

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzender sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder hinsichtlich der gemäß § 25 Abs 2 TKG 2003 am 02.09.2014 angezeigten Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der MyPhone GmbH in ihrer Sitzung vom 15.09.2014 beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird folgender Klausel in der am 02.09.2014 gemäß § 25 Abs 2 TKG 2003 angezeigten Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der MyPhone GmbH, die als Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheids bildet, widersprochen:

§ 2 *Vertragsabschluss/Laufzeit/Kündigung/Rückschaltung der Betreibervorauswahl nach Vertragsende*

...

„(6) *Im Falle der Kündigung kann MP*

(a) lediglich die Betreibervorauswahl löschen. In diesem Fall telefoniert der Teilnehmer ab diesem Zeitpunkt wieder über die A1 Telekom Austria AG, oder

b) dem Teilnehmer mittels schriftlicher Mitteilung (z.B. in der Kündigungsbestätigung) auftragen, die Löschung selbst zu veranlassen, sofern dem Teilnehmer dadurch kein nennenswerter Aufwand entsteht. Das ledigliche Anfordern und Ausfüllen entsprechender Formulare oder das Erstellen und Versenden einfacher schriftlicher Eingaben stellt dabei jedenfalls keinen nennenswerten Aufwand dar. Wird dem Teilnehmer aufgetragen, die Löschung selbst zu veranlassen, kann MP vom Zeitpunkt des Laufzeitendes bis zur tatsächlichen Löschung der Betreibervorauswahl durch den Teilnehmer seine Dienstleistungen zu den in der jeweiligen Mitteilung angegebenen Konditionen weiter zur Verfügung stellen, wobei MP gewährleistet, dass diese Konditionen weder eine Grund- oder Paketgebühr, noch eine Laufzeit beinhalten. Die Löschung der Betreibervorauswahl kann der Teilnehmer üblicherweise telefonisch oder bei den Vertriebsstellen des jeweils gewünschten neuen Betreibers veranlassen bzw. die entsprechenden Formulare anfordern. MP

wird darauf achten, dass die schriftliche Mitteilung so gestaltet ist, dass der entsprechende Hinweis für den Teilnehmer verständlich und gut erkennbar ist, über damit in Zusammenhang stehende Folgen transparent informiert wird und dem Teilnehmer die jeweils aktuellen Möglichkeiten, eine derartige Löschung zu veranlassen, in angemessenem Umfang mitgeteilt werden. Ab Löschung der Betreibervorauswahl telefoniert der Teilnehmer ab diesem Zeitpunkt über jenen Betreiber, bei dem er die Löschung der Betreibervorauswahl in Auftrag gegeben hat, ohne dass es einer weiteren Mitteilung durch den Teilnehmer bedürfte.

Um über einen alternativen Verbindungsnetzbetreiber zu telefonieren, ist jedenfalls ein entsprechender Antrag an den neuen Verbindungsnetzbetreiber zu richten.“

II. Begründung

1. Festgestellter Sachverhalt

Am 19.03.2014 zeigte die MyPhone GmbH (MyPhone) Änderungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 25 Abs 2 TKG 2003 an (G 37/14, ON 1). Konkret betraf dies die Klausel zur Löschung der Carrier Preselection (CPS) bei Vertragsbeendigung. Die gegenständliche Änderung der AGB schien dem Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 zu widersprechen, weshalb MyPhone am 08.04.2014 zur Stellungnahme aufgefordert wurde (G 37/14, ON 3). Am 14.04.2014 zog MyPhone die Anzeige der Änderung der AGB zurück (G 37/14, ON 6). Gleichzeitig zeigte sie eine geänderte Version der Klausel zur Löschung der Preselection neu an (G 37/14, ON 7). Da auch diese nicht dem Prüfungsmaßstab zu entsprechen schien, wurde MyPhone am 23.04.2014 erneut zur Stellungnahme aufgefordert (G 37/14, ON 10).

Daraufhin wurde am 05.05.2014 eine Stellungnahme seitens MyPhone abgegeben und die Anzeige der Änderung der AGB zurückgezogen (G 37/14, ON 11). Gleichzeitig wurde eine geänderte Version der Klausel zur Löschung der Preselection angezeigt, welche unter der gegenständlichen Geschäftszahl behandelt wurde (G 71/14, ON 1; alle in Folge ohne Geschäftszahl angeführten Ordnungsnummern betreffen dieses Verfahren). Auch zu dieser Anzeige wurde MyPhone am 03.06.2014 zur Stellungnahme aufgefordert (ON 5). Am 06.06.2014 wurde auch diese Anzeige seitens MyPhone zurückgezogen und es wurde zugleich eine leicht abgeänderte Version der gegenständlichen Klausel angezeigt (ON 6). Da diese nach wie vor dem Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 zu widersprechen schien, wurde MyPhone am 04.07.2014 erneut Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (ON 8). In der Folge wurde die Anzeige am 14.07.2014 erneut zurückgezogen und im Zuge dessen wiederholt eine abgeänderte Version der Klausel angezeigt (ON 10, siehe I.). Am 01.09.2014 zog MyPhone die angezeigten Änderungen nochmals zurück (ON 13) und zeigte diese in leicht abgeänderter Form erneut am 02.09.2014 an (ON 14).

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus der von MyPhone am 19.03.2014 gemäß § 25 Abs 2 TKG 2003 angezeigten Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (G 37/14, ON 1), der Aufforderung zur Stellungnahme an MyPhone vom 08.04.2014 (G 37/14, ON 3), der Anzeige einer geänderten Version der Klausel zur Löschung der Preselection vom

14.04.2014 (G 37/14, ON 7), der Aufforderung zur Stellungnahme an MyPhone vom 23.04.2014 (G 37/14, ON 10) sowie der Stellungnahme der MyPhone vom 05.05.2014 (G 37/14, ON 11). Weiters ergibt sich der festgestellte Sachverhalt aus der geänderten Anzeige der Klausel zur Löschung der Preselection bei Vertragsbeendigung vom 05.05.2014 (ON 1), der Aufforderung zur Stellungnahme an MyPhone vom 03.06.2014 (ON 5), der Stellungnahme und gleichzeitigen Anzeige der geänderten Klausel zur Löschung der Preselection bei Vertragsbeendigung von MyPhone, der daraufhin ergangenen Aufforderung zur Stellungnahme vom 01.07.2014 (ON 8) sowie der anschließend ergangenen Stellungnahme und der Anzeige der abermals geänderten Klausel zur Löschung der Preselection bei Vertragsbeendigung der Vertretung der MyPhone vom 14.07.2014 (ON 10), der Zurückziehung dieser Anzeige vom 01.09.2014 durch ebendiese (ON 13) und der erneuten Neuanzeige vom 02.09.2014 (ON 14).

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 (sowie Entgeltbestimmungen) 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 (sowie Entgeltbestimmungen) 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 angezeigte Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht den Kriterien des Prüfungsmaßstabes (§ 25 Abs 6 TKG 2003) entsprechen:

Klausel zur Löschung der CPS im Falle der Kündigung (§ 2 Absatz 6 der gegenständlichen AGB):

Die im Spruch genannte Klausel § 2 Abs 6 der AGB von MyPhone (in der Fassung vom 02.09.2014) sieht im Falle einer Kündigung durch den Teilnehmer vor, dass der Teilnehmer diesfalls dazu verpflichtet werden kann, „[...] die Löschung (Anm.: der CPS) selbst zu veranlassen[..]“. Weiters bleibe der Teilnehmer auch nach Vertragsende bei MyPhone entgeltpflichtig, wenn er deren Dienste nach der Kündigung weiter nutze. Diese Klausel kann nur so verstanden werden – und dies wird seitens MyPhone in ihren Stellungnahmen vom 06.06.2014 (ON 6) sowie vom 14.07.2014 (ON 10) nicht widerlegt –, dass der Kunde nach Gutdünken der MyPhone selbst nach Vertragsende dazu verpflichtet werden kann, entweder einen anderen Betreiber öffentlicher Telefondienste mit der Einrichtung einer (neuen) 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 in der Einrichtung der CPS bei der A1 Telekom Austria AG 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 verkehrsüblichen 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 Punkt 6.b der gegenständlichen Klausel ergibt sich jedoch, dass MyPhone die CPS bei Vertragskündigung (auch bei der Kündigung gemäß § 25 Abs 3 TKG 2003) durch den Teilnehmer nicht löschen müsse, sondern vielmehr vorsehen möchte, dass diesfalls der Teilnehmer selbst für die Löschung der CPS oder deren Umschaltung zu einem anderen CPS-Betreiber verantwortlich gemacht werden kann.

Dies entspricht jedoch unabhängig von den unten dargelegten zivilrechtlichen Überlegungen nicht den entsprechenden Zusammenschaltungsverhältnissen (§ 48 TKG 2003) mit der A1 Telekom Austria AG. Punkt 6.1 des Anhangs 21 etwa zum Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.03.2002 zu Z 20/01-38 (siehe auch Anhang 21 Punkt 5.1. im aktuellen Standard-Zusammenschaltungsangebot der A1 Telekom Austria AG, http://cdn2.a1.net/final/de/media/pdf/Zusammenschaltungsvertrag_zw_A1TA_u_ANB.pdf), der (bereits auf der Basis des § 38 TKG 2003) 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 von MyPhone, 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 gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Weiters verstößt die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil sie den Vertragspartner von MyPhone – 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 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 von MyPhone im Rahmen des Telefondienstvertrages anzusehen. Mit der vorliegenden, branchen- sowie verkehrsunüblichen Klausel möchte MyPhone jedoch – jedenfalls durch die Bestimmung in Punkt 6.b dieser Klausel - die letztgenannte vertragliche Verpflichtung von sich auf den Kunden abwälzen, welcher, da die CPS bei Vertragsbeginn vom Telefondienstanbieter ohne weiteres Zutun des Kunden eingerichtet wird, mit Recht auch vom umgekehrten Vorgang, nämlich der Löschung der CPS ohne sein Zutun, bei Vertragsende ausgeht. Die Tatsache, dass der Kunde der MyPhone zusätzlich zu seiner Entgeltzahlungspflicht Nebenleistungen (nämlich die Löschung der CPS nach Vertragsende sicherzustellen) selbst erbringen soll, die eigentlich Teil der vertragsimmanenten Nebenleistungspflicht von MyPhone 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 dadurch noch verstärkt, dass 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 sich der Kunde überhaupt erst informieren muss, bei welcher Kontaktstelle der A1 Telekom Austria AG unter Nutzung welcher Formulare er die CPS selbst löschen lassen kann (Aus folgender Formulierung in gegenständlicher Klausel *„...MP wird darauf achten, dass (...) dem Kunden die jeweils aktuellen Möglichkeiten, eine derartige Löschung [Anm.: der CPS] zu veranlassen, in angemessenem Umfang mitgeteilt werden.“* geht nicht hervor, wie konkret der Hinweis erfolgen wird (wird etwa auf die konkrete Stelle bei A1 Telekom Austria und auf die Notwendigkeit der Verwendung spezifischer Formulare hingewiesen?). 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 von MyPhone ist. Es ist daher der Behauptung der MyPhone in ihrer Stellungnahme vom 05.05.2014 betreffend den Umstand, dass die in die gegenständliche Klausel (idF vom 02.09.2014) eingefügte Formulierung:

„(6) Im Falle der Kündigung kann MP

(a) lediglich die Betreibervorauswahl löschen. In diesem Fall telefoniert der Teilnehmer ab diesem Zeitpunkt wieder über die A1 Telekom Austria AG, oder

(b) dem Teilnehmer mittels schriftlicher Mitteilung (z.B. in der Kündigungsbestätigung) auftragen, die Löschung selbst zu veranlassen, sofern dem Teilnehmer dadurch kein nennenswerter Aufwand entsteht. Das ledigliche Anfordern und Ausfüllen entsprechender Formulare oder das Erstellen und Versenden einfacher schriftlicher Eingaben stellt dabei jedenfalls keinen nennenswerten Aufwand dar.[..]

die gröblich benachteiligende Wirkung der Klausel beseitigen würde, zu widersprechen. 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 von MyPhone, 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 von MyPhone aufzubauen und für diese auch bei dieser bezahlen zu müssen.

In diesem Zusammenhang ist auch auf das Vorbringen der MyPhone in ihrer Stellungnahme vom 05.05.2014 Bezug zu nehmen, wonach ihre Kunden „(...) *ihr Telefonieverhalten auf unsere Tarife abgestimmt haben (...)*“ und nach erfolgter Kündigung „(...) *von einer „plötzlichen“ automatischen Rückschaltung überrascht werden könnten. [...]*“ und es daher von Vorteil für die Kunden sei, dass sie die jeweiligen Tarife ab dem Zeitpunkt des Vertragsendes weiter in Anspruch nehmen können. Dieses Vorbringen ist für die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehbar und geht auch im Hinblick auf die oben dargestellte Rechtslage ins Leere. Inwieweit es für den Kunden von Vorteil sein soll, trotz seiner Kündigung und erreichtem Vertragsende ohne sein eigenes Eingreifen weiter bei MyPhone entgeltspflichtig zu sein, obwohl in aller Regel ein Kunde mit einer Kündigung zum Ausdruck bringen möchte, nach Vertragsende keine Dienste des betreffenden Betreibers mehr nutzen zu wollen, bleibt unbeantwortet.

Insgesamt hat das in den Aufforderungen zur Stellungnahme an MyPhone vom 08.04.2014, 23.04.2014, 03.06.2014 sowie 01.07.2014 geäußerte Grundproblem, nämlich der Verstoß gegen § 897 Abs 3 ABGB aufgrund des Umstands, dass der Teilnehmer zur Löschung der CPS verpflichtet werden kann, hinsichtlich jeder der in gegenständlichem Verfahren übermittelten Versionen der Klausel bestanden und konnte durch die eingefügten Zusatzregelungen bzw Erklärungen von MyPhone bzw ihrer Vertretung nicht beseitigt werden.

In Hinblick darauf, dass MyPhone auf den Kerngehalt der gegenständlichen Klausel beharrt ohne dessen Zulässigkeit schlüssig begründen zu können, scheint die Einräumung einer weiteren Möglichkeit zur Stellungnahme nicht geboten.

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

Es wird sohin der bereits in den Aufforderungen zur Stellungnahme geäußerte Vorwurf des Verstoßes der gegenständlichen Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB aufrechterhalten.

Hinsichtlich des Vorbringens der MyPhone, sie sei durch den Aufsichtsbescheid nach § 91 Abs 2 TKG 2003 der RTR GmbH zur GZ RAUF 3/2013 gezwungen, die gegenständliche Klausel anzuzeigen, deren rechtliche Zulässigkeit nun aber von der Telekom-Control-Kommission beanstandet werde, ist festzuhalten, dass in der Begründung des genannten Aufsichtsbescheids ausdrücklich festgehalten wird, dass die Feststellung der Anzeigepflicht einer Klausel nach § 25 TKG 2003 in einem Verfahren nach § 91 TKG 2003 noch keine Aussage über die inhaltliche Zulässigkeit der entsprechenden Regelung darstellt.

Es war der Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von MyPhone daher auf Grund der oben dargelegten Widersprüche zum Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 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, wobei eine Eingabegebühr 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 15.09.2014

Der Vorsitzende
Mag. Nikolaus Schaller