

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder hinsichtlich der gemäß § 25 TKG 2003 am 09.04.2021, in der letztmaligen Version der Änderung vom 25.05.2021, angezeigten Entgeltbestimmungen zum Tarif „allnet superflat at BK“ der primacall GmbH, Am Euro Platz 2, Gebäude G, 1120 Wien, in ihrer Sitzung vom 31.05.2021 beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird folgender Klausel bzw folgendem Klauselteil

„24 Monate Mindestvertragslaufzeit“

in den am 9.04.2021, in der letztmalig übermittelten Version der Änderung vom 25.05.2021, gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Entgeltbestimmungen „**allnet superflat at BK**“ der primacall GmbH, die als Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheids bilden, widersprochen.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit 19.03.2021 übermittelte die primacall GmbH (nachfolgend „primacall“) eine Liste, in der 55 primacall Tarife aufgelistet waren, und ersuchte um deren Genehmigung, falls diese noch nicht genehmigt seien (ON 1). primacall wurde diesbezüglich mitgeteilt, dass die Eingabe nicht den Vorgaben des § 25 TKG 2003 entspreche und es für eine Anzeige nach § 25 TKG 2003 der ordnungsgemäßen Übermittlung der Unterlagen bedürfe (ON 3, ON 4).

Am 9.04.2021 übermittelte primacall folgende drei Dokumente: (1) die Allgemeinen Geschäftsbedingungen „primacall_AGB_Preselection_AT“; (2) die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ sowie (3) die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at BK“. Da die Allgemeinen Geschäftsbedingungen „primacall_AGB_Preselection_AT“ nicht in der am 19.03.2021 übermittelten Liste enthalten waren, wurden diese im separaten Verfahren zu G 85/21 geprüft. In der Sitzung m 17.05.2021 beschloss die Telekom-Control-Kommission letzteren nicht zu widersprechen (ON 5). Mit Eingabe vom 12.04.2021 zog primacall die Anzeige der übrigen 53 Dokumente, die in der og Liste waren, zurück (ON 7).

Mit Schreiben vom 20.04.2021 wurde primacall mitgeteilt, welcher Klarstellungen bzw Anpassungen es betreffend den zwei Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ und „allnet superflat at BK“ bedürfe und dass die Verbesserungen bis 28.04.2021 zu übermitteln seien (ON 8). Mit Schreiben vom 29.04.2021 (ON 12) ersuchte primacall um Fristerstreckung. Nach gewährter Fristerstreckung und mehrfachem Urgieren (ON 16), teilte primacall am 6.05.2021 mit, technische Probleme mit den Unterlagen zu haben (ON 17). Am 11.05.2021 übermittelte primacall zwei Schreiben mit überarbeiteten Unterlagen und gab bekannt, dass die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ den *Alt-Tarif* regelten und die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at BK“ den *Neu-Tarif* und daher zusätzlich um die Genehmigung von nicht begünstigenden Änderungen angesucht werde (ON 18, ON 20).

Mit Schreiben vom 12.05.2021 wurde primacall mitgeteilt, dass noch Anpassungen notwendig seien und dass die Anzeige von nicht begünstigenden Änderungen in einem separaten Verfahren zu G 116/21 behandelt werde (ON 21).

Mit Schreiben vom 18.05.2021 wurde primacall unter Hinweis der Telekom-Control-Kommission auf einen möglichen Widerspruch hinsichtlich der fehlenden Klauseln eine Aufforderung zur Stellungnahme bis zum 25.05.2021 übermittelt (ON 23).

Am 25.05.2021 übermittelte primacall überarbeitete Versionen der Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ sowie „allnet superflat at BK“ (ON 28) und ein weiteres Schreiben (ON 32). Ua wies primacall in den Schreiben darauf hin, dass sie der Argumentation der Regulierungsbehörde nicht folgen könne, nach der im Falle einer Vertragsdauer von 24 Monaten eine besondere zusätzliche Vergünstigung zu gewähren sei. Es gebe keine gesetzliche Bestimmung, die so etwas verlangen würde. Aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich, dass die kostenlose Zurverfügungstellung eines Mobiltelefons nicht als negativer Anreiz im Sinne des Abs 2 von § 25d TKG zu werten sei. Gerade aus den von der Regulierungsbehörde zur Untermauerung der Notwendigkeit der Gewährung einer Vergünstigung im Falle einer 24-monatigen Mindestvertragslaufzeit zitierten Entscheidungen (OGH

30.05.2006 3 Ob 121/06z; OGH 10.06.2008 4Ob 91/08y; OGH 29.05.2012 9 Ob 69/11d) sei nicht ableitbar, dass eine Mindestvertragsdauer unzulässig wäre oder dass eine Mindestvertragsdauer, in welcher Länge auch immer, irgendeinen zusätzlichen Rabatt erfordern würde (ON 28, ON 32). Für den Telekomanbieter berge eine Vertragsbindung über einen Zeitraum von zwei Jahren wirtschaftlich das größere Risiko als für den Kunden. Gerade die aktuelle wirtschaftliche Situation, wie die Preiserhöhungen im Rohstoffsektor und insbesondere der Chipmangel, führe das drastisch vor Augen. Der Anbieter müsse jedenfalls damit rechnen, dass sich von einem Jahr auf das nächste seine Kosten erhöhen, insbesondere etwa Miet- und Personalkosten, jetzt zusätzlich auch noch aufgrund des Rohstoffmangels die Hardwarekosten.

2 Festgestellter Sachverhalt

primacall ist Inhaberin einer Bestätigung nach § 15 TKG 2003. Sie erbringt Kommunikationsdienste (öffentliche Telefondienste). primacall bietet ihren Endkunden Dienstleistungen mittels Carrier-Preselection an. Diese Dienstleistungen werden durch Vorleistungsprodukte, wie im Standardzusammenschaltungsangebot der A1 Telekom Austria AG unter „dauerhafter VNB Vorauswahl“ (S 155ff)¹ angeführt, ermöglicht.

primacall zeigte am 9.04.2021 erstmalig die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ und „allnet superflat at BK“ an. Die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ sind der Alttarif und die „allnet superflat at BK“ der Neutarif, also der geänderte Tarif „allnet superflat at“. Die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ werden seit 26.01.2015 am Markt angeboten (ON 18). Die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at BK“ werden seit zumindest 20.08.2020 am Markt angeboten (ON 18). Ua wurde bei den Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ neben der Änderung der Bezeichnung der Entgeltbestimmungen (= „allnet superflat at BK“) auch der Preis erhöht. Eine diesbezügliche Anzeige einer nicht begünstigenden Änderung erfolgte erst - nach weiterer Aufforderung - am 12.05.2021 (ON 20, ON 21). Diese wird in einem eigenen Verfahren zu G 116/21 behandelt. Überarbeitete Versionen der Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ (ON 18, ON 28) und „allnet superflat at BK“ (ON 20, ON 28) wurde am 12.05.2021 und 25.05.2021 übermittelt. Hinsichtlich der Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ sind alle notwendigen Anpassungen erfolgt.

Bei den Entgeltbestimmungen „allnet superflat at BK“ fehlen (weiterhin) Informationen, welche Vergünstigung Endnutzer für das Eingehen eines Vertrages mit einer Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten bekommen. Es findet sich die Information „keine Bereitstellungskosten“ in den Entgeltbestimmungen, jedoch ist diese Bestimmung auch in Entgeltbestimmungen zu finden, die eine Vertragsdauer von 12 Monaten haben.

Weiters beinhalten beide Entgeltbestimmungen folgende Information „Kundenservice (Mo.-Fr. 08.30-18.00 Uhr): 0820 / 901 3921- Zum lokalen Ortstarif Festnetz; Mobilfunkpreise können abweichen“.

¹ Download unter <https://cdn13.a1.net/m/resources/media/pdf/Zusammenschaltungsvertrag-zw-A1TA-u-ANB.pdf> (S 155ff) (zuletzt abgerufen am 25.05.2021)

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen in Punkt II.2 basieren auf den jeweils in Klammer angegebenen Beweismitteln und sind unstrittig. Dass die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at“ seit 26.01.2015 und die Entgeltbestimmungen „allnet superflat at BK“ seit zumindest 20.08.2020 im Geschäftsverkehr mit Endnutzern verwendet werden ergibt sich aus dem Vorbringen der primacall. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens sind keine gegenteiligen Anhaltspunkte hervorgetreten, die Zweifel an diesem Vorbringen erzeugt hätten.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 3 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2021/57, ist die Telekom-Control-Kommission zur Ausübung des Widerspruchrechtes gemäß § 25 zuständig.

4.2 Gesetzliche Regelungen

§ 25 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2021/57, lautet wie folgt:

(1) Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.

(2) Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unberührt.

[...]

(4) Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Endnutzern haben, soweit dies nach der Art des Dienstes möglich ist, zumindest zu enthalten:

1. Name und Anschrift des Betreibers;

2. die angebotenen Dienste; darunter insbesondere:

a) Informationen über den Zugang zu Notrufdiensten nach § 20,

b) Informationen über Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu oder die Nutzung von Diensten,

c) vertraglich zugesicherte Dienstqualität, sowie gegebenenfalls anderer von der Regulierungsbehörde gemäß § 17 festgelegter Parameter für die Dienstqualität;

d) Frist bis zum erstmaligen Anschluss,

e) allgemeine Informationen über vom Unternehmen zur Messung und Kontrolle des Datenverkehrs eingerichteten Verfahren, um eine Kapazitätsauslastung oder Überlastung einer Netzverbindung zu vermeiden, einschließlich Information über die möglichen Auswirkungen dieser Verfahren auf die Dienstqualität, sowie Angaben, wo diesbezügliche Detailinformationen für den Teilnehmer leicht zugänglich abrufbar sind,

f) die Arten der angebotenen Wartungsdienste und der verfügbaren Kundendienste sowie die Mittel zur Kontaktaufnahme mit diesen Diensten;

g) alle vom Betreiber auferlegten Beschränkungen für die Nutzung der von ihm zur Verfügung gestellten Endeinrichtungen;

2a. sofern eine Verpflichtung nach § 69 Abs. 2 besteht, über die Möglichkeit des Teilnehmers sich zu entscheiden, ob seine personenbezogenen Daten in ein Teilnehmerverzeichnis aufgenommen werden sollen und gegebenenfalls die betreffenden Daten;

2b. die angebotenen Zahlungsmodalitäten und die durch die Zahlungsmodalität bedingten Kostenunterschiede;

3. die Vertragslaufzeit und die Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Dienste und des Vertragsverhältnisses einschließlich

a) der Mindestnutzung oder Mindestnutzungsdauer, die gegebenenfalls erforderlich ist, um in den Genuss von Werbemaßnahmen zu gelangen;

b) der bei Beendigung des Vertragsverhältnisses fälligen Entgelte einschließlich einer Kostenanlastung für Endeinrichtungen;

4. Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Dienstqualität;

5. Hinweis auf die Möglichkeit der Einleitung 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;

8. allgemeine Informationen über die Arten von Maßnahmen, mit denen das Unternehmen auf Sicherheits- oder Integritätsverletzungen oder auf Bedrohungen und Schwachstellen reagieren kann, sowie Angaben, wo diesbezügliche Detailinformationen für den Teilnehmer leicht zugänglich abrufbar sind;

9. Information über die Möglichkeiten der Rufnummernanzeige und Unterdrückung derselben bei öffentlichen Telefondiensten gemäß § 104.

(5) Entgeltbestimmungen haben zumindest zu enthalten:

1. Einzelheiten über einmalige, regelmäßig wiederkehrende und variable Entgelte einschließlich des Beginn- und Endzeitpunkts der Tarifierung von Verbindungen und sowie die Art der Tarifierung,
2. die Angabe, mit welchen Mitteln aktuelle Informationen über alle anwendbaren Tarife und Wartungsentgelte eingeholt werden können,
3. allfällige Rabatte,
4. die Entgelte für die Übertragbarkeit von Nummern und anderen Teilnehmerkennungen.

(5a) Die Vertragsbedingungen müssen auch die Mindestinhalte nach Art 4 der Verordnung (EU) 2015/2120 enthalten.

(6) Die Regulierungsbehörde kann den gemäß Abs. 1 und 2 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen, letzteren jedoch nicht hinsichtlich der Höhe der nominellen Entgelte, innerhalb von acht Wochen bei Nichtübereinstimmung mit diesem Bundesgesetz oder den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG oder Art. 4 der Verordnung (EU) 2015/2120 widersprechen. Der Widerspruch bewirkt jedenfalls die Untersagung der weiteren Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Entgeltbestimmungen. Die Zuständigkeiten zur Überprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.

(7) Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben der Regulierungsbehörde die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Entgeltbestimmungen sowie jede Änderung derselben in einer von der Regulierungsbehörde vorgegebenen elektronischen Form zu übermitteln. Die Regulierungsbehörde veröffentlicht diese Informationen sowie Informationen über den Universaldienst, insbesondere über die in § 29 Abs. 2 angeführten Einrichtungen und Dienste.

[...]“

§ 25d TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2021/57, lautet wie folgt:

„[...]

(1) Verträge über Kommunikationsdienste zwischen Betreibern und Verbrauchern im Sinne des KSchG dürfen eine anfängliche Mindestvertragsdauer von 24 Monaten nicht überschreiten. Jedem Teilnehmer ist die Möglichkeit einzuräumen, je Kommunikationsdienst einen Vertrag mit einer Mindestvertragsdauer von maximal zwölf Monaten abzuschließen.

(2) Unbeschadet etwaiger Mindestvertragslaufzeiten dürfen Verträge von Unternehmen, die Kommunikationsdienste erbringen, keine Bedingungen und Verfahren für die Vertragskündigung vorsehen, die für Teilnehmer als negativer Anreiz für einen Betreiberwechsel wirken.

[...]“

§ 117 Z 3 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2021/57, lautet wie folgt:

„§ 117. Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

[...]

3. Ausübung des Widerspruchsrechtes gemäß § 25,

[...]“

§ 879 Abs 3 ABGB, JGS Nr. 946/1811 idF BGBl. I Nr. 86/2021, lautet wie folgt:

„[...]

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

[...]“

§ 6 Abs 1 Z 1 KSchG, BGBl. Nr. 140/1979 idF BGBl. I Nr. 58/2018, lautet wie folgt:

„[...]

Für den Verbraucher sind besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen

1. sich der Unternehmer eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist ausbedingt, während deren er einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann oder während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist;

[...]“

Art 1 Abs 1 und 2 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG, BGBl I 2008/87 idF 2018/61, lautet wie folgt:

„(1) Die Verwaltungsverfahrensgesetze (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG und Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG) regeln das Verfahren der nachstehend bezeichneten Verwaltungsorgane, soweit sie behördliche Aufgaben besorgen und im Folgenden nicht anderes bestimmt ist.

(2) Von den Verwaltungsverfahrensgesetzen sind anzuwenden:

1. das AVG auf das behördliche Verfahren der Verwaltungsbehörden;

2. *das VStG auf das Strafverfahren der Verwaltungsbehörden mit Ausnahme der Finanzstrafbehörden des Bundes;*
3. *das VVG auf das Vollstreckungsverfahren der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung, der Organe der Städte mit eigenem Statut und der Landespolizeidirektionen.“*

4.3 Widerspruchsrecht und Prüfungskriterien nach § 25 TKG 2003

Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dazugehörigen Entgeltbestimmungen festzulegen sind. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen (§ 25 Abs 1 TKG 2003). Nach § 25 Abs 2 TKG 2003 sind auch Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen vor deren Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.

Die Telekom-Control-Kommission kann den gemäß § 25 Abs 1 und 2 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen innerhalb von acht Wochen bei Nichtübereinstimmung mit dem TKG 2003 oder auf Grund des TKG 2003 erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG oder Art 4 der Verordnung (EU) 2015/2120 gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 widersprechen.

Die Prüfung hat ergeben, dass die in Spruchpunkt genannte Klausel bzw der Klauselteil der Entgeltbestimmungen „allnet superflat at BK“ nicht den Kriterien des Prüfungsmaßstabes (§ 25 Abs 6 TKG 2003) entspricht.

Hinsichtlich der Klausel bzw des Klauselteils „*Kundenservice (Mo.-Fr. 08.30-18.00 Uhr): 0820 / 901 3921 - Zum lokalen Ortstarif Festnetz; Mobilfunkpreise können abweichen*“ ist auszuführen, dass hier ein Verstoß gegen § 6b KSchG vorliegen könnte. Nachdem § 6b KSchG nicht Teil des Prüfungsmaßstabes nach § 26 Abs 6 TKG 2003 ist, kann einer Verwendung dieser Klausel bzw dieses Klauselteils durch die Telekom-Control-Kommission im vorliegenden Verfahren nicht widersprochen werden.

4.4 Zum Widerspruch gegen die Klausel bzw den Klauselteil „24 Monate Mindestvertragslaufzeit“

Der österreichische Gesetzgeber stellt mit § 25d TKG 2003 für Verbraucher sicher, dass keine Verträge, die eine anfängliche Mindestlaufzeit von mehr als 24 Monaten beinhalten, geschlossen werden können. Die Frage, ob eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten in jedem Fall angemessen ist, wird durch § 25d TKG 2003 nicht geregelt. Insoweit ist dem Vorbringen der primacall zuzustimmen.

Entgegen der Rechtsansicht von primacall, wonach die vor Inkrafttreten des § 25d Abs 1 TKG 2003 ergangenen Entscheidungen des OGH betreffend die sachliche Rechtfertigung einer langen Vertragsbindung nicht mehr einschlägig seien, führt der Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen zu § 25d Abs 1 TKG 2003 unter anderem Folgendes aus: „*Zu berücksichtigen ist auch die bisherige Judikatur des OGH zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei langen Vertragsbindungen im Sinne einer beidseitigen Interessensabwägung (siehe OGH 30.05.2006 3 Ob 121/06z, OGH 20.03.2007 4 Ob 227/06w, OGH 10.06.2008 4 Ob 91/08y).*“

Der Gesetzgeber hat mit der Bestimmung § 25d TKG 2003 eine maximale Obergrenze für die anfängliche Mindestvertragsdauer mit Verbrauchern eingeführt. Vor der Einführung dieser Regelung wäre es für Betreiber von Telekommunikationsdiensten auf Grund der Regelung des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG bzw § 879 Abs 3 ABGB auch möglich gewesen, eine (wesentlich) längere anfängliche Mindestvertragsdauer als 24 Monate mit dem Teilnehmer zu vereinbaren, wie auch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 30.05.2006 zu 3 Ob 121/06z im Zusammenhang mit einer zehnjährigen Mindestvertragsdauer bei der Miete einer Telefonanlage zeigt. Durch § 25d TKG 2003 wurde eine maximale Obergrenze eingezogen, wie auch aus den Erläuternden Bemerkungen zu § 25d TKG 2003 hervorgeht. Der Gesetzgeber bringt – entgegen der Ansicht von primacall – mit diesen Ausführungen zum Ausdruck, dass auch eine Vertragsbedingung von 24 Monaten nicht ohne weiteres möglich sein soll, sondern nur dann, wenn im Sinne einer beiderseitigen Interessenabwägung die Vertragsbindung angemessen ist, wie zum Beispiel eine Vertragsbindung im Mobilfunkbereich von 24 Monaten bei Inanspruchnahme eines „gestützten Endgerätes“.

Der Oberste Gerichtshof hatte sich mit der Frage der Mindestvertragsdauer im Mobilfunkbereich im Rahmen des bereits genannten Verfahrens vom 10.06.2008 zu 4 Ob 91/08y beschäftigt und hat die Wirksamkeit der Mindestvertragsdauer von 24 Monaten im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme eines gestützten Endgerätes bestätigt. Bis zur Entscheidung 9 Ob 69/11d lag zur Frage, ob auch günstigere monatliche Entgelte eine längere Vertragsbindung rechtfertigen können, keine Judikatur des Obersten Gerichtshofes vor.

In der Entscheidung vom 10.06.2008 zu 4 Ob 91/08y prüfte der Oberste Gerichtshof, ob die im Anmeldeformular eines Mobilfunkbetreibers vorgesehene Bindungsfrist von 24 Monaten im Zusammenhang mit dem Erwerb eines preisgestützten Endgerätes gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG jedenfalls unverbindlich ist. Die zu beurteilende Klausel lautete wie folgt: *„24 Monate Mindestvertragsdauer im Zusammenhang mit dem Erwerb eines preisgestützten Endgerätes.“* Der Oberste Gerichtshof bestätigte die Wirksamkeit dieser Klausel und führte aus, dass der Teilnehmer die Möglichkeit hätte, auch einen Vertrag ohne Mindestvertragsdauer abzuschließen, wenn er ein Endgerät ohne Subvention erwerben würde. Entgegen der Rechtsansicht von primacall ergibt sich aus der Entscheidung, dass eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten daher einen zusätzlichen Rabatt (preisgestütztes Endgerät) erfordern würde. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten ohne Rabatt rechtlich nicht zulässig ist.

In der früheren Entscheidung vom 30.05.2006 zu 3 Ob 121/06z hat sich der Oberste Gerichtshof mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Mindestvertragsdauer von zehn Jahren bei der Miete einer Telefonanlage angemessen ist. Aus dieser Entscheidung war allgemein abzuleiten, dass eine längere Bindungsdauer auch gegenüber Verbrauchern zulässig ist, wenn der Unternehmer sein unternehmerisches Risiko durch sachgerechte Kalkulation rechtfertigen kann, zumal ihm auch ein angemessener Gewinn ermöglicht werden muss. Daher hat der Oberste Gerichtshof die Mindestvertragsdauer von zehn Jahren als wirksam beurteilt. Entgegen der Rechtsansicht von primacall ist daraus nicht abzuleiten, dass eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten ohne zusätzliche Vorteil zulässig ist. Insbesondere wurde die Bestimmung des § 25d Abs 1 TKG 2003 erst nach dieser OGH Entscheidung im Telekommunikationsgesetz eingefügt und so eine maximale Obergrenze für die anfängliche Mindestvertragsdauer mit Verbrauchern geschaffen.

In der Entscheidung vom 29.05.2012 zu 9 Ob 69/11d hat der Obersten Gerichtshof die Vertragsbedingungen von einem Fitness-Club beurteilt. Der Fitness-Club bot in den Vertragsbedingungen den Mietgliedern die Möglichkeit an, Verträge mit einer

Mindestvertragsdauer von 12, 24 bzw 36 Monaten abzuschließen. Je nach gewählter Mindestvertragsdauer wurden gestaffelte monatliche Grundentgelte vorgesehen: € 90 (bei 12 Monaten), € 80 (bei 24 Monaten) und € 75 (bei 36 Monaten).

Der Oberste Gerichtshof beschäftigte sich zunächst mit der Frage, ob § 15 KSchG auf den zu beurteilenden Trainingsvertrag zu Anwendung kommt und hat diese verneint. Die Anwendbarkeit des § 15 KSchG ist auch bereits für den Mobilfunkvertrag vom Obersten Gerichtshof verneint worden. Da die Unzulässigkeit der Mindestvertragsdauer von 24 bzw 36 Monaten nicht aus § 15 KSchG ableitbar war, prüfte der Oberste Gerichtshof weiter, ob die Mindestvertragsdauer gegen § 6 Abs 1 Z 1 KSchG verstößt: Zum Argument, dass dem Kunden die Möglichkeit der Tarifwahl offen stehe und die Kalkulation eines niedrigeren Monatsbeitrages angesichts der erheblichen Investitionen nur bei einer Mindestlaufzeit des Vertrages von (zwei bzw) drei Jahren möglich wäre, hielt der Oberste Gerichtshof fest, dass auch unter Berücksichtigung der günstigeren Tarife bei längerer Vertragsbindung im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung es im vorliegenden Fall an einer sachlichen Rechtfertigung der Bindungsfrist von 24 bzw 36 Monaten mangeln würde.

Zusammengefasst kommt der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 29.05.2012 zu 9 Ob 69/11d zum Ergebnis, dass der Kunde im Fall der Vereinbarung eines Kündigungsverzichtes lediglich den Vorteil eines niedrigeren Monatsbeitrages genieße. Dem stehe der Umstand gegenüber, dass der Kunde ohne Möglichkeit eines vorzeitigen Auflösungsrechtes aus wichtigem Grund an den Vertrag für die gesamte Dauer des vereinbarten Kündigungsverzichtes gebunden sei und Mitgliedsbeiträge auch für einen Zeitraum zu bezahlen habe, in denen er Leistungen aus wichtigen, in seiner Person liegenden Gründen nicht in Anspruch nehmen könne.

Vor diesem Hintergrund ist nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes davon auszugehen, dass die Vereinbarung eines Kündigungsverzichts von 24 bzw 36 Monaten als unangemessen lang iSd § 6 Abs 1 Z 1 KSchG anzusehen ist und auch nicht durch die von der Beklagten behaupteten wirtschaftlichen Investitionen sachlich gerechtfertigt sein kann. Dies widerspricht somit klar der Argumentation von primacall, welche darauf verweist, dass die 24-monatige Mindestvertragsdauer ohne Vergünstigung deshalb gerechtfertigt sei, weil (1) eine Vertragsbindung über einen Zeitraum von zwei Jahren wirtschaftlich für den Telekomanbieter (im Verhältnis zum Kunden) das größere Risiko sei und weil (2) gerade die aktuelle wirtschaftliche Situation, wie die Preiserhöhungen im Rohstoffsektor und insbesondere der Chipmangel (Erhöhung der Hardwarekosten) dies belegten. primacall ist diesbezüglich auch entgegenzuhalten, dass der Betreiber ja die Möglichkeit der nicht ausschließlich begünstigenden Änderung hat. Die vorangehenden Ausführungen des Obersten Gerichtshofes sind auch auf Telekommunikationsverträge anwendbar, wenn der Kunde im Falle der Vereinbarung eines Kündigungsverzichtes keine dem Erwerb eines gestützten Endgerätes vergleichbare Leistung bekommt. Eine außerordentliche Kündigung aus Gründen, die in der Sphäre des Teilnehmers liegen (zB Übersiedlung), ist auch im Telekommunikationsbereich nicht möglich. Ebenso besteht auch bei Mobilfunkverträgen nicht die Möglichkeit für Teilnehmer, aus Gründen, die ausschließlich in ihrer Person liegen, den Vertrag vor Ablauf der Mindestvertragsdauer außerordentlich kündigen zu können.

Weiters hat der Teilnehmer, wenn der Betreiber das qualifizierte Mahnverfahren nach § 70 TKG 2003 (Mahnung und Setzung einer Nachfrist von zwei Wochen) durchgeführt hat und in weiterer Folge den Teilnehmer kündigt, alle bis zum Ende der Mindestvertragsdauer offenen Restentgelte auf einmal zu bezahlen.

Entgegen der Rechtsansicht von primacall kann daher – ohne die Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils als Ausgleich – nicht wirksam eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten mit dem Teilnehmer vereinbart werden (OGH aaO ua; VwGH 2012/03/0149 vom 28.02.2014; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 6 Rz 11b; siehe auch Widerspruchsbescheid der TKK vom 3.09.2012 zu G 133/12).

Bei den Entgeltbestimmungen „allnet superflat at BK“ fehlen Informationen, welche Vergünstigung Endnutzer für das Eingehen eines Vertrages mit einer Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten bekommen. Es findet sich die Information „keine Bereitstellungskosten“ in den Entgeltbestimmungen, jedoch ist diese Bestimmung auch in Entgeltbestimmungen zu finden, die eine Vertragsdauer von 12 Monaten haben. Aus den vorliegenden Entgeltbestimmungen geht auch kein anderer Vorteil hervor, der dem Teilnehmer für eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten gewährt werden würde. Im Sinne der kundenfeindlichsten Auslegung der gegenständlichen Klausel „24 Monate Mindestvertragslaufzeit“ gilt die Mindestvertragsdauer in jedem Fall.

Die Klausel bzw der Klauselteil „24 Monate Mindestvertragslaufzeit“ der am 09.04.2021 angezeigten Entgeltbestimmungen „allnet superflat at BK“, in der letztmaligen Version der Änderung vom 25.05.2021, verstößt daher gegen § 879 Abs 3 ABGB bzw § 6 Abs 1 Z 1 KSchG. Daher war spruchgemäß zu entscheiden und die Verwendung dieser Klausel im Geschäftsverkehr zu untersagen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 31. Mai 2021

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende