

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder im amtswegig eingeleiteten Verfahren gemäß § 36 TKG 2003, M 1/15, in der Sitzung vom 04.05.2015 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Die S [REDACTED] [REDACTED] AG, [REDACTED], 1010 Wien, wird gemäß § 10 Abs 3 AVG als Bevollmächtigte der [REDACTED] S.A. im Verfahren der Telekom-Control-Kommission gemäß § 36 TKG 2003, M 1/15, nicht zugelassen.

II. Begründung

A. Festgestellter Sachverhalt

1. Zum Verfahren M 1/15

Mit Beschluss vom 20.03.2015 leitete die Telekom-Control-Kommission zur Geschäftszahl M 1/15 ein (Marktanalyse-) Verfahren gemäß § 36 TKG 2003 ein (amtsbekannt).

Die Einleitung wurde gemäß § 40 KOG am 23.03.2015 mittels Edikts auf der Homepage der RTR-GmbH, der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission, mit der Wirkung kundgemacht, dass vom Verfahren Betroffene ihre Parteistellung verlieren, wenn sie nicht innerhalb von sechs Wochen nach Kundmachung des Edikts ihre Betroffenheit gegenüber der Behörde unter der E-Mail-Adresse marktanalyse@rtr.at glaubhaft machen (https://www.rtr.at/de/tk/M1_15_Edikt_EinleitungdesVerfahrens).

2. Zur S [REDACTED] AG

Die S [REDACTED] AG verfügt über eine Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe „Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation“ iSd § 94 Z 74 GewO 1994. Im Rahmen dieser Berechtigung erbringt die S [REDACTED] AG gewerblich Dienstleistungen, wie auch die Vertretungsleistung im gegenständlichen Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission, an Unternehmen gegen Entgelt. Eine Berechtigung zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft in Österreich besteht nicht (ON 11; unstrittig).

3. Zur Anzeige der Vertretung der [REDACTED] S.A.

Am 02.04.2015 übermittelte ein Mitarbeiter der S [REDACTED] AG, Mag. [REDACTED], ein E-Mail an die im Edikt genannte E-Mail-Adresse mit dem folgenden Inhalt:

„From: [REDACTED]
To: marktanalyse@rtr.at
Date: 02.04.2015 16:15
Subject: M 1/15: [REDACTED]

Sehr geehrte Damen und Herren,

S [REDACTED] AG vertritt die Firma [REDACTED] in Österreich (amtsbekannt).

[REDACTED] SA ist als Netzbetreiber in Österreich tätig und wurde als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Terminierungsmarkt eingestuft (amtsbekannt). [REDACTED] ist daher vom Gang des Verfahrens direkt betroffen.

Wir bitten daher, die Parteistellung von [REDACTED] im Verfahren M1/15 aufrechtzuhalten.

Mit freundlichen Grüßen,

[REDACTED]
...“ (ON 11).

4. Aufforderung zur Stellungnahme

Mit E-Mail vom 08.04.2015 wurde dieses E-Mail von der RTR-GmbH als Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission dahingehend beantwortet, dass die S [REDACTED] AG nach dem Kenntnisstand der Regulierungsbehörden über eine Gewerbeberechtigung als Unternehmensberater verfüge und im Rahmen dieser Berechtigung gewerblich Dienstleistungen an Unternehmen gegen Entgelt erbringe. Eine Berechtigung zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft in Österreich bestehe nicht. Nach § 10 Abs 3 AVG sei eine

Vertretung von Parteien in Verwaltungsverfahren vor den Regulierungsbehörden durch die S [REDACTED] [REDACTED] AG daher nicht zulässig. Die S [REDACTED] [REDACTED] AG wurde aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen (ON 11).

Dem E-Mail beigefügt übermittelte die RTR-GmbH ein bezugnehmendes Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend vom 05.07.2013, BMWFJ-30.599/0248-I/7/2013 zur Kenntnisnahme (Beilage zu ON 11).

Am 15.04.2015 langte eine Stellungnahme der S [REDACTED] [REDACTED] AG ein, in der einige Fragen im Zusammenhang mit der Vertretung in Verwaltungsverfahren an die RTR-GmbH gerichtet werden. Die S [REDACTED] [REDACTED] AG zog die Bekanntgabe der Vertretung der [REDACTED] S.A. laut E-Mail ON 11 jedoch weder zurück, noch wurde der Umfang der angestrebten Vertretung eingeschränkt (ON 17).

B. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Beweismitteln bzw sind amtsbekannt oder unstrittig.

C. Rechtliche Beurteilung

1. Gesetzliche Regelung

§ 10 AVG 1991, BGBl Nr 51/1991 idgF, lautet:

„Vertreter

(1) Die Beteiligten und ihre gesetzlichen Vertreter können sich, sofern nicht ihr persönliches Erscheinen ausdrücklich gefordert wird, durch eigenberechtigte natürliche Personen, juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften vertreten lassen. Bevollmächtigte haben sich durch eine schriftliche, auf Namen oder Firma lautende Vollmacht auszuweisen. Vor der Behörde kann eine Vollmacht auch mündlich erteilt werden; zu ihrer Beurkundung genügt ein Aktenvermerk. Schreitet eine zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person ein, so ersetzt die Berufung auf die ihr erteilte Vollmacht deren urkundlichen Nachweis.

(2) Inhalt und Umfang der Vertretungsbefugnis richten sich nach den Bestimmungen der Vollmacht; hierüber auftauchende Zweifel sind nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. Die Behörde hat die Behebung etwaiger Mängel unter sinngemäßer Anwendung des § 13 Abs. 3 von Amts wegen zu veranlassen.

(3) Als Bevollmächtigte sind solche Personen nicht zuzulassen, die unbefugt die Vertretung anderer zu Erwerbszwecken betreiben.

(4) Die Behörde kann von einer ausdrücklichen Vollmacht absehen, wenn es sich um die Vertretung durch amtsbekannte Angehörige (§ 36a), Haushaltsangehörige, Angestellte oder durch amtsbekannte Funktionäre von beruflichen oder anderen Organisationen handelt und Zweifel über Bestand und Umfang der Vertretungsbefugnis nicht obwalten.

(5) Die Beteiligten können sich eines Rechtsbeistandes bedienen und auch in seiner Begleitung vor der Behörde erscheinen.

(6) Die Bestellung eines Bevollmächtigten schließt nicht aus, daß der Vollmachtgeber im eigenen Namen Erklärungen abgibt.“

§ 136 Abs 3 GewO 1994, BGBl I 194/1994 idgF, lautet:

„(3) Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren sind im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung zur Vertretung des Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts berechtigt.“

2. Zuständigkeit

Nach § 117 Z 6 TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission zur Führung von Verfahren nach § 36 TKG 2003 (Marktanalyseverfahren) zuständig. Auch verfahrensrechtliche Entscheidungen in diesen Verfahren, wie die gegenständliche Entscheidung, sind von der Zuständigkeit umfasst.

3. Unzulässigkeit einer Bevollmächtigung der S [REDACTED] AG nach § 10 Abs 3 AVG

Die S [REDACTED] AG ist Unternehmensberater iSd § 94 Z 74 GewO 1994, nicht aber zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft berechtigt. Unternehmensberater sind nach § 136 Abs 3 GewO 1994 lediglich „im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung zur Vertretung des Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts berechtigt.“

Umfang der Gewerbeberechtigung des § 94 Z 74 GewO 1994

Das Schwergewicht des Consultingvertrages oder Unternehmensberatungsvertrages liegt nach oberstgerichtlicher Rechtssprechung in der entgeltlichen Erbringung von kaufmännisch-betriebswirtschaftlichen ("Management Consulting") oder ingenieurwissenschaftlich-technischen ("Consulting Engineering") Beratungsleistungen des Consultant für den Klienten. Die Beratungsleistungen finden inter partes mit dem Ziel statt, für den Klienten, dem der Consultant sein Expertenwissen zur Verfügung stellt, Problemlösungen zu erarbeiten und vorzuschlagen (vgl OGH 10.07.2001, 4 Ob 145/01d).

Nach der zitierten Entscheidung ergibt sich aber schon aus dem Wortlaut des (damaligen) § 172 Abs 3 – bzw nunmehr identisch § 136 Abs 3 – GewO 1994 klar, dass der Gesetzgeber Unternehmensberatern insbesondere keine umfassende berufsmäßige Parteienvertretung ermöglichen wollte, da eine solche auch im Widerspruch zum Vertretungsvorbehalt des § 8 Abs 1 RAO stünde. Der Unternehmensberater erhält vom Klienten typischerweise weder Entscheidungsbefugnisse, um sich für eine der von ihm erarbeiteten und vorgeschlagenen Problemlösungsvarianten endgültig zu entscheiden, noch lässt er sich dazu ermächtigen, die beschlossene Problemlösung (etwa als dessen bevollmächtigter Vertreter) nach außen durchzusetzen und für den Auftraggeber zu realisieren. Letzteres obliegt vielmehr dem Auftraggeber selbst. Außenkontakte namens des Auftraggebers überschreiten demnach nur solange den Rahmen der Gewerbeberechtigung nicht, als sie zur Erfüllung der oben genannten, vom Unternehmensberater berufstypisch zu erbringenden Leistungen (Erarbeitung von Konzepten und Problemlösungen) erforderlich sind, es sich also beispielsweise um die Einholung notwendiger Informationen zur Ermittlung des zu beurteilenden Sachverhalts handelt (vgl OGH in 4 Ob 145/01d, 4 Ob 26/03g, 4 Ob 111/06m ua; vgl auch VwGH 30.05.2006, 2005/06/0292).

Lediglich soweit im Rahmen der Erarbeitung solcher Problemlösungen die Einholung von Auskünften zB bei Behörden erforderlich ist, ist also – entgegen der von der S [REDACTED] AG in ON 17 vertretenen Rechtsmeinung – eine Vertretung nach außen von § 136 Abs 3 GewO 1994 umfasst. Die Vornahme von weiter gehenden Vertretungshandlungen, wie zB die mit ON 11 erfolgte Einbringung einer Anzeige der Betroffenheit und die umfassende Vertretung der Partei im Verfahren ist allerdings von der Gewerbeberechtigung der Unternehmensberater und daher von § 136 Abs 3 GewO 1994 nicht gedeckt, da Entscheidungsbefugnisse, wie sie mit derartigen Vertretungsleistungen in Verfahren verbunden und dafür erforderlich sind, dem Unternehmensberater berufstypisch

gerade nicht eingeräumt werden (vgl dazu auch das der S [REDACTED] [REDACTED] AG mit ON 11 übermittelte Schreiben des damaligen Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend vom 05.07.2013, BMWFJ-30.599/0248-I/7/2013).

Bekanntgebener Umfang der Bevollmächtigung der S [REDACTED] [REDACTED] AG

Die S [REDACTED] [REDACTED] AG hat nun im E-Mail vom 02.04.2015 allgemein unter Bezugnahme auf das Verfahren M 1/15 bekanntgegeben, die [REDACTED] S.A. vertreten zu wollen. Eine Einschränkung auf bestimmte, im dargestellten Sinn von der Gewerbeberechtigung allenfalls gedeckte Handlungen, wie zB Akteinsichtnahme oder Behördenkontakte zur Vorbereitung einer Problemlösung, wurde nicht vorgenommen.

Vielmehr wurde bereits die erste wesentliche Verfahrenshandlung, nämlich die Glaubhaftmachung der Betroffenheit iSd § 40 KOG, von der S [REDACTED] [REDACTED] AG im Vollmachtsnamen der [REDACTED] S.A. vorgenommen. Dem in diesem Zusammenhang in der Stellungnahme vom 15.04.2015, ON 17, erstatteten Vorbringen, wonach es sich lediglich um eine „simple Meldung über die Betroffenheit vom Marktanalyseverfahren“ handle, kann nicht gefolgt werden. Im aktuellen Stadium des Verfahrens M 1/15 erzeugt diese Meldung vielmehr die für das weitere Verfahren zentrale Rechtswirkung des Erhaltens der Parteistellung für die Vertretene und ist daher – sofern von einem Bevollmächtigten vorgenommen – gerade dem Kernbereich der durch § 8 Abs 1 RAO grundsätzlich den Rechtsanwältinnen vorbehaltenen prozessualen Vertretungstätigkeit zuzurechnen.

Die S [REDACTED] [REDACTED] AG hat auch über Vorhalt der Unzulässigkeit der Bevollmächtigung (ON 11) in ihrer Stellungnahme vom 15.04.2015, ON 17, keine Einschränkung der ursprünglich gemeldeten Bevollmächtigung auf ein zulässiges Maß vorgenommen. Vielmehr wurde auch hier lediglich ausgeführt, „die fachkundige Vertretung durch Ökonomen und Ingenieure der S [REDACTED] [REDACTED] AG, die sich zusätzlich durch sehr lange Branchenerfahrung auszeichnen“, sei zulässig.

Eine derartige Bevollmächtigung zur eigenverantwortlichen Vertretung nach außen ist aber, wie oben dargestellt, von der Gewerbeberechtigung der S [REDACTED] [REDACTED] AG und somit auch von § 136 Abs 3 GewO 1994 nicht gedeckt. Da die S [REDACTED] [REDACTED] AG, wie festgestellt, diese von ihrer Gewerbeberechtigung nicht gedeckte Vertretungsleistung zu Erwerbszwecken gegen Entgelt, und damit unbefugt, anbietet, ist diese Bevollmächtigung nach § 10 Abs 3 AVG nicht zulässig.

Bescheidmäßige Nichtzulassung

Aus der Formulierung des § 10 Abs 3 AVG („nicht zuzulassen“) ergibt sich, dass die Bevollmächtigung auch von nicht zuzulassenden Personen nicht von vornherein „nichtig“ ist, sondern erst durch eine entsprechende von Amts wegen vorzunehmende Verfügung der Behörde über die Nichtzulassung unwirksam wird. Diese hat in Form eines verfahrensrechtlichen Bescheides zu erfolgen, der dem Winkelschreiber gegenüber zu erlassen ist und die Vertretungsbefugnis ex nunc beendet (vgl Hengstschläger/Leeb, AVG (2. Ausgabe 2014) § 10 Rz 5).

Kein Erfordernis eines Verbesserungsauftrages

Die S [REDACTED] [REDACTED] AG hat sich gegenüber der Telekom-Control-Kommission lediglich auf eine „amtsbekannte“ Vollmacht berufen, statt eine solche iSd § 10 Abs 1 AVG nachzuweisen. Da bei einem nach § 10 Abs 3 AVG nicht zulässigen Einschreiten auch die Vorlage einer Vollmacht den Mangel einer im Hinblick auf § 10 Abs 3 AVG unzulässigen Bevollmächtigung nicht beheben kann, war kein Verbesserungsauftrag nach § 13 Abs 3 AVG durch Vorlage einer Vollmacht zu erteilen (vgl VwGH vom 26.06.2012, 2010/09/0181) sondern vielmehr unmittelbar mit Erlassung des gegenständlichen Bescheides vorzugehen.

Festgehalten wird, dass trotz Nichtzulassung der S [REDACTED] [REDACTED] AG gemäß § 10 Abs 3 AVG als generell Bevollmächtigte, die oben als zulässig dargestellten Vertretungshandlungen des Unternehmensberaters, wie zB Akteinsicht, auch im Verfahren M 1/15 – bei Vorlage einer entsprechenden Vollmacht – im Einzelfall nach wie vor zulässig sein können.

Aus den dargestellten Gründen war somit spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 490/2013). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 04.05.2015

Der Vorsitzende
Mag. Nikolaus Schaller