

# TE OGH 2003/7/4 29Kt107/03-41

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.07.2003

## Kopf

Antragstellerin: W\*\*\*\*\*

8\*\*\*\*\*, J\*\*\*\*\*

vertreten durch: RA Dr. M\*\*\*\*\*

1\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\*

Antragsgegnerin: T\*\*\*\*\*

1\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\*

vertreten durch: RA Dr. C\*\*\*\*\*

C\*\*\*\*\*

P\*\*\*\*\*

1\*\*\*\*\*, P\*\*\*\*\*

wegen: Untersagung des Missbrauchs einer

marktbeherrschenden Stellung nach § 35 KartG marktbeherrschenden Stellung nach Paragraph 35, KartG

## Spruch

1) Die Anträge der Antragstellerin, das Oberlandesgericht Wien als (römisch eins) Die Anträge der Antragstellerin, das Oberlandesgericht Wien als

Kartellgericht möge aussprechen:

1. der Antragsgegnerin werde zur Beseitigung des Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung verboten, Telefonanschlüsse zu sperren und/ oder die dieser Nutzung zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisse vorzeitig aufzulösen, wenn sich die für diese Maßnahmen herangezogenen Gründe entweder auf rechtsgeschäftlichen Bedingungen, deren Geltung durch Bescheid der Telekom-Control-Kommission ausdrücklich untersagt ist, wie etwa die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ursprünglich in den letzten 3 Sätzen des § 23 Abs 1 Z 8 vorgesehenen Bestimmungen über die angeblich widmungswidrige Verwendung von Endkundenschnittstellen oder auf eine nach der Einschätzung der Antragsgegnerin zu umfängliche gewerbliche Nutzung der Anschlüsse stützen, obwohl Gesprächsobergrenzen nicht vereinbart wurden; 1. der Antragsgegnerin werde zur Beseitigung des Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung verboten, Telefonanschlüsse zu sperren und/ oder die dieser Nutzung zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisse vorzeitig aufzulösen, wenn sich die für diese Maßnahmen herangezogenen Gründe entweder auf rechtsgeschäftlichen Bedingungen, deren Geltung durch Bescheid der Telekom-Control-Kommission ausdrücklich untersagt ist, wie etwa die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ursprünglich in den letzten 3

Sätzen des Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 8, vorgesehenen Bestimmungen über die angeblich widmungswidrige Verwendung von Endkundenschnittstellen oder auf eine nach der Einschätzung der Antragsgegnerin zu umfängliche gewerbliche Nutzung der Anschlüsse stützen, obwohl Gesprächsobergrenzen nicht vereinbart wurden;

2. der Antragsgegnerin werde weiters untersagt, ihren Kunden die Anwendung vereinbarter Rabattprogramme vorzuenthalten, wenn die Vertragsauflösung auf der Seite der Antragsgegnerin rechtswidrig erfolgt ist;

3. der Antragsgegnerin werde die Befugnis zur Veröffentlichung der Entscheidung im angemessenen Umfang auf Kosten der Antragsgegnerin zugesprochen, wobei als in Frage kommende Medien ORF 1 + 2 vor der ZIB um 19:30, ORF Ö3 vor 12:00, NEWS, Kronenzeitung und Wirtschaftsblatt auf einer der ersten zehn Seiten vorgeschlagen werden;

4. die Antragsgegnerin werde (im Falle einer Bestreitung der erhobenen Ansprüche) zum Kostenersatz zugunsten der Antragstellerin verurteilt,

werden abgewiesen.

II) Der Antragsgegnerin wird aufgetragen, ab sofort die von ihr gesperrten ISDN-Anschlüsse der Antragstellerin mit den Nummern 0\*\*\*\*\* 8\*\*\*\*\* und 0\*\*\*\*\* 8\*\*\*\*\* wieder zu aktivieren. römisch II) Der Antragsgegnerin wird aufgetragen, ab sofort die von ihr gesperrten ISDN-Anschlüsse der Antragstellerin mit den Nummern 0\*\*\*\*\* 8\*\*\*\*\* und 0\*\*\*\*\* 8\*\*\*\*\* wieder zu aktivieren.

Begründung:

### **Text**

Die Antragstellerin beantragte wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte dazu im Wesentlichen vor, sie habe mit der marktbeherrschenden Antragsgegnerin Mitte des Jahres 2002 einen Vertrag über die Herstellung und den Betrieb von acht ISDN-Multianschlüssen mit einer Bindungsdauer von zwei Jahren auf Basis des Tarifmodells TIK-TAK Business abgeschlossen. Die ISDN-Multianschlüsse seien in der Folge von der Antragstellerin zur Herstellung von Telefongesprächen mit ausländischen Mobiltelefonanschlüssen zu den Konditionen des TIK-TAK Businessstarifs genutzt worden. Mit Schreiben vom 20. November 2002 habe die Antragsgegnerin das zwischen ihr und der Antragstellerin bestehende Vertragsverhältnis mit der unzutreffenden Begründung vorzeitig gelöst, die Antragstellerin habe die zur Verfügung gestellten Leitungen ohne Zustimmung der Antragsgegnerin gewerblich genutzt und es sei das Telekommunikationsnetz der Antragsgegnerin durch die einseitige Nutzung der Multianschlüsse überlastet worden.

Die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Kündigungsgründe seien unberechtigt gewesen, weil es der Antragsgegnerin schon bei der Montage der Multianschlüsse hätte klar sein müssen, dass die Leitungen zur gewerblichen Nutzung bestimmt waren. Die Antragstellerin habe nämlich im Haus \*\*\*\*\* Wien, N\*\*\*\*\*, wo die Multianschlüsse von Gehilfen der Antragsgegnerin montiert worden seien, keine eigene Geschäftsstelle, sondern lediglich eine Telefonstation betrieben. Unabhängig davon verstoße jene Bestimmung des Einzelvertrages, wonach der Antragstellerin die gewerbliche Nutzung der Leitungen ohne die vorherige Zustimmung der Antragsgegnerin untersagt sei, gegen das in § 34 Abs 1 TKG normierte Diskriminierungsverbot, weshalb der geltend gemachte Kündigungsgrund nicht stichhaltig sei. Diese Rechtsauffassung habe letztlich auch die Telekom Control Kommission (im Folgenden „TKK“) im Bescheidverfahren G \*\*\*\*\* geteilt, wo sie der Antragsgegnerin die Aufnahme einer Wiederverkaufsverbotsklausel in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden „AGB“) untersagt habe. Diese rechtlichen Erwägungen ließen sich direkt auf die Situation bei Einzelverträgen umlegen. Die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Kündigungsgründe seien unberechtigt gewesen, weil es der Antragsgegnerin schon bei der Montage der Multianschlüsse hätte klar sein müssen, dass die Leitungen zur gewerblichen Nutzung bestimmt waren. Die Antragstellerin habe nämlich im Haus \*\*\*\*\* Wien, N\*\*\*\*\*, wo die Multianschlüsse von Gehilfen der Antragsgegnerin montiert worden seien, keine eigene Geschäftsstelle, sondern lediglich eine Telefonstation betrieben. Unabhängig davon verstoße jene Bestimmung des Einzelvertrages, wonach der Antragstellerin die gewerbliche Nutzung der Leitungen ohne die vorherige Zustimmung der Antragsgegnerin untersagt sei, gegen das in Paragraph 34, Absatz eins, TKG normierte Diskriminierungsverbot, weshalb der geltend gemachte Kündigungsgrund nicht stichhaltig sei. Diese Rechtsauffassung habe letztlich auch die Telekom Control Kommission (im Folgenden „TKK“) im Bescheidverfahren G \*\*\*\*\* geteilt, wo sie der Antragsgegnerin die Aufnahme einer Wiederverkaufsverbotsklausel in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden „AGB“) untersagt habe. Diese rechtlichen Erwägungen ließen sich direkt auf die Situation bei Einzelverträgen umlegen.

Auch die von der Antragsgegnerin zur Untermauerung der Vertragsauflösung angezogenen technischen Schwierigkeiten seien unzutreffend oder doch zumindest selbstverschuldet. Aus dem im Rabattprogramm in Aussicht gestellten Umsatzrabatt sei zwingend abzuleiten, dass die Antragsgegnerin mit einem derart hohen Gesprächsaufkommen rechnet, weil es ja ansonsten nicht notwendig gewesen wäre, derartige Umsatzstufen vorzusehen. Ebenso wenig habe die Antragsgegnerin irgendwelche Gesprächsobergrenzen festgelegt oder ein bestimmtes Nutzungsprofil mit der Antragstellerin vereinbart.

In den der außerordentlichen Kündigung nachfolgenden Vergleichsverhandlungen habe die Antragstellerin ihren Standpunkt der Antragsgegnerin gegenüber erläutert. Diese sei aber weder zur unveränderten Fortsetzung des bestehenden Vertragsverhältnisses noch zur Auszahlung der bereits angefallenen Rabatte bereit gewesen. Dadurch habe die Antragsgegnerin ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht.

Ferner habe die Antragsgegnerin ihr Verhalten, Verträge nur unter Aufnahme einer Wiederverkaufsverbotsklausel abzuschließen, bisher nicht aufgegeben, weshalb die Antragsgegnerin auch deshalb ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich der Festnetztelefonie missbrauche.

Die Antragsgegnerin bestritt das Vorbringen der Antragstellerin, beantragte die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin und wendete ein, dass es kurz nach Herstellung der mit der Antragstellerin vereinbarten ISDN-Multianschlüsse an der Adresse \*\*\*\*\* Wien, N\*\*\*\*\*, zu explodierenden Verkehrsströmen gekommen wäre, die zu einer Beeinträchtigung der Funktionstüchtigkeit des Festnetzes der Antragsgegnerin geführt hätten. Die Antragsgegnerin habe daraufhin eine Aufstockung der technischen Anlagen in der Ortsvermittlungsstelle A\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* Wien, um € 40.696,- vorgenommen, was aber zu keiner Verbesserung der Situation geführt habe, weil sich der Gesprächsverkehr mit der ausgeweiteten Kapazität erweitert habe.

Nachforschungen und Analysen der Verkehrsströme hätten ergeben, dass die Antragstellerin vereinbarungswidrig Verkehr, der nicht vom Anschluss der Antragstellerin, sondern von nationalen und internationalen Betreibern generiert worden sei, in das Netz der Antragsgegnerin "geschleust" habe, was die Netzintegrität an der Ortsvermittlungsstelle A\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* Wien, massiv

beeinträchtigt habe. Durch diese überproportionale Auslastung der Vermittlungsstelle wären sämtliche Bündel für die Durchleitung anderer Telefonate besetzt gewesen. Die Anschlüsse der Antragstellerin wären zwar beidseitig eingerichtet worden, diese seien von der Antragstellerin aber nur aktiv, und zwar in Richtung mobiler Destinationen in die Schweiz, genutzt worden. Die Antragstellerin habe vertragswidrig keinen Endkundenverkehr, und auch keinen reinen Wiederverkauf, von Telefondienstleistungen betrieben, sondern Betreiberverkehr durch das Netz der Antragsgegnerin geschleust.

Ein Endkunde, sei dies ein Privatkunde, ein großes Unternehmen oder ein Wiederverkäufer, würden ein monatliches Verkehrsaufkommen von höchstens 50.000 Minuten pro Monat und Anschluss generieren. Zudem würde von diesem Gesprächsverkehr höchstens 30 % zu mobilen Destinationen führen. Demgegenüber sei der von der Antragstellerin im November 2002 durchgeleitete Gesprächsverkehr bei 270.000 Minuten gelegen und habe beinahe ausschließlich mobile Destinationen in der Schweiz betroffen, was ebenfalls die vertragswidrige Durchleitung von Betreiberverkehr belege.

Die der Antragstellerin zur Verfügung gestellten ISDN-Anschlüsse seien technisch nicht für die von der Antragstellerin generierten Verkehrsvolumina ausgerichtet und daher für solche Arten von Verkehr ungeeignet. Der Betreiberverkehr werde nicht über ISDN-Multianschlüsse, sondern über die preislich viel höher liegenden 2 Mbit/s-Systeme geführt, die weitaus größere Mengen von Gesprächsverkehr komplikationslos abwickeln könnten.

Auch bei wirtschaftlicher Betrachtung sei dieses missbräuchliche Telefonieverhalten der Antragstellerin für die Antragsgegnerin unerträglich gewesen. Die von der Antragstellerin für ihre Verbindungen zu leistenden Entgelte seien nach dem TIK-TAK Businessstarif berechnet worden, welcher auf einem Mischsatz beruhe, dem das tatsächliche Gesprächsverhalten eines "normalen" Geschäftskunden zugrunde liege. Die von der Antragsgegnerin nach den internationalen Zusammenschaltungsverträgen mit Schweizer Mobiltelefoniebetreibern zu leistenden "Terminierungsentgelte", in deren Netz die von der Antragstellerin durch das Netz der Antragsgegnerin durchgeleiteten Anrufe terminierten, wären - selbst ohne Berücksichtigung von Rabattierungen - deutlich über dem Entgelt nach dem TIK-TAK Businessstarif gelegen.

Die Vorgehensweise der Antragstellerin sei daher nicht nur eine Umgehung der bestimmungsgemäßen Verwendung der von der Antragsgegnerin angebotenen Produkte, sondern stelle im Hinblick auf § 3 Z 14 TKG eine unzulässige (weil konzessionslose) Vermarktung von öffentlichen Telekommunikationsdiensten dar. Darüber hinaus habe die Antragstellerin durch ihr Verhalten ihre vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt und das Vertragsverhältnis arglistig herbeigeführt. Die Antragsgegnerin hätte bei Kenntnis der wahren Geschäftstätigkeit der Antragstellerin keinen derartigen (Retail-)Vertrag mit der Antragstellerin abgeschlossen. Die Vorgehensweise der Antragstellerin sei daher nicht nur eine Umgehung der bestimmungsgemäßen Verwendung der von der Antragsgegnerin angebotenen Produkte, sondern stelle im Hinblick auf Paragraph 3, Ziffer 14, TKG eine unzulässige (weil konzessionslose) Vermarktung von öffentlichen Telekommunikationsdiensten dar. Darüber hinaus habe die Antragstellerin durch ihr Verhalten ihre vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt und das Vertragsverhältnis arglistig herbeigeführt. Die Antragsgegnerin hätte bei Kenntnis der wahren Geschäftstätigkeit der Antragstellerin keinen derartigen (Retail-)Vertrag mit der Antragstellerin abgeschlossen.

Die außerordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses sei daher wegen der Täuschung bzw Nichtaufklärung über die wahre Geschäftstätigkeit der Antragstellerin und zur Vermeidung weiterer Komplikationen in der Abwicklung von Gesprächen anderer Kunden der Antragsgegnerin ausgesprochen worden. Dabei sei die Antragsgegnerin im Einklang mit § 26 Abs 1, Abs 2 iVm § 23 Abs 1 der AGB Telefon (Beil ./7) vorgegangen, wonach schon jeder begründete Verdacht eines Missbrauchs zur außerordentlichen Kündigung berechtigen würde. Darüber hinaus sei die Antragstellerin im Zeitpunkt der Kündigung mit Gesprächsgebühren in Höhe von über € 500.000,-- im Rückstand gewesen. Auch deshalb hätte die Antragsgegnerin die Erbringung weiterer Leistungen nach § 1052 ABGB verweigern oder sogar die außerordentliche Kündigung aussprechen können. Die außerordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses sei daher wegen der Täuschung bzw Nichtaufklärung über die wahre Geschäftstätigkeit der Antragstellerin und zur Vermeidung weiterer Komplikationen in der Abwicklung von Gesprächen anderer Kunden der Antragsgegnerin ausgesprochen worden. Dabei sei die Antragsgegnerin im Einklang mit Paragraph 26, Absatz eins,, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 23, Absatz eins, der AGB Telefon (Beil ./7) vorgegangen, wonach schon jeder begründete Verdacht eines Missbrauchs zur außerordentlichen Kündigung berechtigen würde. Darüber hinaus sei die Antragstellerin im Zeitpunkt der Kündigung mit Gesprächsgebühren in Höhe von über € 500.000,-- im Rückstand gewesen. Auch deshalb hätte die Antragsgegnerin die Erbringung weiterer Leistungen nach Paragraph 1052, ABGB verweigern oder sogar die außerordentliche Kündigung aussprechen können.

Auch nach Kündigung des Vertragsverhältnisses habe die Antragsgegnerin die ISDN-Multianschlüsse nicht unmittelbar nach Ablauf der in den AGB für die Sperre von Telefonanschlüssen einzuhaltende 6-Tagesfrist abgeschaltet, sondern habe eine einvernehmliche Einigung mit der Antragstellerin angestrebt. Insbesondere habe die Antragsgegnerin den Abschluss einer Zusammenschaltungsvereinbarung angeboten, was aber von der Antragstellerin abgelehnt worden sei. Die von der Antragstellerin eingeforderten Rabatte seien ihr schon nach dem Wortlaut der von der TKG genehmigten Rabattbestimmungen nicht zugestanden. Rabatte würden danach nämlich lediglich Endkunden, nicht jedoch Wiederverkäufern oder gar Betreibern zustehen. Aus diesen Gründen sei die außerordentliche Kündigung zu Recht erfolgt, sodass darin auch kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin zu sehen sei.

Zum Vorwurf der missbräuchlichen Verwendung von Wiederverkaufsverbotsklauseln bei Vertragsabschlüssen mit Dritten brachte die Antragsgegnerin im Wesentlichen vor, dass die Vertragsklausel "Die angebotenen Netzdienstleistungen dürfen ohne schriftliche Zustimmung der Telekom Austria AG vom Kunden nicht gewerblich weitervertrieben werden" keine Wiederverkaufsverbotsklausel enthalte, weshalb die im Bescheid G 8/02-9 von der TKG angestellten Überlegungen nicht direkt auf die einzelvertragliche Regelung umlegbar seien. Es sei vielmehr offensichtlich, dass diese Klausel lediglich dazu diene, der Antragstellerin die aus technischen Gründen erforderlichen Informationen über die Geschäftstätigkeit ihrer Kunden zu verschaffen. Die Antragsgegnerin habe mehrere hundert Verträge (ohne die einschlägige Vertragsklausel) mit Wiederverkäufern abgeschlossen, woraus ersichtlich sei, dass die Antragsgegnerin nie die Absicht gehabt habe, Wiederverkauf zu verhindern, sondern durch die gegenständliche Klausel lediglich sicherstellen wollte, dass der Vertragspartner die Leistungen der Antragsgegnerin nicht missbrauche und dadurch das Netz, die Endkunden und andere Betreiber beeinträchtigt würden.

Darüber hinaus bestehe keine Verpflichtung, Full Service Provider und Endkunden gleich zu behandeln. Nach § 35 Abs 1 Z 3 KartG habe die Antragstellerin nur alle Wiederverkäufer, nicht aber Wiederverkäufer und Endverbraucher gleich

zu behandeln. Schließlich liege auch kein Verstoß gegen § 34 TKG vor, weil hiernach keine Verpflichtung bestehe, ihren Wettbewerbern (Alternativen Netzbetreibern) unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen nach den TIK-TAK Businessstarifen, die hinsichtlich des Anforderungsprofils nur für Endverbraucher konzipiert sind, Leistungen anzubieten. Dementsprechend sei das Rabattprogramm, welches von der TKK mit Bescheid G 21/98-6 genehmigt worden sei, nicht auf Wiederverkäufer anwendbar. Darüber hinaus bestehe keine Verpflichtung, Full Service Provider und Endkunden gleich zu behandeln. Nach Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 3, KartG habe die Antragstellerin nur alle Wiederverkäufer, nicht aber Wiederverkäufer und Endverbraucher gleich zu behandeln. Schließlich liege auch kein Verstoß gegen Paragraph 34, TKG vor, weil hiernach keine Verpflichtung bestehe, ihren Wettbewerbern (Alternativen Netzbetreibern) unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen nach den TIK-TAK Businessstarifen, die hinsichtlich des Anforderungsprofils nur für Endverbraucher konzipiert sind, Leistungen anzubieten. Dementsprechend sei das Rabattprogramm, welches von der TKK mit Bescheid G 21/98-6 genehmigt worden sei, nicht auf Wiederverkäufer anwendbar.

Für die von der Antragstellerin begehrte Urteilsveröffentlichung fehle es schon an einem berechtigten Interesse. Die Antragstellerin sei für dieses Begehren beweispflichtig. Ferner entbehre der Antrag jeglicher Begründung. Hinsichtlich der begehrten Kostenentscheidung wendete die Antragsgegnerin ein, dass die gegenständliche Rechtsverteidigung keinesfalls als mutwillig angesehen werden könne.

Gegen den von der Antragsgegnerin erhobenen Vorwurf des Zahlungsverzugs brachte die Antragstellerin vor, sie habe die Zahlungen erst nach der rechtsmissbräuchlichen Vertragsauflösung gestoppt. Gleichzeitig habe sie die Aufrechnung mit Schadenersatzforderungen erklärt. Ungeachtet dessen habe die Antragstellerin in Erwartung einer Revidierung der angedrohten Abschaltung durch die Antragsgegnerin sogar noch nach der Vertragsauflösungserklärung ein Akonto in Höhe von € 150.000,-

geleistet, weshalb Rückstände in der Bezahlung von Gesprächsgebühren als Auflösungsgrund ausscheiden würden.

Die Antragstellerin brachte in der Verhandlung vom 5.5.2003 sowie in der Äußerung vom 04.06.2003 noch ergänzend vor, dass die Antragsgegnerin die ISDN Festnetzanschlüsse der Antragstellerin in Graz, und zwar (\*\*\*\*\*) \*\*\*\*\* und (\*\*\*\*\*) \*\*\*\*\* gesperrt habe, obwohl aus diesem Vertragsverhältnis keine Zahlungsrückstände zu verzeichnen gewesen seien. Diese rechtswidrige Maßnahme habe darauf abgezielt, die Antragstellerin "in die Knie zu zwingen", sodass hierin ebenfalls ein Missbrauch zu sehen sei.

In der Folge räumte die Antragsgegnerin zwar ein, dass aus den Verträgen betreffend die Grazer Festnetzanschlüsse keine Zahlungsrückstände zu verzeichnen waren, wies aber darauf hin, dass sie nach § 23 Abs 1 Z 2 der AGB zur Sperre der Telefonleitungen berechtigt sei, wenn der Kunde wie im gegenständlichen Fall mit Zahlungsverpflichtungen aus dem Bereich der Telekommunikation gemäß den Bestimmungen des TKG nach erfolgloser Mahnung und Androhung einer Sperre und unter Setzung einer Nachfrist in der Dauer von mindestens zwei Wochen in Verzug sei. In der Folge räumte die Antragsgegnerin zwar ein, dass aus den Verträgen betreffend die Grazer Festnetzanschlüsse keine Zahlungsrückstände zu verzeichnen waren, wies aber darauf hin, dass sie nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 2, der AGB zur Sperre der Telefonleitungen berechtigt sei, wenn der Kunde wie im gegenständlichen Fall mit Zahlungsverpflichtungen aus dem Bereich der Telekommunikation gemäß den Bestimmungen des TKG nach erfolgloser Mahnung und Androhung einer Sperre und unter Setzung einer Nachfrist in der Dauer von mindestens zwei Wochen in Verzug sei.

Die Telekom-Control-Kommission (TKK) nahm mit Schreiben vom 14.4.2003 Stellung: Sie habe in der Tat mit Bescheid G 8/02-9 vom 9.9.2002 (sowie mit Bescheid G 20/00 vom 20.6.2000 betreffend die AGB für Mobiltelefonie) eine Textpassage der von der marktbeherrschenden Antragsgegnerin zur Genehmigung nach § 18 Abs 4 iVm § 111 Z 2 TKG vorgelegten AGB nicht genehmigt. Mit der untersagten AGB-Klausel sollte den Kunden der Antragsgegnerin untersagt werden, Endkundenschnittstellen für Vermittlungszwecke zu verwenden. Dieses Zustimmungserfordernis bzw die Möglichkeit einer Sperre von Telekommunikationsleistungen bei deren Wiederverkauf hätte zu einer Ungleichbehandlung von Vertragspartnern der Antragstellerin als marktbeherrschender Betreiberin bei identen Leistungen geführt. Hierdurch hätten Wiederverkäufer, die gleichzeitig Kunden der Antragsgegnerin seien, vom Markt verdrängt werden können. Dies sei mit § 34 Abs 1 TKG iVm mit Art 3 und Art 2 der Richtlinie 90/387/EWG idF der Richtlinie 97/51/EG, wonach es einem marktbeherrschenden Unternehmen verboten sei, einzelne Nutzer von Telekommunikationsdienstleistungen, zu denen nicht nur Erbringer von Telekommunikationsleistungen, sondern auch

potenzielle Vertragspartner gehörten, zu diskriminieren, nicht in Einklang zu bringen. Dies gelte nach Auffassung der TKK unabhängig davon, ob sie die Dienste selbst in Anspruch nehmen wollten oder nicht. Die Telekom-Control-Kommission (TKK) nahm mit Schreiben vom 14.4.2003 Stellung: Sie habe in der Tat mit Bescheid G 8/02-9 vom 9.9.2002 (sowie mit Bescheid G 20/00 vom 20.6.2000 betreffend die AGB für Mobiltelefonie) eine Textpassage der von der marktbeherrschenden Antragsgegnerin zur Genehmigung nach Paragraph 18, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 111, Ziffer 2, TKG vorgelegten AGB nicht genehmigt. Mit der untersagten AGB-Klausel sollte den Kunden der Antragsgegnerin untersagt werden, Endkundenschnittstellen für Vermittlungszwecke zu verwenden. Dieses Zustimmungserfordernis bzw die Möglichkeit einer Sperre von Telekommunikationsleistungen bei deren Wiederverkauf hätte zu einer Ungleichbehandlung von Vertragspartnern der Antragstellerin als marktbeherrschender Betreiberin bei identen Leistungen geführt. Hierdurch hätten Wiederverkäufer, die gleichzeitig Kunden der Antragsgegnerin seien, vom Markt verdrängt werden können. Dies sei mit Paragraph 34, Absatz eins, TKG in Verbindung mit mit Artikel 3 und Artikel 2, der Richtlinie 90/387/EWG in der Fassung der Richtlinie 97/51/EG, wonach es einem marktbeherrschenden Unternehmen verboten sei, einzelne Nutzer von Telekommunikationsdienstleistungen, zu denen nicht nur Erbringer von Telekommunikationsleistungen, sondern auch potenzielle Vertragspartner gehörten, zu diskriminieren, nicht in Einklang zu bringen. Dies gelte nach Auffassung der TKK unabhängig davon, ob sie die Dienste selbst in Anspruch nehmen wollten oder nicht.

Zur Frage, ob die Antragsgegnerin ihre marktbeherrschende Stellung iSd § 35 Abs 1 Z 3 KartG missbraucht habe, sei es nach Auffassung der TKK einerseits entscheidend, zu welchen Vertragsbedingungen die Antragstellerin und die Antragsgegnerin kontrahiert hätten und ob der Antragsgegnerin ein Recht zur fristlosen Auflösung des Vertrages nach dessen Inhalt überhaupt zustand, und andererseits, ob es sich bei den im Rahmen des Vertragsverhältnisses von der Antragstellerin zu erbringenden Leistungen um gleichwertige Leistungen iSv § 35 Abs 1 Z 3 KartG handelte. Zur Frage, ob die Antragsgegnerin ihre marktbeherrschende Stellung iSd Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 3, KartG missbraucht habe, sei es nach Auffassung der TKK einerseits entscheidend, zu welchen Vertragsbedingungen die Antragstellerin und die Antragsgegnerin kontrahiert hätten und ob der Antragsgegnerin ein Recht zur fristlosen Auflösung des Vertrages nach dessen Inhalt überhaupt zustand, und andererseits, ob es sich bei den im Rahmen des Vertragsverhältnisses von der Antragstellerin zu erbringenden Leistungen um gleichwertige Leistungen iSv Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 3, KartG handelte.

Ungeachtet allfälliger einzelvertraglicher Ergänzungen sehe die TKK

hauptsächlich in § 23 Abs 1 Z 8 AGB Telefon eine Rechtsgrundlage für eine Sperre der Multianschlüsse. Hiernach sei eine Sperre erlaubt, wenn der begründete Verdacht bestehe, dass der Kunde Telekommunikationsdienste oder damit in Zusammenhang stehende Leistungen, insbesondere in betrugsmäßiger Absicht, missbrauche oder den Missbrauch durch Dritte dulde. Nach der Spruchpraxis der TKK sei ein zustimmungsloser Wiederverkauf von Telekommunikationsdienstleistungen der Antragsgegnerin jedoch noch kein Missbrauch iSv § 23 Abs 1 Z 8 AGB Telefon. Aus einzelvertraglichen Ergänzungen der AGB könnten sich weitere Anhaltspunkte für die Ausfüllung des Begriffs "Missbrauch" ergeben. So könnte eine Regelung als zulässig angesehen werden, durch die zB bei Überschreiten eines bestimmten monatlichen Verkehrsvolumens die verpflichtende Erfüllung eines gewissen Nutzungsprofils festgelegt würde. Nach Auffassung der TKK sei es aber bemerkenswert, dass die Antragstellerin in für sie nachteilige Ergänzungen der AGB Telefon eingewilligt habe und nach Vertragsauflösung kein Streitschlichtungsverfahren nach § 66 TKG in Erwägung gezogen habe. hauptsächlich in Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 8, AGB Telefon eine Rechtsgrundlage für eine Sperre der Multianschlüsse. Hiernach sei eine Sperre erlaubt, wenn der begründete Verdacht bestehe, dass der Kunde Telekommunikationsdienste oder damit in Zusammenhang stehende Leistungen, insbesondere in betrugsmäßiger Absicht, missbrauche oder den Missbrauch durch Dritte dulde. Nach der Spruchpraxis der TKK sei ein zustimmungsloser Wiederverkauf von Telekommunikationsdienstleistungen der Antragsgegnerin jedoch noch kein Missbrauch iSv Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 8, AGB Telefon. Aus einzelvertraglichen Ergänzungen der AGB könnten sich weitere Anhaltspunkte für die Ausfüllung des Begriffs "Missbrauch" ergeben. So könnte eine Regelung als zulässig angesehen werden, durch die zB bei Überschreiten eines bestimmten monatlichen Verkehrsvolumens die verpflichtende Erfüllung eines gewissen Nutzungsprofils festgelegt würde. Nach Auffassung der TKK sei es aber bemerkenswert, dass die Antragstellerin in für sie nachteilige Ergänzungen der AGB Telefon eingewilligt habe und nach Vertragsauflösung kein Streitschlichtungsverfahren nach Paragraph 66, TKG in Erwägung gezogen habe.

Vorbehaltlich weiterer Sachverhaltsangaben gehe die TKK davon aus, dass die Antragstellerin Verkehr bei anderen Netzbetreibern "eingesammelt" habe und dann über die bei der Antragsgegnerin bestehenden TIK-TAK-Businesstarif Anschlüsse ausschließlich zu tarifbegünstigten ausländischen Mobiltelefonanschlüssen transportiert habe. Ein normaler Geschäftskunde, würde aber nicht ausschließlich Verbindungen zu Rufnummern ausländischer Mobilnetze herstellen. In Hinblick auf das "Einsammeln" von Gesprächsverkehr sei es fraglich, ob die Antragstellerin mit der von ihr ausgeübten Tätigkeit nicht den Rahmen eines reinen von ihr behaupteten Wiederverkaufs überschritten habe. Die TKK hege starke Zweifel, ob die von der Antragstellerin im vorliegenden Fall im Rahmen ihres Vertragsverhältnisses mit der Antragsgegnerin in Anspruch genommenen Verbindungsleistungen auf Grund der mit einer Inanspruchnahme dieser Leistungen mit hoher Wahrscheinlichkeit verbundenen Verluste noch als gleichwertige Leistungen anzusehen sind, die der Marktbeherrscher im Rahmen der ihn im Telekommunikations- bzw Kartellrecht treffenden Pflicht zur Nichtdiskriminierung zur Verfügung zu stellen habe.

Nach Durchführung des Erhebungsverfahrens (§ 2 Abs 2 Z 5 AußStrG), bestehend aus der Einsicht in die Urkunden Beilagen ./A bis./H, ./1 bis ./17 und ./I bis ./XI und Einvernahme von H\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* als Partei und I\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\*k, M\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\*, F\*\*\*\*\* und R\*\*\*\*\* als Zeugen steht folgender Sachverhalt fest: Nach Durchführung des Erhebungsverfahrens (Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 5, AußStrG), bestehend aus der Einsicht in die Urkunden Beilagen ./A bis./H, ./1 bis ./17 und ./I bis ./XI und Einvernahme von H\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* als Partei und I\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\*k, M\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\*, F\*\*\*\*\* und R\*\*\*\*\* als Zeugen steht folgender Sachverhalt fest:

Die Antragsgegnerin ist auf dem Markt der Festnetztelefonie marktbeherrschendes Unternehmen (Außerstreitstellung AS 203). Als marktbeherrschendes Unternehmen ist die Antragsgegnerin verpflichtet, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sowie die Entgeltbestimmungen der TKK zur Genehmigung vorzulegen. Die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen den Streitteilen gültigen AGB wurden mit Bescheid vom 29.06.1999, G 11/99-65 (Beil ./IX) und die Rabattbestimmungen mit Bescheid vom 14.01.1999, G 21/98-6 (Beil ./VIII) genehmigt.

Die Antragsgegnerin bietet im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit auf Grundlage der von der TKK genehmigten AGB ein nach Kundengruppen differenziertes Tarifsystem an. Speziell um Geschäftskunden wirbt die Antragsgegnerin mit dem Tarifmodell TIK-TAK Business, das aus Gründen der Vereinfachung die Verbindungsentgelte des TIK-TAK Business Tarifs in unterschiedliche Tarifzonen gliedert. Dabei unterscheidet das von der Antragsgegnerin angebotene Tarifschema nicht danach, ob der Anruf innerhalb des billigeren internationalen Festnetzes abgewickelt wird oder in das teurere internationale Mobiltelefonnetz geht. Dies rechnet sich für die Antragsgegnerin nur deshalb, weil sie auf Grundlage des typischen Telefonieverhaltens ihrer Kunden ("Call-mix") einen Mischtarif festsetzen kann, der im Ergebnis zu einem positiven Deckungsbeitrag für die Antragsgegnerin führt. Ein vom Kunden einzuhaltendes Nutzungsprofil sieht das Tarifmodell nicht vor.

Abgesehen davon bietet die Antragsgegnerin ihre Leistungen auch Wiederverkäufern an, die im Gegensatz zu gewöhnlichen Geschäftskunden die Telekommunikationsleistungen der Antragsgegnerin nicht selbst nutzen, sondern diese an Endverbraucher gegen Entgelt weiterverkaufen. Grundlage der Vertragsbedingungen mit Wiederverkäufern sind zwar ebenfalls die Bedingungen des TIK-TAK Businesstarif, allerdings sind diese von der Anwendung des Rabattprogramms ausgeschlossen (Beilage ./C). Laut Punkt 2 "Voraussetzungen" der Rabattbestimmungen finden diese nämlich auf den Wiederverkauf von Telekommunikationsdienstleistungen keine Anwendung.

Die Antragsgegnerin hat mehrere hundert Verträge mit Wiederverkäufern abgeschlossen. Diese Verträge enthalten keine Klausel, wonach die Netzdienstleistungen ohne Zustimmung der Antragsgegnerin nicht gewerblich weiter vertrieben werden dürfen (e.E. Altmann, Beil ./16).

Der geschäftliche Verkehr mit alternativen Telekombetreibern wird von der Antragsgegnerin nicht auf Basis ihrer AGB Telefon abgewickelt. Vielmehr gibt es hierfür die ebenfalls genehmigungspflichtigen Zusammenschaltungsvereinbarungen. Die auf Grundlage der Zusammenschaltungsvereinbarung zu bezahlenden Verbindungsentgelte liegen idR unter jenen von Endverbrauchern und Wiederverkäufern zu bezahlenden Gesprächsgebühren und werden nicht in Tarifzonen, sondern nach Destination, Festnetz- und Mobilnetz differenziert in Rechnung gestellt. Diesbezüglich existieren keine Rabattbestimmungen.

Mitte des Jahres 2002 trat die Antragstellerin an die Antragsgegnerin zwecks Herstellung von ISDN-Multianschlüssen heran. Auf diese Anfrage hin bot die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 9.7.2002 (Beilage ./B) die Herstellung von vier ISDN-Multianschlüssen mit der Option auf vier weitere ISDN-Multianschlüsse für eine Laufzeit von zumindest zwei

Jahren auf Basis des TIK-TAK Business Tarifs an. Das Anbotsschreiben enthielt mehrfach den Hinweis, dass die Antragsgegnerin nur auf Grundlage ihrer AGB kontrahieren wolle. Dem Schreiben der Antragsgegnerin lagen die auch im Internet abrufbaren AGB jedoch nicht bei. Auf Seite 6 des gegenständlichen Anbots wurde weiters darauf hingewiesen, dass die Netzdienstleistungen nicht ohne schriftliche Zustimmung der Antragsgegnerin vom Kunden gewerblich weiter vertrieben werden dürften. Ferner wurde der Antragstellerin im Anbot auch die Teilnahme am Rabattprogramm in Aussicht gestellt, wodurch sich die Gesprächsentgelte bei Erreichen von Mindestjahresumsätzen zunehmend verringern sollten.

Obwohl das Geschäftsmodell der Antragstellerin im gewerblichen Wiederverkauf der von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Telekommunikationsdienstleistungen bestand, nahm die Antragstellerin das gegenständliche Angebot der Antragsgegnerin am 4.9.2002 unverändert an, ohne auch nur einmal die Wiederverkaufsverbotsklausel mit der Antragsgegnerin zu erörtern (GF Koch, AS 93). Der Geschäftsführer der Antragstellerin ging vielmehr davon aus, dass die Wiederverkaufsverbotsklausel ohnehin gesetzwidrig und daher unwirksam sei. Die Antragsgegnerin hat den Vertragsabschluss (Beil ./B) gelten lassen, obwohl die von ihr gesetzte Bindungsfrist bereits abgelaufen war (Außerstreitstellung AS 201).

Im Laufe des September 2002 nahm die Antragstellerin sämtliche 8 ISDN-Multianschlüsse an der Adresse \*\*\*\*\* Wien, N\*\*\*\*\*, in Betrieb, wo sie aber keinen eigene Geschäftsstelle, sondern lediglich eine Telefonstation betrieb. In diesen Räumlichkeiten fanden sich bei Installationen, Montage und Wartung durch die Antragsgegnerin ausschließlich Server-Systeme und Kommunikationsanlagen (e.E. K\*\*\*\*\*, Beil ./H). Aus dem Vorhandensein von Serversystemen und Kommunikationsanlagen kann aber nicht auf die konkrete Tätigkeit eines für die Antragsgegnerin neuen Kunden geschlossen werden (e.E. I\*\*\*\*\*, Beil ./17). Die insgesamt 240 Leitungen (jeder ISDN-Multianschluss besteht aus 30 Leitungen) nutzte die Antragstellerin fast ausschließlich dazu, abgehenden Telefonverkehr eines einzelnen Geschäftspartners, der wiederum den Sprachverkehr von einem einzigen Geschäftskunden bezog, in das Mobiltelefonnetz der Schweiz zu übertragen. Dabei generierte die Antragstellerin auf ihren 240 Leitungen ein Verkehrsaufkommen von 273.000 Minuten/Monat, womit die Antragstellerin bereits die in den Zusammenschaltungsbedingungen für Alternative Netzbetreiber vorgesehene Mindestausslastung von 200.000 Minuten erfüllte. Von wem die Antragstellerin und dessen Geschäftspartner den Mobilgesprächsverkehr in das Schweizer Mobilfunknetz bezogen, konnte nicht festgestellt werden. Es steht aber fest, dass ein derartiges Gesprächsaufkommen "sortenrein" nur von Telekombetreibern generiert werden kann (K\*\*\*\*\*,

AS 89; Zeuge B\*\*\*\*\*, AS 119f; Beilagen ./2 und ./3).

Spätestens Anfang Oktober 2002 kam es in der für die Abwicklung des Gesprächsverkehrs zuständigen Vermittlungsstelle A\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* Wien, wegen der einseitigen und massiven Nutzung der ISDN-Multianschlüsse durch die Antragstellerin zu einer Überlastung des Netzes der Antragsgegnerin. Im Unterschied zu dem sonst üblichen Kundengesprächsverkehr beschränkte sich nämlich der von der Antragstellerin durchgeführte Gesprächsverkehr auf Telefonate in das Schweizer Mobiltelefonnetz, die die Antragstellerin gebündelt durch das für Endkundengespräche ausgelegte Vermittlungsnetz der Antragsgegnerin geschickt hat. Für diesen gebündelten und einseitigen Auslandsgesprächsverkehr zu einer einzigen Auslandsdestination war die Vermittlungsstelle A\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* Wien, nicht ausgerichtet. Dieser Gesprächsverkehr hätte nämlich direkt über die Hauptvermittlungs- oder Auslandsvermittlungsstellen abgeführt werden müssen, was bei alternativen Netzbetreibern auch tatsächlich so durchgeführt wird. Für die technischen Probleme bei der Antragsgegnerin war daher nicht die Zahl der durchgeführten Gesprächsminuten ausschlaggebend - ein derartiges Gesprächsaufkommen wird auch von anderen Geschäftskunden der Antragsgegnerin generiert -, sondern die einseitige Nutzung der Leitungskapazität. Diese technische Überlastung der Ortsvermittlungsstelle A\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* Wien, blieb auch nach Kapazitätsausweitung der technischen Anlagen bestehen, sodass nur ein Teil des von anderen Kunden der Antragsgegnerin generierten Gesprächsverkehrs über die Ortsvermittlungsstelle A\*\*\*\*\*, 1\*\*\*\*\* Wien, tatsächlich abgewickelt werden konnte (Zeuge I\*\*\*\*\*, AS 95 f; Beilagen ./II und ./III).

Nachdem die Antragsgegnerin die Antragstellerin als Verursacherin der technischen Schwierigkeiten in der Ortsvermittlungsstelle A\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* Wien, identifiziert hatte, erklärte sie der Antragstellerin mit Schreiben vom 20. November 2002 die außerordentliche Kündigung (Beilage ./A). Im Kündigungsschreiben wurde diese Maßnahme einerseits mit einer missbräuchlichen Verwendung der zur Verfügung gestellten Dienstleistungen und andererseits mit der Missachtung des vertraglich vereinbarten Zustimmungsvorbehalts zur gewerblichen Nutzung der Leitungen der



Antragstellerin begründet.

Auf andere Auflösungsgründe wurde die außerordentliche Kündigung nicht gestützt. Insbesondere stützte sich die Antragsgegnerin in ihrer Auflösungserklärung nicht auf den bereits bestehenden Zahlungsrückstand der Antragstellerin. Die Antragstellerin war nämlich schon mit Schreiben vom 13. November 2002 wegen des von ihr ausgehenden extrem hohen Gesprächsaufkommens um die Leistung einer Anzahlung in Höhe von rund € 435.000,- mit Zahlungsfrist bis 18. November 2002 erfolglos aufgefordert worden (Zeuge N\*\*\*\*\*, AS 123).

In wirtschaftlicher Hinsicht lag der außerordentlichen Kündigung die im Kündigungsschreiben nicht ausdrücklich geäußerte Überlegung zugrunde, dass die Geschäftsbeziehung mit der Antragstellerin für die Antragsgegnerin nachteilig war, weil die von ihr an die Schweizer Mobilfunkbetreiber zu leistenden Entgelte (€ 0,27/Minute) höher als die Einnahmen (€ 0,175/Minute) aus den der Antragstellerin verrechneten Gesprächsgebühren waren (Zeuge B\*\*\*\*\*, AS 121; Beilage ./1).

In der Folge kam es zwischen Vertretern der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zu zwei Vergleichsgesprächen am 5.12. und am 9.12.2002. Die Antragstellerin vertrat in diesen Gesprächen die Auffassung, dass das Vertragsverhältnis unverändert fortgeführt werden solle. Dem gegenüber bot die Antragsgegnerin der Antragstellerin einen Zusammenschaltungsvertrag (Betreiber- oder Wholesalevertrag) an und verlangte die Bezahlung der bis dahin aushaftenden Gesprächsgebühren ohne Abzug der angefallenen Rabatte, weil eine Rabattierung nur Endkunden, jedoch nicht alternativen Telekombetreibern oder Wiederverkäufern von Sprachtelefonieleistungen zustehen würde. Überdies seien nur solche Rechnungen zur Berechnung des dem einzelnen Kunden zustehenden Rabattes zu berücksichtigen, die fristgerecht bezahlt wurden.

In der Hoffnung, eine Fortführung des Vertragsverhältnisses mit der Antragsgegnerin erreichen zu können, leistete die Antragstellerin schließlich eine Akontozahlung in Höhe von € 150.000,-. Als aber feststand, dass für die Antragsgegnerin die unveränderte Fortführung des Vertragsverhältnisses mit der Antragstellerin nicht in Betracht kam, rechnete die Antragstellerin mit Anwaltsschreiben vom 10.12.2002 (Beil ./D) gegen die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Gesprächsgebühren mit den ihr allenfalls gegen die Antragstellerin wegen der unberechtigten Auflösung des Vertragsverhältnisses zustehenden Schadenersatzansprüchen auf.

Am 10.12.2002 nahm die Antragsgegnerin die der Antragstellerin überlassenen 8 ISDN-Multianschlüsse vom Netz (Zeuge A\*\*\*\*\*, AS 117), sodass die Antragstellerin ab diesem Zeitpunkt ihren vertraglichen Pflichten ihrem Abnehmer gegenüber nicht mehr nachkommen konnte. Da die Antragstellerin die aushaftenden Gesprächsgebühren aus den 8 ISDN-Multianschlüssen in Hinblick auf die Meinungsverschiedenheiten weiterhin nicht beglich, mahnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18. Jänner 2003 und Zahlungserinnerungen vom 29. Jänner 2003 und 22.02.2003 die Zahlung ein und drohte auch die Sperre der beiden von der Antragstellerin betriebenen ISDN Festnetzanschlüsse mit den Nummern (\*\*\*\*\*) \*\*\*\*\* sowie (\*\*\*\*\*) \*\*\*\*\* an (Beil ./13 - Beil ./15). Nach Ablauf der in den Mahnungen festgesetzten Zahlungsfrist wartete die Antragsgegnerin noch zu und nahm schließlich am 12.4.2003 auch eine Sperre der Festnetzanschlüsse für alle Aktivgespräche vor (Zeuge N\*\*\*\*\*, AS 125), obwohl aus diesen Vertragsverhältnissen keine Zahlungsrückstände bestanden (unstrittig).

Die obigen Feststellungen gründen auf den jeweils in Klammer angegebenen Beweismitteln bzw. Erhebungsergebnissen, insbesondere auf den widerspruchsfreien Zeugenaussagen. Die Aussagen des GF K\*\*\*\*\* stimmten in den wesentlichen Punkten mit jenen der von der Antragsgegnerin geführten Zeugen überein.

### **Rechtliche Beurteilung**

Rechtliche Beurteilung:

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist insbesondere anzunehmen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten die Wettbewerbschancen anderer Unternehmer beeinträchtigt (Behinderungsmissbrauch). Dieser Behinderungsmissbrauch kann darin liegen, dass das marktbeherrschende Unternehmen unangemessene Einkaufs- oder Verkaufsbedingungen erzwingt (§ 35 Abs 1 Z 1 KartG), oder sonst etwa durch unzulässige Diskriminierung den Wettbewerb behindert (KOG 16 Ok 22/97, ÖBI 1998, 309). Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist insbesondere anzunehmen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten die Wettbewerbschancen anderer Unternehmer beeinträchtigt (Behinderungsmissbrauch). Dieser

Behinderungsmissbrauch kann darin liegen, dass das marktbeherrschende Unternehmen unangemessene Einkaufs- oder Verkaufsbedingungen erzwingt (Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer eins, KartG), oder sonst etwa durch unzulässige Diskriminierung den Wettbewerb behindert (KOG 16 Ok 22/97, ÖBl 1998, 309).

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes kann ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auch durch eine Liefer- oder Bezugssperre bewirkt werden. Verhängt ein marktbeherrschendes Unternehmen eine derartige Liefer- oder Bezugssperre, begründet dies die Vermutung eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung, sofern hierfür keine sachlichen Gründe bestehen (KOG 16 Ok 22/97, ÖBl 1998, 309).

Als Rechtfertigung für eine Liefer- und Bezugssperre kommen etwa schwerwiegende Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen des Gesperrten oder dessen geschäftsschädigendes Verhalten, das mit einer Zerstörung der Vertrauensbasis verbunden ist (16 Ok 22/97, ÖBl 1998, 309), in Betracht. Inwieweit die Antragsgegnerin durch die außerordentliche Auflösung des Vertragsverhältnisses mit der Antragstellerin ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat, hängt daher maßgeblich davon ab, ob die Auflösung des Vertragsverhältnisses auf einer sachlichen Rechtfertigung beruhte oder auf Beeinträchtigung des Wettbewerbs gerichtet war.

Ausgangspunkt der Beurteilung muss daher zunächst das zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vereinbarte Vertragsverhältnis sein. Stand die Kündigung im Einklang mit den Bestimmungen des Vertrages sowie des Gesetzes, so ist schon hierin eine ausreichende sachliche Rechtfertigung zu sehen, sodass ein Marktmissbrauch der Antragsgegnerin insoweit ausscheidet.

Mit Schreiben vom 09.07.2002 legte die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Angebot über den Abschluss eines Vertrages über Telekommunikationsdienstleistungen, welches von der Antragstellerin am 04.09.2002 angenommen wurde. Dadurch kam ein auf zumindest zwei Jahre befristetes Dauerschuldverhältnis zustande, das auf die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen gerichtet war. Grundlage dieser Vereinbarung waren nicht nur die im einzelnen ausgehandelten Eckpunkte des Telekommunikationsvertrages, sondern auch die AGB der Antragsgegnerin. Letztere sind - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - Inhalt des Vertrages geworden. Nicht zuletzt hat die Antragsgegnerin in ihrem Anbot vom 9.7.2002 mehrfach darauf hingewiesen, dass sie nur zu ihren von der TTK geprüften AGB kontrahieren wollte. Der Umstand, dass die Antragsgegnerin die AGB nicht zusammen mit ihrem Anbotsschreiben der Antragstellerin übermittelt hat, vermag die wirksame Vereinbarung der AGB der Antragsgegnerin nicht auszuschließen, weil es der Antragstellerin als Internetprovider durchaus zumutbar war, sich über das Internet Kenntnis über den Inhalt der AGB zu verschaffen. Dass der Erklärende tatsächlich Kenntnis vom Inhalt der AGB hat, ist nicht erforderlich. Wesentlich ist lediglich, dass es dem Erklärenden möglich war, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen (Rummel in ABGB I3 Rz 2a, zu § 864a mwN). Mit Schreiben vom 09.07.2002 legte die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Angebot über den Abschluss eines Vertrages über Telekommunikationsdienstleistungen, welches von der Antragstellerin am 04.09.2002 angenommen wurde. Dadurch kam ein auf zumindest zwei Jahre befristetes Dauerschuldverhältnis zustande, das auf die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen gerichtet war. Grundlage dieser Vereinbarung waren nicht nur die im einzelnen ausgehandelten Eckpunkte des Telekommunikationsvertrages, sondern auch die AGB der Antragsgegnerin. Letztere sind - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - Inhalt des Vertrages geworden. Nicht zuletzt hat die Antragsgegnerin in ihrem Anbot vom 9.7.2002 mehrfach darauf hingewiesen, dass sie nur zu ihren von der TTK geprüften AGB kontrahieren wollte. Der Umstand, dass die Antragsgegnerin die AGB nicht zusammen mit ihrem Anbotsschreiben der Antragstellerin übermittelt hat, vermag die wirksame Vereinbarung der AGB der Antragsgegnerin nicht auszuschließen, weil es der Antragstellerin als Internetprovider durchaus zumutbar war, sich über das Internet Kenntnis über den Inhalt der AGB zu verschaffen. Dass der Erklärende tatsächlich Kenntnis vom Inhalt der AGB hat, ist nicht erforderlich. Wesentlich ist lediglich, dass es dem Erklärenden möglich war, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen (Rummel in ABGB I3 Rz 2a, zu Paragraph 864 a, mwN).

Nach § 26 der von der TTK mit Bescheid vom 29.06.1999, G 11/99-65 (Beil ./IX), genehmigten AGB (AGB Telefon, Beil ./X) steht der Antragsgegnerin das Recht zu, ein Vertragsverhältnis aus den in § 23 Abs 1 der AGB (taxativ) aufgezählten Gründen außerordentlich zu kündigen. Gemäß § 23 Abs 1 Z 8 der AGB kann die Antragsgegnerin das Vertragsverhältnis außerordentlich beenden, wenn der begründete Verdacht besteht, dass der Kunde Telekommunikationsdienste oder damit im Zusammenhang stehende Leistungen, insbesondere in betrugsmäßiger Absicht, missbraucht oder den Missbrauch durch Dritte duldet. Nach Paragraph 26, der von der TTK mit Bescheid vom 29.06.1999, G 11/99-65 (Beil ./IX), genehmigten AGB (AGB Telefon, Beil ./X) steht der Antragsgegnerin das Recht zu, ein Vertragsverhältnis aus den in

Paragraph 23, Absatz eins, der AGB (taxativ) aufgezählten Gründen außerordentlich zu kündigen. Gemäß Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 8, der AGB kann die Antragsgegnerin das Vertragsverhältnis außerordentlich beenden, wenn der begründete Verdacht besteht, dass der Kunde Telekommunikationsdienste oder damit im Zusammenhang stehende Leistungen, insbesondere in betrugsmäßiger Absicht, missbraucht oder den Missbrauch durch Dritte duldet.

Auf diese Bestimmung der AGB hat sich offenbar auch die Antragsgegnerin zur Begründung ihrer außerordentlichen Kündigung berufen, wenn sie in ihrer Kündigungserklärung ausführt, dass die Antragstellerin die von ihr bezogenen Leistungen missbräuchlich verwendet habe, indem sie die Leistungen entgegen der Vereinbarung ohne schriftliche Zustimmung gewerblich (nämlich zur Durchschleusung von Betreiberverkehr) genutzt habe. Nach Auffassung des Gerichtes erfolgte die außerordentliche Kündigung bzw die Sperre der Telefonanschlüsse durch die Antragsgegnerin zu Recht; ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung liegt daher insoweit nicht vor.

Folgende Gründe sind dafür ausschlaggebend:

Die Antragsgegnerin bietet Telekommunikationsprodukte für zwei völlig unterschiedliche Bereiche an. Der eine Bereich betrifft den sogenannten "retail" (Endkundenbereich), worunter auch Wiederverkäufer zu subsumieren sind. In den zweiten Bereich fallen Produkte für den "wholesale" (Betreiberverkehr). Für den zuletzt genannten Produktbereich hält die Antragsgegnerin ein eigenes Vertragsregime, das ebenfalls von der TKG zu genehmigen ist, sowie besondere technische Vorkehrungen bereit, die einen reibungslosen Telefonverkehr gewährleisten sollen.

Die Antragsgegnerin räumt nur solchen Personen die Konditionen aus den Zusammenschaltungsvereinbarungen ein, die selbst Telekommunikationsdienstleistungen iSv § 3 Z 14 iVm § 14 TKG konzessionspflichtig vertreiben (Netzbetreiber). Umgekehrt kontrahiert die Antragsgegnerin mit Netzbetreibern nicht auf Basis der Retailbedingungen. Innerhalb des „Retail-Bereichs“ differenziert die Antragsgegnerin ihre Vertragsbedingungen nach Endverbraucher und Wiederverkäufer. Dies kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass die Teilnahme an den Rabattbestimmungen nach deren Punkt 2 nur Endkunden, nicht aber Wiederverkäufern gestattet wird. Die Antragsgegnerin räumt nur solchen Personen die Konditionen aus den Zusammenschaltungsvereinbarungen ein, die selbst Telekommunikationsdienstleistungen iSv Paragraph 3, Ziffer 14, in Verbindung mit Paragraph 14, TKG konzessionspflichtig vertreiben (Netzbetreiber). Umgekehrt kontrahiert die Antragsgegnerin mit Netzbetreibern nicht auf Basis der Retailbedingungen. Innerhalb des „Retail-Bereichs“ differenziert die Antragsgegnerin ihre Vertragsbedingungen nach Endverbraucher und Wiederverkäufer. Dies kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass die Teilnahme an den Rabattbestimmungen nach deren Punkt 2 nur Endkunden, nicht aber Wiederverkäufern gestattet wird.

Es entspricht dem legitimen Geschäftsinteresse der Antragstellerin, schon bei Abschluss von Verträgen Informationen über die Art der Nutzung der zur Verfügung gestellten Telekommunikationsdienstleistungen zu erhalten. Dies ist nicht nur für die Einordnung in das aus Sicht der Antragsgegnerin passende Vertragsregime von Bedeutung, sondern ist auch zur Sicherung der Netzintegrität erforderlich.

Im gegenständlichen Fall hat die Antragstellerin in Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II12,14 ff) die Antragsgegnerin über die Umstände, die zur Einordnung in die jeweils passende Kundengruppe erforderlich sind, bewusst im Unklaren gelassen. Die Antragstellerin hat bei Vertragsschluss nicht nur vorgegeben, Endkunde zu sein, sondern auch verschwiegen, dass ihr Geschäftsmodell darauf ausgerichtet war, als Mittelsperson die von der Antragsgegnerin bezogenen Telekommunikationsdienstleistungen über mehrere Stufen an einen oder mehrere nationale oder internationale Netzbetreiber weiter zu geben und so Arbitragegewinne zu erzielen. Diese Umstände hätte die Antragstellerin nicht nur bei Abschluss des Vertrages, sondern auch während der Dauer des Vertragsverhältnisses mitteilen müssen (zur listigen Irreführung durch Nichtaufklärung Rummel, ABGB I3, RZ 4 zu § 870). Ebenso wenig ist diese Verpflichtung zur aktiven Aufklärung dadurch entfallen, dass die Gehilfen bei der nach Vertragsschluss durchgeführten Montage der Leitungen erkannt haben oder erkennen hätten müssen, dass die Antragstellerin dort gar keine eigene Geschäftsstelle unterhält. Irrelevant ist auch, ob in diesen Räumlichkeiten (in einem "Housing- bzw. Co- Locationsraum" der J\*\*\*\*\* I\*\*\*\*\* in Österreich, V\*\*\*\*\* GmbH, M\*\*\*\*\* GmbH, A\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* GmbH, A\*\*\*\*\* GmbH) seit Jahren ein SDH-Grasknoten für Im gegenständlichen Fall hat die Antragstellerin in Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II12,14 ff) die Antragsgegnerin über die Umstände, die zur Einordnung in die jeweils passende Kundengruppe erforderlich sind, bewusst im Unklaren gelassen. Die Antragstellerin hat bei Vertragsschluss nicht nur vorgegeben, Endkunde zu sein, sondern auch

verschwiegen, dass ihr Geschäftsmodell darauf ausgerichtet war, als Mittelsperson die von der Antragsgegnerin bezogenen Telekommunikationsdienstleistungen über mehrere Stufen an einen oder mehrere nationale oder internationale Netzbetreiber weiter zu geben und so Arbitragegewinne zu erzielen. Diese Umstände hätte die Antragstellerin nicht nur bei Abschluss des Vertrages, sondern auch während der Dauer des Vertragsverhältnisses mitteilen müssen (zur listigen Irreführung durch Nichtaufklärung Rummel, ABGB I3, RZ 4 zu Paragraph 870,). Ebenso wenig ist diese Verpflichtung zur aktiven Aufklärung dadurch entfallen, dass die Gehilfen bei der nach Vertragsschluss durchgeführten Montage der Leitungen erkannt haben oder erkennen hätten müssen, dass die Antragstellerin dort gar keine eigene Geschäftsstelle unterhält. Irrelevant ist auch, ob in diesen Räumlichkeiten (in einem "Housing- bzw. Co- Locationsraum" der J\*\*\*\*\* I\*\*\*\*\* in Österreich, V\*\*\*\*\* GmbH, M\*\*\*\*\* GmbH, A\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* GmbH, A\*\*\*\*\* GmbH) seit Jahren ein SDH-Glasknoten für

besondere Großabnehmer-Infrastrukturen errichtet war, da dies keinen eindeutigen Rückschluss auf die Durchführung von Betreiberverkehr zulässt.

Die Antragstellerin ist somit in arglistiger Weise als Mittelsperson zwischen Antragsgegnerin und anderen Telekombetreibern aufgetreten, um die Vorteile beider Produktbereiche (retail und wholesale) zum Nachteil der Antragsgegnerin kombinieren zu können. Das bei Anbieten von Mischtarifen von der Antragsgegnerin statistisch beherrschbare aleatorische Element hat die Antragstellerin gezielt durch Übergabe von sortenreinem Mobiltelekommunikationsverkehr zum Nachteil der Antragsgegnerin ausgeschaltet. Diese Absicht gesteht die Antragstellerin auch selbst zu, wenn sie einräumt, aus dem Vertragsverhältnis mit der Antragsgegnerin Arbitragegewinne erzielt zu haben.

Soweit der durch Einzelvertrag eingeführte Zustimmungsvorbehalt für die gewerbliche Nutzung von Telekommunikationsdienstleistungen nur darauf abzielt, die jeweils passende Vertragsgestaltung sicher zu stellen, kann darin auch keine unsachliche Diskriminierung iSv § 34 TKG gesehen werden. Vielmehr muss sich derjenige, der bei Vertragsschluss vorgibt, Endverbraucher zu sein und daher sämtliche Vorteile dieser Kundengruppe in Anspruch nehmen möchte (Rabattprogramm), auch die daraus folgenden Einschränkungen gefallen lassen. Soweit der durch Einzelvertrag eingeführte Zustimmungsvorbehalt für die gewerbliche Nutzung von Telekommunikationsdienstleistungen nur darauf abzielt, die jeweils passende Vertragsgestaltung sicher zu stellen, kann darin auch keine unsachliche Diskriminierung iSv Paragraph 34, TKG gesehen werden. Vielmehr muss sich derjenige, der bei Vertragsschluss vorgibt, Endverbraucher zu sein und daher sämtliche Vorteile dieser Kundengruppe in Anspruch nehmen möchte (Rabattprogramm), auch die daraus folgenden Einschränkungen gefallen lassen.

Aus diesen Gründen war es der Antragsgegnerin nicht zumutbar, das Vertragsverhältnis mit der Antragstellerin fortzusetzen. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsteilen wurde durch das arglistige Verhalten der Antragstellerin, das auch zu erheblichen technischen Störungen des von der Antragsgegnerin betriebenen Telekommunikationsnetzes geführt hat, tiefgreifend gestört. Statt einer Anfechtung des Vertrages wegen Arglist hat die Antragsgegnerin sich mit Recht auf das ihr nach § 23 Abs 1 Z 8 der AGB zustehende Auflösungsrecht berufen. Denn es bestand mehr als nur ein Anhaltspunkt, dass die von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Telekommunikationsdienste von der Antragstellerin in arglistiger Weise missbraucht wurden. Die am 20.11.2002 erfolgte außerordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses erfolgte daher nicht missbräuchlich iSv § 35 KartG, sondern beruhte auf einer ausreichenden sachlichen Rechtfertigung. Aus diesen Gründen war es der Antragsgegnerin nicht zumutbar, das Vertragsverhältnis mit der Antragstellerin fortzusetzen. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsteilen wurde durch das arglistige Verhalten der Antragstellerin, das auch zu erheblichen technischen Störungen des von der Antragsgegnerin betriebenen Telekommunikationsnetzes geführt hat, tiefgreifend gestört. Statt einer Anfechtung des Vertrages wegen Arglist hat die Antragsgegnerin sich mit Recht auf das ihr nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 8, der AGB zustehende Auflösungsrecht berufen. Denn es bestand mehr als nur ein Anhaltspunkt, dass die von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Telekommunikationsdienste von der Antragstellerin in arglistiger Weise missbraucht wurden. Die am 20.11.2002 erfolgte außerordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses erfolgte daher nicht missbräuchlich iSv Paragraph 35, KartG, sondern beruhte auf einer ausreichenden sachlichen Rechtfertigung.

Insofern muss auf die von der Antragstellerin vorgebrachten Einwände, die Antragsgegnerin habe eine von der Telekom-Kontroll-Kommission untersagte Bestimmung aus den AGB zur Begründung der Vertragsauflösung herangezogen, nicht mehr eingegangen werden. Denn es war die Kündigung des gegenständlichen Vertrages somit

schon auf Grund der dem gegenständlichen Vertrag zu Grunde liegenden AGB ohne weiteres möglich. Die vorliegende Vertragsauflösung beruhte also auf einer ausreichenden sachlichen Rechtfertigung und darin ist, wie bereits dargelegt, kein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin zu erblicken. Ebenso verhält es sich mit dem Vorwurf, die Antragstellerin habe die Verträge wegen einer ihrer Einschätzung nach zu umfangreichen gewerblichen Nutzung durch die Antragstellerin aufgelöst, obwohl Gesprächsobergrenzen nicht vereinbart worden wären. Auch diesbezüglich ist auf die nach dem Vertrag und den AGB der Antragsgegnerin zustehenden Auflösungsmöglichkeit zu verweisen, sodass die beantragte Untersagung nicht auszusprechen war.

Auf den von der Antragsgegnerin erst nach der außerordentlichen Kündigung als Auflösungsgrund geltend gemachten Zahlungsverzug muss daher nicht weiter eingegangen werden, wenngleich darauf hinzuweisen ist, dass im Zeitpunkt der Auflösungserklärung wohl noch kein qualifizierter Zahlungsrückstand der Antragsgegnerin iSd §63 Abs 1 TKG iVm §23 Abs1 Z2 AGB vorgelegen wa

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)