 14 Tagen für die Abmeldung des Teilnehmers vom freigeschalteten Dienst.

Die vorgesehene Regelung ist in Anbetracht des § 864 Abs 2 ABGB als gröblich benachteiligend einzustufen, da entgegen dem dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu verstehen ist, durch die gewählte rechtliche Konstruktion mittels einer Erklärungsfiktion der Teilnehmer gezwungen ist, innerhalb von 14 Tagen die aktivierten Optionen und Dienste abzumelden, um den Anschluss eines Vertrages über zusätzliche Dienste und Optionen zu verhindern.

Fraglich erscheint, ob überhaupt die von § 6 Abs 1 Z 2 KSchG geforderten Voraussetzungen durch die Klausel erfüllt sind. Bedenklich ist, dass unter Umständen überhaupt nicht der Teilnehmer, sondern ein Dritter, der seinen Anschluss nutzt, per SMS auf die Frist und die Rechtsfolgen hingewiesen wird. Bedenklich ist weiters auch, dass T-Mobile sich lediglich dazu verpflichtet, bei Beginn und Ablauf des Testzeitraumes den Teilnehmer mittels SMS auf die Frist und die Rechtsfolgen hinzuweisen und nicht bei Beginn der Frist für die Abmeldung vom Dienst (siehe Ausführungen weiter oben).

Im Zusammenhang mit den Ausführungen von T-Mobile dahingehend, dass Bestimmungen, die nach § 6 KSchG ausdrücklich zulässig seien, wohl nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 KSchG sein können, ist anzumerken, dass Bestimmungen, die nicht den Vorgaben des § 6 KSchG entsprechen, jedenfalls unzulässig sind. Wenn die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG normierten Voraussetzungen jedoch eingehalten werden, dann bedeutet dies lediglich, dass die Klausel nicht jedenfalls unzulässig iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ist.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann eine Erklärungsfiktion nicht dazu dienen, eine vom Gesetzgeber verpönte Verhaltensweise (Zusendung von unbestellten Waren und Dienstleistungen) durch das rechtliche Konstrukt einer Erklärungsfiktion wirksam zu vereinbaren.

Weiters ist im Zusammenhang mit der gröblichen Benachteiligung noch auszuführen, dass der Teilnehmer auf Grund der von T-Mobile vorgesehenen Klausel ständig das Zustandekommen von Verträgen über weitere Optionen bzw Dienste abwehren müsste. Ein Testzeitraum beträgt mindestens einen Monat, aber auch längere Testzeiträume wären auf Grund dieser Klausel denkbar. Schaltet T-Mobile nur fünf Mal im Jahr einen Testzeitraum von 2 Monaten frei, so ist der Teilnehmer beinahe das gesamte Jahr (zehn Monate) hindurch damit beschäftigt, sich von den Diensten und Optionen abzumelden, damit keine weiteren Verträge zu Stande kommen. Die durch die Klausel auferlegte Verpflichtung, dass der Teilnehmer ständig (während seiner gesamten Vertragsbeziehung) das Zustandekommen von weiteren Verträgen abwehren muss, ist aus der Sicht der Telekom-Control-Kommission als gröblich benachteiligend einzustufen.

### **c. Keine sachliche Rechtfertigung**

Eine sachliche Rechtfertigung wurde von T-Mobile für die Möglichkeit (entgegen § 864 Abs 2 ABGB), den Abschluss des Vertrages durch die Freischaltung von Optionen und Dienstleistungen in Kombination mit dem Schweigen des Teilnehmers zu bewirken, nicht angeführt. Warum entgegen den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen im Telekommunikationsbereich eine derartige Regelung sachlich gerechtfertigt sein sollte, ist für die Telekom-Control-Kommission nicht erkennbar.

Die Einschränkungen auf maximal fünf Kampagnen pro Jahr ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht geeignet, um die bestehenden Bedenken zu beseitigen, wobei wie bereits ausgeführt – im Sinne der kundenfeindlichsten Auslegung – von dieser Einschränkung auch „SMS-Nachrichten“ und Minutenpakete ausgenommen sein könnten.



Aus den Wertungen des § 864 Abs 2 ABGB ist die geplante Vorgehensweise grundsätzlich als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB einzustufen. Der Gesetzgeber verbietet die geplante Vorgehensweise schon dem Grunde nach, unabhängig von der Anzahl der „Realangebote“, die einem Vertragspartner unterbreitet werden.

Zu der ergänzenden Stellungnahme von T-Mobile, dass § 864 Abs 2 ABGB nicht ausdrücklich vom Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 genannt wäre, ist anzumerken, dass für die Beurteilung der gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB die Bestimmungen des dispositiven Rechtes als Maßstab heranzuziehen sind.

Es war daher den letztmalig am 17.02.2012 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (in der Version 2 für Neukunden und Vertragsverlängerungen) der T-Mobile wegen Verletzung des § 879 Abs 3 ABGB zu widersprechen.

Inwiefern die weiteren Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Prüfungsmaßstab entsprechen, war im vorliegenden Fall daher nicht weiter zu prüfen.

### **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 27.2.2012

Die Vorsitzende  
Dr. Elfriede Solé