

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 13.12.2013 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Multikom Austria Telekommunikation GmbH in ihrer Sitzung vom 03.02.2014 beschlossen:

I. Spruch

- A. Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird folgenden Klauseln bzw Klauselteilen
1. *„1.5. Änderungen der AGB können von xLINK vorgenommen werden und sind diese auch für bestehende Vertragsverhältnisse wirksam, jedoch Verbrauchern gegenüber nur zulässig, wenn diese dem Kunden zumutbar sind, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt sind. Diesbezügliche Änderungen werden ebenfalls im Internet auf der Homepage von xLINK bekannt gegeben. Sie werden zwei Monate im Voraus gemäß § 25 Abs 2 TKG 2003 kundgemacht. Der Kunde wird auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungen hingewiesen und ist berechtigt den Vertrag kostenlos schriftlich bis in Kraft treten zu kündigen. Diese außerordentliche Kündigung ist ausgeschlossen, falls die Änderung ausschließlich zum Vorteil des Kunden erfolgt oder Entgelt einem vereinbarten Index gemäß angepasst wird.“*
 2. *„1.6. Im Fall der Kündigung des Kunden, behält sich xLINK – binnen zwei Wochen nach Erhalt der Kündigung – das Recht vor, am Vertrag unter den bisherigen Bedingungen festhalten zu wollen. In diesem Fall ist die Kündigung des Kunden gegenstandslos. xLINK wird den Kunden auch auf diese seine Möglichkeit hinweisen.“*
 3. *„3.7. Fair-Use soll die gleichmäßige Verteilung des Datenverkehrs, das Gleichgewicht für alle Kunden sowie die Integrität des Zugangsnetzes aufrechterhalten. Bei mehrmaligem Überschreiten eines Limits von zehn Gigabyte/Monat ist xLINK berechtigt – nach Abstimmung mit dem Kunden – den Vertrag entsprechend anzupassen oder ein Limit festzusetzen.“*
 4. *„5.2. xLINK haftet nach den allgemeinen Rechtsvorschriften (ABGB und UGB); jedoch haftet xLINK – sofern zwingendes Recht nicht entgegensteht – jedenfalls nicht für im Internet transportierte oder vom*

Kunden verfügbar[e] gemachte Inhalte oder für von ihm erhaltene E-Mails (inklusive enthaltener Viren) sowie für Leistungen dritter Diensteanbieter, und zwar auch dann nicht, wenn der Kunde den Link über die Homepage oder die Information von xLINK erhält. § 4.11 und § 4.12 kommen entsprechend zur Anwendung. xLINK haftet für Schäden außerhalb des Anwendungsbereiches des Produkthaftungsgesetzes nur, soweit sie diese vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat. Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit –ausgenommen davon sind Personenschäden -, der Ersatz von Folgeschäden und Vermögensschäden, nicht erzielten Gewinne, Zinsverlusten, entgangenem Gewinn, verloren gegangenen Daten und von Schäden aus Ansprüchen Dritter gegen den Kunden ist – sofern zwingendes Recht nicht entgegensteht – ausgeschlossen und ist die Ersatzpflicht von xLINK – sofern zwingendes Recht dem nicht entgegen steht – für jedes schadenverursachende Ereignis (mit Ausnahme von Personenschäden) gegenüber dem einzelnen Geschädigten mit Euro 1.000,00— gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten mit Euro 10.000,00 beschränkt. Die Höchstgrenze des Gesamtschadens kann nicht überschritten werden, vielmehr verringern sich die Ansprüche der einzelnen Geschädigten anteilsmäßig.

Für Verbraucher gilt nachfolgende abweichende Regelung: Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit von xLINK wird ausgeschlossen, außer es handelt sich um Personenschäden.“

5. „5.4. Der Kunde haftet xLINK für alle Entgeltforderungen aus Kommunikationsdienstleistungen, welche sich aus der Nutzung seines Anschlusses bzw. seiner Zugangsdaten (auch durch Dritte) generieren, sofern die missbräuchliche Verwendung nicht xLINK zu vertreten hat. Der Kunde darf Dritten nur unter Beachtung von § 11.1. und mit ausdrücklicher Zustimmung von xLINK die Inanspruchnahme von Leistungen gestatten. [..]“
6. „6.3. [..] Wird mit dem Kunden keine Kreditkartenabrechnung oder kein Lastschriftverfahren/Einzugsermächtigungsverfahren vereinbart, so berechtigt dies xLINK für jede Rechnung eine Zahlscheingebühr zu verlangen. [..]“
7. „6.6. Eine Zahlung gilt an dem Tag als geleistet, an welchem xLINK über sie verfügen kann. [..]“
8. „6.7. xLINK kann im Falle des Zahlungsverzuges sämtliche offenen Forderungen aus diesem oder anderen Geschäften sofort fällig stellen und für diese Beträge ab der jeweiligen Fälligkeit Mahnspesen bis zu von € 25,00 und Verzugszinsen in der Höhe von 12 %, ab Verzugseintritt zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer zu verrechnen, sofern xLINK nicht darüber hinausgehende Kosten nachweist. [..]“
9. „6.11. Einwendungen gegen in Rechnung gestellte Entgeltforderungen sind vom Kunden innerhalb einem Monat ab Rechnungsdatum schriftlich an xLINK zu erheben, andernfalls die Forderung als anerkannt gilt.“
10. „6.15. Wird bei der Überprüfung der Höhe von in Rechnung gestelltem Verbindungsentgelt ein Fehler festgestellt, welcher sich zum Nachteil des Kunden ausgewirkt haben könnte und lässt sich die richtige Höhe nicht ermitteln, so ist unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände eine pauschale Abgeltung für diesen Zeitraum zu treffen.“

11. „8.1. Verträge von xLINK werden grundsätzlich auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Sofern keine andere Mindestvertragsbindung vereinbart wurde, beträgt sie zwölf Monate. Bei Businessprodukten verlängert sich nach Ablauf der Mindestvertragsdauer der Vertrag automatisch um weitere 12 Monate. [..]“

„8.4. Für Businessverträge gilt automatisch 60 Monate Laufzeit wenn nicht anders vereinbart.[..]“

12. „9.4. xLINK ist berechtigt, Zugangsdaten und andere personenbezogene Verkehrsdaten, welche für das Herstellen von Verbindungen und die Verrechnung von Entgelt oder aus technischen Gründen (zur Behebung von Mängeln) sowie zur Klärung der Funktionsfähigkeit von Diensten und Einrichtungen erforderlich sind, insbesondere Source- und Destination-IP, aber auch sämtliche andere Logfiles auf Grund seiner gesetzlichen Verpflichtung gemäß § 99 Abs. 2 TKG 2003 für und bis Klärung offener Entgeltfragen – im notwendigen Ausmaß bis zum Ablauf jener Frist zu speichern, innerhalb der die Rechnung rechtlich angefochten werden oder der Anspruch auf Zahlung geltend gemacht werden kann bzw. dies aus den genannten technischen Gründen bzw. zur Überprüfung der Funktionsfähigkeit erforderlich ist.

[..]

Unabhängig davon, erteilt der Kunde seine jederzeit widerrufbare Zustimmung dazu, dass Verkehrsdaten zum Zwecke der Vermarktung von Telekommunikationsdienstleistungen xLINKs, insbesondere zur Weiterentwicklung, Bedarfsanalyse, Planung des Netzausbaus und der Verbesserung von Lösungsvorschlägen und Angeboten von Telekommunikationsdienstleistungen xLINKs, sowie zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen verwendet werden dürfen. Verkehrsdaten werden hierbei für die Beratung des Kunden und für die Durchführung von Meinungsumfragen nach Kriterien wie, Umsatz, bevorzugte Tarifzone, bevorzugte Tageszeit und bevorzugter Tarifierungsdauer ausgewertet. xLINK ist weiters berechtigt Stammdaten und andere für die Identität maßgebliche personenbezogene Daten – sofern dies nach den datenschutzrechtlichen Bestimmungen möglich und erforderlich ist – soweit der Kunde zustimmt auch an Dritte, insbesondere an die Gläubigerschutzverbände zum Zwecke des Gläubigerschutzes zu übermitteln.“

13. „11.1. Mit schriftlicher Zustimmung von xLINK ist der Kunde berechtigt, Rechte und Pflichten aus diesem Vertragsverhältnis an Dritte zu überbinden.[..]“

14. „14.1. Zur sofortigen Vertragsauflösung oder Dienstunterbrechung bzw. -abschaltung ist xLINK berechtigt, sofern ihm das Verhalten des Kunden oder ihm zurechenbarer Personen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisse unzumutbar machen, insbesondere wenn a) der Kunde mit bereits fälligen Zahlungen – trotz Mahnung samt Androhung der Vertragsauflösung oder Dienstunterbrechung auf schriftlichem oder elektronischen Weg unter Setzung einer Nachfrist von 14 Tagen – ganz oder auch nur zeitweise in Verzug ist [..];

g) wenn der Kunde wiederholt gegen die allgemein akzeptierten Standards der Netzbenutzer, die so genannte „Netiquette“ verstößt; [..]“

15. „14.5. Bei Rücktritt des Kunden, welche nicht von xLINK zu verantworten sind, gilt ein Schadenersatz in Höhe des xLINK entstandenen Aufwandes, zumindest

aber 20% des vereinbarten Nettoentgelts – soweit gesetzlich zulässig – als vereinbart.“

16. *„15.7 Bei der Kündigung eines Vertrages wird eine Auflösungsgebühr von € 29,- verrechnet.“*

17. *„7.3. Weiters ist xLINK – unter Anwendung des gelindesten Mittels – auch berechtigt den Anschluss zum Dienst oder Netz vollständig einzustellen, wenn nachstehende Bedingungen eintreten: [..]*

b) über das Vermögen des Kunden ein Ausgleichs-, Konkurs- oder Vorverfahren oder eine Gesamtexekution eröffnet oder bewilligt wird oder der Kunde einen außergerichtlichen Ausgleich beantragt oder die Eröffnung derartiger Verfahren mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wird.[..]

14.1. Zur sofortigen Vertragsauflösung oder Dienstunterbrechung bzw. -abschaltung ist xLINK berechtigt, sofern ihm das Verhalten des Kunden oder ihm zurechenbarer Personen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisse unzumutbar machen, insbesondere wenn [..]

b) insbesondere die Voraussetzungen des § 7.3. dieser AGB vorliegen;

16.1. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kunden beendet das Vertragsverhältnis (siehe § 7.3. lit b der AGB)[..].“

18. *„24.1. Sämtliche Bestimmungen dieser AGB gelten nur insoweit, als ihnen allenfalls zwingendes Recht, insbesondere Konsumentenschutzrecht, nicht entgegensteht. Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages oder dieser Bestimmungen unwirksam sein oder eine Lücke aufweisen, wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Die unwirksame Bestimmung ist durch eine gültige – welche dem angestrebten wirtschaftlichen Ziel am nächsten kommt – zu ersetzen.“*

in den am 13.12.2013 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Marke „xLink“ der Multikom Austria Telekom GmbH, die als Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheids bilden, widersprochen.

B. Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird den am 13.12.2013 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Marke „xLink“ der Multikom Austria Telekom GmbH, die als Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs bilden, aufgrund folgender, nicht vorhandener Mindestinhalte:

1. Informationen über den Zugang zu Notrufdiensten nach § 20 (§ 25 Abs 4 Z 2 lit a TKG 2003),
2. Informationen über Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu oder die Nutzung von Diensten (§ 25 Abs 4 Z 2 lit b TKG 2003),
3. allgemeine Informationen über vom Unternehmen zur Messung und Kontrolle des Datenverkehrs eingerichteten Verfahren, um eine Kapazitätsauslastung oder Überlastung einer Netzverbindung zu vermeiden, einschließlich Information über die möglichen Auswirkungen dieser Verfahren auf die Dienstqualität, sowie

Angaben, wo diesbezügliche Detailinformationen für den Teilnehmer leicht zugänglich abrufbar sind, (§ 25 Abs 4 Z 2 lit e TKG 2003),

4. alle vom Betreiber auferlegten Beschränkungen für die Nutzung der von ihm zur Verfügung gestellten Endeinrichtungen (§ 25 Abs 4 Z 2 lit g TKG 2003),
5. Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Dienstqualität (§ 25 Abs 4 Z 4 TKG 2003),
6. allgemeine Informationen über die Arten von Maßnahmen, mit denen das Unternehmen auf Sicherheits- oder Integritätsverletzungen oder auf Bedrohungen und Schwachstellen reagieren kann, sowie Angaben, wo diesbezügliche Detailinformationen für den Teilnehmer leicht zugänglich abrufbar sind (§ 25 Abs 4 Z 8 TKG 2003),

zur Gänze widersprochen.

II. Begründung

1. Verfahrensablauf

Mit Schreiben vom 12.12.2013 (eingelangt am 13.12.2013) hat die Multikom Austria Telekom GmbH (in Folge „Multikom“) Allgemeine Geschäftsbedingungen, die sie für ihre Marke „xLink“ verwendet, angezeigt. Der Anzeige ging ein Aufsichtsverfahren der RTR-GmbH gemäß § 91 TKG 2003 (RAUF 4/13) voraus, da Multikom die gegenständlichen AGB entgegen ihrer Verpflichtung nach § 25 Abs 1 TKG 2003 nicht vor Dienstaufnahme angezeigt hat. Das Aufsichtsverfahren wurde zwischenzeitlich mit Bescheid gemäß § 91 Abs 5 TKG 2003 abgeschlossen und festgestellt, dass dieser Mangel durch Vornahme der Anzeige vom 13.12.2013 beseitigt wurde.

Am 08.01.2014 wurde Multikom zur Stellungnahme bis 22.01.2014 im Hinblick auf die im Spruch genannten bedenklichen Klauseln als auch auf die fehlenden Mindestinhalte aufgefordert (ON 3). Am 27.01.2014 erstattete Multikom eine Stellungnahme im gegenständlichen Verfahren (ON 10).

2. Festgestellter Sachverhalt

Im Rahmen des Aufsichtsverfahren RAUF 4/13 brachte Multikom in ihrer Stellungnahme vom 13.12.2013 (ON 4) vor, die in Rede stehenden AGB seien bereits im Juni 2012 angezeigt worden. Es konnte trotz mehrmaliger Überprüfungen (ON 5, 6), auch in diesem Verfahren, nicht festgestellt werden, dass vor 13.12.2013 für die gegenständlichen AGB durch Multikom eine Anzeige nach § 25 Abs 1 TKG 2003 erstattet wurde. Die letzte entsprechende AGB-Anzeige der Multikom nach § 25 TKG 2003 erfolgte am 07.01.2008 (GZ G 1/08).

Die AGB der Multikom für ihre Marke „xLink“ enthalten die im Spruchpunkt A, Punkt 1 bis 18 genannten Klauseln bzw Klauselteile. Die in Spruchpunkt B, Punkt (1) bis (6) genannten Mindestinhalte sind in den gegenständlichen AGB nicht vorhanden.

Multikom bedient sich für die eigenständige Marke „xLink“, unter der sie öffentliche Kommunikationsdienste anbietet und erbringt, eigener Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Der Vertrieb erfolgt über die hierfür eigens eingerichtete Website www.xlink.at, auf der zahlreiche Kommunikationsdienste angeboten werden. Die Marke „xLink“ ist hierbei auch in den AGB, die Multikom für diese Marke verwendet,

präsent; nur durch den Zusatz „powered by Mutlikom“ ist erkennbar, dass Betreiber der Kommunikationsdienste die Multikom Austria Telekom GmbH ist.

3. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus den von der Multikom am 13.12.2013 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ON 1), der Aufforderung zur Stellungnahme an Multikom (ON 3), zwei Aktenvermerken aus dem Verfahren RAUF 4/13 (ON 5, 6), dem Fristerstreckungsantrag der Multikom sowie dessen Beantwortung (ON 7, 8), der Übermittlung von Aktenbestandteilen an die Multikom vom 27.01.2013 (ON 9) sowie der Stellungnahme der Multikom (ON 10).

4. 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 Rechtsfolge eines Widerspruches nach § 25 Abs 6 TKG 2003 besteht jedenfalls in der Untersagung der weiteren Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Entgeltbestimmungen.

Die Prüfung hat ergeben, dass die in Spruchpunkt A genannten Klauseln bzw Klauselteile der gegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht den Kriterien des Prüfungsmaßstabes (§ 25 Abs 6 TKG 2003) entsprechen. Weiters hat die Prüfung ergeben, dass die gegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Fehlen der in Spruchpunkt B bezeichneten notwendigen Mindestinhalte, den Kriterien des Prüfungsmaßstabes (§ 25 Abs 6 TKG 2003) zur Gänze nicht entsprechen.

Dem Vorbringen der Mutlikom, es handle sich nicht um eigenständige AGB, sind die oben getroffenen Feststellungen entgegenzuhalten, wonach sowohl Multikom als auch „xLink“ eigenständig Kommunikationsdienste anbieten. Der Umstand, dass es sich hierbei um denselben Betreiber handelt, vermag an dieser Tatsache nichts zu ändern. Relevant für die Bewertung ist einzig das Auftreten des Unternehmens auf dem Markt. Hierzu konnte festgestellt werden, dass die Marke „xLink“ über eigene und individuelle Produkte, eigene Vertriebskanäle und einen eigenen Markenauftritt (Webiste) verfügt. Lediglich an wenigen Stellen wird durch den Zusatz „powered by Multikom“ darauf hingewiesen, das hinter „xLink“ die Multikom Austria Telekom GmbH steht. Gleichzeitig bietet Multikom unter ihrem eigenen Firmennamen selbstständig ebenfalls Kommunikationsdienste bzw andere Produkte an.

Diese Bewertung entspricht auch der gängigen Praxis, als beispielsweise die AGB, die A1 Telekom Austria AG für ihre Marke „bob“ oder „yesss!“ verwendet, als eigenständige AGB zu qualifizieren sind. Noch dazu wird bei dem Teilnehmer durch den spärlich vorhandenen Zusatz „powered by Multikom“ in den AGB lediglich der Eindruck erweckt, Multikom sei lediglich Vorleistungspartner der „xLink“. Eine Klarstellung, dass „xLink“ nur eine Marke der Multikom ist, sucht man in den gegenständlichen AGB vergebens. Im Gegenteil hierzu tritt mit Ausnahme von Klausel 1.1 der gegenständlichen AGB de facto nur „xLink“ als Vertragspartner in Erscheinung. Die gegenständlichen AGB waren daher einer vollständigen Überprüfung nach § 25 Abs 6 TKG 2003 zu unterziehen.

In einer Gesamtsicht war daher festzustellen, dass keine Identität zwischen den AGB der Multikom selbst und der AGB für ihre Marke „xLink“ vorliegt. Die Marke „xLink“ ist aufgrund dieser Umstände im Anwendungsbereich des § 25 TKG 2003 als eigenständiger Kommunikationsdienst der Multikom zu sehen. Da vor 13.12.2013 keine Anzeige der gegenständlichen AGB festgestellt werden konnte, war diese Anzeige als Anzeige gemäß § 25 Abs 1 TKG 2003 zu qualifizieren und folglich ein Verfahren nach § 25 Abs 6 TKG 2003 durchzuführen.

Zu Spruchpunkt A, Widerspruch gegen Klauseln bzw Klauselteile der gegenständlichen AGB:

A.1. Klausel zur AGB-Änderung nach § 25 Abs 3 TKG 2003

Diese Klausel verstößt gegen § 25 Abs 3 TKG 2003, der festlegt, dass der wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen dem Teilnehmer mindestens ein Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen ist. Weder genügt die in der Klausel vorgesehene „Bekanntgabe auf der Homepage“ der Schriftform, noch ist in der Klausel festgehalten, dass dem Kunden der wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderung überhaupt „mitgeteilt“ wird. Die Bekanntgabe auf der Homepage ist bestenfalls als Kundmachung, aber nicht als Mitteilung iSv § 25 Abs 3 TKG 2003 zu qualifizieren. Auch hat die Mitteilung an den Teilnehmer in Schriftform und unter Einhaltung der Bestimmungen der Mitteilungsverordnung (MitV, BGBl II Nr 239/2012) zu erfolgen. Da diese Klausel in der gegenständlichen Formulierung diesen Voraussetzungen nicht genügt und dazu genutzt werden kann, das kostenlose Kündigungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG 2003 zu untergraben, verstößt sie gegen die eben genannte Bestimmung.

Das Vorbringen der Multikom zu dieser Klausel in der Stellungnahme vom 27.01.2014 ist in diesem Zusammenhang nicht nachvollziehbar, da die gegenständliche Klausel kein zum gesetzlichen Kündigungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG 2003 zusätzliches Kündigungsrecht einräumt, sondern im Gegenteil nur teilweise sinngemäß den Gesetzestext des § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003, allerdings in der Fassung vor der Novelle BGBl I Nr 102/2011 wiedergibt. Letzterer Umstand ist aber auch der Grund für den nunmehrigen Verstoß der Klausel gegen die genannten Bestimmungen, da die Klausel den dargestellten Kriterien des § 25 Abs 3 TKG 2003 nicht gerecht wird.

A.2. Rückfallsklausel bei AGB Änderungen nach § 25 Abs 3 TKG 2003

Der Verstoß gegen § 25 Abs 3 TKG 2003 manifestiert sich dadurch, als sich Multikom das Recht einräumt, binnen zwei Wochen auf die Änderung der AGB zu verzichten und somit die kostenlose Sonderkündigung des Teilnehmers aufgrund § 25 Abs 3 TKG 2003 unwirksam zu machen. Wie der OGH zum Kündigungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG 2003

(OGH vom 8.9.2009, 1 Ob 123/09h) aus Anlass einer identischen Klausel ausgesprochen hat, handelt es sich hierbei um ein unbedingtes gesetzliches Kündigungsrecht, das keiner vertraglichen Einschränkung zugänglich ist und bei dessen Ausübung der Vertrag entsprechend mit Inkrafttreten der Änderungen endet. Ein Recht des Betreibers, die angekündigten Änderungen zurückzunehmen und die Kündigung des Teilnehmers für unwirksam zu erklären, widerspricht § 25 Abs 3 TKG 2003 und ist auch gemäß § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend und daher nichtig.

A.3. Fair Use Klausel

Diese Klausel ist intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG.

Aus der umfangreichen Judikatur zu § 6 Abs 3 KSchG ergibt sich, dass folgende Einzelwirkungen aus dem Transparenzgebot abzuleiten sind: Das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit. Die gegenständliche Klausel soll Multikom das Recht einräumen, bei einem „*mehrmaligen*“ Überschreiten des Limits von 10GB pro Monat den Vertrag mit dem Teilnehmer „*entsprechend*“ anzupassen. Beide gesperrt geschriebenen Begriffe sind mehrdeutig und irreführend, da der Verbraucher nicht darüber aufgeklärt wird, ob bereits ein zweimaliges Überschreiten oder erst ein oftmaligeres Überschreiten des Limits zu der weitreichenden Konsequenz der Vertragsanpassung führt. Dem Passus „*entsprechend*“ ist im Hinblick auf die Vertragsanpassung in keiner Weise zu entnehmen, wie diese Anpassung aussehen soll, obwohl diese weitreichende Folgen für den Verbraucher, wie zB höhere monatliche Entgelte, haben kann. Das Gebot, den Verbraucher auf mögliche Rechtsfolgen hinzuweisen, stellt aber gerade an Klauseln, die nachteilige Entgeltfolgen für den Verbraucher auslösen können, besonders hohe Transparenzanforderungen (*Langer in Kosesnik-Wehrle*, KSchG³, Rz 113), die die gegenständliche Klausel nicht zu erfüllen vermag.

A.4. Haftungsklausel

Diese Klausel ist schon deshalb als intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG zu bewerten, da die Passage „*soferne zwingendes Recht nicht entgegensteht*“ schon per se als für einen Verbraucher unverständlich und unklar einzustufen ist. Es ist dem Verbraucher nicht zuzumuten, sich selbstständig über jedwede Rechtsvorschriften zu informieren, die den Regelungen der genannten Klausel zuwiderlaufen könnten, um hierdurch ein rechtlich korrektes Bild seiner vertraglichen Position zu erhalten. Die Klausel ist daher auch dazu geeignet, den Verbraucher von der Durchsetzung seiner gesetzlichen Rechte abzuhalten. Die Klausel ist daher unvollständig und unverständlich.

Die Klausel verstößt jedoch auch gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil sie den Vertragspartner der Multikom – 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 dispositives Recht als Leitlinie eines ausgewogenen und gerechten Interessensausgleichs (ua RIS-Justiz RS0014676). Schon eine ohne sachliche Rechtfertigung vorgesehene Abweichung vom dispositiven Recht kann daher eine gröbliche Benachteiligung bewirken.

Wie der OGH in seiner Entscheidung 7 Ob 84/12x vom 14.11.2012 ausgesprochen hat, ist der weitestgehende Ausschluss der Schadenersatzpflicht des Unternehmers bei leichter Fahrlässigkeit iSd § 879 Abs 3 ABGB unzulässig, wenn dem keine zumindest ähnliche Haftungserleichterung des Verbrauchers gegenüberstehe. So wie in dem im genannten Judikat behandelten Fall, besteht auch in den AGB der Multikom jedoch eine solche Haftungserleichterung zu Gunsten des Verbrauchers nicht. Im Gegenteil hierzu haftet der Verbraucher der Multikom idR sogar verschuldensunabhängig für ein schadensverursachendes Verhalten (zB Klausel 5.4 der AGB). Dieser generelle Ausschluss der Haftung der Multikom ohne jeden Unterschied weicht vom dispositiven Recht ohne sachlich gerechtfertigten Grund ab und ist daher gröblich benachteiligend, da in dieser Klausel auch eine Asymmetrie der Haftungslagen zum Ausdruck kommt, für die es keine sachliche Rechtfertigung gibt.

Weiters verstößt der Teil der Klausel: *„und ist die Ersatzpflicht von xLINK – sofern zwingendes Recht dem nicht entgegen steht – für jedes schadenverursachende Ereignis (mit Ausnahme von Personenschäden) gegenüber dem einzelnen Geschädigten mit Euro 1.000,00 gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten mit Euro 10.000,00 beschränkt. Die Höchstgrenze des Gesamtschadens kann nicht überschritten werden, vielmehr verringern sich die Ansprüche der einzelnen Geschädigten anteilmäßig.“* gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, da hiermit (mangels entsprechend formulierter Ausnahme) die Verpflichtung des Unternehmers zum Ersatz eines sonstigen Schadens des Verbrauchers auch für den Fall der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Schadenszufügung ausgeschlossen wird. Hinsichtlich des erneuten Hinweises *„sofern zwingendes Recht dem nicht entgegen steht“* kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

A.5. Klausel zur Drittnutzung der Dienste (Auszug)

Die Klausel verstößt in zweierlei Hinsicht gegen § 879 Abs 3 ABGB. Zum einen legt sie abweichend vom Erkenntnis des OGH zu 1 Ob 244/02t vom 27.05.2003 fest, dass der Teilnehmer ohne Einschränkung auch für alle von Dritten über seinen Anschluss verursachten Entgelte haftet. Der OGH sprach jedoch in der genannten Entscheidung aus, dass bei Mehrwertdiensten zwei getrennte Verträge vorliegen: einer mit dem Telefondienstbetreiber (Netzbetreiber) und einer mit dem Mehrwertdienstanbieter (Inhaltsanbieter). Der OGH hat jedoch das Vorliegen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht bei vollmachtsloser Nutzung des Anschlusses durch Dritte zur Konsumation von Mehrwertdiensten verneint. Somit kann eine uneingeschränkte Haftung des Anschlussinhabers für alle Entgelte (somit auch Mehrwertdienstentgelte, die vollmachtslos durch Dritte verursacht wurden) nicht begründet werden, ohne dass diese Klausel gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB ist.

A.6. Klausel zu Einhebung eines Zahlscheinentgeltes (Auszug)

§ 27 Abs 6 ZaDiG sieht vor, dass der Zahlungsempfänger für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes kein zusätzliches Entgelt verrechnen darf. Die Multikom sieht jedoch im zitierten Satz der Klausel vor, dass ein Zahlscheinentgelt verrechnet wird. Die Multikom ist Zahlungsempfänger iSv § 3 Z 8 ZaDiG und verrechnet für die Bezahlung der Rechnung mittels Zahlschein ein zusätzliches "Zahlscheinentgelt". Zur Unzulässigkeit derartiger Zahlscheinentgelte bzw anderer, gleichwertiger Entgelte aufgrund von § 27 Abs 6 ZaDiG existiert bereits (nicht rechtskräftige) zweitinstanzliche Judikatur gegenüber Betreibern von Kommunikationsnetzen (OLG Wien 2 R 223/10v, OLG Wien 4 R 209/10 z, OLG Wien 30 R 58/10k). Die diesbezüglichen Revisionsverfahren wurden vom OGH aufgrund Anrufung des EuGH in einem

Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV unterbrochen. Die Entscheidung des EuGH ist noch ausständig.

Dieser Teil der Klausel verstößt daher gegen § 879 Abs 1 ABGB iVm § 27 Abs 6 ZaDiG.

A.7. Klausel zum Zahlungstermin (Auszug)

Der bezeichnete Teil der Klausel verstößt gegen § 879 Abs 1 ABGB iVm § 6a Abs 2 KSchG. § 6a Abs 2 KSchG lautet wie folgt:

„(2) Wird die Geldschuld eines Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer durch Banküberweisung erfüllt, so reicht es für die Rechtzeitigkeit der Erfüllung – abweichend von § 907a Abs. 2 erster Satz ABGB – auch bei einem im Vorhinein bestimmten Fälligkeitstermin aus, dass der Verbraucher am Tag der Fälligkeit den Überweisungsauftrag erteilt.“

Wie aus der Klausel der Multikom hervorgeht, sollen auch Zahlungen von Verbrauchern durch Banküberweisung erst dann als geleistet gelten, wenn „xLINK“ (Multikom) über sie verfügen kann. Da bei Verbrauchergeschäften aber gemäß § 6a Abs 2 KSchG für die Rechtzeitigkeit der Zahlung die Erteilung des Überweisungsauftrages am Fälligkeitstag ausreicht, verstößt die Klausel gegen die genannte Bestimmung.

A.8. Klausel zu Verzugszinsen (Auszug)

In Zusammenhang mit dieser Klausel ist erneut auf die Entscheidung des OGH 7 Ob 84/12x, 14.11.2012 zu verweisen.

Der OGH bestätigte im genannten Judikat die durch das OLG Wien ausgesprochene Nichtigkeit einer Klausel im Zusammenhang mit der Höhe der vorgesehenen Verzugszinsen, da der Unternehmer einen Verzugszinssatz von 12 % - und somit das 3-fache der gesetzlichen Zinsen – vorhergesehen hatte. Auch nur annähernd gleich drastische Regelungen zu Lasten des Betreibers für den Fall, dass der Betreiber selbst mit seinen Leistungspflichten oder seinen allfälligen Pflichten auf Rückzahlung von Unrecht erhaltener Beträge säumig werden sollte, seien in den AGB nicht enthalten. Die Verzugszinsenregelung würde daher in ihrer Gesamtheit ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen zu Lasten der Verbraucher bewirken. Die Regelung war nach Ansicht des OGH daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und daher unwirksam. Die gleichen Grundsätze sind auch auf die AGB der Multikom anzuwenden, die für ihre Forderungen gegen Verbraucher 12% Verzugszinsen per anno vereinbaren möchte, der Verbraucher sich aber im Fall eines Verzuges der Multikom mangels anderer Vereinbarung mit den gesetzlichen Zinsen begnügen muss. Auch hier besteht ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen zu Lasten des Verbrauches, das zur Nichtigkeit iSd § 879 Abs 3 ABGB führt.

A.9. Klausel zur Einspruchsfrist

Diese Bestimmung verstößt gegen § 71 Abs 1a TKG 2003, der festlegt, dass Anträge zur Überprüfung der einem Teilnehmer verrechneten Entgelte („Rechnungseinsprüche“) nach § 71 Abs 1 TKG 2003 jedenfalls binnen drei Monaten eingebracht werden können. Die gegenständliche Klausel sieht demgegenüber nur einen einmonatigen Zeitraum vor.

Die Klausel ist weiters intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, da sie es unterlässt, den Verbraucher über die Tatsache aufzuklären, dass die Nicht-Erhebung eines Rechnungseinspruches nach § 71 Abs 1 TKG 2003 nur zu einem deklarativen

Anerkenntnis führt. Die Klausel suggeriert aber, dass der Verbraucher mit dem Versäumen der Frist von einem Monat sein Recht auf Erhebung von Einwendungen verliert. Damit wird die Rechtsposition des Verbrauchers irreführend wiedergegeben, liegt doch im Unterlassen von Einwendungen nur ein deklaratorisches Anerkenntnis, eine durch Gegenbeweis widerlegbare Wissenserklärung vor (OGH v 14.11.2012, 7 Ob 84/12x zu einer ähnlichen Klausel).

A.10. Klausel zur Entgeltpauschalierung

Diese Klausel verstößt gegen § 71 Abs 4 TKG 2003, der festlegt, dass für den Fall, dass bei der Entgeltberechnung ein Fehler festgestellt wird, der sich zum Nachteil des Teilnehmers ausgewirkt haben könnte und sich das richtige Entgelt nicht ermitteln lässt, eine Pauschalabgeltung in den AGB festgesetzt werden muss, die auf dem durchschnittlichen Ausmaß der Inanspruchnahme dieses Kommunikationsdienstes durch den Teilnehmer basiert. Dieses Pauschale muss der Teilnehmer im genannten Fall jedoch nur dann leisten, wenn der Betreiber einen Verbrauch zumindest in dem der Pauschalabgeltung zu Grunde liegenden Ausmaß glaubhaft machen kann. Die gegenständliche Klausel nimmt jedoch auf letzteren Umstand keinen Bezug und muss daher die Klausel bei verbraucherfeindlichster Auslegung so verstanden werden, dass der Teilnehmer in dem in § 71 Abs 4 TKG 2003 genannten Fall die Pauschalabgeltung auch dann schuldet, wenn der Betreiber den Verbrauch gar nicht, oder nicht im entsprechenden Umfang glaubhaft machen kann.

A.11. Klausel zur Vertragsdauer (Auszug)

Der erste genannte Klauselteil verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, da er im Falle einer vereinbarten Mindestvertragsdauer eine konkludente Zustimmung des Verbrauchers zur Vertragsverlängerung durch Unterlassen der rechtzeitigen Kündigung vorsieht. Dies setzt jedoch neben der Festlegung einer Frist auch die Selbstverpflichtung des Unternehmers – die bereits in den AGB enthalten sein muss – voraus, den Verbraucher zu Fristbeginn auf die Rechtsfolgen seines Verhaltens besonders hinzuweisen (*Langer in Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ § 6 Rz 15 mwN). Die Formulierung „Bei Businessprodukten [...]“ hat hierauf keinen Einfluss, weil aus der Bezeichnung der Produktgruppe nicht darauf geschlossen werden kann, dass diese Produkte nur von Unternehmern iSd KSchG bezogen werden können. Vielmehr ist mangels ausdrücklichen Ausschlusses bei verbraucherfeindlichster Auslegung davon auszugehen, dass eben auch Verbraucher „Businessprodukte“ beziehen können. Diesfalls müssten aber zur automatischen Vertragsverlängerung die oben genannten Voraussetzungen eingehalten werden, was nicht der Fall ist.

Die zweite Klausel verstößt gegen § 25d Abs 1 TKG 2003, der festlegt, dass Verträge über Kommunikationsdienste zwischen Betreibern und Verbrauchern im Sinne des KSchG eine anfängliche Mindestvertragsdauer von 24 Monaten nicht überschreiten dürfen. Zur Einschränkung auf „Businessprodukte“ im Hinblick darauf, ob Verbraucher von diesen Tarifen ausgeschlossen sind, ist auf den vorhergehenden Absatz zu verweisen.

Das Vorbringen der Multikom hierzu (ON 10), dass in dieser Klausel „nur grundsätzlich“ die Vertragsdauer festgelegt werde, ist nicht stichhaltig, als nicht erkennbar wird, warum dies den Verstoß gegen § 25d Abs 1 TKG 2003 beseitigen soll. Es ist für die Frage der rechtlichen Beurteilung der gegenständlichen Klausel unerheblich, ob Multikom in aller Regel Vertragsformulare benutzt, die eventuell im Falle eines Verbrauchergeschäfts eine andere (kürzere) Mindestvertragsdauer beinhalten. Bestenfalls wäre diese Klausel

diesfalls zusätzlich intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG, wenn ihr in der Regel durch eine andere Klausel zur Vertragsdauer auf dem Anmeldeformular der Multikom widersprochen wird. Auch vereinbart Multikom in Punkt 2.1 ihrer AGB für die Marke „xLink“, dass ein Vertragsverhältnis zB auch durch Anwahl Verbindungsnetzbetreibervorauswahl 1003 und somit ohne Anmeldeformular zu Stande kommt.

Unabhängig davon ist jedoch bereits aufgrund der vom OGH zur verbraucherfeindlichsten Auslegung entwickelten Prinzipien festzuhalten, dass die Rechtswidrigkeit einer für sich stehenden Klausel nicht durch eine andere, die erste Klausel abändernde oder abschwächende Klausel im selben Vertragswerk beseitigt werden kann. Umso mehr muss dies für eine Klausel gelten, die nach den Behauptungen der Multikom durch andere Klauseln in einem ganz andern Vertragswerk (Anmeldeformular) „legalisiert“ werden sollen.

A.12. Klausel zum Datenschutz

Diese Bestimmung entspricht nicht § 99 Abs 2, 3 und 4 TKG 2003, die wie folgt lauten:

„(2) Sofern dies für Zwecke der Verrechnung von Endkunden- oder Vorleistungsentgelten erforderlich ist, hat der Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes Verkehrsdaten zu speichern. Die Verkehrsdaten sind zu löschen oder zu anonymisieren, sobald der Bezahlvorgang durchgeführt wurde und innerhalb einer Frist von drei Monaten die Entgelte nicht schriftlich beeinsprucht wurden. [...]

(3) Die Verarbeitung von Verkehrsdaten darf nur durch solche Personen erfolgen, die für die Entgeltverrechnung oder Verkehrsabwicklung, Behebung von Störungen, Kundenanfragen, Betrugsermittlung oder Vermarktung der Kommunikationsdienste oder für die Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen zuständig sind oder die von diesen Personen beauftragt wurden. Der Umfang der verwendeten Verkehrsdaten ist auf das unbedingt notwendige Minimum zu beschränken.

(4) Dem Anbieter ist es außer in den in diesem Gesetz besonders geregelten Fällen untersagt, einen Teilnehmeranschluss über die Zwecke der Verrechnung hinaus nach den von diesem Anschluss aus angerufenen Teilnehmernummern auszuwerten. Mit Zustimmung des Teilnehmers darf der Anbieter die Daten zur Vermarktung für Zwecke der eigenen Telekommunikationsdienste oder für die Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen verwenden.“

§ 99 Abs 3 TKG 2003 legt jene Zwecke fest, für die zulässig gespeicherte Verkehrsdaten (§ 99 Abs 2 TKG 2003) kraft Gesetzes verarbeitet werden dürfen, sowie jenen Personenkreis, der diese Verarbeitung vornehmen darf. § 99 Abs 4 TKG 2003 legt fest, dass mit Zustimmung des Teilnehmers der Betreiber Verkehrsdaten zu taxativ aufgezählten Zwecken verwenden (verarbeiten) darf. Diese Zwecke sind abschließend mit der „Vermarktung für Zwecke der eigenen Telekommunikationsdienste“ und der „Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen“ festgelegt.

Die gegenständliche Klausel sieht jedoch hiervon abweichend noch die Einräumung einer Zustimmung zur Verarbeitung von Verkehrsdaten zu den Zwecken „[...] Weiterentwicklung, Bedarfsanalyse, Planung des Netzausbaus und der Verbesserung von Lösungsvorschlägen und Angeboten von Telekommunikationsdienstleistungen xLINKs [...]“ vor. Zur Zulässigkeit der Verkehrsdatenverarbeitung nach § 99 TKG 2003 hat der OGH entschieden (OGH v 14.7.2009, 4 Ob 41/09x), dass in Anwendung des

Prinzips der datenschutzrechtlichen strengen Zweckbindung eine Verarbeitung zu Zwecken, die durch das TKG 2003 nicht gedeckt ist, unzulässig ist. Hieraus folgt, dass auch die Einräumung einer Zustimmung des Teilnehmers zur Verarbeitung von Verkehrsdaten zu anderen als im TKG 2003 genannten Zwecken nicht möglich ist und eine solche rechtswidrig ist. Widrigenfalls hätte der Betreiber die Möglichkeit, durch das Vorsehen weitreichender Zustimmungserklärungen des Teilnehmers in seinen AGB die Datenschutzbestimmung des TKG 2003 zu untergraben.

Der Klauselteil: *„Verkehrsdaten werden hierbei für die Beratung des Kunden und für die Durchführung von Meinungsumfragen nach Kriterien wie, Umsatz, bevorzugte Tarifzone, bevorzugte Tageszeit und bevorzugter Tarifierungsdauer ausgewertet.“* verstößt gegen § 99 Abs 4 TKG 2003, da diese Bestimmung lediglich von *„von diesem Anschluss aus angerufenen Teilnehmernummern“* spricht, Multikom die Verwendung (Auswertung) der Daten jedoch pauschal auf alle Verkehrsdaten ausdehnt. Auch muss nach § 99 Abs 4 leg cit der Kunde dieser Verarbeitung der Verkehrsdaten zustimmen, wovon in dem zitierten Klauselteil jedoch keine Rede ist. Es muss daher bei verbraucherfeindlichster Auslegung davon ausgegangen werden, dass dieser Klauselteil auch die zustimmungslose Verarbeitung der Verkehrsdaten beinhaltet.

Der erste Teil der Klausel 9.4 (vor dem Auslassungszeichen) verletzt darüber hinaus § 99 Abs 1 u 2 TKG 2003, da er über die dort abschließend genannten Zwecke, für die Verkehrsdaten gespeichert werden dürfen (Verrechnung von Endkunden- oder Vorleistungsentgelten), hinaus festlegt, dass Verkehrsdaten auch *„aus technischen Gründen (zur Behebung von Mängeln) sowie zur Klärung der Funktionsfähigkeit von Diensten und Einrichtungen“* gespeichert werden dürfen. Da § 99 Abs 1 TKG 2003 anordnet, dass Verkehrsdaten nur für die in diesem Gesetz genannten Zwecke gespeichert werden dürfen, verstößt dieser Klauselteil gegen diese Bestimmung. Selbiges gilt für die Speicherung der *„Destination-IP“*, deren Speicherung weder bei Telefoniediensten noch bei Internetzugangsdiensten entgeltrelevant und somit nach § 99 Abs 1 u 2 TKG 2003 untersagt ist.

Letztlich werden die Verkehrsdaten *„für und bis Klärung offener Entgeltfragen – im notwendigen Ausmaß bis zum Ablauf jener Frist [..]“* gespeichert, *„innerhalb der die Rechnung rechtlich angefochten werden oder der Anspruch auf Zahlung geltend gemacht werden kann bzw. dies aus den genannten technischen Gründen bzw. zur Überprüfung der Funktionsfähigkeit erforderlich ist.“* Auch dieser Klauselteil steht mit § 99 Abs 2 TKG 2003 in Konflikt, der anordnet, dass die Verkehrsdaten zu löschen oder zu anonymisieren sind, sobald der Bezahlvorgang durchgeführt wurde und innerhalb einer Frist von drei Monaten die Entgelte nicht schriftlich beeinsprucht wurden. Eine Speicherung aus technischen Gründen bzw Überprüfung der Funktionsfähigkeit von Diensten scheidet daher auch aus diesem Grund aus (obwohl sie bereits aus oben dargestellten Gründen nicht zulässig ist). Der Passus *„für und bis Klärung offener Entgeltfragen – im notwendigen Ausmaß bis zum Ablauf jener Frist [..] innerhalb der die Rechnung rechtlich angefochten werden oder der Anspruch auf Zahlung geltend gemacht werden kann“* ist ebenfalls mit § 99 Abs 2 TKG 2003 nicht in Einklang zu bringen, da die Rechnung aufgrund des lediglich deklarativen Charakters des Anerkenntnisses durch Nicht-Beeinspruchung wesentlich länger als in einer Frist von drei Monaten gerichtlich angefochten werden kann. Die in der Klausel vorgesehene Speicherfrist übersteigt daher die in § 99 Abs 2 TKG 2003 festgelegte Frist in unzulässiger Weise.

A.13. Klausel zum Übergang des Vertragsverhältnisses (Auszug)

Zu dieser Klausel ist erneut auf die E des OGH 7 Ob 84/12x vom 14.11.2012 zu verweisen, in der dieser zu einer fast identischen Klausel ausgesprochen hat, dass diese gegen § 10 Abs 3 KSchG verstoße. § 10 Abs 3 KSchG wendet sich gegen jeden für den Verbraucher nachteiligen Vorbehalt einer gewillkürten Form für Erklärungen des Unternehmers. Die Vertragsübertragung und die Übertragung einzelner Rechte und Pflichten liegen im Interesse des Verbrauchers und werden behindert, wenn der Unternehmer diesbezüglich einen Formvorbehalt setzt. Die Klausel ist daher für den Verbraucher nachteilig und gesetzwidrig im Sinn von iSv § 879 Abs 1 ABGB iVm § 10 Abs 3 KSchG.

A.14. Klausel zur Auflösung aus wichtigem Grund (Auszug)

Diese Klausel ist als intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG zu bewerten, da für einen Verbraucher nicht ersichtlich ist, was unter dem Begriff „Netiquette“ verstanden werden soll. Die „Netiquette“ ist ein Begriff für eine Art „ungeschriebenen moralischen Kodex“ zum Verhalten aller Internetbenutzer, der nirgends kodifiziert ist und außer moralischen und anstandsmäßigen Empfehlungen keine rechtlich bindenden Inhalte aufweist. Es gibt daher keine abschließend definierten Regelungen, sondern kann jeder Internetnutzer frei interpretieren, was nach der „Netiquette“ erlaubt sein soll oder welches Verhalten diese bereits verletzt. Es ist daher für den Verbraucher neben der Tatsache, dass keine allgemeingültige „Netiquette“ existiert, absolut unmöglich, von der Interpretation dieser moralischen Sollensanordnungen in der Form, wie sie die Multikom verstehen will, Kenntnis zu erlangen, da Multikom auch auf keine spezifische Kodifikation dieses lediglich als „Kunstkonstrukt“ vorhandenen Regelwerks verweist. Da aber die außerordentlich weitreichende Konsequenz der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund durch die Multikom an die (Nicht-) Einhaltung der „Netiquette“ geknüpft ist, welche weitreichende Entgeltfolgen für den Verbraucher (zB Verpflichtung zur Zahlung von Restentgelten bei Mindestvertragsdauer ohne Gegenleistung) haben kann, müsste dieses Regelwerk hinreichend definiert sein, um einer Intransparenz iSv § 6 Abs 3 KSchG zu entgehen.

Letzterer Umstand bedingt jedoch auch die Nichtigkeit nach § 879 Abs 3 ABGB dieses Klauselteils, da er den Teilnehmer bei Abwägung aller Umstände gröblich benachteiligt. Durch die Nicht-Definition der konkreten Regelungen der „Netiquette“ steht es der Multikom mit diesem Klauselteil de facto frei, jedweden Verstoß – sei er auch noch so gering – gegen die „Netiquette“ bzw deren Interpretation durch die Multikom zum Anlass einer außerordentlichen Vertragsauflösung zu nehmen. Eine ähnlich drastische und weitreichende Möglichkeit des Teilnehmers, den Vertrag außerordentlich aufzukündigen, findet sich in den AGB der Multikom nicht. Diese Kündigungsregelung weist in ihrer Gesamtheit ein auffallendes Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen zu Lasten der Verbraucher auf und ist daher gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB.

A.15. Klausel zum Schadenersatz bei Rücktritt

Diese Klausel ist, wie unter Punkt 3. Ausgeführt, als intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG zu bewerten, da die Passage „*soweit gesetzlich zulässig*“ schon per se als unverständlich und undeutlich einzustufen ist. Es ist dem Verbraucher keinesfalls zuzumuten, sich selbstständig über jedwede Rechtsvorschriften zu informieren, die den Regelungen der genannten Klausel zuwiderlaufen könnten. Im gegenständlichen Fall laufen aber ohnehin die §§ 3, 5e KSchG der gegenständlichen Klausel zuwider, als

diese bei verbraucherfeindlichster Auslegung so zu verstehen ist, dass auch bei Ausübung der Rücktrittsrechte durch den Verbraucher nach den genannten Bestimmungen dieser Schadenersatz zu entrichten ist. Das Rücktrittsrecht des § 5e KSchG ist aber schon nach der Systematik des KSchG naturgemäß uneingeschränkt und ohne Androhung von Strafzahlungen zu gewähren (*Hammerl* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³, § 5e Rz 3). Auch bei dem Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG, das auf die RL 1985/577/EWG zurückgeht, ist sogar eine gesetzliche Regelung einer Entschädigungspflicht nach unionsrechtlicher Judikatur unmöglich (EuGH 22.04.1999, Rs C-423/97; *Kosesnik-Wehrle* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³, § 3 Rz 4). Die genannte Klausel ist daher gesetzwidrig iSv § 879 Abs 1 ABGB iVm §§ 3, 5e KSchG.

A.16. Klausel zu einer „Auflösungsgebühr“

Die genannte Bestimmung verstößt gegen § 25d Abs 2 TKG 2003, der festlegt, dass unbeschadet etwaiger Mindestvertragslaufzeiten Verträge von Unternehmen, die Kommunikationsdienste erbringen, keine Bedingungen und Verfahren für die Vertragskündigung vorsehen dürfen, die für Teilnehmer als negativer Anreiz für einen Betreiberwechsel wirken. Genau dies ist aber offensichtlich das Ziel der dargestellten Klausel, als Multikom hiermit für eine ohnehin jedem Vertrag immanente Pflicht ein zusätzliches Entgelt lukrieren will. Diese „Auflösungsgebühr“ hat somit zweifelsfrei den Zweck, den Kunden von einem Betreiberwechsel abzuhalten bzw diesen für den Kunden – wenn dieser dennoch kündigt – wirtschaftlich unrentabel zu machen.

Weiters verstößt diese Bestimmung gegen § 864a ABGB, weil sie ungewöhnlich (nicht branchenüblich) und benachteiligend ist und auch auf Grund ihrer Stellung und Aufmachung im Vertragswerk keine den Umständen nach besondere Kenntnisnahme vor dem Vertragsabschluss zulässt.

Multikom verkennt mit dem Einwand in ihrer Stellungnahme, dass diese Gebühr nur den Aufwand der Kündigungsabwicklung abdecken soll, den Telos von § 25d Abs 2 TKG 2003. Es ist für die rechtliche Bewertung nach dieser Bestimmung irrelevant, ob einem Betreiber anlässlich einer Kündigung ein tatsächlicher Aufwand entsteht oder nicht. § 25d Abs 2 leg cit stellt lediglich auf die Tatsache ab, ob ein Verfahren für die Kündigung vorgesehen ist, das als negativer Anreiz für den Betreiberwechsel wirkt. Die Vereinbarung eines gesonderten Entgeltes für die Kündigung des Vertrages durch den Teilnehmer stellt diesbezüglich den typischen Fall eines solchen Verfahrens dar.

Davon grundlegend zu unterscheiden sind Entgeltspflichten, die sich zB bei vorzeitig (vor Ablauf der Mindestvertragsdauer) ausgesprochener Kündigung eines Telekommunikationsvertrages durch den Teilnehmer ergeben. Die Vereinbarung, dass diesfalls die bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer ausstehenden Grundentgelte bezahlt werden müssen oder für ein vergünstigt bezogenes Mobiltelefon Restbeträge zu entrichten sind, fällt im Rahmen des sachlich Gerechtfertigten und Verhältnismäßigen nicht unter § 25d Abs 2 TKG 2003 (vgl. *Steinmaurer/Polster* in *Stratil (Hrsg)* Telekommunikationsgesetz 2003⁴, ErläutRV zu § 25d, 100)

A.17. Klauseln zu Vertragsauflösung im Konkursfall (Auszug)

Die Vereinbarung, dass der Vertrag im Falle der Einleitung eines Konkursverfahrens als gekündigt gilt, bzw aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, verstößt gegen § 879 Abs 1 ABGB iVm § 25b Abs 2 IO, welcher lautet wie folgt:

„(2) Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist unzulässig, außer bei Verträgen nach § 20 Abs. 4.“

Da die gegenständlichen AGB einen Telekommunikationsvertrag betreffen, liegt kein Fall des § 20 Abs 4 IO vor, da dieser taxativ alle Arten von Verträgen aufzählt, bei denen eine Kündigungsvereinbarung aufgrund der Einleitung eines Insolvenzverfahrens zulässig ist (dies betrifft hauptsächlich Finanzgeschäfte, Aktienverträge, Handelsgeschäfte mit börsennotierten Waren oder Wertpapierverleih- und Wertpapierleihgeschäfte).

A.18. Schlussbestimmungsklausel

Diese salvatorische Klausel ist in ihrer Gesamtheit als als intransparent iSv § 6 Abs 3 KSchG zu bewerten. Hinsichtlich des ersten Satzes kann auf die Begründung Punkt A.3. verwiesen werden; die Geltungseinschränkung „[...] insoweit, als ihnen allenfalls zwingendes Recht, insbesondere Konsumentenschutzrecht, nicht entgegensteht.“ ist aus den dort genannten Gründen per se intransparent. Selbiges gilt für den Satz „Die unwirksame Bestimmung ist durch eine gültige – welche dem angestrebten wirtschaftlichen Ziel am nächsten kommt – zu ersetzen.“, da derartige salvatorischen Klauseln vom OGH ebenfalls als grundsätzlich intransparent angesehen werden (*Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG³, § 6 Rz 118*).

Es war daher den bezeichneten Klauseln bzw Klauselteilen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Multikom Austria Telekom GmbH für ihre Marke „xLink“ auf Grund der oben dargelegten Widersprüche zu dem Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 zu widersprechen.

Nicht nachvollziehbar ist für die Telekom-Control-Kommission das pauschale Vorbringen der Multikom in ihrer Stellungnahme hinsichtlich der Klauseln der Spruchpunkte A.2 bis A.10 bzw A.12 bis A.14, für Multikom sei die „Intention“ der Behörde nicht ersichtlich, als diese nur im gesetzeskonformen Vollzug des § 25 Abs 1, 2 und 6 TKG 2003 liegen kann. Auch kann nicht nachvollzogen werden, was Multikom mit der „Vereinbarung dieser Klauseln mit ihrer Behörde“ meint. Soweit sich dieses Vorbringen auf die letztmals im Jänner 2008 angezeigten AGB der Multikom selbst bezieht (die gegenständlichen AGB wurden wie festgestellt vor 13.12.2013 nicht angezeigt), die teilweise ähnliche oder identische Klauseln enthalten, ist Multikom daran zu erinnern, dass es der Natur der Sache entspricht, dass sich in einem Zeitraum von sechs Jahren gesetzliche Bestimmungen ändern können. Auch trägt die zivilgerichtliche bzw höchstgerichtliche Judikatur der letzten Jahre in Verbandsverfahren viel zur Weiterentwicklung dieses Rechtsgebiets bei. Ein Anspruch darauf, dass Klauseln aus sechs Jahre alten, in diesem Verfahren nicht gegenständlichen AGB, trotz nunmehrigen teilweise offensichtlichen Widerspruchs zum Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 nicht beanstandet werden, besteht zweifelsfrei nicht.

Das mehrfach wiederholte Vorbringen, die gegenständlichen Klauseln seien „in einem aufwendigen Verfahren abgestimmt worden“, ist ebenfalls nicht nachvollziehbar, als die gegenständlichen AGB vor 13.12.2013 noch nie nach § 25 Abs 1 TKG 2003 angezeigt wurden.

Zu Spruchpunkt B, Widerspruch gegen die AGB aufgrund fehlender Mindestinhalte:

§ 25 Abs 4 TKG 2003 legt eine Reihe von Mindestinhalten fest, die jedenfalls in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Betreibern von Kommunikationsnetzen oder -diensten vorhanden sein müssen. Wie der Begriff „Mindestinhalt“ bereits nahelegt, stellen die in § 25 Abs 4 TKG 2003 taxativ aufgezählten Inhalte die absolute Untergrenze an Informationen hinsichtlich der angebotenen Kommunikationsdienste dar, die in AGB vorhanden sein müssen. Fehlen diese Informationen in AGB, muss in verbraucherfeindlichster Auslegung angenommen werden, dass der Kunde sich kein vollständiges Bild von den vertraglichen Rahmenbedingungen der angebotenen Kommunikationsdienste machen kann. Der Teilnehmer läuft diesbezüglich Gefahr zB von wichtigen Einschränkungen bei den vom Betreiber angebotenen Diensten (vgl § 25 Abs 4 Z 2 lit g TKG 2003) oder der Möglichkeit des Zugangs zu Notrufdiensten (vgl § 25 Abs 4 Z 2 lit a TKG 2003) vor Vertragsabschluss keine Kenntnis zu erlangen.

Der Fall von fehlenden Mindestinhalten unterscheidet sich vom sonst „üblichen“ Widerspruch nach § 25 Abs 6 TKG 2003 gegen bestimmte Klauseln oder Klauselteile insoweit, als hierbei mehrere, als gesetzliche „Informations-Untergrenze“ festgelegte, Klauseln fehlen. Aus der Systematik des Widerspruchsrechts nach § 25 Abs 6 TKG 2003 ergibt sich jedoch bereits, dass ein Widerspruch gegen spezifische Klauseln, die vorhanden sein müssten, um dem Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 leg cit zu entsprechen, aber nicht vorhanden sind, nicht möglich ist. Hierzu ist auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof zur ZI 2012/03/0067 vom 22.10.2012 zu verweisen, in dem der Verwaltungsgerichtshof als Grundregel aussprach, dass ein Widerspruch gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wegen einzelner mit dem Prüfungsmaßstab in Widerspruch stehender Klauseln nicht die gesamten AGB, sondern nur die jeweilig betroffenen Klauseln betreffen dürfe. Weiters sprach der VwGH in dieser Entscheidung aus, dass der Wortlaut von § 25 Abs 6 TKG 2003 grundsätzlich auch einen Widerspruch gegen die AGB als Ganzes decke.

Resultieren die Widersprüche gegen den Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 in AGB daher aus einzelnen Klauseln bzw Klauselteilen (soweit diese aufgrund ihres Inhalts eine zusammenhängende Einheit bilden), so ist nur diesen Klauseln bzw Klauselteilen zu widersprechen. Resultiert der Widerspruch gegen den Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 leg cit aber aus dem Fehlen von Mindestinhalten, durch deren Nicht-Vorhandensein die gesetzlich festgelegte „Informations-Untergrenze“ für AGB von TK-Betreibern unterschritten wird, muss sich diese Verletzung des Prüfungsmaßstabes aus logischen Erwägungen auf die AGB als Ganzes beziehen. Widrigenfalls wäre in systemwidriger Art und Weise der Widerspruch gegen das Fehlen der wichtigen Mindestinhalte des § 25 Abs 4 TKG 2003 im Widerspruchsverfahren nach § 25 Abs 6 TKG 2003 unmöglich. In diesem Fall wäre bei gemäß § 25 Abs 1 oder 2 TKG 2003 angezeigten AGB entgegen § 25 Abs 6 TKG 2003 trotz „[...] *Nichtübereinstimmung mit diesem Bundesgesetz* [...]“ keine Sanktionsmöglichkeit der Telekom-Control-Kommission gegeben, da einer nicht vorhandenen Klausel auch nicht durch spezifische Nennung widersprochen werden kann.

Vielmehr ergibt sich aus der Systematik des § 25 Abs 4 TKG 2003 als Teilnehmerschutzvorschrift, dass bei Fehlen eines Mindestinhaltes der genannten Bestimmung, die AGB in ihrer Gesamtheit dem Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 widersprechen. Nur so kann sichergestellt werden, dass die AGB in dieser Form nicht Verträgen mit Teilnehmern zu Grunde gelegt werden, ohne dass die Teilnehmer

zuvor jene Informationen in Form von Mindestinhalten erhalten, die der Gesetzgeber vor einem Vertragsabschluss als unabdingbare Untergrenze ansieht.

Aufgrund der in Spruchpunkt B. genannten, in den angezeigten AGB jedoch nicht vorhandenen Mindestinhalten nach § 25 Abs 4 Z 2 lit a, b, e, g und Z 4, 8 TKG 2003, war daher den angezeigten AGB der Multikom zur Gänze zu widersprechen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Bei der Einbringung der Beschwerde ist an das Bundesverwaltungsgericht eine Gebühr von Euro 30,-- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 03.02.2014

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé