

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. Dr. Otto Petrovic als weitere Mitglieder hinsichtlich der gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Primacall GmbH, Am Euro Platz 2, 1120 Wien, in ihrer Sitzung vom 12.09.2011 beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird den gemäß § 25 Abs 1 TKG 2003 am 22.07.2011 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (in der Fassung der Änderung vom 5.9.2011) der Primacall GmbH widersprochen.

II. Begründung

1. Festgestellter Sachverhalt

Mit E-Mail vom 22.07.2011 (ON 1) hat Primacall GmbH („Primacall“) Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß § 25 TKG 2003 angezeigt; diese wurden mit E-Mail vom 5.9.2011 (ON 9) geändert.

Diese enthalten unter anderem folgende Klausel:

§ 4 Absatz 7:

„(7) Im Falle der Kündigung des Vertragsverhältnisses durch den Kunden ist dieser verpflichtet, sich selbst einen neuen Telefondienstanbieter zu suchen, über den er zukünftig telefonieren will. Nutzt der Kunde Dienstleistungen von PRIMACALL im Zeitraum zwischen Kündigung des Vertragsverhältnisses und Umstellung seines Anschlusses auf einen anderen Anbieter, so ist er auch verpflichtet, die in diesem Zeitraum noch angefallenen Gebühren bei PRIMACALL zu bezahlen, ungeachtet einer wirksamen Kündigung. Die Gebührenehöhe bestimmt sich in diesem Fall nach den zuvor vereinbarten Gebühren. Im Falle von monatlichen Pauschalbeträgen (Flatrate) werden Teile eines Kalendermonates jeden angefangenen Tag mit 1/30 des monatlichen Preises berechnet.“

Die Primacall brachte in ihrer Anzeige vom 22.07.2011 weiters vor, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen bereits vor Aufnahme des Dienstes angezeigt und auf der Website der Primacall veröffentlicht worden wären.

Die Aufnahme der Erbringung von Kommunikationsdiensten wurde von der Primacall gemäß § 15 TKG 2003 am 31.03.2011 der RTR-GmbH angezeigt. Dieser Anzeige waren keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Entgeltbestimmungen angeschlossen. Andere Anzeigen oder Korrespondenzen mit der Primacall vor dem 22.07.2011 sind ebenfalls nicht aktenkundig. Vor dem 22.07.2011 erfolgte keine Anzeige von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen der Primacall nach § 25 TKG 2003. Mit Schreiben vom 25.07.2011 wurde der Primacall diese Tatsache vorgehalten und sie aufgefordert, Nachweise für eine frühere Anzeige der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen beizubringen. Entsprechende Nachweise wurden von der Primacall jedoch nicht erbracht und wurde auch diesbezüglich kein weiteres Vorbringen mehr erstattet.

Am 02.08.2011 wurde der Primacall unter Hinweis der Telekom-Control-Kommission auf einen möglichen Widerspruch hinsichtlich der bedenklichen Klauseln sowie der fehlenden bzw nicht vollständigen Mindestinhalte iSd § 25 Abs 4 TKG 2003 eine Aufforderung zur Stellungnahme bis zum 16.08.2011 übermittelt. Am 16.08.2011 beantragte die Primacall eine Fristerstreckung bis zum 23.08.2011, die antragsgemäß gewährt wurde. Am 31.8.2011 und damit nach Fristablauf erstattete Primacall eine Stellungnahme, in welcher sie vorbrachte, dass die notwendigen Mindestinhalte bezüglich der Angabe der Notrufnummer ergänzt würden. Weiters werde der Passus über das Streitschlichtungsverfahren – obwohl Primacall diesen nicht für irreführend halte – präzisiert.

Zu § 4 Absatz 7 der AGB (Löschung der Carrier Preselection im Falle der Kündigung) brachte Primacall Folgendes vor:

„§ 4 Abs 7 der AGB bestimmt, dass der Kunde dazu verpflichtet ist, sich selbst einen neuen Anbieter zu suchen. Für den Fall, dass die Leistungen von Primacall nach der Kündigung weiterhin in Anspruch genommen werden, wird ein bestimmter Verrechnungsmodus festgelegt. Die Regelung impliziert, dass der Kunde nach der Vertragsauflösung die Dienste von Primacall weiterhin nutzen kann bzw. dass die Betreibervorauswahl weiterhin aktiv ist und nicht automatisch entfernt wird.“

Diese Regelung erfolgt im Interesse unserer Kunden, da Primacall nicht wissen kann, über welchen Anbieter der Kunde seine Verbindungen zukünftig führen möchte. Nur bei Mitteilung des Kunden, dass die Verbindungen über die Telekom Austria erfolgen sollen, kann die Voreinstellung derart entfernt werden, dass der Kunde ohne Unterbrechung seine Verbindungen wieder über die Telekom Austria führen kann.

Aufgrund vorstehender Ausführungen kann die sofortige Deaktivierung nicht im Interesse unserer Kunden sein. Eine Benachteiligung aufgrund der o.g. Klausel ist nicht gegeben. Eine Änderung der Klausel ist mithin nicht erforderlich und wird daher nicht erfolgen.“

Geänderte AGB wurden der Behörde am 5.9.2011 zur Kenntnis gebracht; eine Änderung des § 4 Absatz 7 der AGB der Primacall erfolgte nicht.

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus den von der Primacall am 22.07.2011 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ON 1), dem Schreiben an die Primacall vom 25.07.2011 (ON 2), der Aufforderung zur Stellungnahme an die Primacall (ON 4), dem Aktenvermerk über die Überprüfung einer eventuellen früheren Anzeige der Primacall (ON 5), dem Fristerstreckungsantrag (ON 6), dessen Entsprechung (ON 7), der Stellungnahme der Primacall vom 31.08.2011 (ON 8) sowie der Anzeige geänderter AGBs vom 5.9.2011 (ON 9).

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) gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 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:

Klausel zur Löschung der CPS im Falle der Kündigung (§ 4 Absatz 7 der gegenständlichen AGB):

Die gegenständliche Klausel § 4 Abs 7 der AGB der Primacall sieht im Falle einer Kündigung durch den Teilnehmer vor, dass der Teilnehmer diesfalls verpflichtet sei, sich „[...] selbst einen neuen Telefondienstanbieter zu suchen, über den er zukünftig telefonieren will[...]“. Weiters bleibe der Teilnehmer auch nach Vertragsende bei der Primacall entgeltpflichtig, wenn er deren Dienste nach der Kündigung weiter nutze. Diese Klausel kann nur so verstanden werden - und dies gesteht Primacall in ihrer Stellungnahme vom 31.8.2011 (ON8, Punkt IV) auch ausdrücklich zu - als der Kunde selbst nach Vertragsende dazu verpflichtet ist, entweder einen anderen Betreiber öffentlicher Telefondienste mit der Einrichtung einer CPS zu beauftragen oder die Löschung der CPS und hiermit die Rückschaltung auf das Netz der A1 Telekom Austria AG selbst zu veranlassen.

Die vertragstypischen Hauptleistungspflichten für einen CPS-Betreiber im Rahmen eines Vertrages über die Erbringung von öffentlichen Telefondiensten im Wege der CPS bestehen grundsätzlich aus der Einrichtung der CPS bei der A1 Telekom Austria AG durch den CPS-Betreiber und der Erbringung des Telefondienstes selbst (Annahme und Weitervermittlung von Anrufen des Endkunden während aufrechter Vertragsdauer über das Netz des CPS-Betreibers), somit also alle Leistungen, die die Erfüllung der vertraglichen Leistungen überhaupt erst ermöglichen. Zu den jedenfalls verkehrüblichen und

vertragstypischen Nebenleistungspflichten eines Betreibers bei einem CPS-Vertrag zählt jedoch vor allem auch die Löschung der CPS durch den CPS-Betreiber zum Vertragsende.

Aus dem ersten und zweiten Satz der vorgenannten Klausel ergibt sich jedoch, dass die Primacall selbst die CPS bei Vertragskündigung (so wohl auch bei der Kündigung gemäß § 25 Abs 3 TKG 2003) durch den Teilnehmer nicht löschen lässt, sondern vielmehr vorsehen möchte, dass diesfalls der Teilnehmer selbst für die Löschung der CPS oder deren Umschaltung zu einem anderen CPS-Betreiber verantwortlich ist.

Dies entspricht jedoch unabhängig von den unten dargelegten zivilrechtlichen Überlegungen nicht den entsprechenden Zusammenschaltungsanordnungen (§ 50 TKG 2003) mit der A1 Telekom Austria AG. Punkt 6.1 des Anhangs 21 zum Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.03.2002 zu Z 20/01-38, der nach wie vor die materielle Grundlage der Zusammenschaltung zwischen der A1 Telekom Austria AG und anderen Kommunikationsnetzbetreibern darstellt, lautet:

„6.1 Die Abbestellung einer VNB-Vorauswahl ohne gleichzeitige Einrichtung einer neuen VNB-Vorauswahl erfolgt durch VNBalt mittels strukturierter E-Mail oder Telefax. VNB verpflichtet sich in seiner Rolle als VNBalt gegenüber der TA, die VNB-Vorauswahl unverzüglich abzubestellen, sobald das auf VNB-Vorauswahl gerichtete Vertragsverhältnis mit dem Endkunden beendet ist. Die TA wird die VNB-Vorauswahl innerhalb von drei Arbeitstagen nach Versendung der Bestätigung der Abbestellung ausrichten.“

Ein Zusammenschaltungspartner der A1 Telekom Austria AG ist daher schon aus diesem Grund verpflichtet, bei Vertragsbeendigung die CPS löschen zu lassen. In diesem Zusammenhang ist daher der Vorleistungserbringer der Primacall, der notwendigerweise eine entsprechende Zusammenschaltungsvereinbarung mit der A1 Telekom Austria AG abgeschlossen haben muss, jedenfalls verpflichtet, die CPS bei Vertragsende löschen zu lassen.

Diese Klausel ist daher jedenfalls ungewöhnlich als auch benachteiligend iSd § 864a ABGB als auch für den Endkunden gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Bezüglich des Verstoßes gegen § 864a ABGB ist wie folgt auszuführen: Gemäß § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern nicht Vertragsbestandteil, wenn sie überraschend benachteiligend sind und der Vertragspartner unter Berücksichtigung der Umstände mit dieser Bestimmung nicht rechnen musste.

Der Anwendungsbereich des § 864a ABGB erstreckt sich im Gegensatz zur Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB nicht nur auf Nebenabreden, sondern auch auf Bestimmungen, die Hauptleistungspflichten begründen, umgestalten oder erweitern (*Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³, § 864a Rz 7*). Die Beurteilung, ob eine Bestimmung ungewöhnlich ist, ist an der Verkehrsüblichkeit der Bestimmung bei dem betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Ob eine Bestimmung nachteilig für den anderen Teil ist, beurteilt sich aus der Sicht eines redlichen Vertragspartners bei Vertragsschluss und ob diese nach den Umständen hätte auffallen müssen, bemisst sich an der äußeren Gestaltung der Vertragsurkunde (zB: Hervorhebung, Fettdruck).

Eine derartige Klausel ist jedenfalls benachteiligend, da hiermit eine vertragsimmanente Nebenleistungspflicht der Primacall bei Beendigung des Telefondienstvertrages, nämlich die grundsätzliche Wiederherstellung des technischen Zustandes vor Vertragsabschluss durch Löschung der CPS bei der A1 Telekom Austria AG, auf den Kunden abgewälzt wird. Der durchschnittliche Vertragspartner eines Telefondienstbetreibers muss ohne

besonderen Hinweis nicht damit rechnen, dass er zusätzlich zu seiner rechtzeitigen Kündigung auch noch dafür Sorge zu tragen hat, dass die CPS für seinen Abschluss gelöscht wird (so ihm diese Möglichkeit überhaupt bekannt ist), um nicht mehr über das Netz des bisherigen Telefondienstbetreibers zu telefonieren. Weiters hat er nicht damit zu rechnen, dass er nach erfolgter Kündigung und verstrichenem Kündigungstermin trotzdem noch kostenpflichtige Leistungen der Primacall in Anspruch nimmt, soweit er nicht selbst bei der A1 Telekom Austria AG die Löschung der CPS beantragt. Da die CPS bei Vertragsbeginn vom Telefondienstanbieter ohne weiteres Zutun des Kunden vom Telefondienstbetreiber eingerichtet wird, kann dieser mit Recht auch vom umgekehrten Vorgang, nämlich der Löschung der CPS ohne sein Zutun, bei Vertragsende ausgehen. Auch sind solche Klauseln bei Telefondienstverträgen über CPS nicht branchen- und somit auch nicht verkehrsüblich.

Die genannte Klausel steht daher mit § 864a ABGB in Widerspruch.

Die Klausel verstößt jedoch auch gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil sie den Vertragspartner der Primacall - ohne Hauptleistungen festzulegen - bei Abwägung aller Umstände gröblich benachteiligt. Im Rahmen des aus der Judikatur zu § 879 Abs 3 ABGB entstandenen "beweglichen Systems" sind objektive Äquivalenzstörungen und auch die "verdünnte Willensfreiheit" im Falle der Verwendung von AGB zu berücksichtigen. Den Maßstab der Beurteilung bildet hierbei insbesondere das dispositive Recht als Leitlinie eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs (ua RIS-Justiz RS0014676). Schon eine ohne sachliche Rechtfertigung vorgesehene Abweichung vom dispositiven Recht kann daher eine gröblich Benachteiligung bewirken.

Wie zuvor bereits ausgeführt, ist die Löschung der CPS bei Vertragsbeendigung als selbständige Nebenleistungspflicht der Primacall im Rahmen des Telefondienstvertrages anzusehen. Mit der vorliegenden Klausel möchte Primacall jedoch die letztgenannte vertragliche Verpflichtung von sich auf den Kunden abwälzen. Die Tatsache, dass der Kunde der Primacall zusätzlich zu seiner Entgeltzahlungspflicht Nebenleistungen (nämlich die Löschung der CPS nach Vertragsende sicherzustellen) selbst erbringen soll, die eigentlich Teil der vertragsimmanenten Nebenleistungspflicht der Primacall sind, die bereits mit den Grund- und Gesprächsgebühren abgegolten sind und daher vom Betreiber selbst zu erbringen wären, führt im Hinblick auf einen ausgewogenen und gerechten Interessenausgleich zwischen den Vertragspartnern jedenfalls zu einer gröblichen Benachteiligung der Rechtsposition des Teilnehmers. Diese Benachteiligung wird auch dadurch noch verstärkt, als die Löschung der CPS durch den CPS-Betreiber selbst in aller Regel elektronisch (per E-Mail oder Webinterface) erfolgt und mit nur sehr geringem technischen wie administrativen Aufwand verbunden ist, wohingegen der Kunde - mangels entsprechendem Hinweis in der gegenständlichen Klausel - sich überhaupt erst informieren muss, bei welcher Kontaktstelle der A1 Telekom Austria AG unter Nutzung welcher Formulare er die CPS selbst löschen lassen kann. Dem Kunden wird damit ein in zeitlicher und administrativer Hinsicht aufwändiger Prozess (Information über die Kontaktstelle, Besorgung der entsprechenden Formulare, Übermittlung der entsprechenden Formulare usw.) aufgebürdet, der Teil der vertraglichen Leistungspflicht der Primacall ist. Darüber hinaus erscheint es bei objektiver Betrachtung kaum möglich, dass der Kunde die CPS eben genau am letzten Tag der Vertragslaufzeit löschen lässt, als mit der Bearbeitung der Löschanforderung des Kunden durch den Kommunikationsnetzbetreiber ebenfalls ein gewisser Zeitaufwand verbunden ist, wohingegen die Löschanforderungen des CPS-Betreibers an die A1 Telekom Austria AG in aller Regel sofort bearbeitet werden.

Der Kunde könnte im Rahmen der gegenständlichen Klausel nur entweder riskieren, die CPS durch frühe Übermittlung der entsprechenden Formulare bereits vor Vertragsende mit

dem Telefondienstbetreiber löschen zu lassen und hiermit in Kauf zu nehmen, die Leistungen der Primacall, für die er jedoch (zumindest im Ausmaß eventueller Paket- oder Grundgebühren) bis zum Vertragsende entgeltspflichtig ist, gar nicht mehr bis zu diesem Datum nutzen zu können, oder durch späte Übermittlung der Löschungsanfrage zu riskieren, trotz bereits erfolgter Kündigung und erreichtem Vertragsende noch Verbindungen über das Netz der Primacall aufzubauen und für diese auch bei dieser bezahlen zu müssen.

Die Klausel ist daher – ohne Hauptleistungen festzulegen - für den Teilnehmer auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Hieraus ergibt sich, dass die genannte Klausel in dieser Formulierung daher auch intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG ist, da sie gegen das § 6 Abs 3 KSchG immanente Vollständigkeitsgebot verstößt. Besonders hohe Anforderungen im Hinblick auf das Gebot der Vollständigkeit und des Gebots, den Vertragspartner auf Rechtsfolgen hinzuweisen, sind an eine Klausel immer dann zu stellen, wenn die entsprechende Klausel Auswirkungen auf die Zahlungspflichten des Verbrauchers vorsieht (*Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³ § 6 Rz 113*). Dies ist hier jedenfalls gegeben, da bei unterlassener bzw nicht fristgerechter Löschung der CPS der Endkunde trotz erfolgter Kündigung weiterhin bei der Primacall entgeltspflichtig bleibt. Die Klausel unterlässt es jedoch, den Verbraucher in klarer und vor allem vollständiger Art und Weise darüber aufzuklären, dass Primacall die CPS bei Vertragsende nicht selbst löschen lässt. Erst aus dem zweiten Satz der Klausel ergibt sich - nach längerem Studium der Klausel - der indirekte Hinweis aus der "fortgesetzten Entgeltspflicht", dass der Verbraucher für die Löschung der CPS offenbar selbst Sorge zu tragen habe.

Darüber hinaus suggeriert der erste Satz der Bestimmung „*[..]Im Falle der Kündigung des Vertragsverhältnisses durch den Kunden ist dieser verpflichtet, sich selbst einen neuen Telefondienstanbieter zu suchen, über den er zukünftig telefonieren will. [..]*“ dem Verbraucher indirekt, dass er - sollte er sich nicht selbst einen andern Telefondienstanbieter suchen - gar nicht mehr telefonieren könne. Bei verbraucherfeindlichster Auslegung müsste dieser Satz in Verbindung mit dem zweiten Satz der Klausel so verstanden werden, als wolle Primacall dem Vertragspartner das Bild vermitteln, sie sei praktisch verpflichtet, die CPS bis zur Auswahl eines neuen Telefondienstbetreibers aufrecht zu erhalten, da der Verbraucher sonst nicht mehr telefonieren könne. Hierdurch wird der Eindruck erweckt, eine Löschung der CPS durch Primacall bei Vertragsende sei nicht im Sinne des Endkunden, da dieser sonst keine Telefonverbindungen mehr aufbauen könne.

Im Gegenteil hierzu führt jedoch die Löschung der CPS nur dazu, dass sämtliche Verbindungen des Verbrauchers wieder über das Netz der A1 Telekom Austria AG selbst aufgebaut und von dieser verrechnet werden. Eine Unterbrechung der Versorgung mit Telefondiensten tritt bei der Löschung der CPS zu keinem Zeitpunkt ein, sondern führt diese nur zu einem "Rückfall" der Verbindungsvoreinstellung zu A1 Telekom Austria AG.

Die Einwände der Primacall, diese Regelung impliziere, dass der Kunde die Dienste der Primacall auch nach Vertragsende weiter nutzen könne und andererseits die Aufrechterhaltung der CPS im Interesse des Kunden sei, sind für die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehbar und gehen auch im Hinblick auf die oben dargestellte Rechtslage im Hinblick auf die entsprechende Zusammenschaltungsanordnung ins Leere. Inwieweit es für den Kunden von Vorteil sein soll, trotz seiner Kündigung und erreichtem Vertragsende ohne sein eigenes Eingreifen weiter bei Primacall entgeltspflichtig zu sein, obwohl in aller Regel ein Kunde mit einer Kündigung zum Ausdruck bringen möchte, keine Dienste des betreffenden Betreibers mehr nutzen zu wollen, bleibt unbeantwortet.

Das Vorbringen der Primacall, nur im Falle der ausdrücklichen Erklärung des Kunden seine Verbindungen nach Vertragsende über die A1 Telekom Austria AG führen zu wollen, könne die Primacall die CPS in der Art entfernen lassen, dass der Kunde ohne Unterbrechungen hiernach über die A1 Telekom Austria AG telefonieren könne, kann sowohl in technischer Hinsicht (amtsbekannt) als auch im Hinblick auf die oben dargelegte Rechtslage der entsprechenden Zusammenschaltungsanordnung als unzutreffend bezeichnet werden.

Es war den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Primacall GmbH daher auf Grund der oben dargelegten Widersprüche zu dem Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 zu widersprechen.

Inwiefern die weiteren Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere jene in der geänderten Fassung vom 5.9.2011 (ON 9), dem Prüfungsmaßstab entsprechen, war im vorliegenden Fall 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 12.09.2011

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann