

UNIVERSITÄTSLEHRGANG FÜR INFORMATIONENRECHT UND RECHTSINFORMATION AN DER  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT WIEN

# **ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN IM TELEFONENDKUNDENVERTRAG**

## **MASTER THESIS**

zur Erlangung des akademischen Grades

MASTER OF LAWS (LL.M.)  
INFORMATIONENRECHT UND RECHTSINFORMATION

vorgelegt von

**DR. CLEMENS PICHLER**

begutachtet von

**DR. HANS PETER LEHOFER**

Universität Wien, Juni 2004

**Die folgenden Darstellungen, Ausführungen und Schlussfolgerungen  
geben ausschließlich die private Meinung des Autors wieder.**

## Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>3</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>5</b>
<b>I. Einleitung</b> .....	<b>9</b>
<b>II. Rechtsrahmen</b> .....	<b>10</b>
<b>1. Europarecht</b> .....	<b>10</b>
1.1. EU-Richtlinienpaket .....	10
1.1.1. Rahmenrichtlinie .....	11
1.1.2. Universaldienstrichtlinie .....	13
1.2. Klauselrichtlinie .....	19
1.3. E-Commerce – Richtlinie.....	20
1.4. Fernabsatzrichtlinie .....	22
<b>2. Nationaler Gesetzesrahmen</b> .....	<b>23</b>
2.1. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.....	23
2.1.1. Geltungskontrolle .....	23
2.1.2. Inhaltskontrolle.....	23
2.2. Konsumentenschutzgesetz.....	24
2.3. Telekommunikationsgesetz 2003 .....	25
2.3.1. Anzeige- und Kundmachungspflicht.....	25
2.3.2. Änderung von AGB .....	28
2.3.2.1. Anzeige- und Kundmachungspflicht.....	29
2.3.2.2. Mitteilungspflicht .....	35
2.3.3. Mindestinhalt.....	41
2.3.4. Widerspruch der Regulierungsbehörde .....	42
2.3.4.1. Ermessensentscheidung.....	42
2.3.4.2. Überprüfungsumfang .....	43
2.3.4.3. Rechtswirkung.....	45
2.3.5. Universaldienst.....	48
2.3.6. AGB-Kontrolle als spezifische Verpflichtung .....	49
<b>3. Durchführungsverordnungen</b> .....	<b>52</b>
<b>III. AGB Klauseln</b> .....	<b>56</b>
<b>1. Vertragsabschlussklauseln</b> .....	<b>56</b>
<b>2. Leistungsbeschreibungsklauseln</b> .....	<b>59</b>
<b>3. Änderungsklauseln</b> .....	<b>61</b>
<b>4. Nutzung durch Dritte</b> .....	<b>62</b>
4.1. Missbräuchliche Nutzung durch berechtigte Dritte.....	62
4.2. Missbräuchliche Nutzung durch unberechtigte Dritte.....	63
<b>5. Haftungsklauseln</b> .....	<b>64</b>

<b>6. Sperrklauseln</b> .....	<b>65</b>
<b>7. Laufzeitklauseln</b> .....	<b>67</b>
<b>8. Zahlungsmodalitäten</b> .....	<b>69</b>
<b>9. Kündigungsklauseln</b> .....	<b>71</b>
9.1. Kündigung des Endkunden .....	71
9.1.1. Ordentliche Kündigung .....	71
9.1.2. Außerordentliche Kündigung.....	73
9.2. Kündigung des Telekommunikationsdienstbetreibers .....	73
9.2.1. Ordentliche Kündigung .....	74
9.2.2. Außerordentliche Kündigung.....	75
<b>IV. Abschluss und Ausblick</b> .....	<b>76</b>
<b>V. Literaturverzeichnis</b> .....	<b>77</b>

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
Abl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
ua	und andere
AVB	Allgemeine Vertragsbedingungen
BB	Betriebs-Berater
BGB	(dt.) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(dt.) Bundesgerichtshof
BM	Bundesminister, Bundesministerium
bzw	beziehungsweise
B-VG	Bundesverfassungsgesetz von 1920 idF von 1929
DS-RL	Datenschutz-Richtlinie
dt	deutsch(e)
E	Entscheidung
EB	Erläuternde Bemerkungen
EC	E-Commerce
ecolex	ecolex Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
ECG	E-Commerce-Gesetz
EC-RL	E-Commerce-Richtlinie
EG	Europäische Gemeinschaft
et al	et alii = und andere
EU	Europäische Union

FA-RL	Fernabsatzrichtlinie
f(ff)	folgende(r)
FMG	Fernmeldegesetz 1993
Fn	Fußnote
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GZ	Geschäftszahl
HG	Handelsgericht
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
http	Hypertext Transfer Protocol
idF	in der Folge
idR	in der Regel
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
K&R	Kommunikation & Recht
K-RL	Klausel-Richtlinie
Kap	Kapitel
KEM-V	Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdienste- verordnung
KIG	Kommunikationsgesetz
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
Lit	Literatur
lit	litera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
MMR	MultiMedia und Recht
MR	Medien und Recht, Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
MS	Mitgliedstaaten der EU
Nr	Nummer

ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
RL	Richtlinie(n)
R-RL	Rahmen-Richtlinie
RdW	Recht der Wirtschaft
RTR	Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
RRL-VO	Rahmenrichtlinienverordnung
RWZ	Österreichische Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randzahl
Rsp	Rechtsprechung
RTkom	Zeitschrift für das Recht der Telekommunikation und das Recht der Elektronischen Medien
S	Seite; Schilling
SIM	Subscriber identity module
SMP	Significant Market Power; beträchtliche Marktmacht
SMS	Short Message Service
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Steuer- und WirtschaftsKartei
TKG	Telekommunikationsgesetz (1997)
TKG 2003	Telekommunikationsgesetz 2003
TK	Telekommunikation
TKK	Telekom-Control-Kommission
TKMVO	Telekommunikationsmärkteverordnung 2003
TTG-Vo	Telekom-Tarifgestaltungs-Verordnung
TWG	Telekommunikationswegegesetz
UD-RL	Universaldienst-Richtlinie
Urt	Urteil
usw	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984
vgl	Vergleich

VR                      Versicherungsrundschau  
www                     world wide web



## I. Einleitung<sup>1</sup>

Beim Abschluss von Telekommunikationsdienstleistungsverträgen werden regelmäßig Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet. Dies nicht nur auf Grund der Verpflichtung für Telekommunikationsanbieter zur Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern auch deswegen, weil Individualvereinbarungen für diesen Massenvertrag nicht zweckdienlich wären.

Diese Arbeit beschäftigt sich primär mit den zivilrechtlichen Aspekten von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Telekommunikationsendkundenverträgen. Dennoch ist es teilweise notwendig öffentlich rechtliche Vorgaben darzustellen, um ihre zivilrechtlichen Auswirkungen analysieren zu können. Durch den neuen österreichischen Rechtsrahmen in Form des Telekommunikationsgesetz 2003, wurden auch die Bestimmungen betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen novelliert. Für die Analyse des Telefondienstvertrages ist es auch unumgänglich die europarechtlichen Vorgaben, insbesondere das Richtlinienpaket für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, in die Untersuchungen mit einzubeziehen und als Interpretationshilfen zu verwenden.

Bei den Darstellungen wird primär auf telekommunikationsrechtliche Besonderheiten, sowie auf typische Problemfelder von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Telefonendkundenvertrag eingegangen. Soweit es sich um allgemeine zivilrechtliche Fragen handelt, wird versucht diese möglichst pragmatisch darzustellen, da ansonsten der Rahmen dieser Arbeit bei weitem gesprengt werden würde. Auch wird in dieser Arbeit nicht auf Allgemeine Geschäftsbedingungen für Mietleitungen oder Wholesale Verträge eingegangen.

Die Arbeit gliedert sich in einen rechtstheoretischen Teil, in dem das diesbezügliche telekommunikationsrechtliche Normengefüge dargestellt und analysiert wird. Im zweiten Teil der Arbeit werden typische Klauseln im Telefonendkundenvertrag dargestellt und besprochen.

---

<sup>1</sup> Die vorliegende Arbeit wurde größtenteils im Zuge des Universitätslehrganges für Informationsrecht und Rechtsinformation an der Universität Wien erstellt und entspricht dem Stand September 2004.

## II. Rechtsrahmen

### 1. Europarecht

#### 1.1. EU-Richtlinienpaket

Durch das EU-Richtlinienpaket wurde nicht nur der Bereich der Telekommunikation vereinheitlicht und harmonisiert, sondern es wurden auch inhaltliche neue Regelungen geschaffen, die in Österreich durch das *Bundesgesetz, mit dem ein Telekom-munikationsgesetz erlassen wird*<sup>2</sup> fast termingerecht umgesetzt wurde.<sup>3</sup>

Das Richtlinienpaket besteht aus fünf Richtlinien:

- Rahmenrichtlinie<sup>4</sup>,
- Genehmigungsrichtlinie<sup>5</sup>,
- Universaldienstrichtlinie<sup>6</sup>,
- Zugangsrichtlinie<sup>7</sup>,
- Datenschutzrichtlinie<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> BGBl I 70/2003, im Folgenden: TKG 2003.

<sup>3</sup> Das TKG 2003 trat per 20.8.2003 in Kraft. Die Umsetzungsfrist war der 24.7.2003 bzw der 30.10.2003 für die Datenschutzrichtlinie (im Folgenden: DS-RL). Das bisherige Telekommunikationsgesetz, im Folgenden TKG, sowie das Telekommunikationswegegesetz, im Folgenden TWG, traten damit gem § 132 TKG 2003 außer Kraft.

<sup>4</sup> 2002/21/EG; über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl Nr L 108 vom 24.4.2002, S 33.

<sup>5</sup> 2002/20/EG; über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl Nr L 108 vom 24.4.2002, S 21.

<sup>6</sup> 2002/22/EG; über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABl Nr L 108, vom 24.4.2002, S 51.

<sup>7</sup> 2002/19/EG; über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl Nr L 108, vom 24.4.2002, S 7.

<sup>8</sup> 2002/58/EG; über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl Nr L 201, vom 12.7.2002, S 37.

Durch die unterschiedlichen Regelungsgegenstände dieser RL besteht eine unterschiedliche Relevanz für Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>9</sup> im Telekom-munikationsbereich. Insbesondere die Rahmenrichtlinie sowie die Universal-dienstrichtlinie beinhalten Normierungen, die für nationale Regelungen von AGB relevant sind.

#### 1.1.1. Rahmenrichtlinie

Die Rahmenrichtlinie<sup>10</sup> ist den anderen Richtlinien des Reformpaketes materiell übergeordnet.<sup>11</sup> Sie hat fundamentale Bedeutung, da sie nicht nur den gemeinsamen Anwendungsbereich vorgibt, sondern auch den nationalen Regulierungsbehörden jene allgemeinen Grundsätze und Ziele vorgibt, die diese im gesamten Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste anzuwenden haben.<sup>12</sup> Für den Bereich der AGB sind keine spezifischen Regelungen erlassen. Trotzdem ist die R-RL auch für diesen Bereich unumgänglich:

Durch die Begriffsbestimmungen in Art 2 R-RL wird eine Legaldefinition der einzelnen Begriffe geboten. In Zusammenhang mit Art 20 UD-RL sind diese Begriffsdefinitionen von zentraler Relevanz. Dies nicht nur weil in den anderen Richtlinien auf diese Begriffe zurückgegriffen wird, sondern auch deswegen, da diese Definitionen mitunter auch zur Interpretation der materiellen Bestimmungen herangezogen werden können.<sup>13</sup>

Dabei erscheint insbesondere in Zusammenhang mit der Klauselrichtlinie<sup>14</sup> die Legaldefinition des Begriffes Verbrauchers interessant. Auf den ersten Blick deckt sich dieser Begriff mit jenem der K-RL für den Bereich der öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikation. Beide RL gewähren den Status eines Verbrauchers nur natürlichen Personen. Bei näherer Betrachtung stellt sich aber heraus, dass hier nicht auf den Vertragsabschluss für die Inanspruchnahme eines

---

<sup>9</sup> Im Folgenden AGB.

<sup>10</sup> Im Folgenden R-RL.

<sup>11</sup> *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht, Wien 2004, 111 f.

<sup>12</sup> Vgl. *Schütz/Attendorn*, Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union – Was muss Deutschland ändern?, MMR 4/2002, 4.

<sup>13</sup> Vgl. Ausführungen zu Art 20 Abs 4 UD-RL.

<sup>14</sup> Im Folgenden K-RL; Dazu siehe unten.

elektronischen Kommunikationsdienstes abgestellt wird, sondern auf die Beantragung *oder* die tatsächliche Inanspruchnahme. Diese Unterschiede sind aber von eingeschränkter Relevanz, da diese Verbraucherdefinition nur für das Richtlinienpaket anwendbar ist und nicht auch für die K-RL.

Ein anderer wesentlicher Punkt sind die vorgegeben politischen Ziele und regulatorischen Grundsätze, die in Art 8 R-RL normiert sind. Diese Ziele gliedern sich im Wesentlichen in drei Gruppen:

- Wettbewerbsförderung<sup>15</sup>,
- Entwicklung des Binnenmarktes<sup>16</sup> sowie
- Bürgerinteressen<sup>17</sup>.

Diese drei Zielgruppen stehen prinzipiell in keinem Subordinationsverhältnis, sondern gleichrangig nebeneinander.<sup>18</sup> Gerade letzteres ist für die Vertragsgestaltung mit dem Endkunden besonders relevant. Unter diese Bürgerinteressen fallen die Sicherstellung des Zugangs zum Universaldienst, Verbraucherschutz, Datenschutz, Informationsbedürfnisse, Bedürfnisse bestimmter gesellschaftlicher Gruppen sowie die Integrität und Sicherheit des Netzes. Diese aufgezählten Ziele müssen von der Regulierungsbehörde wahrgenommen werden.

In Art 8 Abs 1 R-RL ist aber eine unmittelbare Verpflichtung für die einzelnen MS normiert, dafür zu sorgen, dass die Regulierungsbehörde ihre Aufgaben durch das Treffen von Maßnahmen wahrnimmt, die den in Art 8 Abs 2 bis 4 R-RL festgelegten Zielen dienen. Damit geht auch die Verpflichtung an den nationalen Gesetzgeber einher, ein Regelungswerk zu schaffen, in dem diese Ziele von den nationalen Regulierungsbehörden verwirklicht werden können. Daher sind diese Ziele nicht nur für die Regulierungsbehörde relevant, sondern für die Interpretation sämtlicher im Zuge der Umsetzung des Richtlinienpaketes ergangenen Regelungen.

---

<sup>15</sup> Art 8 Abs 2 R-RL.

<sup>16</sup> Art 8 Abs 3 R-RL.

<sup>17</sup> Art 8 Abs 4 R-RL.

<sup>18</sup> *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 125.

### 1.1.2. Universaldienststrichtlinie

In der Universaldienststrichtlinie<sup>19</sup> sind nicht nur Regelungen betreffend des Universaldienstes im engeren Sinn<sup>20</sup> normiert, sondern auch Vorgaben für den Verbraucherschutz sowie Leistungsregulierung für Endnutzer.<sup>21</sup> In Kapitel IV der UD-RL werden die Interessen und Rechte der Endnutzer geregelt. Durch die UD-RL werden andere Verbraucherschutzvorschriften nicht derogiert. In Art 20 Abs 2 UD-RL wird der Mindestinhalt von Verträgen geregelt.

Dieser Mindestinhalt gilt nicht nur für Dienste, die die Verbindung mit dem öffentlichen Telefonnetz bzw den Zugang zu diesem Netz bereitstellen, sondern auch für Verträge von Verbrauchern<sup>22</sup> und anderen Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste.<sup>23</sup>

In diesen Verträgen ist jedenfalls Folgendes anzuführen:

- a) Name und Anschrift des Anbieters,
- b) Angebotene Dienste und angebotenes Niveau der Dienstqualität sowie die Frist bis zum erstmaligen Anschluss,
- c) Die Arten der angebotenen Wartungsdienste,
- d) Einzelheiten über Preise und Tarife und die Angabe, mit welchen Mitteln aktuelle Informationen über alle anwendbaren Tarife und Wartungsentgelte eingeholt werden können,
- e) Vertragslaufzeit, Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Dienste und des Vertragsverhältnisses,
- f) Etwaige Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Dienstqualität,
- g) Verfahren zur Einleitung von Streitbeilegungsverfahren gem Art 34 UD-RL;

---

<sup>19</sup> Im Folgenden UD-RL.

<sup>20</sup> Art 3 ff UD-RL; Dabei handelt es sich etwa um Fragen wer den Universaldienst gegenüber wem in welchem Umfang zu erbringen hat.

<sup>21</sup> *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 160 ff.

<sup>22</sup> Verbraucher ist eine natürliche Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst in Anspruch nimmt oder beantragt. Art 2 lit i R-RL.

<sup>23</sup> Art 20 Abs 3 UD-RL.

Die Ausdehnung dieser Informationspflicht auf andere Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste bedeutet nicht, dass von dieser Regelung auch reine Diensteanbieter<sup>24</sup>, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten, betroffen sind. Zwar kommt hier der Vertrag zwischen dem Benutzer des Anschlusses und dem Mehrwertdiensteanbieter zustande<sup>25</sup>, aber diese fallen nicht unter die Legaldefinition in Art 2 lit c R-RL.<sup>26</sup> Zwar handelt es sich dabei nicht um einen „Dienst der Informationsgesellschaft“<sup>27</sup> da Mehrwertdiensteanbieter als reine Content-anbieter aus der Legaldefinition in Art 2 lit c R-RL ausgenommen sind. Teilweise wäre aber sicherlich wünschenswert gewesen auch Name und Anschrift auch eines reinen Content-Diensteanbieter zu erfahren, etwa durch das optionale Wählen einer Ziffer während oder nach der verpflichtenden Entgeltinformation<sup>28</sup> vor der Dienstenutzung.<sup>29</sup>

Dies ist mE auch durch § 65 Abs 2 TKG 2003 ivm § 24 Abs 3 TKG 2003 nicht vollständig gewährleistet, da nur Betreiber von Kommunikationsnetzen und -diensten zur Anzeige verpflichtet sind. Welcher Dienstebetreiber die entsprechende Nummernfolge verwendet, ist bei einer nochmaligen Weitergabe einer Rufnummer oft nicht feststellbar. Gem § 3 Z 1 TKG 2003 ist ein „Betreiber“ definiert als ein Unternehmen, das ein öffentliches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung bereitstellt, oder zur Bereitstellung hiervon befugt ist. § 65 Abs 3 verpflichtet den Betreiber von Kommunikationsnetzen und -diensten nur anzuzeigen, welchen Betreiber die Nummernfolge verwendet.

Wird diese Nummer vom dem Zweitbetreiber an einen reinen Contentdiensteanbieter weitergegeben, entfällt die Pflicht zur Anzeige, weil es sich nicht mehr um einen „Betreiber“ handelt. Auch bezieht sich das „Sie“ im letzten Satz in § 65 Abs 2 nur auf jene Betreiber, denen

---

<sup>24</sup> Darunter werden auch häufig Mehrwertdienste fallen.

<sup>25</sup> OGH 27.5.03, 1 Ob 244/02t; *Lehofer*, Zivilrechtliche Fragen des Telefondienstvertrages, MR 2003, 341; *Wessely*, Neues von der Mehrwertdienste-Front, MR 2004, 149.

<sup>26</sup> aM *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 173. Diesbezüglich unklar Erwägungsgrund 30 zu UD-RL.

<sup>27</sup> Vgl dazu Ausführung zur EC-RL.

<sup>28</sup> § 105 KEM-V.

<sup>29</sup> Beispielsweise um den unmittelbaren Versender von Spam-SMS feststellen zu können.

gem § 65 Abs 1 TKG 2003 das Recht gewährt wurde, untergeordnete Elemente selbstständig zu verwalten.

Die Inanspruchnahme eines Mehrwertdienstes stellt einen eigenen Vertrag dar und ist somit als Fernabsatzgeschäft iS des §§ 5a ff KSchG zu beurteilen.<sup>30</sup> Daher müssten bei den telefonisch geschlossenen Verträgen ohnehin die in § 5c KSchG aufgezählten Informationen noch vor Abgabe einer Vertragserklärung dem Nutzer mitgeteilt werden. Dies müsste also noch zu einem Zeitpunkt erfolgen, wo noch keine Kosten verrechnet werden.

Reine Content-Diensteanbieter müssen keine AGB verwenden. *Handig*<sup>31</sup> differenziert bei den Mehrwertdiensteanbietern aber dahingehend, dass bei jenen Mehrwertdienstenummern, bei denen nicht unmittelbar Unterhaltung angeboten wird, sondern nur die Möglichkeit mit anderen Personen in Kontakt zu treten, die die gleiche Interessenslage haben, (etwa zu Zwecken des Zeitvertreibs oder der Kontakthanbahnung), geboten wird unter den Begriff des Telekommunikationsdienst<sup>32</sup> und damit mit Ausnahme von Rundfunk auch unter „Kommunikationsdienst“ zu subsumieren wären. Tatsächlich ist hier die Hauptleistung nicht das Anbieten von Content, sondern die Vermittlung zweier oder mehrerer Personen mit denselben Interessenneigungen.

Trotzdem ist dieser Ansicht mE nicht zu folgen, da Art 2 lit c R-RL nicht auf eine unmittelbare Contentdienstleistung abstellt. Eine besondere Qualität der Dienstleistung ist nur aus der positiven Umschreibung der elektronischen Kommunikationsdienste zu entnehmen (arg *die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signale über elektronische Kommunikationsnetze bestehen*). Somit reicht eine mittelbare Contentleistung aus. Solche Mehrwertdienstebetreiber sind dem Bereich der Contentdienste wesentlich näher als jenem der klassischen elektronischen Kommunikationsdienste, da der Nutzer ja gerade typischerweise einen bestimmten Inhalt für die Inanspruchnahme einer Mehrwertnummer erhalten will. Dieser Inhalt wird zwar nicht originär erbracht, aber ist letztlich dennoch eine organisatorische Dienstleistung des Mehrwertdiensteanbieters.

---

<sup>30</sup> OGH 29.4.03, 4 Ob 92/03p; *Lehofer*, Zivilrechtliche Fragen des Telefondienstvertrages, MR 2003, 341.

<sup>31</sup> *Handig*, Unternehmerische Tätigkeiten im Bereich der Telekommunikation, SWK 2003, W 155.

<sup>32</sup> § 3 Abs 21 TKG 2003.

Jene Mindestvertragsbestandteile die in Art 20 Abs 2 UD-RL aufgezählt sind und in der österreichischen Umsetzung gem § 25 Abs 4 TKG 2003 in AGB beinhaltet sein müssen, decken sich, soweit sie sich für einen Vertrag zwischen einem Mehrwertdiensteanbieter und einem Nutzer anwenden lassen, ohnehin mit den Informationspflichten der §§ 5a ff KSchG. Somit ist für jene Rechtssicherheit und Informationstransparenz<sup>33</sup>, welche für Verträge mit Diensteanbietern gefordert wird, bereits durch die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie genüge getan.

Die Änderung von Vertragsbestandteilen in Art 20 Abs 4 UD-RL ist aber für reine Diensteanbieter nicht passend, da dabei auf einen langfristigen Vertrag abgestellt wird.

Die Verpflichtung zur Angabe der in Art 20 Abs 2 UD-RL aufgezählten Informationen kann von MS auch auf andere Endnutzer<sup>34</sup> als Verbraucher ausgedehnt werden, was in Österreich auch durch § 25 Abs 4 TKG 2003 erfolgte.

Eine Verpflichtung zur Verwendung von AGB besteht europarechtlich, im Gegensatz zum österreichischen Rechtsrahmen, allerdings nicht (arg *Vertrag*).<sup>35</sup> Größtenteils handelt es sich allerdings dabei um typische Nebenvereinbarungen die in AGB geregelt werden. Insofern könnte durch die Umsetzung im TKG 2003 eine gewisse Diskrepanz zu den europarechtlichen Vorgaben entstehen, nämlich dann, wenn der Endnutzer bei Abschluss seines Telefondienstleistungsvertrages den Vertrag erst nach Streichung der AGB-Bestimmungen unterschreibt oder bei individuell ausgehandelten Vertragsklauseln. Hier ergeben sich interessante zivilrechtliche Fragestellungen die allerdings weiter unten noch behandelt werden.

In Art 20 Abs 4 UD-RL wird normiert, dass Teilnehmer<sup>36</sup> das Recht haben, bei Bekanntgabe beabsichtigter Änderungen der Vertragsbedingungen den Vertrag ohne Zahlung von

---

<sup>33</sup> Im Erwägungsgrund 30 der UD-RL wird angeführt, dass diese Informationen auch Bestandteil der Verträge von Diensteanbietern die nicht unmittelbar Telefondiensteanbieter sind, und Verbraucher sein sollen.

<sup>34</sup> Endnutzer ist ein Nutzer, der keine öffentlichen Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellt. Art 2 lit n R-RL.

<sup>35</sup> Bei der Umsetzung im TKG 2003 wurden für die Betreiber von Kommunikationsnetzen oder – diensten die Verpflichtung auferlegt AGB zu verwenden. § 25 Abs 1 TKG 2003.

<sup>36</sup> Teilnehmer sind natürliche oder juristische Personen, die mit einem anderen Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste einen Vertrag über Bereitstellung derartiger Dienste geschlossen hat. Art 2 lit k R-RL.



Vertragsstrafen zu lösen. Dem Teilnehmer sind die Änderungen mindestens einen Monat zuvor anzuzeigen.

Auch müssen die Teilnehmer über ihr Recht unterrichtet werden, dass sie den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen lösen können, wenn sie die Bedingungen nicht annehmen. Eine Einschränkung auf Verbraucher besteht hier nicht.

Unklar ist, ob dies auch für Änderungen von Vertragsbedingungen gilt, die den Teilnehmer ausschließlich begünstigen.<sup>37</sup> Zumindest bei der Möglichkeit den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen vorzeitig zu lösen, ist diese Bestimmung wohl dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass dies nur für Änderungen gilt, die den Teilnehmer in seinen Interessen beeinträchtigen.

Bei der Verständigungspflicht des Teilnehmers ist aber eine diesbezügliche teleologische Reduktion nicht einzusehen. Die ratio dieser Bestimmung ist, dass der Teilnehmer durch die Information über seine, aus dem Vertrag entstehenden Rechte und Pflichten, informiert wird. Ist der Teilnehmer aber in Unkenntnis einer Änderung, die den Teilnehmer begünstigt, wird er sich auch nicht auf jene Vertragsklausel berufen. Denkbar wäre etwa, dass ein ordentliches Zivilgericht eine Klausel in den AGB als sittenwidrig erkennt. Eine darauf folgende Änderung der AGB sowie die Information der restlichen Kunden, die auch zu diesen Bedingungen den Vertrag abgeschlossen haben, ist durchwegs im Interesse des Teilnehmers und kann daher nicht teleologisch reduziert werden.

Dem Teilnehmer soll nämlich nicht nur die Möglichkeit eingeräumt werden, im Fall von nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen zu kündigen, sondern auch sich auf die in den AGB eingeräumten Rechte berufen zu können.<sup>38</sup> Diese Interpretation ergibt sich mE auch aus den in Art 8 Abs 4 lit d in dem normiert wird, dass die Interessen des Bürgers durch Bereitstellen klarer Information, insbesondere transparente Tarife und Bedingungen, gefördert werden.

---

<sup>37</sup> Dafür *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung, Festschrift für Gottfried Mayer, Wien 2004, 150.

<sup>38</sup> aM *Stratil (Hrsg)*, Telekommunikationsgesetz 2003, Wien 2004, § 25 Anm 5.

Fraglich ist, ob diese Bestimmung auch für andere elektronische Kommunikationsdienste iS des Art 20 Abs 3 UD-RL gilt. ME stellt Art 20 Abs 4 UD-RL nur auf Verträge mit Unternehmen die Verbindungen mit dem öffentlichen Telefonnetz bzw den Zugang zu diesem Netz bereitstellen, ab. Sollte diese Verpflichtung auch auf andere Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste anzuwenden sein, würde vermutlich ebenso anstelle des Begriffes „Vertrag“ der Plural wie in Art 20 Abs 3 UD-RL verwendet. Durch die Verwendung des Begriff „Teilnehmer“ wird allerdings auf die in Art 2 lit k R-RL verwiesen, die darunter eine Person definiert, die mit einem Anbieter öffentlicher zugänglicher Kommunikationsdienste einen Vertrag über die Bereitstellung derartiger Dienste geschlossen hat.

Dies darf aber nicht dahingehend verstanden werden, dass diese Verpflichtung für sämtliche elektronischen Kommunikationsdienste gilt, sondern soll nur hervorheben, dass dieses Recht auch Personen zukommen soll, die nicht Verbraucher sind. Für diese Interpretation spricht auch die Verwendung des Begriffes „Verbraucher“, in Art 20 Abs 2 UD-RL. Auch der Begriff „Verbraucher“ ist in Art 2 lit i R-RL legaldefiniert. In dieser Definition wird von dem weiteren Begriff „elektronischer Kommunikationsdienst“ gesprochen. Eine Einschränkung erfolgt erst in Art 20 Abs 2 UD-RL. Bei der Umsetzung im TKG 2003 wurden Betreiber von Rundfunknetzen und -signalen auch von dieser Verpflichtung ausgenommen.<sup>39</sup>

In Art 21 UD-RL werden die MS verpflichtet, für Endnutzer und Verbraucher transparente und aktuelle Informationen über anwendbare Preise und Tarife sowie über Standardkonditionen bezüglich des Zugangs zu öffentlichen Telefondiensten und deren Nutzung zugänglich zu machen.<sup>40</sup> Diese Bestimmung bezieht sich im Gegensatz zu den Mindestinhalten nur auf Anbieter die öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste<sup>41</sup> anbieten.

---

<sup>39</sup> § 25 Abs 8 TKG 2003.

<sup>40</sup> Dabei wird auf Anh II der UD-RL verwiesen, der sich größtenteils mit den Mindestvertragsinhalten gem Art 20 UD-RL deckt.

<sup>41</sup> Dies sind gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, mit Ausnahme der Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und – dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle ausüben. Art 2 lit c R-RL.

Insbesondere unter dem Begriff „Standardkonditionen“ sind typischerweise AGB zu verstehen, da diese gerade der Standardisierung von Verträgen und den damit verbundenen Rechte und Pflichten dienen.

In Art 26 Abs 4 UD-RL wird normiert, dass die MS gewährleisten müssen, dass Bürger angemessen über Bestehen und Nutzung der einheitlichen europäischen Notrufnummer 112 informiert werden müssen. Dabei ist allerdings nicht auf Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen Bezug genommen worden. Das bedeutet, dass auch eine Umsetzung denkbar wäre, dass diese Information auch anders als durch den jeweiligen Anbieter erfolgen könnte. Im § 25 Abs 4 Z 7 TKG 2003 wurden Betreiber von Kommunikationsdiensten dazu verpflichtet, bei Verträgen mit Endnutzern diese Information in AGB wiederzugeben. Der Begriff Endnutzer<sup>42</sup> ist diesbezüglich weiter als der europarechtlich vorgegebene Begriff Bürger, der wohl nur auf natürliche Personen abstellt.

## 1.2. Klauselrichtlinie

Die Klauselrichtlinie<sup>43</sup> beinhaltet keine telekommunikationsrechtlichen Besonderheiten. Trotzdem ist die K-RL bei der Beurteilung der einzelnen Klauseln in den AGB von Telekommunikationsdienstleistungsanbietern besonders bedeutsam. Der persönliche Geltungsbereich der K-RL ist allerdings auf Verbraucher beschränkt. Gemäß der Legaldefinition in Art 3 lit b K-RL ist ein Verbraucher eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter die K-RL fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Auf der anderen Seite des Vertragsverhältnisses muss sich ein Gewerbetreibender finden. Ein Gewerbetreibender ist eine natürliche oder juristische Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, auch wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Bereich zugeordnet ist.<sup>44</sup> Daher sind sowohl

---

<sup>42</sup> Endnutzer ist ein Nutzer, der keine öffentlichen Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste bereitstellt. § 3 Z 5 TKG 2003.

<sup>43</sup> 93/13/EWG; über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl Nr L 95/29 vom 21.4.1993.

<sup>44</sup> Art 2 lit c K-RL.

Telekommunikationsdiensteanbieter als auch der klassische Kunde, nämlich der Verbraucher, davon betroffen.

In der R-RL wurde, wie bereits erwähnt, der Begriff des Verbrauchers abweichend definiert. Für den Anwendungsbereich der K-RL gilt aber ausschließlich die in Art 3 lit b K-RL angeführte Begriffsbestimmung. Auf etwaige Unterschiede beim europäischen Verbraucherbegriff hat allenfalls der nationale Gesetzgeber bzw die Regulierungsbehörde zu achten.<sup>45</sup> Da aber mit Ausnahme der Mindestinhalte von Vertragsbestimmungen gem Art 20 UD-RL der Verbraucherbegriff der R-RL für die AGB von Telekommunikationsdiensteanbietern nicht von zentraler Relevanz ist, werden daher in der Praxis keine Probleme zu erwarten sein.

Als Interpretationsgrundlage wird die K-RL sicher auch für die nicht gesetzlich geregelten Rechtsfolgen eines Widerspruchs gegen AGB gem § 25 Abs 6 TKG 2003 herangezogen werden können. Hier wird insbesondere verstärktes Augenmerk auf Art 6 K-RL gelegt werden müssen.<sup>46</sup>

### 1.3. E-Commerce – Richtlinie

Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr<sup>47</sup> tangiert auch den AGB-Bereich der Telekommunikationsdiensteanbieter. Dies zum einen, weil der Großteil der Telekommunikationsdiensteanbieter ihre AGB auf ihrer Website abrufbar hält und es auch denkbar wäre, dass der Vertrag via Internet abgeschlossen wird oder, dass zumindest auf einer Website dafür geworben wird. Die speziellen europarechtlichen Fragestellungen sind aber nicht primärer Inhalt dieser Arbeit und werden daher lediglich marginal aufgezeigt.

Zum anderen beinhaltet die EC-RL den Begriff „Dienst der Informationsgesellschaft“, der auch für das Telekommunikationsrecht bedeutsamen ist. Dieser Begriff ist deshalb relevant, weil in der Legaldefinition des Art 2 lit c R-RL vom Begriff der „elektronischen Kommunikationsdienste“,

---

<sup>45</sup> Deswegen wurde in der Umsetzung des Art 20 Abs 2 und 3 UD-RL nicht der Begriff „Verbraucher“ verwendet sondern „Endnutzer“; § 25 Abs 4 TKG 2003.

<sup>46</sup> Dazu siehe Kap 2.3.4.3.

<sup>47</sup> 200/31/EG; über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, Abl Nr L 178 vom 17.7.2000 (im Folgenden EC-RL).

„Dienste der Informationsgesellschaft die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“ ausgenommen werden. Dies ist deshalb wesentlich, da in Art 20 UD-RL die Verpflichtung zur Anführen der aufgezählten Informationen nur Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste betrifft.

Wie auch in der R-RL wird in der EC-RL auf die RL 98/34/EG<sup>48</sup> verwiesen. Trotzdem beschäftigt sich die EC-RL zentral mit diesem Begriff.<sup>49</sup> Dienste der Informationsgesellschaft sind demnach „*Jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung*“.

Ein wesentliches Element dabei ist die Erbringung des Dienstes über elektronische Verarbeitungs- und Speicherungssysteme, da ansonsten kein elektronisch erbrachter Dienst vorliegt. Daher sind reine Sprachtelefon- der Telefaxdienste davon ausgenommen.<sup>50</sup> Mehrwertdiensteanbieter im klassischen Sprachtelefonbereich fallen daher nicht unter „Dienste der Informationsgesellschaft“.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Art 1 Nr 2 der EG-Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften über die Dienste der Informationsgesellschaft, Abl Nr L 204 vom 21. 7. 1998, idF der EG-Richtlinie 98/48/EG über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten , ABI Nr L 320 vom 28.11.1998.

<sup>49</sup> Vgl die EB zu § 3 ECG sowie der Anhang V der EC-RL.

<sup>50</sup> Vgl Anhang V Abs 2 EC-RL; *Brenn (Hrsg)*, E-Commerce-Gesetz, Wien 2002, 172, *Laga/Sehrschn*, E-Commerce-Gesetz, Wien 2002, 16;

<sup>51</sup> Mehrwertdienste übers Internet mittels „Dialer Programmen“ sind jedoch ein Dienst der Informationsgesellschaft. Vgl dazu insbesondere OGH 18.11.2003, 4 Ob 219/03i in dem Live-Cam Darbietungen übers Internet als „Dienst der Informationsgesellschaft“ qualifiziert wurden. Dazu *Fraiss*, Verstoß gegen § 5 Abs 1 ECG wettbewerbswidrig!, RdW 2004/164; *Zankl*, Links, Dienste der Informationsgesellschaft und Informationspflichten bei Live-Cam, *ecolex* 2004, 261.

#### 1.4. Fernabsatzrichtlinie

Die Fernabsatzrichtlinie<sup>52</sup> regelt den Vertragsabschluss im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten. Teilweise ist auf den websites der Telekommunikationsdienstleister auch die Möglichkeit gegeben, online einen Erstanmeldungsvertrag abzuschließen.<sup>53</sup> Die Umsetzung der FA-RL wurde durch eine Novelle des Konsumentenschutzgesetzes bewerkstelligt. Da der Vertragsabschluss im Telekommunikationsbereich üblicherweise nicht im Fernabsatz getätigt wird, handelt es sich dabei um eine Norm, die im konkreten Anlassfall zu beachten ist, aber in der vorliegenden Arbeit nicht weiter erläutert werden kann.

---

<sup>52</sup> 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl L 144 vom 4.6.1997 idF ABl Nr L 271 vom 9.10.2002 (im Folgenden FA-RL).

<sup>53</sup> Beispielsweise unter <http://www.t-mobile.at> oder <http://www.telering.at>.

## 2. Nationaler Gesetzesrahmen

### 2.1. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch<sup>54</sup>

Hier befinden sich die beiden zentralen Normen für die Gestaltung von AGB überhaupt. Es handelt sich dabei um allgemeine Normierungen, die in sämtlichen AGB berücksichtigt werden müssen. Da der Schwerpunkt hier allerdings im telekommunikationsrechtlichen Bereich gesetzt wird, werden nur der Vollständigkeit halber jene bürgerlich rechtlichen Bestimmungen kurz erläutert, aber keine Inhalte analysiert. Allerdings werden durchwegs im Abschnitt über die typischen AGB Klauseln eventuelle Differenzen zu diesen Normen aufgezeigt.

#### 2.1.1. Geltungskontrolle

In § 864a ABGB wird die Geltungskontrolle von AGB<sup>55</sup> normiert.<sup>56</sup> Vertragsbestimmungen, die ungewöhnlichen Inhalts und dem anderen Vertragspartner nachteilig sind, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn er nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild, nicht damit zu rechnen braucht, außer er wurde speziell darauf hingewiesen. Damit ist ein erstes Kriterium für die Prüfung von AGB geschaffen. Ist dieser Tatbestand erfüllt, bedarf es keiner Aufhebung durch ein Gericht oder einer sonstigen Anfechtung oder Anpassung des Vertrages.<sup>57</sup>

#### 2.1.2. Inhaltskontrolle

---

<sup>54</sup> Im Folgenden ABGB.

<sup>55</sup> Der Begriff AGB ist zwar im österreichischen Recht nicht definiert, aber es wird im Anschluss an die dt. Begriffsbestimmung in § 305 BGB als „*alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat*“ verstanden. *Krejci*, KSchG und AGB, in *Krejci (Hrsg)*, Handbuch zum KSchG, 100; *Krejci in Rummel (Hrsg)*, 3. Auflage, § 879, Rz 232; *Rummel in Rummel (Hrsg)*, § 864a Rz 1.

<sup>56</sup> Da der Begriff AGB und der Begriff Vertragsformblätter im ABGB jeweils nebeneinander verwendet werden, braucht es diesbezüglich keine Unterscheidung. *Krejci in Rummel (Hrsg)*, § 879, Rz 232.

<sup>57</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Bd I, 12. Auflage, Wien 2002, 120.

In § 879 ABGB ist die Inhaltskontrolle von AGB geregelt.<sup>58</sup> Bei dieser Inhaltskontrolle ist zentrales Anknüpfungselement die sachliche Angemessenheit unter dem Blickwinkel der Sittenwidrigkeit.<sup>59</sup> Diese Inhaltskontrolle wurde gem § 879 Abs 3 ABGB für Nebenleistungen normiert. Wenn ein Vertragspartner hinsichtlich der Hauptleistung gröblich benachteiligt wird, kann der Vertrag nach § 879 Abs 1 nichtig sein<sup>60</sup> oder wegen Wuchers oder Verkürzung über die Hälfte korrigiert werden.<sup>61</sup> Klauseln, die die Position des Kunden unbillig verschlechtern und dadurch zu einem groben Missverhältnis zwischen den Leistungen führen sind sittenwidrig und daher nichtig. Die Nichtigkeit gilt nur für jene Klauseln, die sittenwidrig sind und nicht für den gesamten Vertrag.<sup>62</sup>

## 2.2. Konsumentenschutzgesetz

Die im Konsumentenschutzgesetz<sup>63</sup> normierten Verbraucherschutzvorschriften betreffen auch den Bereich der AGB. Auch der Umsetzung der K-RL ist es zuzurechnen, dass es zu einer Novelle des KSchG<sup>64</sup> kam, indem Spezialtatbestände für Verbraucher geschaffen wurden. Zwar änderte sich die Rechtslage nicht gravierend, allerdings sind iS einer richtlinienkonformen Interpretation auch die Wertungen und Zielvorstellungen, welche durch die K-RL verkörpert werden, mit einzubeziehen.<sup>65</sup>

In § 6 KSchG wird ein Summe von Klausel aufgezählt, welche jedenfalls, im Sinne des § 879 ABGB, für den Verbraucher nicht verbindlich sind<sup>66</sup> bzw nur dann verbindlich sind, wenn

---

<sup>58</sup> Bydlinski in *Forstmoser/Schlupe* (Hrsg), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 73.

<sup>59</sup> *Reiner/Steindl/Haugeneder*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Wien 2003, 35.

<sup>60</sup> *Apathy* in *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB, 2. Auflage, Wien 1997, § 879 Rz 1, mwN.

<sup>61</sup> *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz, 2. Auflage, Wien 2004, § 879 Abs 3 ABGB, Rz 6.

<sup>62</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Bd I, 121.

<sup>63</sup> Im Folgenden KSchG.

<sup>64</sup> Die Umsetzung der K-RL erfolgte erst durch die Novelle zum KSchG, BGBl I 1997/6.

<sup>65</sup> Ziel der RL ist das Vertrauen des Verbrauchers im Binnenmarkt auf einen ausreichenden Schutz gegen unfaire Vertragsklauseln in allen MS zu stärken. *Kiendl*, Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen, Wien 1997, 218 ff.

<sup>66</sup> § 6 Abs 1 KSchG.



der Unternehmer beweist, dass jene Klauseln einzeln ausgehandelt worden sind.<sup>67</sup> In § 6 Abs 3 KSchG wurde nochmals das Transparenzgebot normiert, um jedenfalls eventuelle Zweifel an der Richtlinienkonformität des österreichischen Privatrechts auszuräumen.<sup>68</sup> Durch die Judikatur des OGH hat aber § 6 Abs 3 KSchG eine eigenständige Bedeutung erhalten.<sup>69</sup>

Für den Bereich der Telekommunikation finden sich keine typischen Bestimmungen. Allerdings ist durch die relativ allgemein und weit gehaltenen Normierungen im KSchG durchwegs ein großer Anwendungsbereich für den Telekommunikationsdienstleistungsendkundenvertrag gegeben. Diesbezügliche Divergenzen, werden im Abschnitt über Klauseln im TK-Vertrag erläutert.

### 2.3. Telekommunikationsgesetz 2003

Speziell telekommunikationsrechtliche Bestimmungen wurden auch im TKG 2003 normiert. Zwar gab es auch bisher schon besondere AGB rechtliche Normen für den Bereich der Telekommunikation,<sup>70</sup> allerdings haben sich doch einige wesentliche Neuerungen gegenüber der alten Rechtslage ergeben.

#### 2.3.1. Anzeige- und Kundmachungspflicht

In § 25 Abs 1 TKG 2003 wird bestimmt, dass alle Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten AGB zu erlassen haben, in denen die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen sind.<sup>71</sup> Diese AGB- und

---

<sup>67</sup> § 6 Abs 2 KSchG.

<sup>68</sup> *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG, § 6 KSchG Rz 108.

<sup>69</sup> Siehe dazu *Graf*, Sechs Jahre § 6 Abs 3 KSchG in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung, Festschrift für Gottfried Mayer, Wien 2004, 15.

<sup>70</sup> § 18 TKG, RRL-Vo, TTG-Vo.

<sup>71</sup> Trotz einer mangelnden Einschränkung auf öffentliche Kommunikationsnetze und -dienste ist mE eine Verpflichtung zur Verwendung von AGB für Betreiber von privaten Kommunikationsnetzen und -diensten teleologisch fraglich. AA *Stratil (Hrsg)*, TKG 2003, § 25 Anm 1; *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 312 f.

Entgeltbestimmungen müssen der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes angezeigt werden und sind in geeigneter Form kundzumachen.

Als Regulierungsbehörde müsste mE gem § 116 TKG 2003 ivm 117 Z 3 TKG 2003 die Telekom-Control-Kommission<sup>72</sup> angesehen werden.<sup>73</sup> Zwar wird in § 117 Z 3 TKG 2003 nicht explizit normiert, dass die AGB bei der TKK anzuzeigen sind, dies ergibt sich aber aus dem taxativ aufgezählten Aufgabenbereich des § 117 TKG 2003, da ansonsten eine Erfüllung der Aufgabe nicht möglich ist.<sup>74</sup>

In der Praxis werden die AGB allerdings bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH<sup>75</sup> angezeigt. Jene Aufgaben, die nicht der TKK zugewiesen sind, werden von der RTR wahrgenommen. Hauptsächlich gehören dazu klassische Aufgaben der Verwaltungsführung.<sup>76</sup> Die RTR verwaltet die AGB und berichtet der TKK über neu eingelangte AGB. Über einen Widerspruch entscheidet dann die TKK.

Die Verpflichtung zur Erlassung von AGB ist wesentlich weiter gehalten als dies bisher der Fall war. Grundsätzlich würden darunter auch Betreiber von Rundfunknetzen fallen. Diese werden aber von der Verpflichtung gem § 25 Abs 8 TKG 2003 vom Anwendungsbereich des § 25 TKG 2003 bis auf Abs 4 Z 1 bis 5 ausgenommen. Daher müssen die Betreiber von Rundfunknetzen auch keine AGB erlassen. Eine Verpflichtung zur Erlassung von AGB ist nicht in § 25 Abs 4 TKG 2003 normiert. In Abs 4 wird nur geregelt, was AGB zu enthalten haben und nicht was Verträge zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Endkunden beinhalten müssen. Eine Verpflichtung zur Verwendung von AGB könnte sich nur aus Abs 1 ergeben. Davon sind aber Betreiber von Rundfunknetzen und andere Betreiber, soweit sie die Übertragung von Rundfunksignalen besorgen, in § 25 Abs 8 TKG 2003 ausgenommen. Werden

---

<sup>72</sup> Im Folgenden TKK.

<sup>73</sup> Die Zuständigkeit für Universalanbieter gem § 26 TKG 2003 bzw Unternehmen mit Significant Market Power, denen die Verpflichtung auferlegt wurde ihre AGB und Entgelte genehmigen zu lassen, ist in § 117 Z 8 TKG 2003 normiert.

<sup>74</sup> aM *Vartian*, Telekommunikationsrecht, Kommentar zum Telekommunikationsgesetz 2003, Wien 2004, Fn 110 sowie offensichtlich die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH.

<sup>75</sup> Im Folgenden RTR.

<sup>76</sup> *Lehofer*, Das Telekommunikationsgesetz 2003, Der Übergang vom alten zum neuen Telekomrecht, ÖJZ 2003/48.

von diesen Betreibern keine AGB verwendet, ist Abs 4 nicht anwendbar, da der Tatbestand voraussetzt, dass AGB verwendet werden.<sup>77</sup>

Fraglich ist, inwieweit „*vor Aufnahme des Dienstes*“ zu verstehen ist. Darunter wird verstanden, dass der Betreiber, bevor dieser überhaupt seine Kommunikationsdienste erstmals aufgenommen hat, bereits AGB erlassen müsste. Da eine Verpflichtung für alle Betreiber von Kommunikationsnetzen oder –diensten allerdings erst durch das TKG 2003 eingeführt wurde, bestünde die Möglichkeit, dass ein solcher Betreiber bereits seine Dienste aufgenommen hat und somit nicht mehr in der Lage wäre ein rechtskonformes Verhalten zu setzen, da für den Vertragsabschluss auch die Zustimmung des Vertragspartners notwendig wäre.

Folglich wird „*vor Aufnahme des Dienstes*“ sich nur auf Kommunikationsdienste beziehen, die gänzlich neu oder zumindest verändert angeboten werden. Eine rückwirkende Verpflichtung zur Änderung der Vertragsverhältnisse besteht nicht.

Bei der Abstimmung auf den Zeitpunkt für die erstmalige Aufnahme des Dienstes, besteht für den Unternehmer die unangenehme Situation, dass er zwar den Dienst sogleich aufnehmen könnte, aber unter Umständen werden seinen AGB nach acht Wochen von der Regulierungsbehörde widersprochen. Je nachdem welche Rechtsfolgen<sup>78</sup> man einem Widerspruch zukommen lässt, entsteht dadurch unter Umständen ein beträchtliches wirtschaftliches Risiko für den Betreiber, wenn er vor dem „Genehmigungszeitpunkt“ bestimmte Dienste erbringen möchte. Gerade im schnelllebigen Telekommunikationsbereich kann dies problematisch sein.

Daher sollte nicht nur aus zivilrechtlichen Gründen, sondern auch um eine Verwaltungsstrafe gem § 109 Abs 4 TKG 2003 zu entgehen bereits acht Wochen vor tatsächlicher Dienstaufnahme die AGB veröffentlicht bzw kundgemacht werden. Besteht aus wirtschaftlichen Gründen die Notwendigkeit früher auf den Markt reagieren zu müssen, wäre eine Möglichkeit, Klauseln mit einem Inhalt zu verwenden, denen die Regulierungsbehörde nicht widersprochen hat oder die schon seitens der Regulierungsbehörde genehmigt wurden. Dadurch ließe sich das Risiko eines Widerspruchs minimieren. Dies ist allerdings nur denkbar, wenn für diese Dienste bereits AGB bestehen.

---

<sup>77</sup> Vgl Zankl, Online-AGB: Erste OGH-Entscheidung zum E-Commerce-Gesetz, ecollex 2003, 669 zum ECG.

<sup>78</sup> Dazu unten.

Für jene Betreiber, die schon vor In-Kraft-Treten des TKG 2003 Kommunikationsdienste angeboten haben, wird auf den individuellen Dienst abzustellen sein, den der Betreiber für den einzelnen Kunden erbringt. Damit ist eine Anzeige bzw Kundmachung vor der vertraglich individuellen Dienstaufnahme ab dem In-Kraft-Treten des TKG 2003 ausreichend.<sup>79</sup>

Die Verpflichtung zur Kundmachung der AGB und Entgeltbestimmungen in geeigneter Form, lässt auch einiges an Interpretationsspielraum offen. Wie schon zu den AGB-Bestimmungen zum TKG vertreten wurde, ist eine Kundmachung im Amtsblatt der Wiener Zeitung nicht notwendig.<sup>80</sup> Eine Kundmachung im Internet und die Bereitstellung durch die Betreiber reichen demnach für die Erfüllung der Veröffentlichungspflicht aus.<sup>81</sup>

Die Gültigkeit der AGB ist hierbei allerdings nicht von der Anzeige und Kundmachung abhängig, sondern hängt vom individuellen Rechtsverhältnis zwischen Betreiber und Kunden ab. Die Anzeige bzw Kundmachungspflicht von „neuen“ AGB hat den Sinn, dass die Regulierungsbehörde durch einen Widerspruch eventuell rechtswidrigen Klauseln entgegenzutreten kann. Anders als bei der Änderung von AGB braucht bei der erstmaligen Anzeige bzw Kundmachung nicht auf die mögliche Kenntnisnahme des Endkunden abgestellt zu werden, da dieser ohnehin bei der Vertragsvereinbarung den AGB zugestimmt hat. Auch wird in Abs 1 nicht auf die Wirksamkeit (der AGB) abgestellt, sondern auf die Aufnahme des Dienstes.

Werden die AGB nicht angezeigt oder kundgemacht, gelten diese auf Basis der zivilrechtlichen Vereinbarung trotzdem. Der Betreiber hat aber mit einer Verwaltungsstrafe gem § 109 Abs 4 Z 3 TKG 2003 und unter Umständen mit einem Widerspruch der Regulierungsbehörde zu seinen AGB zu rechnen.

### 2.3.2. Änderung von AGB

---

<sup>79</sup> Das TKG 2003 trat am 20.8.2003 in Kraft.

<sup>80</sup> Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz, Wien 2000, § 18 Rz 73; Parschalk/Zuser/Otto, Telekommunikationsrecht, 57; Informationsblatt der Regulierungsbehörde für die Anzeige der Geschäftsbedingungen, Entgelte und Dienstleistungen gemäß § 18 TKG, zitiert nach Parschalk/Zuser/Otto, 57.

<sup>81</sup> Vartian, Telekommunikationsrecht, Fn 111.

### 2.3.2.1. Anzeige- und Kundmachungspflicht

Die Änderung von AGB und Entgeltbestimmungen sind der Regulierungsbehörde vor ihrer Wirksamkeit anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Änderungen, die den Kunden nicht ausschließlich begünstigen, sind mindestens zwei Monate davor anzuzeigen und kundzumachen.<sup>82</sup> Ansonsten reicht eine Anzeige bzw Kundmachung unmittelbar davor aus. Allerdings ist es ratsam, bei Änderungen, die unter Umständen nicht eindeutig als ausschließlich begünstigende Änderung bestimmt werden können, trotzdem eine Frist von zwei Monaten einzuhalten.

Zur Beurteilung was unter einer „ausschließlich begünstigenden Änderung“ zu verstehen ist, finden sich im TKG 2003 keine weiteren Hinweise. Da § 25 Abs 3 TKG 2003 in Umsetzung des Art 20 Abs 4 UD-RL ergangen ist, muss insofern eine richtlinienkonforme Interpretation durchgeführt werden. Hierbei ist besonders bemerkenswert, dass in Art 20 Abs 4 UD-RL keine Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf Änderungen die nicht ausschließlich begünstigend sind.

*Lehofer*<sup>83</sup> sieht insofern einen Widerspruch zur UD-RL und geht daher von einer Kündigungsmöglichkeit bei nicht bloß benachteiligenden Änderungen aus. Ein anderer Teil der Lehre<sup>84</sup> hingegen schränkt das Kündigungsrecht auf Grund des klaren Wortlautes in § 25 Abs 3 TKG 2003 und einer mangelnden konsumentenschutzrechtlicher Sicht nur auf ausschließlich begünstigenden Änderungen ein. ME ist der diesbezüglich relativ klar gehaltene Gesetzestext des § 25 Abs 3 TKG 2003 für den Einbezug auch ausschließlich begünstigenden Änderungen problematisch.

Eine Interpretation des § 25 Abs 3 TKG 2003 die dem Art 20 Abs 4 UD-RL entspricht, ist mE auch durch eine möglichst teilnehmerfreundliche Interpretation möglich. Daher ist nicht nur eine objektive Benachteiligung notwendig, sondern es genügt auch, dass ein Teilnehmer, wenn ihn eine Änderung nur subjektiv benachteiligt von seinem Kündigungsrecht gebrauch machen kann.

---

<sup>82</sup> § 25 Abs 2 TKG 2003.

<sup>83</sup> *Lehofer* in *Blaschek et al. (Hrsg), Konsumentenpolitik*, 150.

<sup>84</sup> *Vartian*, *Telekommunikationsrecht*, Fn 116; *Schütz/Attendorn*, *Das neue Kommunikationsrecht der EU*, Beilage MMR 4/2002, 42.

Diese subjektive Prüfung wird aber nur für den Bereich des Kündigungsrechtes des Teilnehmers relevant sein.

Auch ist nicht auf eine Gesamtbetrachtung der geänderten AGB abzustellen, sondern es ist bereits ausreichend, wenn auch nur eine geänderte Klausel nicht begünstigend für den Kunden ist. Ist aber bei einer objektiven Betrachtung die Änderung der AGB ausschließlich begünstigend, wird es bei einer Unterlassung der Anzeige bzw Kundmachung aus Mangel an Verschulden nicht zu einer Verwaltungsstrafe nach § 109 Abs 4 Z 3 TKG 2003. Für die Anzeige und Kundmachungspflicht reicht also eine objektive Prüfung aus.

Auch bei objektiv ausschließlich begünstigenden AGB besteht ein Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde. Grund dafür kann etwa eine inzwischen ergangene zivilgerichtliche Entscheidung zu einer bereits bestehenden Klausel oder auch einfach eine Änderung in der Rechtsansicht seitens der Regulierungsbehörde sein. Da ein diesbezüglicher Widerspruch der Regulierungsbehörde nicht zur Rechtsicherheit beiträgt, sollte davon zurückhaltend gebrauch gemacht werden. Eine Bindungswirkung zu früheren Ansichten besteht nicht, da die AGB nach § 25 TKG 2003 nicht bescheidmäßig genehmigt werden, sondern diesen nur nicht widersprochen wurde.

Die Anzeige an die Regulierungsbehörde und die Kundmachung der Änderung von AGB sind anders als bei der Anzeige- und Kundmachungspflicht nach § 25 Abs 1 TKG 2003 eine Gültigkeitsvoraussetzung.<sup>85</sup> Dies ergibt sich mE aus der Formulierung „vor ihrer Wirksamkeit“. Dieser explizite Hinweis auf die Wirksamkeit ist ansonsten weder in § 25 Abs 1 TKG 2003 noch in § 25 Abs 3 TKG 2003 erwähnt. Der Begriff „Wirksamkeit“ ist nicht dahingehend zu verstehen, dass es sich dabei um den Änderungszeitpunkt handelt. Für diesen verwendet der Gesetzgeber nämlich in Abs 3 die Formulierung „vor In-Kraft-Treten der Änderung“. Daher kann durch die Verwendung dieses Begriffes nur die zivilrechtliche Wirksamkeit gemeint sein.

---

<sup>85</sup> OGH 14.3.2000, 4 Ob 50/00g zu § 18 Abs 2 TKG; diesbezüglich zustimmend, *Rabl*, TKG. Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490. *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG, § 864a ABGB Rz 33; *Hoening/Kresbach/Jakob*, und *Rabl* gehen weiters sogar von einer aktiven Mitteilungsobliegenheit des Unternehmers aus, *Rabl*, aaO.; *Hoening/Kresbach/Jakob*, Das neue österreichische Telekommunikationsgesetz, K&R, 5/1998, dazu unten.

Bei Missachtung dieser Bestimmung ist nicht nur eine Verwaltungsstrafe daran geknüpft, sondern der Betreiber kann sich gegenüber dem Kunden auch nicht auf die Änderungen berufen.

Wenn die Änderung ausschließlich begünstigend auf den Kunden wirkt, stellt sich daher die Frage, ob diesem entgegengehalten werden kann, dass die AGB nicht angezeigt bzw kundgemacht wurden und daher nicht gültig seien. Dies wird wohl zu verneinen sein, da ein solches Vorgehen nicht nur gröblich benachteiligend für den Kunden wäre und geradezu diametral zu den normierten Verbraucherschutzzielen im Telekommunikationsrecht stehen würde. Auch ist der Sinn und Zweck von § 25 Abs 2 TKG 2003, dass der Kunde eine eventuelle Änderung auch wahrnehmen und gegebenenfalls darauf entsprechend reagieren kann, sowie dass die Regulierungsbehörde ihr Widerspruchsrecht ausüben kann. Beides sind Regelungen im Interesse des Verbrauchers und sollen diesen schützen. Daher wird bei ausschließlich begünstigenden Änderungen dem Kunden nicht entgegengehalten werden können, dass diese mangels einer Anzeige bzw Kundmachung nicht wirksam seien.

Selbst wenn man die Wirksamkeit bei begünstigenden Änderungen von einer Anzeige bzw Kundmachung abhängig machen würde, wäre ein Unterlassen derselben jedenfalls ein rechtswidriges Verhalten. Die Folgen wären, dass eine Negierung der Gültigkeit der AGB zwar unter Umständen behauptet werden könnte, aber unter den Prämissen des Zivilrechts ein dadurch entstandener Schaden seitens des Kunden geltend gemacht werden kann.

Interessant ist auch das Verhältnis zwischen den Änderungsvoraussetzungen in § 25 Abs 2 TKG 2003 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Dort wird bestimmt, dass der Unternehmer, sofern er nicht beweist, dass die Klausel nicht einzeln ausgehandelt worden ist, eine von ihm zu erbringende Leistung nicht einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, es sei denn, die Änderung beziehungsweise Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist.

Daher stellt sich die Frage, ob § 25 Abs 2 TKG 2003 dahingehend zu verstehen ist, dass durch diese Bestimmung dem Betreiber von Telekommunikationsdiensten gesetzlich das Recht zur einseitigen Änderung eingeräumt wird oder ob diese Bestimmung nur für den Fall anwendbar ist, wenn ohnehin ein (vertragliches) Recht zur einseitigen Änderung bereits besteht.

ME räumt § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 dem Unternehmer nicht de lege ein einseitiges Änderungsrecht ein.<sup>86</sup> Vielmehr ist § 25 TKG 2003 als Reaktion auf die in typischer Weise in AGB beinhalteten Änderungsklauseln zu verstehen. Weder durch § 25 Abs 2 TKG 2003<sup>87</sup> noch durch § 25 Abs 3 TKG 2003 ist zu entnehmen, dass dadurch dem Unternehmer ein gesetzliches Änderungsrecht eingeräumt werden soll.<sup>88</sup>

Auch kann nicht vertreten werden, dass dieses einseitige Änderungsrecht eine Gleichgewichtung für den Unternehmer, welcher einem Kontrahierungszwang unterliegt<sup>89</sup>, bedeuten soll, da dieser ja ohnehin in seinen AGB Gründe für eine Vertragsabschlussverweigerung aufzählen kann. Auch wird in der Regel ein Kontrahierungszwang normiert, um eine willkürliche Fremdbestimmung durch den Marktbeherrscher zu verhindern. Durch § 25 TKG 2003 diesem aber wiederum ein einseitiges Änderungsrecht einzuräumen, widerspräche gerade einer Verhinderung einer willkürlichen Fremdbestimmung.<sup>90</sup>

Vielmehr sind die Bestimmungen in § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 als eine zusätzliche Verpflichtung des Betreibers von Telekommunikationsnetzen oder -diensten zu verstehen die zusätzlich zu den zivilrechtlichen Voraussetzungen zu klären sind. Zwar sind solche einseitigen Änderungsklauseln zivilrechtlich anerkannt, unterliegen allerdings besonders strengen Kriterien. Eine vertragliche Vereinbarung ist nur soweit gedeckt, solange der Vertragspartner weiß, bei welchen Bestimmungen er damit zu rechnen hat.<sup>91</sup> Selbst wenn er dies weiß, sind Änderungen

---

<sup>86</sup> Vgl. *Bornhofen*, TK-Verträge aktuell, EUROFORUM Seminarunterlagen, Freising 2004; aM *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik, 148 f; *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rund-funkrecht, 508 f.

<sup>87</sup> Oder dem früheren § 18 Abs 2 TKG.

<sup>88</sup> Ohne Wirklich auf das zivilrechtliche Zustandekommen einzugehen, beurteilt der OGH § 18 Abs 2 TKG dahingehend, dass „die Gültigkeit der Änderung von Geschäftsbedingungen allein an deren rechtzeitige Kundmachung geknüpft ist“, OGH 14.3.2000, 4 Ob 50/00g. Diese E verkennt, dass in § 18 Abs 2 TKG nicht eine positive Umschreibung der Gültigkeit, sondern nur ein Fall der Ungültigkeit normiert wird.

<sup>89</sup> Gem § 69 Abs 1 TKG 2003 besteht für jeden Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste ein Kontrahierungszwang. Ablehnungsgründe müssen in den AGB geregelt sein. Vgl. *Stratil (Hrsg)*, TKG 2003, § 69, Anm 1.

<sup>90</sup> Vgl. *Rabl*, TKG Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490.

<sup>91</sup> OGH 5. 11. 1981, 7 Ob 52/81.



nur unter den Voraussetzungen möglich, welche im TKG 2003 genannt werden. Daher ist § 25 TKG 2003 nicht als eine Abschwächung des Verbraucherschutzes durch die Einräumung eines einseitigen Änderungsrechtes zu sehen, sondern vielmehr als ein zusätzliches Kriterium.

Die Bestimmungen im TKG 2003 über die einseitigen Änderungen von AGB können zwar durchwegs als *leges speciales* betrachtet werden<sup>92</sup>, aber dürfen deswegen nicht dahingehend verstanden werden, dass sie den zivilrechtlichen Regelungen, insbesondere § 6 Abs 2 Z 3 KSchG dadurch derogieren. In § 25 Abs 2 TKG 2003 ist sogar explizit normiert, dass die Bestimmungen des Konsumentenschutzes sowie des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches unberührt bleiben. Der letzte Satz kann wohl nur dahingehend verstanden werden, dass diese Bestimmungen ein zusätzliches Erfordernis für die Wirksamkeit und nicht etwa das einzige Erfordernis sind.

Das bedeutet, dass eine einseitige Vertragsänderung des Betreibers, soweit sie dem Verbraucher nicht zumutbar ist, einzeln ausgehandelt werden muss. MaW führt dies dazu, dass zwischen den Vertragsbestandteilen in Hinblick auf ein konkretes Rechtsgeschäft die Klauseln individuell erörtert und nach Abwägung ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen schließlich bewusst vereinbart worden sind.<sup>93</sup> *Wandt*<sup>94</sup> geht im Bereich des Versicherungsvertragsrechts sogar soweit, dass für die Gültigkeit der Vertragsänderungsklauseln, diese auch die notwendigen Sonderbestimmungen, also Anzeige- und Kundmachungspflicht bzw Mitteilungspflicht, beinhalten müssen.<sup>95</sup>

Ein individuelles Aushandeln indiziert aber, dass jene Klauseln eben typischer Weise nicht in AGB geregelt ist, da diese einseitig vorformuliert werden. In § 305 Abs 1 dt. BGB wird normiert: *„Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind“*. Dies würde bedeuten, dass für Vertragsänderungsklauseln die dem Verbraucher nicht zumutbar sind, insbesondere weil diese über eine Geringfügigkeit und sachliche Rechtsfertigung hinausgehen, in AGB nicht aufgenommen werden dürfen, da ansonsten kein individuelles Aushandeln vorliegt.

---

<sup>92</sup> Vgl *Stratil (Hrsg)*, TKG 2003, § 25 Anm 6.

<sup>93</sup> *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG, § 6 KSchG Rz 81.

<sup>94</sup> *Wandt*, Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen, VR 2002, 4.

<sup>95</sup> Dazu unten.

Die weitere Konsequenz wäre, dass im Falle einer individuellen Vereinbarung eines einseitigen Änderungsrechts, § 25 TKG 2003 gar nicht anwendbar wäre, da hier auf das Vorliegen von AGB abgestellt wird. Diesbezüglich würde auch eine mangelhafte Umsetzung der Universaldienstrichtlinie vorliegen, da in Art 20 Abs 4 UD-RL auch nicht von AGB gesprochen wird, sondern von Vertragsbedingungen. Im Zuge einer richtlinienkonformen Interpretation wird das Fehlen der nochmaligen Erwähnung von „Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelten“ wie es in Abs 2 angeführt wird, auf sämtliche Änderungen abzustellen sein, unabhängig ob diese individuell vereinbart wurden oder in AGB geregelt sind.

### 2.3.2.2. Mitteilungspflicht

In § 25 Abs 3 TKG 2003 wird normiert, dass der wesentliche Inhalt einer nicht ausschließend begünstigenden Änderung dem Teilnehmer mindestens einen Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung in geeigneter Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen ist. Dem Teilnehmer muss weiters mitgeteilt werden, wann die Änderung in Kraft tritt, sowie dass er berechtigt ist den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen. Verlangt der Teilnehmer den Volltext der Änderung ist ihm dieser zuzuschicken.

Im Gegensatz zu § 25 Abs 2 TKG 2003 ist ein Zuwiderhandeln nicht als Verwaltungsstraftatbestand normiert. Es handelt sich daher um ein *lex imperfecta*. Bisher war diese Mitteilungsverpflichtung gesetzlich nicht geregelt und wurde als Reaktion auf die Judikatur des OGH erlassen.<sup>96</sup>

Allerdings wird in § 25 Abs 3 TKG 2003 nicht wie bei der Anzeige- und Kundmachungspflicht auf die Wirksamkeit Bezug genommen. Daher stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die individuelle Mitteilung eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Änderung der AGB ist. Auch hier ist es notwendig, dass der Vertragspartner schon vorab (zivilrechtlich) einer Änderung zugestimmt hat, da in § 25 TKG 2003 nur zusätzliche Voraussetzungen aufgezählt werden, die für die Wirksamkeit notwendig sind.

Teilweise wurde schon zu § 18 TKG vertreten, dass die Wirksamkeit von der Mitteilung an den Teilnehmer abhängig ist<sup>97</sup> und die Kundmachung nur eine Art Ordnungspflicht vergleichbar mit § 73 Abs 1 GewO<sup>98</sup> sei.<sup>99</sup>

ME ist wie bereits erwähnt Abs 2 eine Wirksamkeitsvoraussetzung. Bei der Mitteilungspflicht nach Abs 3 handelt es sich hingegen nicht um ein konstitutives Erfordernis für die Wirksamkeit der Vertragsänderung. Auf diese wird nämlich nur in Abs 2 abgestellt. MAW wird die Änderung,

---

<sup>96</sup> OGH 14.3.2000, 4 Ob 50/00g.

<sup>97</sup> *Hoening/Kresbach/Jakob*, Das neue österreichische Telekommunikationsgesetz, K&R, 5/1998.

<sup>98</sup> Wenn Gewerbetreibende regelmäßig Geschäftsbedingungen verwenden, so haben sie diese Geschäftsbedingungen in den für den Verkehr mit Kunden bestimmten Geschäftsräumen ersichtlich zu machen.

<sup>99</sup> Vgl *Rabl*, TKG Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490.

wenn sie zivilrechtlich gültig vereinbart wurde und nach Abs 2 angezeigt und kundgemacht, auch ohne Mitteilung wirksam.<sup>100</sup> Dies allerdings wiederum nur unter der Prämisse, dass es sich dabei um Änderungen handelt, die dem Verbraucher zumutbar sind.<sup>101</sup> Insofern wird die Reaktion des Gesetzgebers auf die E des OGH<sup>102</sup> wohl nur unzureichend sein und weiter für die Wirksamkeit nur die Anzeige bzw Kundmachung ausschlaggebend sein.<sup>103</sup>

Unterlässt der Betreiber allerdings die Mitteilungspflicht, werden die Änderungen dennoch wirksam. Obwohl zwar keine Verwaltungsstrafe an das Unterlassen der Mitteilungspflicht nach geknüpft ist, handelt es sich trotzdem um eine normative Voraussetzung. Ein Zuwiderhandeln stellt daher eine Rechtswidrigkeit dar. Die Folge ist, dass unter Umständen vom Teilnehmer gegenüber dem Betreiber von Telekommunikationsdiensten ein entstandener Schaden eingefordert werden kann. Daher wird in der Praxis seitens des Unternehmers ein Interesse vorhanden sein, den Verpflichtungen nach Abs 3 nachzukommen.

Schadenersatz ist unter den herkömmlichen zivilrechtlichen Prämissen zulässig. Dies führt im Ergebnis allerdings wiederum in die Nähe einer Gültigkeitsvoraussetzung für die AGB. Der Unterschied liegt allerdings darin, dass der Betreiber nur im Falle eines Verschuldens schadenersatzpflichtig wird. Dies kann gegebenenfalls eine wichtige Rolle spielen. Insbesondere bei anonymen Prepaid Telekommunikationsdienstleistungen wird unter Umständen ein Verschulden des Betreibers zu verneinen sein, wenn keine faktische bzw rechtliche Möglichkeit einer Mitteilung besteht.

Fraglich ist, was unter „in geeigneter Form“ zu verstehen ist. In den EB wird erwähnt dass eine Mitteilung über die Änderung mittels SMS nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. Interessant ist diese Möglichkeit insbesondere für Prepaid-Verträge. Trotzdem wird sich dies aber in der Praxis schwer auf diese Art und Weise lösen lassen, da der wesentliche Inhalt vermutlich durch die begrenzte Textlänge nur schwer via SMS mitzuteilen sein wird.

---

<sup>100</sup> aM Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 509; Stratil (Hrsg), TKG 2003, § 25 Anm 8.

<sup>101</sup> § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.

<sup>102</sup> OGH 14.3.2000, 4 Ob 50/00g.

<sup>103</sup> Wie bereits erwähnt nur unter der Prämisse der zivilrechtlichen Gültigkeit.

Auch könnte diesbezüglich § 107 Abs 2 TKG 2003 problematisch sein, da hier eine Zustimmung des Verbrauchers notwendig ist.<sup>104</sup> Die Mitteilung von nicht ausschließlich begünstigenden Vertragsänderungen wird zwar nicht als Direktmarketing betrachtet werden können. Dennoch wird eine solche SMS Information an mehr als 50 Empfänger gerichtet werden. Insofern ist § 107 Abs 2 Z 2 einschlägig. Ist die Einwilligung nicht vorhanden, ist die SMS-Benachrichtigung nicht möglich, da die Voraussetzungen des § 107 Abs 3 Z 2 nicht gegeben ist.

Üblicherweise wird zwar in den Vertragsformblättern die Einwilligung für die Zusendung von SMS angeführt, diese wird allerdings häufig von den Endkunden ausgestrichen. Zwar besteht für die erteilte Einwilligung keine gesetzlich normierte Widerrufsmöglichkeit, aber in der Praxis besteht die Möglichkeit, eine erteilte Einwilligung zu widerrufen.

Da der Betreiber aber außer der Rufnummer des Teilnehmers keine anderen Daten über den Teilnehmer hat, wird es für diesen Bereich nicht möglich sein, der Mitteilungspflicht nachzukommen. Diesbezüglich muss wohl ein Verschulden für die Unterlassung der Mitteilung der Änderung von AGB ausgeschlossen werden.

Hier obliegt es dem Teilnehmer, sich entweder selbst aktiv über eine kundgemachte und angezeigte Änderung zu informieren und gegebenenfalls von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Eine zweite Kontrollinstanz stellt diesbezüglich aber weiters ohnehin die Regulierungsbehörde dar. Insofern sind genügend rechtliche Schranken vorhanden, um den Teilnehmer von einer entsprechenden Übervorteilung zu schützen. Lediglich das außerordentliche Kündigungsrecht geht, im Falle, dass der Teilnehmer es unterlässt sich aktiv über eventuelle Änderungen zu informieren, verloren.

Unklar ist auch die Bedeutung eines kostenlosen Kündigungsrechtes. Jedenfalls darf kein Entgelt für die Kündigung verlangt werden.<sup>105</sup> Dieser Bestimmung ist aber wohl ein weiterer Gehalt zuzumessen.

Häufig wird im Telekommunikationsbereich ein Teil der Anschaffungskosten für die Endgeräte von den Telekommunikationsdienstbetreibern übernommen, um im Gegenzug eine Mindestvertragsdauer durch Verzicht auf das Kündigungsrecht des Kunden zu erreichen. Da hier

---

<sup>104</sup> Die Mitteilung von nicht ausschließlich begünstigenden Vertragsänderungen wird wohl nicht als Direktmarketing betrachtet werden können. Dennoch wird eine solche SMS Information an mehr als 50 Empfänger gerichtet werden.

<sup>105</sup> *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 508.

aber durch eine wohl zwingende Norm dem Teilnehmer ein Kündigungsrecht eingeräumt wird, wird der Kündigungsverzicht dadurch verdrängt. Der Teilnehmer ist also in diesem Fall nicht an seinen meist einjährigen Kündigungsverzicht gebunden.

Fraglich ist, ob eine Rückabwicklung, etwa durch Rückgabe des Mobiltelefons, in Betracht kommen kann. Eine Rückabwicklung kommt mE nicht in Betracht, da idR kein Eigentumsvorbehalt am Endgerät, sondern nur an der SIM-Karte vereinbart wird.<sup>106</sup> <sup>107</sup> Der verbilligte Endgerätepreis muss nicht durch die Grundgebühr abgezahlt werden, sondern stellt eine Gegenleistung für den meist einjährigen Kündigungsverzicht dar.<sup>108</sup> Da dieses gesetzlich eingeräumte Kündigungsrecht aber erst durch ein besonderes Verhalten des Betreibers, nämlich die nicht ausschließlich begünstigende Änderung der AGB, eingeräumt wird, kommt es auch zu keiner aliquoten Gegenrechnung des Gegenwertes eines Kündigungsverzichts. Der Betreiber erhält dadurch nicht mehr die Gegenleistung für die er einen Teil des Endgerätes subventioniert hat. Ansonsten würde es im Ermessen des Betreibers liegen, durch Änderungen von AGB auf eine eventuelle Rückabwicklung, iS einer aliquoten Gegenrechnung der Subvention gegen den bisher erbrachten Anteil des vereinbarten Kündigungsverzichts, zu drängen. Gerade bei teuren Endgeräten, bei denen mitunter ein nicht unerheblicher Teil subventioniert wird, würde dies sicher keinem „kostenlosen“ Kündigungsrecht entsprechen.

Dem Teilnehmer soll durch diese Regelung ermöglicht werden, auf Vertragsänderungen des Betreibers reagieren zu können. Da dem Betreiber von vornherein bewusst ist, dass durch eine einseitige Änderung der AGB dem Teilnehmer ein Kündigungsrecht eingeräumt wird, ist dies als eine gesetzliche Anordnung, die nicht mit der Rückabwicklung „geahndet“ werden kann, da zum einen dieses Kündigungsrecht ausschließlich durch ein Verhalten des Betreibers geschaffen wird

---

<sup>106</sup> Vgl Punkt 12.1 AGB tele.ring; § 12 Abs 1 AGB Mobilkom; ua.

<sup>107</sup> Das Endgerät geht idR auch bei subventionierten Endgeräten in das Eigentum des Käufers über, unabhängig ob er sich an die Mindestvertragszeit hält oder nicht.

<sup>108</sup> Bertl/Hirschler, Bilanzierung von "Geschenken" im Zusammenhang mit längerfristigen Dauerschuldverhältnissen, RWZ 2004/19; aM Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 510.

und zum anderen, eine solche Kündigung durch den Teilnehmer auch voraussehbar ist. Die Möglichkeit der Rückabwicklung besteht daher nicht.<sup>109</sup>

ME ist auch nicht eindeutig geklärt, ob es sich dabei um ein ordentliches oder außerordentliches Kündigungsrecht handelt oder etwa um eine Mischform.

Sollte es sich um ein ordentliches Kündigungsrecht handeln, wäre die Konsequenz, dass ein eventueller Kündigungsverzicht nicht eingehalten werden muss. Üblicherweise ist eine Kündigungsfrist von einem Monat vorgesehen. Würde man ein ordentliches Kündigungsrecht bejahen, würde der Teilnehmer auch bei einer baldigen Kündigungserklärung über den Zeitpunkt der Änderung Vertragskunde sein, da der Betreiber dem Teilnehmer nur einen Monat vor dem Änderungszeitpunkt dies anzeigen muss. Für den Zeitpunkt nach In-Kraft-Treten der Änderung würden dann vermutlich trotzdem schon die neuen AGB für ihn gelten.<sup>110</sup> Daher ist diesem Ergebnis nicht zu folgen.

Deshalb wird man sich entweder für ein außerordentliches Kündigungsrecht oder für eine Mischform zwischen ordentlichem und außerordentlichem Kündigungsrecht entscheiden müssen. Die Qualifikation als außerordentliches Kündigungsrecht<sup>111</sup> würde bedeuten, dass der Teilnehmer unmittelbar nach der Mitteilung einer beabsichtigten Änderung mit sofortiger Wirkung kündigen könnte.<sup>112</sup> Dies auch dann, wenn etwa die AGB erst in einigen Monaten geändert werden und vom Betreiber nur eine längere Übergangszeit gewählt wird.

Eine Mischform könnte dahingehend verstanden werden, dass dem Teilnehmer bis zur Änderung ein ordentliches Kündigungsrecht zusteht. Dies allerdings nur dann, wenn sowohl unter Beachtung von Kündigungsfrist und –termin eine Kündigung vor Änderung der AGB möglich ist. Wird allerdings vom Betreiber ein Änderungszeitpunkt gewählt, innerhalb diesem sich keine ordentliche Kündigung fristgerecht ausgehen würde, ist die Kündigung spätestens mit Änderung

---

<sup>109</sup> Ähnlich, *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik, 150.

<sup>110</sup> Dazu siehe unten.

<sup>111</sup> *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 508; *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumenten-politik, 148 ff.

<sup>112</sup> Vertretbar wäre auch eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit, die erst mit der Änderung der AGB wirksam wird. ME lässt sich dies aber nicht aus dem Gesetz ableiten (arg ...bis zu diesem Zeitpunkt...).

der AGB wirksam.<sup>113</sup> Bei dieser Mischform wird die Interessenslage beider Parteien berücksichtigt, da zum einen der Teilnehmer durch eine Änderung die ihn infolge seiner Kündigung ohnehin nicht mehr als Vertragspartner betrifft und zum anderen dem Betreiber von Telekommunikationsnetzen und –diensten kein unnötig früher Verlust der Kunden bereitet wird. Auch würde dadurch eher ein Anreiz für Betreiber geschaffen, dem Teilnehmer früher als ein Monat vor der tatsächlichen Änderung eine Mitteilung zukommen zu lassen.

Für die Anwendung eines außerordentlichen Kündigungsrechts würde aber sprechen, dass dem Betreiber durch den pönalisierenden Effekt einer Qualifikation als außerordentliche Kündigung, die auch schon vor der Änderung der AGB wirksam wird, einen negativen Anreiz zur Änderung von AGB zu schaffen. Für den Kunden würde dies mehr vertragliche Rechtssicherheit mit sich bringen.

Nicht geklärt ist auch, ob nach dem Änderungszeitpunkt nur mehr die neuen AGB gelten oder auch die Möglichkeit besteht, dass die alten AGB unverändert weiter gelten. Aus dem, dem Teilnehmer eingeräumten Kündigungsrecht, ergibt sich nicht zwangsweise auch die Berechtigung, auf den Fortbestand des Vertrages mit dem Betreiber in seiner ursprünglichen Fassung zu bestehen.<sup>114</sup> Der Teilnehmer hat nur die Wahl zwischen einer Kündigung oder der Unterwerfung unter die geänderten AGB.

Dies bedeutet aber nicht, dass nur diese zwei Varianten für den Betreiber offen stehen. Das Kündigungsrecht knüpft nämlich an eine tatsächliche Änderung an. Auch wenn für die Gültigkeit der Änderung von AGB nur deren Kundmachung und Anzeige notwendig sind, steht einer individuellen Vereinbarung mit dem Teilnehmer, die alten AGB für ihn weiter zu verwenden, nichts im Wege.

Allerdings stellt dies in der Praxis gewisse Probleme dar. Dies deswegen, da die Betreiber von Telekommunikationsnetzen oder –diensten das Bestreben haben, mit möglichst vielen Teilnehmern die neuen AGB zu „vereinbaren“. Daher wird im Vorhinein nicht auf die Möglichkeit einer Beibehaltung des alten Vertrages hingewiesen werden. Teilweise räumt sich

---

<sup>113</sup> Vgl. *Parschalk*, Telekommunikationsrecht, Vorlesungsunterlagen ULG Informationsrecht und Rechtsinformation, Regulierung von AGB und Entgelten.

<sup>114</sup> *Stratil (Hrsg)*, TKG 2003, § 25, Anm 8.



der Betreiber in seinen AGB das Recht ein, auf die Vertragsänderung gegenüber dem Kunden binnen eines gewissen Zeitraumes verzichten zu können und schließt im diesem Falle ein Kündigungsrecht aus.<sup>115</sup>

### 2.3.3. Mindestinhalt

In § 25 Abs 4 TKG 2003 ist der Mindestinhalt von AGB geregelt. Diese Bestimmung ist nur für Endnutzer anwendbar. Z 1 bis 5 gilt auch für Betreiber von Rundfunknetzen und für andere Betreiber soweit sie die Übertragung von Rundfunkdiensten besorgen.<sup>116</sup>

Zu den Mindestinhalten gehören:

1. Name und Anschrift des Betreibers;
2. Dienstbeschreibung; dazu gehören zumindest die angebotenen Dienste, die angebotene Qualität der Dienste, die Frist bis zum erstmaligen Anschluss bzw zur erstmaligen Freischaltung sowie die Art der angebotenen Wartungsdienste;
3. Vertragslaufzeit, Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Dienstleistung und des Vertragsverhältnisses;
4. Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Dienstqualität;
5. Hinweis auf die Möglichkeit der Einholung eines Streitbeilegungsverfahrens nach § 122 sowie eine Kurzbeschreibung desselben;
6. Bestimmungen über die Intervalle der periodischen Rechnungslegung, die drei Monate nicht überschreiten dürfen;
7. Informationen über das Bestehen der einheitlichen europäischen Notrufnummer 112.

Diese Mindestinhalte wurden für die Umsetzung des Art 20 UD-RL ins TKG 2003 aufgenommen. Für Marktbeherrscher war gem § 18 Abs 8 TKG aber auch schon die Rahmenrichtlinien-Verordnung anwendbar.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Dazu siehe im Kapitel „Änderungsklauseln“.

<sup>116</sup> § 25 Abs 8 TKG 2003.

<sup>117</sup> Dazu im Kapitel „Durchführungsverordnungen“.

Durch die verpflichtende Nennung der europäischen Notrufnummer in den AGB wurde Art 26 Abs 4 UD-RL erfüllt. Dabei hätte auch ein anderer Weg gewählt werden können, da die MS nur gewährleisten müssen, dass die Bürger angemessen über Bestehen und Nutzung informiert werden. Diese Verpflichtung bezieht sich nicht nur auf Teilnehmer sondern auf sämtliche Bürger, also auch jene, die keinen Telekommunikationsdienstvertrag abschließen. Durch die Erwähnung in öffentlichen Sprechereinrichtungen und in den Telefonbüchern wird dieser Verpflichtung jedenfalls auch genüge getan.

Ein Verstoß gegen die Mindestinhaltepflicht wird nicht durch eine Verwaltungsstrafe sanktioniert, stellt aber jedenfalls eine Rechtswidrigkeit dar und kann zu zivilrechtlichen Konsequenzen, insbesondere nach § 1 UWG oder schadenersatzrechtlichen Normen, führen.

#### 2.3.4. Widerspruch der Regulierungsbehörde

Die Regulierungsbehörde kann den angezeigten AGB innerhalb von acht Wochen gem § 25 Abs 6 TKG 2003 widersprechen. Voraussetzung dafür ist, dass die AGB entweder dem TKG 2003, auf Grund des TKG 2003 erlassene Verordnungen, §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen.

##### 2.3.4.1. Ermessensentscheidung

Hierbei handelt es sich zwar um eine Ermessensbestimmung (arg „*kann*“), dies darf aber nicht dahingehend interpretiert werden, dass es der Regulierungsbehörde freisteht, ob sie im Falle eines Widerspruchs zu den genannten Bestimmungen widerspricht oder nicht. Es handelt sich dabei um eine Ermessensbestimmung, die der Regulierungsbehörde aufträgt, nach sachlichen Kriterien einen Abwägungsvorgang vorzunehmen.<sup>118</sup>

Diese Bestimmung kann wohl offensichtlich nicht dahingehend verstanden werden, dass wenn die Regulierungsbehörde eine Diskrepanz zu den angeführten Normen feststellt, sie auch die Möglichkeit hätte, keinen Widerspruch zu erheben. Eine solche Auslegung würde sich schon aus dem Gebot einer verfassungskonformen Interpretation verbieten.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Wien 2003, Rz 600 ff.

<sup>119</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 5. Auflage, Wien 2003, Rz 36 ff.

Die verwendete Kann-Bestimmung soll vielmehr nur zum Ausdruck bringen, dass wenn die Regulierungsbehörde keinen Widerspruch erhebt, dies nicht bedeutet, dass die angezeigten AGB jedenfalls den angeführten Normen entsprechen. Dies verfolgt den Zweck, dass schon durch den ersten Satz eine allfällige inhaltliche Nachkontrolle möglich ist und keine diesbezügliche Bindungswirkung besteht. Auch soll durch das Fehlen eines Widerspruchs den Betreibern von Telekommunikationsnetzen oder -diensten nicht die Möglichkeit gegeben werden, sich auf die Regulierungsbehörde zu berufen oder sich gar rechtlich durch die (Nicht-)Entscheidung der Regulierungsbehörde im Falle einer späteren Feststellung der Rechtswidrigkeit an dieser, im Wege der Amtshaftung, schadlos halten zu können.

#### 2.3.4.2. Überprüfungsumfang

Im Gegensatz zum alten Rechtsrahmen ist in Abs 6 bereits normiert, an welchen Bestimmungen die Regulierungsbehörde die AGB zu prüfen hat. Dabei werden einige Bestimmungen konkret erwähnt. Zu klären ist allerdings, ob es sich dabei um eine taxative Aufzählung handelt, oder lediglich um eine beispielhafte Anführung jener typischen Normen, die am häufigsten in Widerspruch zu AGB stehen und der Überprüfungsumfang den gesamten Rechtsrahmen beinhaltet.

Nach der Rsp der Regulierungsbehörde ist bei der Überprüfung der AGB lediglich auf die angeführten Normen einzugehen.<sup>120</sup> Sollten andere Bestimmungen verletzt sein, so steht der Regulierungsbehörde kein Widerspruchsrecht zu. Es handelt sich daher um eine taxative Aufzählung.

Allerdings wäre es auch vertretbar, der Regulierungsbehörde unter Bezugnahme auf die in § 1 TKG 2003 aufgezählten Ziele, insbesondere im Hinblick auf die Förderung der Interessen der Bevölkerung, eine weitläufigere Überprüfung der AGB einzuräumen.

Dies ist allerdings nicht Sinn und Zweck des Widerspruchsrechts. Vielmehr sollen durch diese Prüfung speziell telekommunikationsrechtliche Besonderheiten berücksichtigt werden. Eine abschließende Prüfung steht den ordentlichen Gerichten zu, da ohnehin deren Zuständigkeit nicht durch das Widerspruchsrecht tangiert wird. Daher sind die aufgezählten

---

<sup>120</sup> Zuletzt TKK, 10.05.2004, G 30/04-13.

Normen abschließende Widerspruchsgründe.<sup>121</sup> Selbst wenn eine sonstige Rechtswidrigkeit festgestellt werden würde, bliebe der Regulierungsbehörde ihr Widerspruchsrecht versagt.

Zu Bemerkens ist dabei allerdings, dass bei einem Widerspruchsverfahren nach dem TKG 2003 die AGB nur auf Grund dieses Gesetzes erlassene Verordnungen geprüft werden. Im Bereich AGB sind teilweise Verordnungen auf Grund früherer Gesetze<sup>122</sup> erlassen worden. Diese wären somit nicht mehr anwendbar. Allerdings dürfte § 133 Abs 7 TKG 2003, welcher die weitere Anwendbarkeit für aus dem TKG ergebenden Pflichten eines Marktbeherrschers bis zum Ende des Marktanalyseverfahrens hinausschiebt, die speziellere Norm sein und daher Anwendungsvorrang genießen.

---

<sup>121</sup> EB zu § 25 Abs 6; *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz, Wien 2004, § 25 Rz 64.

<sup>122</sup> Insbesondere das FMG und TKG.

#### 2.3.4.3. Rechtswirkung

Wie schon erwähnt, entfaltet eine Unterlassung eines Widerspruchbescheides keine bindende Wirkung für Zivilgerichte. Das konkrete Rechtsverhältnis zwischen den Parteien wird bei der AGB-Kontrolle nicht berücksichtigt. Auch werden andere als die angeführten Normen nicht geprüft.<sup>123</sup>

Welche konkreten Rechtsfolgen sich bei einem Widerspruch ergeben, ist im TKG 2003 nicht geregelt. Bereits im TKG war die Widerspruchsmöglichkeit der Regulierungsbehörde normiert. Allerdings kam es auf Grund dieser Rechtslage zu keinem Widerspruch, da die Androhung desselben a priori zu einer Änderung der AGB führte. Lediglich bei Anträgen auf Änderung der AGB von marktbeherrschenden Anbietern kam es zu Abweisung von Anträgen.<sup>124</sup>

Ein Widerspruch kann nicht mit verwaltungsstrafrechtlichen Konsequenzen gekoppelt werden. Erst wenn dem Bescheid zuwidergehandelt wird, ist die Möglichkeit einer Verwaltungsstrafe gem § 109 Abs 2 Z 9 TKG 2003 gegeben. Ein tatsächliches Verwenden der Klauseln, denen widersprochen worden ist, stellt wohl ein solches zuwiderhandeln dar.

Der verwendete Plural bei den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ wird nicht dahingehend verstanden, dass es sich dabei um die Summe der verschiedenen AGB von Betreibern handelt, sondern um einzelne Klauseln innerhalb der AGB, denn auch einzeln widersprochen werden kann. Es wird daher idR nicht den AGB als Ganzes widersprochen, sondern jeder, den angeführten Bestimmungen widersprechenden Klauseln.<sup>125</sup>

Gem Art 6 Abs 1 K-RL haben die MS auch dafür zu Sorgen, dass der Vertrag für beide Parteien bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann. Insofern war es sogar europarechtlich geboten, hier auf einzelne Klauseln abzustellen und nicht den gesamten AGB schlechthin zu widersprechen. Der erste Widerspruch gegen Klauseln in AGB wurde am 29.3.2004 ausgesprochen.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Vgl *Lattenmayer*, Zivilgerichte versus Regulatoren – Zuständigkeitsfragen, Vorfragen und Bindung, ÖJZ 2004/2.

<sup>124</sup> Vgl *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 511.

<sup>125</sup> TKK, G 53/03-21.

<sup>126</sup> TKK, G 53/03-21.

Ein Widerspruch der Regulierungsbehörde lässt rechtlich mehrere Schlussfolgerungen zu. Denkbar wäre es, dass ein Widerspruch dahingehend verstanden wird, dass dadurch eine rechtswidrige Klausel ihre zivilrechtliche Gültigkeit per se verliert. Dadurch könnte sich weder der Betreiber noch der Kunde auf die Klausel berufen, obwohl sie unter Umständen bereits zwischen den Parteien vertraglich vereinbart wurde.

Möglich wäre auch, dass die widersprochene Klausel nicht automatisch ungültig wird, sondern nur anfechtbar ist. Das würde bedeuten, dass sich der Betreiber gegenüber dem Kunden auf die Klausel berufen könnte und erst vom Kunden die Rechtswidrigkeit eingewendet werden müsste.

Eine andere Alternative wäre, dass die widersprochene Klausel zivilrechtlich ihre volle Gültigkeit behält und erst in einem, von der Regulierungsbehörde unabhängigen, zivilrechtlichen Verfahren, über die individuelle Rechtswidrigkeit der Klausel abgesprochen werden muss. Dabei bleibt fraglich, ob ein weiteres Verwenden der widersprochenen Klauseln allein als rechtswidriger Akt zu verstehen ist. Wird dies bejaht, stünden den Mitbewerbern jedenfalls Klagemöglichkeiten nach § 1 UWG (Wettbewerbsvorteil durch Rechtsbruch) zu.<sup>127</sup> Andererseits besteht für den Kunden die Möglichkeit, sich gegen eine eventuelle Anwendung der widersprochenen Klausel (mit guten Erfolgchancen) gerichtlich zur Wehr zu setzen.

ME ist der wesentliche Punkt des Widerspruchrechtes in einer prohibitiven Wirkung zu sehen. Dies ist allerdings nur solange der Fall, wie sich die Betreiber an die Rechtsauffassung der Regulierungsbehörde halten. Durch die erstmalige Erlassung eines Widerspruchs im Jahr 2004 und das mangelhafte Reagieren des Betreibers wurde aber an der vorbeugenden Wirkung gerüttelt. Der Regulierungsbehörde ist es nicht mehr gelungen, durch ihr hoheitliches Wirken einen Rechtszustand herzustellen der ihrer Rechtsauffassung entspricht. Im TKG 2003 ist nicht explizit geregelt, dass Klauseln, denen widersprochen worden ist, nicht verwendet werden dürfen. Unabhängig davon, ob diese einzelnen Klauseln in einer gerichtlichen Nachkontrolle als rechtswidrig erkannt werden oder nicht, ist davon auszugehen, dass das weitere Verwenden der Klauseln an sich rechtswidrig ist und es sich um ein Zuwiderhandeln gegen einen Bescheid der Regulierungsbehörde gemäß der Strafbestimmung in § 109 Abs 2 Z 9 TKG 2003 handelt.

---

<sup>127</sup> So *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 512.

Da ein verwaltungsbehördliches „Genehmigungsverfahren“ durchgeführt und die Verwendung bestimmter Klauseln untersagt wurde, stellt ein weiteres Verwenden derselben ein Handeln dar, das gegen die imperative Anordnung eines Gerichtes bzw in diesem Fall einer Verwaltungsbehörde gerichtet ist. Dies ist daher nicht zulässig. Wurde aber einer Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes eine aufschiebende Wirkung zuerkannt, ist die Verhängung einer Verwaltungsstrafe nicht zulässig. Ist dies nicht der Fall, ist ein Weiterverwenden der widersprochenen Klauseln ein Nachteil für im Wettbewerb stehende Unternehmen, dem mit einer Klage gem § 1 UWG entgegengewirkt werden könnte.

Ob sich aber ein Kunde oder ein Mitbewerber auf die festgestellte Rechtswidrigkeit berufen kann, ohne dass die Klauseln neuerlich in einem gerichtlichen Verfahren geprüft werden, bleibt fraglich. Der letzte Satz in § 25 Abs 6 TKG 2003 normiert nämlich ausdrücklich, dass die Zuständigkeit nach anderen Rechtsvorschriften unberührt bleibt. Denkbar wäre dies nur, wenn dem ausgesprochenen Widerspruch eine bindende Wirkung zukommt. Diese bindende Wirkung wird jedenfalls bei einem Unterlassen des Widerspruchs verneint. ME muss dies auch für die Feststellung der Rechtswidrigkeit gelten, da auch dem Telekommunikationsdienstleister die Möglichkeit geboten werden muss, in einem gerichtlichen Verfahren gegebenenfalls mit seinen Argumenten durchzudringen. Daher kann der Widerspruch der Regulierungsbehörde zwar als Argumentationshilfe verwendet werden, aber eine konkrete Bindungswirkung besteht nicht. Ungeklärt ist, was im Falle eines zivilrechtlichen Erkenntnisses zu geschehen hat, in dem die widersprochene Klausel für zulässig erklärt wird.

### 2.3.5. Universaldienst

Für Universaldiensteanbieter sind im TKG 2003 besondere Verpflichtungen im Bereich der AGB normiert. Für die AGB ist nicht nur eine Anzeige und Kundmachungspflicht mit der Möglichkeit eines Widerspruchs vorgesehen wie für sonstige Betreiber eines Telekommunikationsnetzes oder -dienstes, sondern es bedarf der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Der Überprüfungsumfang ist gem § 26 Abs 3 iVm § 45 Abs 6 TKG 2003 wie auch bei einem Widerspruchsverfahren das TKG 2003 und auf Grund des TKG 2003 erlassene Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG.<sup>128</sup>

Anders als im Widerspruchsverfahren handelt es sich bei der Genehmigung um ein konstitutives Element für das Zustandekommen einer zivilrechtlichen Gültigkeit. Gerade durch die verschärfte Kontrollmöglichkeit soll für den Endnutzer eines Universaldienstes ein besonderer Schutz bestehen, der auch zivilrechtlich nicht umgangen werden kann. Erst durch den Bescheid in dem die Verwendung der AGB genehmigt wird, erlangen diese Gültigkeit. Wenn innerhalb einer Frist von acht Wochen keine Entscheidung der Regulierungsbehörde ergeht, gelten die AGB als genehmigt.<sup>129</sup>

Auch hier ist es möglich, einzelne Bestimmungen in AGB nicht zu genehmigen und nicht den gesamten Antrag auf Genehmigung der AGB abzuweisen.

Gegenüber Betreibern von Telekommunikationsnetzen oder -diensten haben Universaldiensteanbieter zusätzlich noch weitere Bestimmungen in ihre AGB aufzunehmen. Gem § 26 Abs 4 TKG 2003 sind dies Informationen über Einrichtungen und Dienste zur Ausgabenkontrolle (§ 29 Abs 2 TKG 2003) sowie über zusätzliche Dienstemerkmale (§ 19 TKG 2003). Diese Sonderbestimmungen sind auf Grund der Art 10 und 11 UD-RL erlassen worden.

---

<sup>128</sup> Vgl aber oben Kap „Überprüfungsumfang“.

<sup>129</sup> § 45 Abs 1 TKG 2003.



### 2.3.6. AGB-Kontrolle als spezifische Verpflichtung

Verfügt ein Unternehmer über Significant Market Power<sup>130</sup>, ist im TKG 2003 die Möglichkeit vorgesehen, dass spezifische AGB-Verpflichtungen erlassen werden. Zwar werden in § 43 TKG 2003 die spezifische Verpflichtung zur Genehmigung von AGB nicht *expressis verbis* erwähnt, aber die Aufzählung in § 43 Abs 2 TKG 2003 ist nur eine demonstrative. In den EB zu diesem Absatz wird neben der Verpflichtung zur Genehmigung von Entgelten auch die Verpflichtung zur Genehmigung von AGB aufgezählt. Auch in § 45 TKG 2003 wird auf § 43 TKG 2003 verwiesen und eine spezielle Verfahrensvorschrift für die Genehmigung von AGB festgesetzt.

Die Regulierung im Endnutzerebereich soll als „ultima ratio“ gesehen werden und erst wenn die Vorabverpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 nicht zur Zielerreichung gem § 1 Abs 2 TKG 2003 reichen.<sup>131</sup>

MaW ist eine Regulierung nach § 43 TKG 2003 erst möglich, wenn auf dem Vorleistungsmarkt die Regulierungsmaßnahmen nicht zu den gewünschten wettbewerblichen Effekten führen. Die Regulierung der Endkundenmärkte ist nur ein subsidiäres Mittel.<sup>132</sup>

Wenn die Voraussetzungen dafür aber vorliegen, steht es nicht mehr im freien Ermessen der Regulierungsbehörde, sondern diese muss spezifische Verpflichtungen nach Abs 2 oder 3 erlassen. Welche dieser Verpflichtungen auferlegt werden, steht aber dennoch im Ermessen der Regulierungsbehörde. Diese Ermessensentscheidung muss nach sachlichen Kriterien getroffen werden und ist an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Die Regulierungsbehörde hat also das gelindeste, noch zum Ziel führende Mittel heranzuziehen.<sup>133</sup>

Auch durch den Verweis auf sämtliche Ziele in § 1 Abs 2 TKG 2003 ist dennoch das primäre Ziel der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung, dass ein chancengleicher und

---

<sup>130</sup> Im Folgenden: SMP.

<sup>131</sup> *Lichtenberger/Ruhle*, Das novellierte TKG - Basis für wirksamen Wettbewerb auf den öster-reichischen Kommunikationsmärkten?, *ecolex* 2003, 812.

<sup>132</sup> *Stratil (Hrsg)*, TKG 2003, § 43 Anm 4.

<sup>133</sup> EB zu § 34 Abs 1 TKG 2003.

funktionsfähiger Wettbewerb sichergestellt wird.<sup>134</sup> Es bedarf diesbezüglich einer teleologischen Reduktion, da in § 1 Abs 2 TKG 2003 zwar die Ziele der Regulierung normiert werden, diese aber für die Regulierung im Gesamten bestehen. Je nach konkretem Regulierungseingriff werden andere Ziele mehr forciert und andere Ziele treten hingegen wieder in den Hintergrund. Nicht durch jede Maßnahme können sämtliche Ziele gleichermaßen erreicht werden, sondern erst bei einer umfassenden Betrachtung der verschiedenen Regulierungsmaßnahmen sollen jene Ziele im Gesamten erreicht werden. Auch aus den Kriterien welche herangezogen werden um zu beurteilen, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, lässt sich ein erhebliches Schwergewicht auf die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs feststellen. Daher sollte mE bei der Endkundenregulierungen der Versuchung widerstanden werden, diese Maßnahmen dazu zu verwenden, um den Verbraucher zu schützen, da dies nicht Sinn und Zweck der Regulierungsmaßnahmen im Endkundenmarkt ist. Sollte eine Regulierung im Endkundenmarkt notwendig sein, sind jene Maßnahmen die in § 43 Abs 2 TKG 2003 explizit angeführt sind, auch iS der Verhältnismäßigkeit, mehr geeignet die Ziele der Wettbewerbsregulierung zu erreichen.

Insofern überzeugt es auch nicht, eine Genehmigungspflicht für AGB einem Betreiber mit SMP aufzuerlegen. Während bei der Genehmigung von Entgelten durchwegs die Möglichkeit zur Förderung des Wettbewerbs besteht, ist dies bei der AGB-Kontrolle vermutlich eher selten der Fall. Auch wenn die zivilrechtliche Gültigkeit der AGB von einer Genehmigung abhängig gemacht wird, hat dies keine unmittelbaren wettbewerbsfördernden Konsequenzen, sondern stellt einen Schutz für den Endkunden dar. Gegenüber der Möglichkeit eines Widerspruchs ist bei einer Abweisung eines Antrages über die Genehmigung von AGB keine geeignete Maßnahme den Wettbewerb zu fördern, da den Mitbewerbern ja auch im Falle eines Widerspruchs eine Klagemöglichkeit nach § 1 UWG zusteht.

Daher sollte mE auf die spezifische Verpflichtung der Genehmigung von AGB verzichtet werden. Insbesondere auch auf den in der Wettbewerbsregulierung vorherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz könnte eine diesbezügliche Regulierung nicht als geeignet zur Zielerreichung erscheinen. Eine Genehmigungspflicht für Universaldienstanbieter besteht

---

<sup>134</sup> Vgl *Stratil (Hrsg)*, TKG 2003, § 34 Anm 2.

ohnehin. Bei anderen Anbietern kommt der Regulierungsbehörde auch ein Widerspruchsrecht zu. Auch ein Widerspruch in einem Anzeigeverfahren entfaltet imperative Wirkung und ist zu befolgen. Daher ist die Erlassung einer Genehmigungspflicht mE nicht notwendig.

### 3. Durchführungsverordnungen

Im alten Rechtsrahmen waren telekommunikationsspezifische Bestimmungen für AGB von Anbietern der festen oder mobilen Sprachtelefonie sowie für Mietleitungsdienste in der Rahmenrichtlinienverordnung<sup>135</sup> sowie die Telekom-Tarifgestaltungsverordnung<sup>136</sup> vorgesehen. Diese Verordnungen wurden auf Grundlage des Fernmeldegesetzes 1993<sup>137</sup> erlassen. Eine Verordnung auf Grund § 18 Abs 8 TKG wurde nicht erlassen. Durch Erlass des zuständigen BM wurde die RRL-Vo sowie die TTG-Vo auch für das TKG für anwendbar erklärt.<sup>138</sup>

In § 1 Abs 1 Z 2 TTG-Vo wird normiert, dass die Verordnung für öffentlichen Sprach-Telefondienst mittels Mobilfunk nur solange gilt, solange dieser Dienst nur von einem Betreiber erbracht wird. Daher ist die TTG-Vo für den Bereich der mobilen Sprachtelefonie nicht mehr anwendbar.<sup>139</sup>

Da in § 18 Abs 8 TKG nur auf marktbeherrschende Anbieter abgestellt wurde, ist die RRL-Vo nur noch für Marktbeherrscher anwendbar. Auch die TTG-Vo ist nur noch auf Sprachtelefonie und Mietleitungen eines Marktbeherrschers anwendbar.<sup>140</sup>

Wird die weitere Anwendbarkeit dieser Verordnungen auf Grundlage des § 18 Abs 8 TKG bejaht<sup>141</sup>, so würde dies bedeuten, dass gem § 133 Abs 7 TKG 2003 für jene Unternehmer die

---

<sup>135</sup> Verordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr, mit der Rahmenbedingungen für die Erlassung von Geschäftsbedingungen für die Überlassung von Übertragungswegen sowie für die Erbringung reservierter Fernmeldedienste festgelegt werden BGBl II 1994/756, im Folgenden RRL-VO.

<sup>136</sup> Verordnung des BM für Wissenschaft, Verkehr und Kunst über ein Tarifgestaltungssystem für bestimmte Fernmeldedienste (Telekom – Tarifgestaltungsverordnung), BGBl II 1996/650, im Folgenden TTG-Vo.

<sup>137</sup> BGBl I 1993/908, im Folgenden FMG.

<sup>138</sup> Erlass des BM für Wissenschaft, Verkehr und Kunst vom 23.5.1997, GZ 1009228/IV-JD/97 zitiert nach Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz, Wien 2000, § 18 Rz 18.

<sup>139</sup> Himberger, Regulierte Telekom-Endkundenverträge, Master Thesis, Wien 2002, 18 ff.

<sup>140</sup> Der von der neuen Rechtsgrundlage nicht mehr gedeckte Teil der Verordnung fällt weg. Herzog-Mantel-Theorie. Vgl Mayer, Die Verordnung, Wien 1977, 37 f.

<sup>141</sup> Vgl TTK 15.10.2001, G 20/2001; Parschalk/Zuser/Otto, Telekommunikationsrecht, Wien 2002, 63.

marktbeherrschend iS des § 33 TKG sind, die ihnen auferlegten Pflichten weiter gelten. Dazu zählen für Marktbeherrscher von Sprachtelefonie sowie von Mietleitungen auch die TTG-Vo.<sup>142</sup>

§ 133 Abs 10 TKG 2003 zählt einige Verordnungen auf, die jedenfalls weiterhin in Geltung bleiben bis entsprechende Verordnungen auf Grund des TKG 2003 erlassen worden sind. Diese Aufzählung wäre prinzipiell nicht notwendig, da Durchführungsverordnungen auch nach Wegfall der gesetzlichen Grundlage weiterhin in Geltung bleiben, sofern im Nachfolgegesetz eine diesbezügliche Grundlage iS des Art 18 Abs 2 B-VG beinhaltet.<sup>143</sup> Die diesbezügliche Normierung wurde erlassen, um ihre Weitergeltung auch bei veränderter Zuständigkeit sicherzustellen.<sup>144</sup> Für die Erlassung solcher Verordnungen ist nicht mehr das BMVIT, sondern nun die RTR zuständig.

Zwar wurde im TKG 2003 keine entsprechende Kompetenz zur Erlassung einer solchen Verordnung<sup>145</sup> normiert, aber § 133 Abs 7 TKG 2003 als *leges speciales*, normiert aber ausdrücklich die Weitergeltung der Pflichten für marktbeherrschende Unternehmer iS des § 33 TKG.

Die TTG-Vo gilt daher jedenfalls solange weiter bis das Marktanalyseverfahren gem § 33 TKG 2003 abgeschlossen ist. Ist dies abgeschlossen, ist die TTG-Vo nicht mehr anwendbar, unabhängig davon, ob ein Unternehmen über SMP im Bereich der Sprachtelefonie bzw Mietleitungsbereich<sup>146</sup> verfügt.

---

<sup>142</sup> AA offenbar *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz, Wien 2004, § 25 Rz 87 ff, die die Weitergeltung der TTG-Vo auf § 133 Abs 10 TKG 2003 stützen. Dem ist nicht zu folgen, da diese explizite Weitergeltung bis zur Erlassung neuer Verordnungen nach dem TKG 2003 nur auf die Nummerierungsverordnung, BGBl II 1997/416, die Entgeltverordnung, BGBl II 1999/158 sowie auf die Verordnung über die Festlegung von Zugangskennzahlen für Notrufdienste, BGBl II 1999/278 anzuwenden ist.

<sup>143</sup> Vgl VfGH 1952/2326 ua; Im EB werden demonstrativ noch weiter Verordnungen aufgezählt, ohne jedoch die RRL-Vo oder die TTG-Vo zu erwähnen.

<sup>144</sup> Vgl *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 580 ff.

<sup>145</sup> Die TTG-Vo stellt noch auf einen monopolisierten Markt ab. Inhaltlich wird die TTG-Vo nun durch die spezifischen Verpflichtungsmöglichkeiten für Unternehmer mit SMP durch §§ 38 ff TKG 2003 abgedeckt.

<sup>146</sup> Durch die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003, BGBl II 2003/70, im Folgenden TKMVO werden 16 relevante Märkte festgelegt. Der sachliche Anwendungsbereich der TTG-Vo ist unabhängig von der neuen Marktdefinition zu betrachten. Sollten nicht für alle Märkte gleichzeitig das Marktanalyseverfahren abgeschlossen werden, so gilt die TTG-Vo für jene Märkte weiter die unter Sprachtelefonie an festen Standorten bzw Mietleitungsmarkt subsumiert werden können.

Fraglich ist, ob die RRL-Vo ebenfalls weiter anwendbar ist. Zwar wurde dies für das TKG grundsätzlich bejaht,<sup>147</sup> allerdings gestaltet sich für das TKG 2003 die Beurteilung etwas anders, da auch hier keine Verordnungsermächtigung mehr vorgesehen ist, sondern durch materiellrechtliche Bestimmungen die Inhalte der RRL-Vo bereits ins TKG 2003 aufgenommen wurden.<sup>148</sup> Daher wäre nach der Herzog-Mantel-Theorie die Durchführungsverordnung mit Wegfall der gesetzlichen Grundlage<sup>149</sup> außer Kraft getreten. Auch hier wird wieder § 133 Abs 7 TKG 2003 als *leges speciales* gesehen, da die RRL-Vo ebenso eine spezielle Verpflichtung gem § 18 Abs 8 TKG nur mehr für marktbeherrschende Anbieter galt.

Da diese Verpflichtungen jetzt aber nicht mehr Unternehmen mit SMP auferlegt werden können, ist mE § 133 Abs 7 TKG 2003 nicht dahingehend zu interpretieren, dass bis zum Abschluss des Marktanalyseverfahrens eine spezielle Verpflichtung für marktbeherrschende Anbieter weiter gelten soll, die nun inhaltlich ohnehin für sämtliche Anbieter gilt. Da gem § 25 TKG 2003 sämtliche Betreiber von Kommunikationsnetzen und –diensten AGB verwenden müssen, deren Mindestinhalt ebenfalls bereits vorgegeben ist, ist die spezielle Verpflichtung der RRL-Vo nicht mehr durch § 133 Abs 7 TKG 2003 gedeckt. § 133 Abs 7 TKG 2003 ist nämlich dafür gedacht, dass die speziellen Verpflichtungen, die einem marktbeherrschenden Anbieter auferlegt wurden, nicht wegfallen bis festgestellt wird, ob weiterhin ein Unternehmen über SMP verfügt. Daher ist die RRL-Vo nicht mehr anwendbar.<sup>150</sup> Selbst wenn § 133 Abs 7 TKG 2003 für die RRL-Vo für anwendbar betrachtet würde, könnte man eine materielle Derogation in Betracht ziehen, da die Inhalte dieser Verordnung mittlerweile explizit als Verpflichtung ins TKG 2003<sup>151</sup> aufgenommen wurden.

---

<sup>147</sup> Siehe oben.

<sup>148</sup> Vgl *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 505 f.

<sup>149</sup> § 132 TKG 2003 normiert, dass das TKG mit In-Kraft-Treten des TKG 2003 außer Kraft tritt. In § 133 TKG 2003 sind die Übergangsbestimmungen für den neuen Rechtsrahmen normiert.

<sup>150</sup> AM *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 580 ff; *Zan-ger/Schöll*, TKG, § 25 Rz 87 ff.

<sup>151</sup> Vgl *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 314.



### III. AGB Klauseln

Sowohl durch den allgemeinen als auch durch den telekommunikationsspezifischen Rechtsrahmen werden bestimmte Vorgaben an die Betreiber gestellt, die sich auch in der Gestaltung der AGB widerspiegeln. Dies nicht nur, weil im TK-Bereich auch der Mindestinhalt von AGB vorgegeben wird, sondern auch um spezielle zivilrechtliche Probleme nach Möglichkeit schon vorab zu beseitigen. Interessant ist diese praktische Begutachtung nicht nur um die zivilrechtlichen Grenzen aufzuzeigen, sondern auch weil einzelne Bestimmungen die unterschiedlichen Rechtsansichten der Betreiber darstellen. Die AGB von Telekommunikationsdienstleister lassen sich anhand ihrer rechtlichen Zuordenbarkeit im Wesentlichen in folgende Kategorien einteilen:

#### 1. Vertragsabschlussklauseln

Nahezu in allen AGB sind Vertragsabschlussklauseln enthalten. Darin werden im Wesentlichen die Voraussetzungen normiert, unter welchen Bedingungen kontrahiert werden soll. Der Betreiber bringt darin häufig zum Ausdruck, dass er den Vertrag nur unter ausschließlicher Verwendung der von ihm zur Verfügung gestellten Formulare und durch Annahme des Anbots durch den Vertragspartner abschließt.<sup>152</sup> Die Annahme durch den Betreiber erfolgt normalerweise durch Freischaltung bzw Aktivierung der SIM-Karte.

Es handelt sich dabei um eine konkludente Vertragsannahme. Diese ist zivilrechtlich unbedenklich.<sup>153</sup> Der Betreiber räumt sich häufig eine bestimmte Frist für die Annahme ein, um eine Bonitätsauskunft einholen zu können.<sup>154</sup> Während dieser Frist ist in manchen AGB

---

<sup>152</sup> Bsp Punkt I, Nr 2 AGB One; Nr 2 AGB Tele2; ua.

<sup>153</sup> Schöpflin, , Der Mobilfunkvertrag, Betriebs-Berater, Heft 3, 16.1.1997, 107.

<sup>154</sup> Dies kann durch Anfragen bei behördlich befugten Kreditschutzverbänden, Kreditinstituten oder Auskunftsteien erfolgen.



vorgesehen, dass der Kunde an sein Anbot gebunden bleibt. Die Dauer variiert dabei zwischen gar keinen Angaben<sup>155</sup>, wenigen Tagen<sup>156</sup> und mehreren Wochen<sup>157</sup>.

Hierbei ist besonderes Augenmerk auf § 6 Abs 1 Z 1 KSchG zu legen. Danach sind Vertragsbestimmungen, nach denen sich der Unternehmer eine unangemessen lange oder unbestimmte Frist für eine eventuelle Vertragsannahme ausbedingt unwirksam, wenn der Verbraucher an den Vertrag gebunden bleibt.

Ist keine Bindungswirkung des Anbotstellers vereinbart, hat der Betreiber für die Annahme, unter Berücksichtigung der Beförderungszeit des Angebotes, eine angemessene Überlegungsfrist.<sup>158</sup> Die Beförderungszeit für Annahme durch Freischaltung kann auf Grund der schnellen technischen Machbarkeit idR vernachlässigt werden. Eine angemessene Überlegungsfrist wird mE maximal wenige Tage betragen, da der Kunde ein berechtigtes Interesse hat, möglichst bald Telekommunikationsdienstleistungen in Anspruch nehmen zu können. Wird das Endgerät allerdings erst später freigeschaltet, wird darin ein neuerliches Anbot zu sehen sein, welches der Kunde konkludent durch Inanspruchnahme der Telekommunikationsdienstleistung annehmen kann.<sup>159</sup>

Ist eine Bindungswirkung mit einem Verbraucher vereinbart, muss diese den Prämissen des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG entsprechen. Unzulässig wäre es, keine Frist für eine Freischaltung zu bestimmen. Für die Beurteilung der Frist als unangemessen lange muss eine Interessensabwägung vorgenommen werden. Der Kunde wird ein relativ hohes Interesse haben, möglichst bald die Telekommunikationsdienstleistung in Anspruch zu nehmen, um dadurch besser am sozialen Leben partizipieren zu können.

Auf der anderen Seite stehen die Interessen des Betreibers, ein mögliches finanzielles Risiko durch eine Bonitätsprüfung minimieren zu können. Für eine Bonitätsprüfung sind mE maximal

---

<sup>155</sup> Punkt I Nr 3 AGB One.

<sup>156</sup> § 2 Abs 5 AGB T-Mobile.

<sup>157</sup> Nr 2 AGB tele2.

<sup>158</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Bd I, 114 f.

<sup>159</sup> Dazu unten.

wenige Tage notwendig. Daher wird jedenfalls eine Frist von mehr als zwei Wochen als kritisch zu betrachten sein.<sup>160</sup>

Häufig wird in Vertragsabschlussklauseln auch geregelt, dass der Kunde nach Ablauf der Frist für die Annahme bzw Ablehnung des Anbots durch tatsächliche Inbetriebnahme an den Vertrag gebunden ist.<sup>161</sup> Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ist eine Klausel ungültig, bei der ein Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, außer der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist.

Diskutierbar ist, ob bei der tatsächlichen Inbetriebnahme eine Erklärungsfiktion gem § 6 Abs 1 Z 2 KSchG darstellten könnte. Der Hauptanlassfall ist allerdings die Erhebung des Stillschweigens zur Zustimmung.<sup>162</sup> Bei der tatsächlichen Inanspruchnahme handelt es sich aber nicht um ein Stillschweigen, sondern um eine bewusst Kosten verursachende Dienstleistung. Der Teilnehmer wird nicht davon ausgehen können, dass er diese Dienstleistung in Anspruch nehmen kann, ohne dass darüber ein Vertrag geschlossen wurde. Wird das Freischalten als neues Anbot des Betreibers betrachtet, liegt darin eine konkludente Annahme nach § 863 ABGB. Daher ist eine vertragliche Erklärungsfiktion nicht nötig.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> So auch *Hahn*, AGB in TK-Dienstleistungsverträgen, MMR, 5/1999, 252. *Bornhofen*, Gestaltung und Durchführung von Telefonkundenverträgen, Kommunikation & Recht, Heft 11/1999, 500 f. AA *Schöpflin* der im Bereich des Mobilfunk von einer Annahmefrist von einem Monat ausgeht, *Schöpflin*, Der Mobilfunkvertrag, BB, Heft 3, 16.1.1997, 107.

<sup>161</sup> § 2 Abs 5 AGB T-Mobile.

<sup>162</sup> *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG, § 6 Rz 15.

<sup>163</sup> *Feil*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Wien 1996, Rz 32.

## 2. Leistungsbeschreibungsklauseln

Leistungsbeschreibungsklauseln sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu werten.<sup>164</sup> Sie unterliegen demselben Verfahren wie sonstige AGB.<sup>165</sup> Leistungsbeschreibungen müssen nicht zusammen mit den AGB in einem Dokument festgeschrieben werden.<sup>166</sup> Allerdings ist in den AGB zumindest ein Verweis auf die Leistungsbeschreibungen aufzunehmen, damit mit diesem dem Mindestinhaltsgebot<sup>167</sup> genüge getan wird. Dabei ist aber darauf zu achten, dass dem Transparenzgebot nicht widersprochen wird.<sup>168</sup> Durch die Qualifikation der Leistungsbeschreibungsklauseln als AGB, werden diese letztlich zu Leistungsvorbehalten.<sup>169</sup>

Besonderes Augenmerk ist hierbei auf die Verfügbarkeit der Dienste, insbesondere im Mobilfunkbereich auf die Netzabdeckung, zu legen. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Nebenleistungspflicht, sondern um eine vertragliche Hauptleistung, da der Endnutzer bei mangelnder Netzabdeckung keine Telekommunikationsdienste in Anspruch nehmen kann. Daher wäre eine Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB nicht möglich. Allerdings hat der OGH<sup>170</sup> festgehalten, dass selbst im Falle von primären Risikoausschlüssen in AGB die Inhaltskontrolle durchführbar sein kann. Daher unterliegen Risikoumschreibungen in Zusammenhang mit der Verbindungsleistung auch einer Inhaltskontrolle, wenn dadurch berechnete Erwartungen des Kunden beeinträchtigt werden und dieser dadurch gröblich benachteiligt wird.<sup>171</sup>

Wird in den AGB normiert, dass bei einer Änderung der Leistungen durch den Betreiber dem Kunden kein Kündigungsrecht gem § 25 Abs 3 TKG 2003 zukommt<sup>172</sup>, widerspricht dies mE jedenfalls geltendem Recht. Wenn es sich nicht um eine ausschließlich begünstigende Änderung

---

<sup>164</sup> TKG, G 11/99. Vgl *Imping/Pohl*, Der Mobilfunkvertrag - Rechtsnatur und Gestaltung, K&R 2001, 254 f.

<sup>165</sup> AA HG Wien 21.8.2003, 34 Cg 38/03z

<sup>166</sup> *Kaufmann/Tritscher*, TKG 2003 – der neue Rechtsrahmen für „elektronische Kommunikation“, MR 2003, 273.

<sup>167</sup> § 25 Abs 4 Z 2 TKG 2003.

<sup>168</sup> Vgl OGH 13. 9. 2001, 6 Ob 16/01y.

<sup>169</sup> *Bornhofen*, TK-Verträge aktuell, EUROFORUM Seminarunterlagen, Freising 2004.

<sup>170</sup> OGH 25.4.1990, 7 Ob 14/90 = SZ 63/64.

<sup>171</sup> Vgl *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG, § 879 Abs 3 ABGB, Rz 8.

<sup>172</sup> Vgl § 18 Abs 2 AGB T-Mobile.

handelt, steht dem Kunden wie bei jeder anderen Änderung der AGB ein kostenloses Kündigungsrecht zu.

Probleme können sich auch im Zusammenhang mit dem Transparenzgebot in Bezug auf die Verbindungsleistung ergeben. Da es sich dabei wie erwähnt um eine Hauptleistungspflicht des Betreibers handelt, ist für den Verbraucher diese Klausel sehr wichtig. Daher muss die Klausel auch sehr transparent gehalten sein.<sup>173</sup> Insbesondere Klauseln, die den Umfang der Dienstleistung nach innerbetrieblichen Kriterien, wie etwa Kapazitätsgrenzen des Mobilfunksystems regeln, sind für einen durchschnittlichen Verbraucher unklar.<sup>174</sup> Eine Angabe der Verfügbarkeit in Prozent macht einem durchschnittlichen Kunden klar, inwieweit er auf eine Verfügbarkeit des Dienstes abstellen kann.<sup>175</sup>

Bezüglich der räumlichen Netzabdeckung reicht es aus, wenn auf eine Coverage Karte verwiesen wird. Auch die Angabe einer Netzabdeckung in Prozent ist für den Kunden verständlich.

Im Einzelfall können aber vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten greifen, wenn dem Betreiber bei Vertragsabschluss die unzureichende Netzabdeckung des Wohnortes des Kunden bekannt ist und dieser nicht darauf hingewiesen wird.

---

<sup>173</sup> *Korinek St.*, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBl 1999, 160; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Bd I, 111; *Faber*, Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot, ÖJZ 2003/49.

<sup>174</sup> Vgl *Hahn*, AGB in TK-Dienstleistungsverträgen, MMR 5/1999, 253 f.

<sup>175</sup> Vgl *Spindler* in *Spindler (Hrsg)*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Köln 2000, 250.

### 3. Änderungsklauseln

Wie bereits dargestellt, steht dem Teilnehmer bei nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen von AGB ein Kündigungsrecht zu. Teilweise räumen sich Betreiber das Recht ein, im Falle einer Kündigung des Kunden binnen einer gewissen Frist auf die Änderung zu verzichten.<sup>176</sup> Der Kündigung des Kunden soll in diesem Falle keine Wirksamkeit zukommen.

Dies ist mE problematisch, da der Kunde bereits von einer Beendigung des Telekommunikationsvertrages ausgeht. Insbesondere bei der Bezeichnung als außerordentliche Kündigung, die bereits mit Zugang wirksam wird, geht der Kunde von der Beendigung des Vertragsverhältnisses aus. Im Vertrauen darauf wird es häufig vorkommen, dass ein neuer Vertrag bei einem anderen Telekommunikationsdienstleister abgeschlossen wird. Teilt der Betreiber vier Wochen<sup>177</sup> später mit, dass er auf die Änderung verzichtet und die Kündigung unwirksam sein soll, wäre dies wohl eine gröbliche Benachteiligung des Kunden. Der Kunde könnte somit vier Wochen lang im Ungewissen stehen, ob der Vertrag nun gekündigt ist oder nicht.

Eine solche Klausel ist mE gröblich benachteiligend. Es handelt sich nämlich um den Umkehrfall von § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Hier ist der Verbraucher nicht unangemessen lange an das Vertragsangebot gebunden, sondern unangemessen lange an seine Kündigung, da er diese nicht einseitig zurückziehen kann. Dem Betreiber steht hingegen eine relativ lange Überlegungsfrist zu, ob er den Vertrag beenden will oder nicht. Zwar handelt es sich hierbei nicht um einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sondern um eine Sittenwidrigkeit iS des § 879 ABGB. Da § 6 KSchG eine demonstrative Aufzählung von sittenwidrigen Klauseln darstellt, wird auf Grund der ähnlichen Sachlage hier eine Sittenwidrigkeit anzunehmen sein. Wird dem Kunden von Anfang an die Möglichkeit geboten, die bisherigen AGB weiter zu verwenden, ist dies selbstredend zulässig. Ob ein sofortiger Verzicht auf die Änderung eine Kündigung wirkungslos machen lässt ist fraglich, aber wohl eher abzulehnen.

---

<sup>176</sup> § 3 Abs 4 AGB Mobilkom; § 15 Abs 1 lit b AGB T-Mobile.

<sup>177</sup> Vgl § 3 Abs 4 AGB Mobilkom.

#### **4. Nutzung durch Dritte**

In den AGB wird häufig versucht, auch eine Haftung des Vertragspartners für eine Nutzung des Telekommunikationsdienstes zu vereinbaren. Dabei soll der Kunde nicht nur für Leistungen des Betreibers, sondern auch für Leistungen von anderen Betreibern oder Anbietern von Leistungen<sup>178</sup> die durch einen Dritten entstanden sind, eintreten.<sup>179</sup>

##### 4.1. Missbräuchliche Nutzung durch berechnigte Dritte

Teilweise wird vom Kunden einem Dritten erlaubt, Telekommunikations-dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Sei es durch einen Telefonanschluss im gemeinsamen Haushalt oder auch durch die Weitergabe eines Mobiltelefons. Dies birgt aber auch die Gefahr in sich, dass die eingeräumte Erlaubnis für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten missbraucht wird. Auf Grund der Inkassokonstruktion der Betreiber werden diese Leistungen auf der Rechnung des Betreibers vorgeschrieben. Der Kunde sollte dann auch die Mehrwertdienste bezahlen, die er selbst nicht getätigt hat.

Der OGH<sup>180</sup> sieht darin aber zwei Verträge. Der Mehrwertdienstvertrag ist vom Telefondienstvertrag zu unterscheiden und kann daher auch von unterschiedlichen Parteien abgeschlossen werden. Ansprüche eines Mehrwertdiensteanbieters, die auf Grund eines gesonderten Vertrages entstanden sind, sind dagegen von dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nicht umfasst, sodass durch Bestimmungen in AGB eine Haftung des Kunden für die zwischen beiderseits Vertragsfremden entstandenen Forderungen nicht begründet werden kann.

Auch bei einer willentlichen Weitergabe des Mobiltelefons liegt darin keine konkludente Bevollmächtigung zur Inanspruchnahme eines solchen Dienstes. Selbst die Nichtvornahme einer möglichen Sperre für Mehrwertdienste ist weder eine Pflichtverletzung noch eine

---

<sup>178</sup> Hier ist insbesondere an Mehrwertdienste zu denken.

<sup>179</sup> Vgl § 11 f AGB Mobilkom.

<sup>180</sup> OGH 27.5.2003, 1 Ob 244/02 t.

stillschweigende Bevollmächtigung oder sonstige zivil-rechtliche Haftungskonstruktion.<sup>181</sup> Eine Haftungsbeurteilung ist daher nicht möglich.

#### 4.2. Missbräuchliche Nutzung durch unberechtigte Dritte

Ähnlich gestaltet sich die Haftung im Falle eines Diebstahls. Hier liegt es zwar im Einflussbereich des Kunden, sein (Mobil-) Telefon vor Diebstahl oder Verlust zu schützen, aber dennoch haftet er nicht für Verträge, die der Dieb mit einem Mehrwertdiensteanbieter abschließt. Es liegt nicht in der Sphäre des Kunden, Vorkehrung gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten eines (unbekannten) Diensteanbieters durch einen (unbekannten) Dritten zu treffen oder dafür einstehen zu müssen.<sup>182</sup>

Handelt es sich aber um die missbräuchliche Inanspruchnahme von Telekommunikationsdienstleistungen, haftet der Kunde für diese. Unklar ist die Situation, wenn ein Mehrwertdienst über eine ausländische Rufnummer erbracht wird. Hier handelt es sich eigentlich um Telekommunikationsdienstleistungen. Allerdings ist mE im Wege einer materiellen Interpretation gem § 1916 ABGB auf die wahre Beschaffenheit des Geschäftes abzustellen. Wenn also auf Grund äußerer Umstände davon ausgegangen werden kann, dass es sich in diesem Rufnummernbereich um typische Mehrwertdienste handelt, haftet der Kunde dafür nicht.

---

<sup>181</sup> Auch im Bereich des Mobilfunks. TTK, 29.3.2004, G 53/03; *Feil*, Telefonbenützung durch Dritte, GesRZ 2004, IV; Hingegen im Ergebnis bejahend, *Wessely/Eugen*, Ich war es nicht! oder: Haftung für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten durch Geschäftsunfähige, MR 2003, 3.

<sup>182</sup> TTK, 29.3.2004, G 53/03.

## 5. Haftungsklauseln

Wie in den meisten AGB versucht der Betreiber seine Haftung einzuschränken. Neben den ohnehin bestehenden Schranken gem § 879 ABGB, dass die Haftung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, sowie dass Personenschäden<sup>183</sup> nicht ausgeschlossen werden können, bestehen im österreichischen AGB-Bereich keine besonderen Regelungen.<sup>184</sup> Relativ häufig wird in AGB normiert, dass der Betreiber je Schadensereignis dem Geschädigten sowie der Gesamtheit der Geschädigten nur bis zu gewissen Höchstbeträgen haftet.<sup>185</sup>

Für Verbraucher ist eine Einschränkung der Haftung gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG im österreichischen Recht nicht zulässig.<sup>186</sup> Daher kann eine Haftungsbeschränkung, wie es in Deutschland der Fall ist, in Österreich in den AGB jedenfalls für Verbraucher sowie bei Personenschäden nicht gültig vereinbart werden.

Für Kunden, die nicht Verbraucher iS des KSchG sind, ist eine solche Einschränkung nicht geregelt. Unter Umständen könnte dies aber auch als eine gröbliche Benachteiligung betrachtet werden. Insbesondere die Beschränkung des Schadenersatzes auf 730.000.-- EUR<sup>187</sup> gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten ist, mit Blick auf die dt. Regelung, sicher im unteren Bereich angesiedelt.

---

<sup>183</sup> OGH 24.3.1998, 1 Ob 400/97y.

<sup>184</sup> In Deutschland gibt es gem § 7 Abs 2 TKV eine summenmäßige Haftungsbeschränkung. Die Haftung ist auf 12.500.-- EUR je Nutzer, gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten auf 10.000.000.-- EUR pro schadenverursachendes Ereignis beschränkt. Kritisch dazu *Hahn*, Telekommunikationsdienstleistungs-Recht, Heidelberg 2001, 32.

<sup>185</sup> Bsp § 11 Abs 5 AGB Mobilkom; Punkt 12 AGB One.

<sup>186</sup> *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG, § 6 KSchG, Rz 51 mwN.

<sup>187</sup> § 11 Abs 5 AGB Mobilkom.



## 6. Sperrklauseln

Darunter werden Klauseln verstanden, die den Telekommunikationsdienstbetreiber berechtigen, die Erbringung von Leistungen ganz oder teilweise zu verweigern. Durch § 70 TKG 2003 wurde dies jedoch eingeschränkt. Um eine voreilige Sperre durch den Betreiber zu unterbinden, ist eine zweiwöchige Nachfrist unter der Androhung einer Sperre notwendig. Erst dann kann eine Sperre auferlegt werden.

Dies bedeutet nicht, dass die Erbringung von Leistungen nicht von einer Vorauszahlung oder Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden kann. Auch kann eine Sperre bei der Überschreitung von Gebührenlimits vereinbart werden.<sup>188</sup> Eine Sicherheitsleistung bzw Bürgschaftserklärung muss aber schon vor Eintritt des Zahlungsverzuges geleistet worden sein. Eine sofortige Sperre infolge Zahlungsverzuges ohne die Erbringung einer Sicherheitsleistung bzw Bürgschaft wäre nicht zulässig.

Eine solche Vorgehensweise würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass der Teilnehmer einen noch höheren Betrag als Sicherheitsleistung hinterlegen müsste, als er ohnehin in Verzug ist, da Ansonsten das Einbringungsrisiko des Betreibers nicht ausgeschlossen werden kann. Kann der Teilnehmer daher eine Rechnung nicht sofort zahlen, ist es ihm höchstwahrscheinlich auch nicht möglich, eine Sicherheitsleistung zu hinterlegen. Insofern würde dies ein unzulässiges Umgehen des § 70 TKG 2003 darstellen. Bei Kunden, die aber ein erhöhtes Zahlungsverzugsrisiko<sup>189</sup> aufweisen, kann eine solche Sicherheitsleistung vorab vereinbart werden oder allenfalls ein Gebührenlimit bestimmt werden.

Die Sperre bei Überschreitung von Gebührenlimits muss auch schon im Vorhinein festgelegt werden. Ansonsten könnte dieses Limit willkürlich festgesetzt werden, was wiederum in Richtung einer sofortigen Sperre gehen würde. Daher empfiehlt es sich, dass der Betreiber sich

---

<sup>188</sup> *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik, 142.

<sup>189</sup> Etwa wenn schon auf Grund bisheriger Verträge Zahlungsverzögerungen bekannt sind oder auch schon früher Mahnungen notwendig waren.

die Möglichkeit der Sperre bei Gebührenüberschreitung zumindest bei Kunden mit erhöhtem Verzugsrisiko festlegt.<sup>190</sup>

Interessant ist dabei, dass in § 70 TKG 2003 nur auf Telekommunikationsdienstleistungen verwiesen wird. Daher ist es zulässig, dass andere Dienste, etwa die eines Mehrwertdiensteanbieters, im Falle des Zahlungsverzugs gesperrt werden. Dies ist auch durchwegs sinnvoll, da üblicherweise für diese Dienste besonders hohe Entgelte anfallen.

Umgekehrt bedeutet dies, dass wenn sich der Kunde im Zahlungsverzug von Kosten befindet, die durch Mehrwertdienste verursacht wurden, eine Sperre für Telekommunikationsdienstleistungen vermutlich nicht zulässig wäre. Dem Kunden kann nicht entgegengehalten werden, dass er einem Dritten nicht leistet<sup>191</sup> und deswegen auch die Rechte aus dem Vertrag mit dem Betreiber eingeschränkt werden. Daher muss beim Zahlungsverzug genau differenziert werden, ob es sich dabei um Entgelte für Telekommunikationsdienstleistungen handelt oder um Entgelte für Mehrwertdienste. Üblicherweise werden bei Zahlungseingang vorrangig die Entgeltforderungen des Betreibers getilgt.<sup>192</sup> Sind diese getilgt, wäre eine Sperre von Telekommunikationsdienstleistungen mE nicht zulässig.

---

<sup>190</sup> Vgl § 15 AGB Mobilkom.

<sup>191</sup> Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten um einen gesonderten Vertrag zwischen dem Teilnehmer und dem Mehrwertdiensteanbieter.

<sup>192</sup> Vgl § 16 Abs 2 AGB Mobilkom.

## 7. Laufzeitklauseln

Grundsätzlich wird von der hL beim Telekommunikationsdienstleistungsvertrag von einem Dauerschuldverhältnis ausgegangen.<sup>193</sup> Prinzipiell wird der Telefondienstvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Eine entsprechende Laufzeitklausel ergibt sich aber aus dem häufig vereinbarten Kündigungsverzicht.

Diese Mindestvertragsdauer wird häufig im Zuge der Subventionierung von Endgeräten vereinbart. Diese Verknüpfung eines Telekommunikationsdienstleistungsvertrags mit dem Endgerätekaufvertrag ist insbesondere im Bereich des Mobilfunks üblich.<sup>194</sup> IdR beträgt diese Frist ein Jahr. Danach ist eine ordentliche Kündigung möglich. Das außerordentliche Kündigungsrecht kann durch die Mindestvertragsdauer nicht eingeschränkt werden.<sup>195</sup>

Denkbar wäre auch eine längere Laufzeit. Bei entsprechenden besonderen Begünstigungen des Kunden kann diese bis auf 36 Monaten verlängert werden.<sup>196</sup> Dies wird aber typischerweise nicht in den AGB geregelt, sondern in einem Einzelvertrag ausgehandelt.<sup>197</sup> Da die Summe der Grundgebühr schon vorweg bestimmbar ist und teilweise nicht unerhebliche Beträge seitens des Betreibers für die Endgerätesubventionierung aufgewendet werden, ist dies zulässig und benachteiligt idR den Kunden nicht gröblich.

---

<sup>193</sup> Vgl. *Haybäck*, Mißbräuchliche Klauseln und öffentliche Dienstleistungen an den Beispielen der Wasserversorgung, Post, Telekom und Bahn, in *Lehofer/Mayer (Hrsg)*, Geschäftsbedingungen in Österreich und der Europäischen Union, Wien 1998, 176; *Hahn*, Grundprobleme des Telekommunikationsdienstleistungs-Rechts aus vertrags – und kundenschutzrechtlicher Sicht, RTkom 4/2000, 274 f; *Graf von Westphalen/Grote/Pohle*, Der Telefondienstvertrag, Heidelberg 2001, 171; zum Streitstand *Schmitz/von Netzer*, in *Schuster (Hrsg)*, Vertragshandbuch Telemedia, München 2001, Teil VI, Rz 29 ff; Kritisch *Schuster*, Anmerkung zu BGH, Urt vom 18.4.2002 – III ZR 199/01 in MMR 8/2002, 542.

<sup>194</sup> Vgl. *Leitermann*, Vertragsrecht der Telekommunikationsdienstleistungen und Kundenschutz, in *Heun (Hrsg)*, Handbuch Telekommunikationsrecht, Köln 2002, Teil 5, Rz 141.

<sup>195</sup> StRsp, etwa OGH 16.1.2003, 2 Ob 311/02 = JBl 2003, 572; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, 12. Auflage, Wien 2001, Bd II, 8 mwN.

<sup>196</sup> Vgl. *Schöpflin*, Der Mobilfunkvertrag, BB 1997, Heft 3, 108; AM, *Hahn*, AGB in TK-Dienstleistungs-verträgen, MMR 5/1999, 255.

<sup>197</sup> Vgl. § 12 Abs 3 AGB T-Mobile.

Wird aber ein Kündigungsverzicht des Kunden vereinbart, ohne dass dieser eine besondere Gegenleistung erhält, wäre eine derartige Mindestlaufzeit bedenklich. Eine über 36-monatige Mindestlaufzeit wird allerdings auch bei größeren Begünstigungen kritisch zu betrachten sein, da im schnelllebigen Markt der Telekommunikation nicht nur ein erheblicher Preisverfall bei den Endgeräten, sondern auch bei den Entgelten für Telekommunikationsdienste herrscht.<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> Gerade für den Verbraucherbereich wird dies auch in den AGB der Betreiber so gesehen. Vgl § 33 Abs 1 AGB Mobilkom.

## 8. Zahlungsmodalitäten

Seitens der Telekommunikationsdienstbetreiber wird aus Gründen der Einfachheit und Kostenersparnis häufig auf die Einräumung einer Einzugsermächtigung gedrängt. Dies geschieht idR durch zusätzliche Entgelte für Barzahler. Wird nicht der Originalbeleg verwendet, fällt oftmals noch ein zusätzliches Entgelt an. Dieser Vorgehensweise bedienen sich inzwischen nahezu sämtliche Betreiber. Grund dafür war wohl die E des OGH, dass selbst eine nachträgliche Einführung von Entgelten für Barzahler den Kunden nicht gröblich benachteiligt.<sup>199</sup> Der OGH geht sogar davon aus, dass eine Zahlung via Einzugsermächtigung nicht nur Vorteile für den Betreiber mit sich bringen sondern auch für den Kunden. Dieser müsse sich nicht mehr um die Bezahlung seiner Schulden kümmern, spare sich Arbeit und Organisationsaufwand und liefere auch nicht Gefahr, Skonti zu verlieren oder Verzugszinsen zahlen zu müssen.

Diese Entscheidung stieß in der Lehre auf Kritik.<sup>200</sup> Grund dafür war, dass die vom OGH ins Treffen geführten Argumente für eine sachliche Rechtfertigung unzutreffend sind und das Ergebnis durchwegs eine gröbliche Benachteiligung für den Kunden darstellen würde. Dies insbesondere deswegen, da der Widerruf einer falschen Abbuchung nur im Gesamten möglich ist. Ein Teilbetrag kann nicht widerrufen werden. Dies versetze den Kunden in die Situation, dass er unter Umständen mit dem zu Recht abgebuchten Betrag nach einem Widerruf in Verzug ist. Auch seien die wirtschaftlichen Vorteile lediglich auf der Seite des Betreibers. Der Kunde muss sich weiterhin um die Richtigkeit der Rechnung als auch des Bankeinzugs kümmern, wenn er diesbezügliche Fehler ausschließen will.

In neu abgeschlossenen Verträgen ist eine solche Klausel unter Umständen für den Kunden nachteilig. Allerdings wird dies idR einen kleinen Personenkreis betreffen. Es ist nicht grundsätzlich so, dass die Erteilung einer Einzugsermächtigung vorneweg den Kunden gröblich benachteiligt. Für den Großteil stellt eine Einzugsermächtigung vermutlich tatsächlich eine Erleichterung dar. Jene Kunden, die es vorziehen, mit einem Zahlschein die Rechnung zu

---

<sup>199</sup> OGH, 14.3.2000, 4 Ob 50/00g.

<sup>200</sup> *Rabl*, TKG. Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490. Zu der Thematik allgemein kritisch, *Hahn*, AGB in TK-Dienstleistungsverträgen, *MMR*, 10/1999, 587 f.

begleichen, haben nach wie vor die Möglichkeit dazu. Da eine Zahlung mittels Erlagschein für den Betreiber höhere Kosten verursacht, ist es mE auch durchwegs zumutbar, dem Kunden diese Kosten zuzurechnen. Es ist sachgerechter, jene tatsächlich höheren Kosten jenen Personen zu verrechnen, die die Vorteile der Zahlung via Zahlschein für sich beanspruchen, als letztlich sämtlichen Kunden.

Bei der Einzugsermächtigung muss aber jedenfalls sichergestellt werden, dass der Kunde genügend Zeit hat zu prüfen, ob die angefallenen Entgelte auch tatsächlich stimmen. Daher wird jedenfalls eine mehrtägige Frist notwendig sein, bevor der Betrag tatsächlich abgebucht wird. In der dt. Rechtsprechung wird von einer Frist von zumindest fünf Tagen ausgegangen. Andernfalls wäre eine solche Klausel gröblich benachteiligend.<sup>201</sup>

Daher ist mE im Ergebnis die Ansicht des OGH nachvollziehbar. Im konkreten Fall muss aber darauf hingewiesen werden, dass der Betreiber seine ursprünglich vereinbarte Leistung entsprechend der Zahlscheingebühr verteuerte, da die Zahlungsmöglichkeit mittels Erlagschein ursprünglich vorgesehen war. Dadurch kam es für jene Kunden, die weiterhin durch diese Zahlungsmodalität ihre Rechnungen begleichen wollten, zu einer Verteuerung um bis zu S 60.-- (EUR 4,36.--). Hätte der Betreiber jene Einsparungen, die er durch die Einzugsermächtigung macht an die Kunden weitergegeben, wäre die Änderung vermutlich auch akzeptiert worden. Im vorliegenden Fall kamen sowohl sämtliche Einsparungen die durch die Einzugsermächtigung entstanden sind, als auch jenes zusätzliche Zahlscheinentgelt nur dem Betreiber zu. Dies wird zu Recht auch kritisiert.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> BGH, Urt. vom 23.1.2003 – III ZR 54/02 .

<sup>202</sup> *Rabl*, aaO.

## 9. Kündigungsklauseln

Da der Telefondienstvertrag wie schon erwähnt ein Dauerschuldverhältnis darstellt, kann dieser durch Kündigung beendet werden. Dieses Recht steht sowohl dem Kunden als auch dem Betreiber zu. In den AGB wird üblicherweise versucht dem Teilnehmer die Kündigung zu erschweren, sowie eine eventuelle Kündigung des Betreibers zu erleichtern.

### 9.1. Kündigung des Endkunden

#### 9.1.1. Ordentliche Kündigung

Für den Kunden ist idR vorgesehen, dass er vor Ablauf der Mindestvertragsdauer sein ordentliches Kündigungsrecht nicht ausüben kann. Häufig stellt dies eine Gegenleistung für den vom Betreiber subventionierten Endgerätekauf dar. Selbst wenn keine konkrete Gegenleistung für die Einräumung eines Kündigungsverzichtes erfolgte, ist vor Ablauf dieser Frist eine ordentliche Kündigung nicht möglich. Auch dann handelt sich dabei um einen grundsätzlich zulässigen Kündigungsverzicht.

Eine Kündigungsfrist von einem Monat<sup>203</sup> ist jedenfalls zulässig. Teilweise werden auch Kündigungstermine vorgesehen.<sup>204</sup> Würde die Kündigungsfrist in Kombination mit dem Kündigungstermin eine zu lange Frist ausmachen, könnte im Falle eines Verbrauchers eine unangemessen lange Frist iS des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG vorliegen.

Da es sich beim Telekommunikationsdienstleistungsvertrag weder um eine Werkleistung noch um Energie handelt, fallen diese Verträge nicht unter § 15 KSchG.<sup>205</sup> Ein vierteljährlicher Kündigungstermin in Kombination mit einer mehrmonatigen Kündigungsfrist könnte mE als unangemessen lange betrachtet werden, da gerade im Bereich des Telekommunikationsmarktes oft nur kurzfristige Angebote bestehen und der Kunde ansonsten zu lange an den bisherigen Vertrag gebunden wäre.

---

<sup>203</sup> Teilweise werden auch sechs Wochen als Kündigungsfrist angeführt. Vgl Punkt 19.1 AGB tele.ring.

<sup>204</sup> Ewa jeweils zum Monatsende. Punkt IV, Nr 2 AGB One.

<sup>205</sup> *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG § 15, Rz 5.

Üblicherweise wird auch ein Formgebot vereinbart.<sup>206</sup> Eine strengere Form als die Schriftform dürfte für Verbraucher gem § 6 Abs 1 Z 4 KSchG auch nicht gewählt werden. Erklärungen des Verbrauchers brauchen auch nicht eingeschrieben aufgegeben werden, obwohl dies aber aus Gründen der Beweiserleichterung zweckmäßig ist.<sup>207</sup> Eine anderweitige Klausel wäre unzulässig.

Fraglich ist, ob im Falle eines Kündigungsrechtes gem § 25 Abs 3 TKG ein Schriftformgebot in den AGB normiert werden darf. In § 25 Abs 3 TKG 2003 ist keine Formvorschrift vorgesehen. Insbesondere durch den Umstand, dass dem Teilnehmer die kostenlose Möglichkeit einer Kündigung zukommt, spricht für die Zulässigkeit einer mündlichen Kündigung. Selbst wenn die Kosten für den Fall einer schriftlichen Kündigung minimal sind, sind diese doch vorhanden.<sup>208</sup> Insofern könnte in diesem Fall auch eine mündlich ausgesprochene Kündigung wirksam sein.<sup>209</sup>

Unzulässig wäre auch eine eventuelle Deaktivierungsgebühr. Durch die Kündigung eines (Mobil-) Anschlusses fallen für den Betreiber Kosten an.<sup>210</sup> Diese Kosten für die Beendigung eines Telefondienstvertrages dem Kunden zu verrechnen, würde diesen gröblich benachteiligen und wäre sittenwidrig. Durch die Bearbeitung einer Kündigung werden keine Interessen des Kunden wahrgenommen und eine diesbezügliche Überprüfung dient ausschließlich der Wahrung der Rechtsposition des Betreibers. Eine Auflösung von Verträgen ist im heutigen Wirtschaftsleben normal und die angefallenen Verwaltungskosten dürfen nicht auf den Kunden übertragen werden.<sup>211</sup>

---

<sup>206</sup> § 12 Abs 1 AGB T-Mobile; Punkt 11 AGB tele2; ua.

<sup>207</sup> *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG § 6 Rz 24.

<sup>208</sup> Etwa Briefpapier, Kuvert, Briefmarke, Schreibzeug oder Toner.

<sup>209</sup> Vgl. *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik, Fn 56.

<sup>210</sup> Etwa Auswerten der Post, EDV-Erfassung und Verifizierung der Daten, Prüfung der Kündigung, Netzabschaltung, Benachrichtigung des Kunden usw.

<sup>211</sup> Vgl. *Kropf/Harder*, in *Spindler (Hrsg)*, Vertragsrecht der Telekommunikationsanbieter, Köln 2000, Teil V, Rz 115; BGH Urteil vom 18.4.2002 – III ZR 199/01, mit Anmerkungen zu den Konsequenzen im Bereich Preselection, *Schuster*, in MMR 8/2002, 542.



### 9.1.2. Außerordentliche Kündigung

Dem Kunden steht auch ein außerordentliches Kündigungsrecht zu. Die außerordentlichen Kündigungsgründe sind üblicherweise in den AGB aufgezählt. Wesentlicher Punkt dabei ist das Nicht-Einhalten des Leistungsumfangs.

Dabei kann es sich aber nicht um eine taxative Aufzählung handeln, da ein außerordentliches Kündigungsrecht nicht an eine vertragliche Vereinbarung gebunden ist.<sup>212</sup> Wenn dem Kunden eine Aufrechterhaltung der Vertragsverbindung unzumutbar wird, kann er stets außerordentlich kündigen.<sup>213</sup> Teilweise wird dem Kunden auch bei der außerordentlichen Kündigung eine Frist von wenigen Tagen bis zum Wirksamwerden der Kündigung auferlegt.<sup>214</sup> Dies wird idR keine Probleme bereiten, da innerhalb von sechs Tagen dem Kunden nur unwesentliche Grundgebühren anfallen.

Liegt aber ein außerordentlicher Kündigungsgrund vor, der dem Kunden nicht einmal eine Frist von wenigen Tagen zumutbar macht, wird mE die außerordentliche Kündigung bereits mit Zugang wirksam. Insofern könnte eine solche Klausel durchwegs dem Transparenzgebot widersprechen, da dem durchschnittlichen Verbraucher suggeriert wird, dass eine Kündigung jedenfalls nur unter Einhaltung von einer Frist von wenigen Tagen wirksam wird. Unter Umständen könnte auch argumentiert werden, dass durch die scheinbar taxative Aufzählung der außerordentlichen Kündigungsgründe, der Verbraucher diese auch tatsächlich für abschließend halten könnte.

### 9.2. Kündigung des Telekommunikationsdienstbetreibers

Das Kündigungsrecht der Betreiber ist ein wesentlicher Bestandteil der AGB, da Betreiber von öffentlichen Kommunikationsdiensten gem § 69 Abs 1 TKG 2003 einem Kontrahierungszwang unterliegen. Dieser kann durch die Gestaltung von AGB eingeschränkt werden. Stellt sich aber

---

<sup>212</sup> Vgl *Graf*, Probleme der vorzeitigen Kündigung von Konsumentenkreditverträgen durch den Kreditgeber, ÖBA 1989, 959.

<sup>213</sup> Vgl *Binder* in *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB, 2. Auflage, Wien ab 1988, § 918 Rz 53.

<sup>214</sup> § 24 Abs 1 AGB Mobilkom.

ein Grund für die Ablehnung eines Telefonvertrages für den Betreiber erst später heraus, so hat er nur die Möglichkeit einer Kündigung. Je nach Grad der Interessenverletzung des Betreibers ist dafür eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung vorgesehen.

#### 9.2.1. Ordentliche Kündigung

Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob bei aufrehtem Betrieb eines öffentlichen Kommunikationsdienstes für den Betreiber überhaupt ein Kündigungsrecht besteht,<sup>215</sup> da in § 69 Abs 1 TKG 2003 normiert ist, dass jedermann einen Kommunikationsdienst in Anspruch nehmen kann. Daher könnte der Schluss gezogen werden, dass gar kein ordentliches Kündigungsrecht besteht, außer der angebotene Dienst wird eingestellt.<sup>216</sup> Allerdings wird dabei auch normiert, dass der Kontrahierungszwang nur unter den Prämissen der AGB des Betreibers besteht. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass der Betreiber nicht nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen ein Vertragsanbot ablehnen<sup>217</sup>, sondern den Vertrag auch aus sachlichen Gründen kündigen kann.

Häufig werden die Gründe für eine Vertragsablehnung als außerordentliche Kündigungsgründe normiert. Daher stellt sich die Frage, inwieweit noch Spielraum für jene ordentlichen Kündigungsgründe bleibt. Diese können in der Wertigkeit aber durchwegs unter jenen der außerordentlichen Kündigung liegen. Beispiele dafür könnten etwa auch innerbetriebliche Gründe sein. Eine ordentliche Kündigung ohne sachliche Rechtfertigung ist mE auf Grund des „Jedermannsrechtes“ öffentliche Kommunikationsdienste in Anspruch zu nehmen, nicht zulässig. Diese Gründe müssen aber in den AGB klar aufgezählt sein. Ansonsten widerspricht ein ordentliches Kündigungsrecht des Telekommunikationsdienstbetreibers dem Transparenzgebot.

---

<sup>215</sup> Vgl *Wessely*, Internetspezifische Aspekte des KIG-Entwurfs, MR 2002 H 4 Beilage, 17.

<sup>216</sup> Vgl § 12 Abs 5 AGB T-Mobile.

<sup>217</sup> OGH SZ 44/138, SZ 59/130, ua.

### 9.2.2. Außerordentliche Kündigung

Üblicherweise wird bei den Kündigungsgründen im Wesentlichen auf die in den AGB normierten Sperrgründe verwiesen. Hauptsächlich handelt es sich dabei um wirtschaftliche Gründe oder Missbrauchsfälle. Wenn der Kunde mit der Zahlung des Entgeltes in Verzug ist, darf nicht sofort eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden. Dies ergibt sich aus dem Größenschluss, dass selbst eine vorzeitige Dienstunterbrechung oder –abschaltung nur unter Androhung derselben und Setzung einer zweiwöchigen Nachfrist zulässig ist.<sup>218</sup> Daher ist auch eine außerordentliche Kündigung, welche sofort wirksam wird, nicht zulässig.<sup>219</sup>

Klauseln, die dem Betreiber eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit für den Fall einräumen, dass gröblich oder wiederholt sonstige wesentliche vertragliche Pflichten verletzt werden<sup>220</sup>, sind ohne eine nähere Konkretisierung, iS des Transparenzgebotes bedenklich.

---

<sup>218</sup> § 70 TKG 2003.

<sup>219</sup> *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik, 142.

<sup>220</sup> Vgl § 25 Abs 2 AGB Mobilkom.

## **IV. Abschluss und Ausblick**

Durch den neuen österreichischen Rechtsrahmen steht der Rechtsanwender vor einer Vielzahl von noch ungeklärten Fragen. Gerade im Bereich der AGB gibt es seitens der Regulierungsbehörde bis dato nur eine geringe Anzahl an Entscheidungen, da es vor kurzem erstmals zu einem Widerspruch der Regulierungsbehörde kam. Häufig wurde seitens der Betreiber der Weg gewählt, bei Bedenken der Regulierungsbehörde schon vorab eine entsprechende Abänderung der AGB zu veranlassen.

Durch den neuen Rechtsrahmen sind sämtliche Betreiber von Telekommunikationsdienstleistungen zur Anzeige ihrer AGB an die Regulierungsbehörde verpflichtet. Durch die Große Anzahl an anzeigepflichtigen Unternehmen ist zu erwarten, dass es vermehrt zu einem Widerspruch der Regulierungsbehörde kommen wird.

Nach Abschluss des Marktanalyseverfahrens besteht auch die Möglichkeit, einem Betreiber mit SMP die Vorabverpflichtung zur Genehmigung von AGB aufzuerlegen. Durch die größere Anzahl an sachlich relevanten Märkten wird auch für den Bereich der AGB mit mehreren Entscheidungen zu rechnen sein.

Für die verschiedenen Meinungsstandpunkte lassen sich unterschiedlich starke Argumente finden. Welchen Argumenten letztlich zu folgen sein wird, wird wohl erst durch die Entscheidungen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts bzw der Zivilgerichte feststehen.

## V. Literaturverzeichnis

- Apathy*, § 879 in *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB, 2. Auflage, Wien 1997.
- Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung, Festschrift für Gottfried Mayer, Wien 2004.
- Bertl/Hirschler*, Bilanzierung von "Geschenken" im Zusammenhang mit längerfristigen Dauerschuldverhältnissen, RWZ 2004/19.
- Binder* in *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB, 2. Auflage, Wien ab 1988, § 918.
- Brenn (Hrsg)*, E-Commerce-Gesetz, Wien 2002.
- Bornhofen*, Gestaltung und Durchführung von Telefonkundenverträgen, Kommunikation & Recht, Heft 11/1999, 500 f..
- Bornhofen*, TK-Verträge aktuell, EUROFORUM Seminarunterlagen, Freising 2004.
- Bydlinski* in *Forstmoser/Schlupe (Hrsg)*, Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 65.
- Faber*, Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot, ÖJZ 2003/49
- Feil*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Wien 1996.
- Feil*, Telefonbenützung durch Dritte, GesRZ 2004, IV
- Forstmoser/Schlupe (Hrsg)*, Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982.
- Fraiss*, Verstoß gegen § 5 Abs 1 ECG wettbewerbswidrig!, RdW 2004/164.
- Graf*, Probleme der vorzeitigen Kündigung von Konsumentenkreditverträgen durch den Kreditgeber, ÖBA 1989, 959.
- Graf*, Sechs Jahre § 6 Abs 3 KSchG in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung, Festschrift für Gottfried Mayer, Wien 2004, 15.
- Graf von Westphalen/Grote/Pohle*, Der Telefondienstvertrag, Heidelberg 2001.
- Hahn*, AGB in TK-Dienstleistungsverträgen, Teil 1, MMR, 5/1999, 252.
- Hahn*, AGB in TK-Dienstleistungsverträgen, Teil 2, MMR, 10/1999, 586.
- Hahn*, Grundprobleme des Telekommunikationsdienstleistungs-Rechts aus vertrags- und kundenschutzrechtlicher Sicht, RTkom 4/2000, 270.

- Hahn*, Telekommunikationsdienstleistungs-Recht, Heidelberg 2001, 32.
- Handig*, Unternehmerische Tätigkeiten im Bereich der Telekommunikation, SWK 2003, W 155.
- Haybäck*, Mißbräuchliche Klauseln und öffentliche Dienstleistungen an den Beispielen der Wasserversorgung, Post, Telekom und Bahn, in *Lehofer/Mayer (Hrsg)*, Geschäftsbedingungen in Österreich und der Europäischen Union, Wien 1998, 155.
- Heun (Hrsg)*, Handbuch Telekommunikationsrecht, Köln 2002.
- Himberger*, Regulierte Telekom-Endkundenverträge, Master Thesis, Wien 2002.
- Hoenig/Kresbach/Jakob*, Das neue österreichische Telekommunikationsgesetz, K&R, 5/1998.
- Imping/Pohl*, Der Mobilfunkvertrag - Rechtsnatur und Gestaltung, K&R 2001, 254.
- Kaufmann/Tritscher*, TKG 2003 - der neue Rechtsrahmen für „elektronische Kommunikation“, MR 2003, 273.
- Kiendl*, Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen, Wien 1997.
- Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz, Wien 2003.
- Korinek St.*, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBl 1999, 149.
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band I, 12. Auflage, Wien 2002.
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, 12. Auflage, Wien 2001.
- Krejci (Hrsg)*, Handbuch zum KSchG, Wien 1981.
- Krejci*, KSchG und AGB, in *Krejci (Hrsg)*, Handbuch zum KSchG, Wien 1981, 85.
- Krejci*, § 879, *Rummel (Hrsg)*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I, 3. Auflage, Wien 2000.
- Kropf/Harder*, in *Spindler (Hrsg)*, Vertragsrecht der Telekommunikationsanbieter, Köln 2000, Teil V.
- Laga/Seherschön*, E-Commerce-Gesetz, Wien 2002.
- Lattenmayer*, Zivilgerichte versus Regulatoren – Zuständigkeitsfragen, Vorfragen und Bindung, ÖJZ 2004/2
- Lehofer*, Das Telekommunikationsgesetz 2003, Der Übergang vom alten zum neuen Telekomrecht, ÖJZ 2003/48.
- Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in *Blaschek et al. (Hrsg)*, Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung, Festschrift für Gottfried Mayer, Wien 2004, 137.
- Lehofer*, Zivilrechtliche Fragen des Telefondienstvertrags, MR 2003, 341.

- Lehofer/Mayer (Hrsg)*, Geschäftsbedingungen in Österreich und der Europäischen Union, Wien 1998.
- Leitermann*, Vertragsrecht der Telekommunikationsdienstleistungen und Kundenschutz, in *Heun (Hrsg)*, Handbuch Telekommunikationsrecht, Köln 2002, Teil 5.
- Lichtenberger/Ruhle*, Das novellierte TKG - Basis für wirksamen Wettbewerb auf den österreichischen Kommunikationsmärkten?, *ecolex* 2003, 812
- Mayer*, Die Verordnung, Wien 1977, 37 f
- Öhlinger*, Verfassungsrecht, 5. Auflage, Wien 2003.
- Parschalk*, Telekommunikationsrecht, Vorlesungsunterlagen ULG Informationsrecht und Rechtsinformation, Regulierung von AGB und Entgelten.
- Parschalk/Zuser/Otto*, Telekommunikationsrecht, Wien 2002.
- Rabl*, TKG. Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490.
- Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Wien 2003.
- Reiner/Steindl/Haugeneder*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Wien 2003, 35.
- Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 111 f.
- Rummel* § 864a, in *Rummel (Hrsg)*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I, 3. Auflage, Wien 2000.
- Rummel (Hrsg)*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I, 3. Auflage, Wien 2000.
- Schmitz/von Netzer*, in *Schuster (Hrsg)*, Vertragshandbuch Telemedia, München 2001, Teil VI.
- Schöpflin*, Der Mobilfunkvertrag, Betriebs-Berater, Heft 3, 16.1.1997, 106.
- Schuster*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.4.2002 – III ZR 199/01 in *MMR* 8/2002, 542.
- Schuster (Hrsg)*, Vertragshandbuch Telemedia, München 2001.
- Schütz/Attendorn*, Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union – Was muss Deutschland ändern?, *MMR* 4/2002, 4.
- Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB, 2. Auflage, Wien ab 1988.
- Spindler*, Vertrag mit dem Endkunden, in *Spindler (Hrsg)*, Vertragsrecht der Internet- Provider, Köln 2000, 205.
- Spindler (Hrsg)*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Köln 2000.
- Spindler (Hrsg)*, Vertragsrecht der Telekommunikationsanbieter, Köln 2000.
- Stratil (Hrsg)* Telekommunikationsgesetz 2003, 3. Auflage, Wien 2004.

*Vartian*, Telekommunikationsrecht, Kommentar zum Telekommunikationsgesetz 2003, Wien 2004.

*Wandt*, Änderungsklauseln in Versicherungsverträgen, VR 2002, 4.

*Wessely*, Internetspezifische Aspekte des KIG-Entwurfs, MR 2002 H 4 Beilage, 17.

*Wessely*, Neues von der Mehrwertdienste-Front, MR 2004, 149.

*Wessely/Eugen*, Ich war es nicht! oder: Haftung für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten durch Geschäftsunfähige, MR 2003, 3.

*Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz, Wien 2000.

*Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, Wien 2004.

*Zankl*, Links, Dienste der Informationsgesellschaft und Informationspflichten bei Live- Cam, ecolex 2004, 261.

*Zankl*, Online-AGB: Erste OGH-Entscheidung zum E-Commerce-Gesetz, ecolex 2003, 669.