

# TE OGH 2002/12/16 16Ok12/02

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.12.2002

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Horst Schlosser als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Birgit Langer und Dr. Manfred Vogel sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Fidelis Bauer und Dr. Thomas Lachs als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin t\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Schönherr, Barfuß, Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wider die Antragsgegnerin T\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien, wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung infolge Rekurses der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 27. Juni 2002, GZ 29 Kt 68, 69/01-27, den Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

1. Die als Rekurs aufzufassende Gegenäußerung der Bundeswettbewerbsbehörde sowie die Stellungnahme der Antragsgegnerin hiezu und die zu dieser erstattete Stellungnahme der Antragstellerin werden zurückgewiesen.
2. Dem Rekurs der Antragsstellerin wird nicht Folge gegeben.

## **Text**

Begründung:

Die Antragstellerin betreibt ein öffentliches Telekommunikationsetz iSd§ 3 Z 9 TKG, und zwar sowohl im Festnetz als auch im Mobilfunkbereich. Die Konzession für das Anbieten von Mietleitungen und öffentlichen Sprachtelefondiensten mittels Festnetzes wurde der Antragstellerin am 23. 1. 1998, die Konzession für den öffentlichen Sprachtelefondienst mittels Mobilfunk am 3. 5. 1999 erteilt. Die Antragsgegnerin ist die ehemalige Monopolistin im Bereich der Telekommunikation. Sie erbringt entweder selbst oder durch Tochtergesellschaften zahlreiche Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, wobei die bedeutsamsten der öffentlichen Sprachtelefondienst mittels Mobil- und Festnetzes und der öffentliche Mietleistungsdienst sind. Die Antragsgegnerin ist zur Verbindungsnetzbetreiber-Vorauswahl ("Preselection") gesetzlich verpflichtet. Unter Preselection versteht man die vorprogrammierte Netzauswahl. Durch eine technische Umstellung bei der dem Endkunden nächst gelegenen Vermittlungsstelle wird bewirkt, dass dieser Teilnehmer bei jedem Telefonat die Leistung eines bestimmten alternativen Netzbetreibers in Anspruch nimmt. Die Vermittlungsstelle, die in aller Regel von der Antragsgegnerin betrieben wird, setzt automatisch die Vorwahl des gewünschten Betreibers (zB 1012 für die Antragstellerin) vor die gewählte Rufnummer. Dadurch wird das Gespräch in das Netz dieses Betreibers geleitet, von diesem abgewickelt und mit dem Kunden abgerechnet. Der Teilnehmer muss damit nicht mehr bei jedem einzelnen Gespräch die Verbindungsnetzbetreiber-Nummer vorwählen. Der Preselection kommt an sich große Bedeutung zu. Die Antragstellerin betreibt ein öffentliches Telekommunikationsetz iSd Paragraph 3, Ziffer 9, TKG, und zwar sowohl im

Festnetz als auch im Mobilfunkbereich. Die Konzession für das Anbieten von Mietleitungen und öffentlichen Sprachtelefondiensten mittels Festnetzes wurde der Antragstellerin am 23. 1. 1998, die Konzession für den öffentlichen Sprachtelefondienst mittels Mobilfunks am 3. 5. 1999 erteilt. Die Antragsgegnerin ist die ehemalige Monopolistin im Bereich der Telekommunikation. Sie erbringt entweder selbst oder durch Tochtergesellschaften zahlreiche Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, wobei die bedeutsamsten der öffentlichen Sprachtelefondienst mittels Mobil- und Festnetzes und der öffentliche Mietleistungsdienst sind. Die Antragsgegnerin ist zur Verbindungsnetzbetreiber-Vorauswahl ("Preselection") gesetzlich verpflichtet. Unter Preselection versteht man die vorprogrammierte Netzauswahl. Durch eine technische Umstellung bei der dem Endkunden nächst gelegenen Vermittlungsstelle wird bewirkt, dass dieser Teilnehmer bei jedem Telefonat die Leistung eines bestimmten alternativen Netzbetreibers in Anspruch nimmt. Die Vermittlungsstelle, die in aller Regel von der Antragsgegnerin betrieben wird, setzt automatisch die Vorwahl des gewünschten Betreibers (zB 1012 für die Antragstellerin) vor die gewählte Rufnummer. Dadurch wird das Gespräch in das Netz dieses Betreibers geleitet, von diesem abgewickelt und mit dem Kunden abgerechnet. Der Teilnehmer muss damit nicht mehr bei jedem einzelnen Gespräch die Verbindungsnetzbetreiber-Nummer vorwählen. Der Preselection kommt an sich große Bedeutung zu.

Die Einrichtung einer Preselection erfolgt grundsätzlich auf Bestellung des Kunden bei dem Netzbetreiber, dessen Dienste der Kunde in Anspruch nehmen will. Die technische Durchführung muss jedoch von dem Netzbetreiber vorgenommen werden, der über die Teilnehmeranschlussleitung verfügt. In Österreich ist es in aller Regel die Antragsgegnerin. Im Rahmen der Preselection ist es daher erforderlich, dass die Antragsgegnerin für die Antragstellerin eine Dienstleistung erbringt. Bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung hat die Antragsgegnerin Anspruch auf ein angemessenes, kostenorientiertes Entgelt, das im Nichteinigungsfall von der Regulierungsbehörde festgelegt werden kann.

Die Streitteile konnten sich auf die Durchführung der Preselection einigen. Diese Einigung war ursprünglich im Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20. 3. 2000, Z 23/99-51, festgehalten. Sie wurde - mit einigen Erweiterungen - auf der Grundlage des Bescheids der Telekom-Control-Kommission vom 7. 3. 2000, Z 21/99-60, als Anhang 21 in den geltenden Zusammenschaltungsvertrag zwischen den Streitteilen übernommen. Unter anderem war und ist vereinbart, dass die Antragsgegnerin Bestellungen von Preselection-Leistungen bestätigten und die Preselection in jedem Einzelfall binnen drei Arbeitstagen nach Eingang der Bestellung vornimmt. Beim Verzug mit der Umstellung bis zu 3 Arbeitstagen verliert die Antragsgegnerin den Anspruch auf 50 % des Entgelts. Bei darüber hinausgehendem Verzug hat die Antragsgegnerin die Kosten der Umstellung zur Gänze selbst zu tragen. Keine Einigung wurde zwischen den Streitteilen über die Entgelthöhe erzielt. Die Telekom-Control-Kommission hat deswegen auf Antrag der Antragstellerin mit Bescheid vom 20. 3. 2000, Z 23/99-51, eine entsprechende Zusammenschaltungsanordnung erlassen. Darin wurde das Entgelt für die Umstellung eines Teilnehmers mit S 94,62 festgelegt. Die Streitteile konnten sich auf die Durchführung der Preselection einigen. Diese Einigung war ursprünglich im Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20. 3. 2000, Ziffer 23 /, 99 -, 51,, festgehalten. Sie wurde - mit einigen Erweiterungen - auf der Grundlage des Bescheids der Telekom-Control-Kommission vom 7. 3. 2000, Ziffer 21 /, 99 -, 60,, als Anhang 21 in den geltenden Zusammenschaltungsvertrag zwischen den Streitteilen übernommen. Unter anderem war und ist vereinbart, dass die Antragsgegnerin Bestellungen von Preselection-Leistungen bestätigten und die Preselection in jedem Einzelfall binnen drei Arbeitstagen nach Eingang der Bestellung vornimmt. Beim Verzug mit der Umstellung bis zu 3 Arbeitstagen verliert die Antragsgegnerin den Anspruch auf 50 % des Entgelts. Bei darüber hinausgehendem Verzug hat die Antragsgegnerin die Kosten der Umstellung zur Gänze selbst zu tragen. Keine Einigung wurde zwischen den Streitteilen über die Entgelthöhe erzielt. Die Telekom-Control-Kommission hat deswegen auf Antrag der Antragstellerin mit Bescheid vom 20. 3. 2000, Ziffer 23 /, 99 -, 51,, eine entsprechende Zusammenschaltungsanordnung erlassen. Darin wurde das Entgelt für die Umstellung eines Teilnehmers mit S 94,62 festgelegt.

Bereits kurze Zeit nach Aufnahme der Preselection durch die Antragsgegnerin hat diese in sehr vielen Fällen die Umstellung nicht fristgemäß vorgenommen und die Antragstellerin auch nicht von den aufgetretenen Schwierigkeiten verständigt.

Seit 4. 1. 2000 besteht für jeden Kunden die Möglichkeit, mittels Wahl der Nummer 06210000 abzufragen, ob die Verbindungsnetzbetreibervorauswahl bereits eingerichtet ist. Überdies kann jeder Kunde durch die Vorwahl von 1012 mittels "Call by Call" bis zur Einrichtung der Verbindungsnetzbetreibervorauswahl über das Netz der Antragstellerin

telefonieren. Die Aufklärung der Kunden über diese Möglichkeit obliegt der Antragstellerin.

Die Antragstellerin benötigt Mietleitungen vor allem dazu, um Basisstationen ihres Mobilnetzes an ihr Kernnetz, das ihre Vermittlungsstellen miteinander verbindet, anschließen zu können. Diese für die Basisstationen erforderlichen Leitungen hat die Antragstellerin von der Antragsgegnerin angemietet. Mit Bescheid G 7/98-18 hat die Telekom-Control-Kommission die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragsgegnerin für die Überlassung von Übertragungswegen (AGB "Übertragungswege") nach dem TKG genehmigt.

Die Antragsgegnerin ist auf dem Markt für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels festen Telekommunikationsnetzes, auf dem Markt für die Erbringung des öffentlichen Mietleitungsdiestes mittels festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen sowohl im Sinn des TKG als auch des KartG marktbeherrschend. Auf dem Markt für Mietleitungen hat die Antragsgegnerin einen Anteil von 65 %; sie ist führender Anbieter von Mietleitungen.

Die Antragsgegnerin hat für die Leistungszeiträume März bis August 2000 an die Antragstellerin sechs Rechnungen für Verbindungsnetzbetreibervoreinstellungen ausgestellt. Die Antragstellerin beeinspruchte die ersten fünf Rechnungen, die ihr zwischen 10. 7. und 17. 8. 2000 zugingen, mit Schreiben vom 5. 9. 2000. Die Umstellungen der Preselectionskunden sei häufig zu spät erfolgt und sie sei von der Umstellung trotz Urgenz nicht verständigt worden, sodass ihr eine Überprüfung nicht möglich sei. Am 25. 9. 2000 beeinspruchte die Antragstellerin eine weitere, ihr am 20. 9. 2000 zugegangene Rechnung für den Rechnungszeitraum August 2000. Sie verweigerte jegliche Zahlung der Umschaltungsentgelte mit der Begründung, sie müsste davon ausgehen, dass kein Teilnehmer fristgerecht eingerichtet worden sei und dass somit auch sämtliche Kosten von der Antragsgegnerin zu übernehmen seien. Die Antragsgegnerin verwahrte sich mit Schreiben vom 17. 10. 2000 gegen diese Vorwürfe. Sie gab zu, dass ein Teil der Umschaltungen verspätet erfolgt sei. Es sei aber weder bescheidmäßig angeordnet, noch vertraglich vereinbart worden, eine Bestätigung über die erfolgte Umschaltung auszustellen; sie sehe sich daher auch in Zukunft nicht veranlasst, eine solche auszustellen. In der von ihr der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Datei seien sämtliche für diese relevanten Daten enthalten, um die Realisierung der Verbindungsnetzbetreibervorauswahl nachvollziehen zu können. Insbesondere sei daraus ersichtlich, in welchem Zeitpunkt die Umstellung erfolgt und welches Entgelt hiefür in Rechnung gestellt worden sei. Ein genereller Einspruch unter der Annahme, dass keine der über 25.000 Nummern fristgerecht umgestellt worden sei, sei für die Antragsgegnerin nicht akzeptabel und entspreche auch keiner seriösen Geschäftspraxis. Für die verspäteten Umstellungen sei kein Entgelt verrechnet worden; nach Korrigierung der Rechnungen aufgrund der von der Antragstellerin erfolgten Doppelbestellungen für Umstellungen betrage der ausstehende Betrag S 998.430,27 exklusive UST für die Monate März bis August 2000. Die Antragsgegnerin forderte unter Androhung gerichtlicher Schritte nochmals diesen Betrag ein und wies die Antragstellerin darauf hin, dass sie gemäß § 23 Abs 1 Z 2 AGB "Übertragungswege" die Sperre ihrer Mietleitungen wegen Verzugs mit der Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen aus dem Bereich der Telekommunikation durchführen werde, falls nicht innerhalb von 14 Tagen der oben genannte Betrag beglichen werde. Sollte dies nicht der Fall sein, spreche sie hiemit auch die außerordentliche Kündigung gemäß § 26 Abs 2 AGB "Übertragungswege" bezüglich ihrer Mietleitungen aus. Die sechswöchige Kündigungsfrist würde somit nach Ablauf der 14 tägigen Frist für die Sperre zu laufen beginnen. Die Antragsgegnerin hat für die Leistungszeiträume März bis August 2000 an die Antragstellerin sechs Rechnungen für Verbindungsnetzbetreibervoreinstellungen ausgestellt. Die Antragstellerin beeinspruchte die ersten fünf Rechnungen, die ihr zwischen 10. 7. und 17. 8. 2000 zugingen, mit Schreiben vom 5. 9. 2000. Die Umstellungen der Preselectionskunden sei häufig zu spät erfolgt und sie sei von der Umstellung trotz Urgenz nicht verständigt worden, sodass ihr eine Überprüfung nicht möglich sei. Am 25. 9. 2000 beeinspruchte die Antragstellerin eine weitere, ihr am 20. 9. 2000 zugegangene Rechnung für den Rechnungszeitraum August 2000. Sie verweigerte jegliche Zahlung der Umschaltungsentgelte mit der Begründung, sie müsste davon ausgehen, dass kein Teilnehmer fristgerecht eingerichtet worden sei und dass somit auch sämtliche Kosten von der Antragsgegnerin zu übernehmen seien. Die Antragsgegnerin verwahrte sich mit Schreiben vom 17. 10. 2000 gegen diese Vorwürfe. Sie gab zu, dass ein Teil der Umschaltungen verspätet erfolgt sei. Es sei aber weder bescheidmäßig angeordnet, noch vertraglich vereinbart worden, eine Bestätigung über die erfolgte Umschaltung auszustellen; sie sehe sich daher auch in Zukunft nicht veranlasst, eine solche auszustellen. In der von ihr der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Datei seien sämtliche für diese relevanten Daten enthalten, um die Realisierung der Verbindungsnetzbetreibervorauswahl nachvollziehen zu können. Insbesondere sei daraus ersichtlich, in welchem Zeitpunkt die Umstellung erfolgt und welches Entgelt hiefür in

Rechnung gestellt worden sei. Ein genereller Einspruch unter der Annahme, dass keine der über 25.000 Nummern fristgerecht umgestellt worden sei, sei für die Antragsgegnerin nicht akzeptabel und entspreche auch keiner seriösen Geschäftspraxis. Für die verspäteten Umstellungen sei kein Entgelt verrechnet worden; nach Korrigierung der Rechnungen aufgrund der von der Antragstellerin erfolgten Doppelbestellungen für Umstellungen betrage der ausstehende Betrag S 998.430,27 exklusive USt für die Monate März bis August 2000. Die Antragsgegnerin forderte unter Androhung gerichtlicher Schritte nochmals diesen Betrag ein und wies die Antragstellerin darauf hin, dass sie gemäß Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 2, AGB "Übertragungswege" die Sperre ihrer Mietleitungen wegen Verzugs mit der Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen aus dem Bereich der Telekommunikation durchführen werde, falls nicht innerhalb von 14 Tagen der oben genannte Betrag beglichen werde. Sollte dies nicht der Fall sein, spreche sie hiemit auch die außerordentliche Kündigung gemäß Paragraph 26, Absatz 2, AGB "Übertragungswege" bezüglich ihrer Mietleitungen aus. Die sechswöchige Kündigungsfrist würde somit nach Ablauf der 14 tägigen Frist für die Sperre zu laufen beginnen.

§ 26 Abs 2 AGB "Übertragungswege", der auch mit Bescheid der Telekom-Controll-Kommission vom 14. 1. 1999G 7/98-18, genehmigt wurde, lautet wie folgt: Paragraph 26, Absatz 2, AGB "Übertragungswege", der auch mit Bescheid der Telekom-Controll-Kommission vom 14. 1. 1999, G 7/98-18, genehmigt wurde, lautet wie folgt:

"Das Vertragsverhältnis ist für die Telekom Austria AG kündbar, wenn die Voraussetzungen für eine Sperre gemäß § 23 Abs 1 dieser AGB vorliegen." "Das Vertragsverhältnis ist für die Telekom Austria AG kündbar, wenn die Voraussetzungen für eine Sperre gemäß Paragraph 23, Absatz eins, dieser AGB vorliegen."

Die Antragsgegnerin ist weder nach dem Zusammenschaltungsvertrag noch nach den Bescheiden der Telekom-Controll-Kommission im Zusammenhang mit der Verbindungsnetzbetreibervorauswahl/Preselection zur Übermittlung der Umstelldaten an die Antragstellerin verpflichtet. Die Antragstellerin beantragte, der Antragsgegnerin aufzutragen, § 23 Abs 1 Z 2 ihrer AGB für die Überlassung von Übertragungswegen dahingehend abzuändern, dass diese Bestimmung wie folgt laute: Die Antragsgegnerin ist weder nach dem Zusammenschaltungsvertrag noch nach den Bescheiden der Telekom-Controll-Kommission im Zusammenhang mit der Verbindungsnetzbetreibervorauswahl/Preselection zur Übermittlung der Umstelldaten an die Antragstellerin verpflichtet. Die Antragstellerin beantragte, der Antragsgegnerin aufzutragen, Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 2, ihrer AGB für die Überlassung von Übertragungswegen dahingehend abzuändern, dass diese Bestimmung wie folgt laute:

"Die T\*\*\*\*\* AG ist berechtigt, die Erbringung von Leistungen ganz oder teilweise zu verweigern (Sperre), wenn der Kunde gegenüber der T\*\*\*\*\* AG mit unstrittigen Zahlungsverpflichtungen aus der Bereitstellung von Übertragungswegen nach erfolgter Mahnung mit Androhung einer Sperre und unter Setzung einer Nachfrist in der Dauer von mindestens zwei Wochen in Verzug ist."

Hilfsweise beantragte sie, der Antragsgegnerin aufzutragen, es gegenüber der Antragstellerin zu unterlassen, unter Berufung auf § 23 Abs 1 Z 2 AGB "Übertragungswege" Leistungen im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Mietleitungen zu sperren oder eine derartige Sperre mit der Begründung anzudrohen, Entgelte aus anderen Leistungsbereichen der Antragsgegnerin als dem Bereich von Mietleitungen und/oder Entgelte, deren Zahlung dem Grunde oder der Höhe nach zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin strittig sind, seien nicht oder nicht vollständig bezahlt worden. Überdies beantragte sie eine einstweilige Verfügung im Sinn des Eventualbegehrrens. Hilfsweise beantragte sie, der Antragsgegnerin aufzutragen, es gegenüber der Antragstellerin zu unterlassen, unter Berufung auf Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 2, AGB "Übertragungswege" Leistungen im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Mietleitungen zu sperren oder eine derartige Sperre mit der Begründung anzudrohen, Entgelte aus anderen Leistungsbereichen der Antragsgegnerin als dem Bereich von Mietleitungen und/oder Entgelte, deren Zahlung dem Grunde oder der Höhe nach zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin strittig sind, seien nicht oder nicht vollständig bezahlt worden. Überdies beantragte sie eine einstweilige Verfügung im Sinn des Eventualbegehrrens.

Die Antragstellerin begründete ihre Anträge zusammengefasst damit, dass die Antragsgegnerin auf dem Markt für Sprachtelefondienste mittels Festnetzes, auf dem Mietleitungsmarkt und auf dem Markt für die Erbringung von Zusammenschaltungsleistungen marktbeherrschend sei. Eine Telefonumfrage im August 2000 im Zusammenhang mit der Umstellung auf Preselection habe ergeben, dass in 33 % der Fälle die Umstellung selbst nach 14 Tagen noch nicht erfolgt gewesen sei. In Einzelfällen seien Umstellungen vier bis fünf Monate nicht vorgenommen worden. Diese

Verzögerungen seien für die Antragstellerin problematisch gewesen. Es habe massive Kundenbeschwerden gegeben. Es habe ursprünglich auch keine "Durchführungsmeldungen" durch die Antragsgegnerin gegeben, und so habe die Antragstellerin auch nicht nachprüfen können, ob die Abrechnungen der Antragsgegnerin richtig seien und ihr daher überhaupt ein Entgelt gebühre. Anfang September 2000 sei ihr von Antragsgegnerin eine Excel-Datei übersandt worden, die für den Zeitraum März bis August 2000 alle umgestellten Kunden und der Umstellungsdaten enthalten habe. Diese Datei habe jedoch 25.000 Einträge erfasst, und eine Überprüfung dieser Einträge durch die Antragstellerin sei unmöglich gewesen, weshalb sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 5. 9. und 25. 9. 2000 geweigert habe, die Rechnungen der Antragsgegnerin über die Preselection in Summe von ca 1.000.000,-- (ohne USt) zu zahlen. Die Antragstellerin sei der Auffassung, dass der Antragsgegnerin kein Zahlungsanspruch zustehe. Auf ihre Zahlungsverweigerung habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17. 10. 2000 derart reagiert, dass ihr die Sperre der Mietleitungen der Antragsgegnerin angedroht worden sei, falls die Rechnungen für die Preselection nicht binnen 14 Tagen gezahlt würden. Diese Drohung sei missbräuchlich gewesen. Die Antragsgegnerin habe zwei gänzlich verschiedene Leistungen zur Durchsetzung ungerechtfertigter Forderungen verquickt. Sie habe de facto damit gedroht, ein gutes Drittel des Mobilnetzes der Antragstellerin stillzulegen, wenn die strittigen Preselections-Rechnungen, die sich auf das Festnetz beziehen, nicht unverzüglich gezahlt würden. Eine derartige Netzabschaltung würde die Antragstellerin auf Monate, wenn nicht auf Jahre auf dem Markt zurückwerfen. Der Schaden wäre unermesslich und kaum noch aufzuholen. Die von der Antragsgegnerin angemieteten Mietleitungen könnten aufgrund der Dominanz der Antragsgegnerin weder kurzfristig noch mittelfristig ersetzt werden. Die Antragstellerin sei diesbezüglich auf die Geschäftsbeziehung mit der Antragsgegnerin angewiesen. Sie habe sich daher dem Druck der Antragsgegnerin beugen müssen und die Preselections-Rechnungen am 9. 11. 2000 gezahlt, obwohl sie bis heute der Auffassung sei, dass der Antragsgegnerin angesichts der massiven Mängel der Leistung infolge der verspäteten Umschaltungen kein Entgelt gebühre. Die Antragsgegnerin beantragte, die Anträge einschließlich des Sicherungsbegehrens mangels Zuständigkeit zur Gänze zurückzuweisen, und hilfsweise, sie als unberechtigt abzuweisen. Die AGB "Übertragungswege" seien mittels Bescheids der Regulierungsbehörde genehmigt worden. Eine Abänderung eines Bescheids der Telekom-Control-Kommission durch das Kartellgericht sei unzulässig. Die Antragstellerin habe sich geweigert, fristgerecht durchgeführte Leistungen der Antragsgegnerin zu bezahlen. Die Rechnungen der Antragsgegnerin bewiesen, dass rund 40 % der Umstellungen seitens der Antragsgegnerin kostenlos vorgenommen worden seien. Zu einer detaillierten Rechnungslegung bzw Information über die Umstellungszeiten sei die Antragsgegnerin nicht verpflichtet. Es seien nur fristgerecht vorgenommene Umstellungen in Rechnung gestellt worden. Die Weigerung der Antragstellerin, die Rechnungen zu zahlen, sei mutwillig; die Androhung einer Abschaltung von Mietleitungen könne nicht als unverhältnismäßig eingestuft werden. Nach dem Zusammenschaltungsvertrag hätte die Antragsgegnerin diesen Vertrag sogar durch außerordentliche Kündigung beenden können. Die Androhung der Abschaltung von Mietleitungen - die ca 30 % des Mobilfunknetzes der Antragstellerin betrafen - sei im Verhältnis zur gesamten (außerordentlichen) Aufkündigung des Zusammenschaltungsvertrags ein bei weitem gelinderes Mittel und daher nicht unangemessenen. Das Erstgericht wies das Hauptbegehren zurück und das Eventualbegehren und den gleichlautenden Sicherungsantrag mit folgender Begründung ab:

Die Antragsgegnerin sei auf den Märkten für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes sowie des öffentlichen Mietleitungsdiensstes jeweils mittels festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen sowohl im Sinne des TKG als auch des KartG marktbeherrschend. Deshalb unterlägen gemäß § 18 Abs 4 TKG die Allgemeinen Bedingungen für die Überlassung von Übertragungswegen (AGB "Übertragungswege") auch der Genehmigung durch die zuständige Regulierungsbehörde. Es stehe daher dem Kartellgericht nicht zu, dem Marktbeherrschenden (der Antragsgegnerin) eine bestimmte Formulierung der AGB vorzuschreiben, weil letztlich die Regulierungsbehörde für deren Genehmigung zuständig sei. Ein Eingriff in die Kompetenz der Regulierungsbehörde sei dem Kartellgericht verwehrt. Der Hauptantrag der Antragstellerin sei daher zurückzuweisen. Darüber hinaus sei er aber auch inhaltlich zu weit gefasst, weil es nach der von der Antragstellerin gewünschten Formulierung ausschließlich an ihr gelegen wäre, eine Sperre durch Erhebung von Einwendungen, die durchaus auch mutwillig sein könnten, zu verhindern. Die Antragsgegnerin sei auf den Märkten für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes sowie des öffentlichen Mietleitungsdiensstes jeweils mittels festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen sowohl im Sinne des TKG als auch des KartG marktbeherrschend. Deshalb unterlägen gemäß Paragraph 18, Absatz 4, TKG die Allgemeinen Bedingungen für die Überlassung von Übertragungswegen (AGB "Übertragungswege") auch der Genehmigung durch

die zuständige Regulierungsbehörde. Es stehe daher dem Kartellgericht nicht zu, dem Marktbeherrschter (der Antragsgegnerin) eine bestimmte Formulierung der AGB vorzuschreiben, weil letztlich die Regulierungsbehörde für deren Genehmigung zuständig sei. Ein Eingriff in die Kompetenz der Regulierungsbehörde sei dem Kartellgericht verwehrt. Der Hauptantrag der Antragstellerin sei daher zurückzuweisen. Darüber hinaus sei er aber auch inhaltlich zu weit gefasst, weil es nach der von der Antragstellerin gewünschten Formulierung ausschließlich an ihr gelegen wäre, eine Sperre durch Erhebung von Einwendungen, die durchaus auch mutwillig sein könnten, zu verhindern.

Ausgehend vom Anlassfall erweise sich aber auch das Verhalten der Antragsgegnerin nicht als missbräuchlich iSd§ 35 KartG. Die pauschalen Einwendungen der Antragstellerin, die, käme ihnen Berechtigung zu, zur Folge hätten, dass keine einzige Umstellung der Verbindungsnetzbetreibervoreinstellungen im Zeitraum März bis August 2000 auch nur innerhalb von sechs Tagen erfolgt wäre, komme nur einer grundlosen Zahlungsverweigerung gleich. In einer derartigen Situation sei es durchaus verständlich und nicht missbräuchlich, wenn sich die Antragsgegnerin auf § 23 Abs 1 Z 2 der genehmigten AGB "Übertragungswege" über die Sperre berufe. Da die Antragstellerin keine der Rechnungen für den Leistungszeitraum März bis August 2000 bis November 2000 gezahlt habe, obwohl sie nicht hätte davon ausgehen dürfen, dass alle Umstellungen länger als sechs Tage gedauert hätten, sei die Auseinandersetzung zwischen den Streitteilen über die entsprechenden Rechnungen nicht nur als Auseinandersetzung über die Höhe des Entgelts für die Leistungen der Antragsgegnerin zu qualifizieren, sondern liege eine schlichte Zahlungsverweigerung durch die Antragstellerin vor, weshalb die Antragsgegnerin auch nicht gehalten gewesen sei, andere "gelindere" Mittel einzusetzen, um ihrem Zahlungsanspruch zum Durchbruch zu verhelfen. Deshalb seien das Eventualbegehren sowie der Sicherungsantrag abzuweisen. Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Antragstellerin wegen unvollständiger Tatsachenfeststellungen und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn des Haupt- oder Eventualbegehrens; ihren Sicherungsantrag hält sie nicht mehr aufrecht. Ausgehend vom Anlassfall erweise sich aber auch das Verhalten der Antragsgegnerin nicht als missbräuchlich iSd Paragraph 35, KartG. Die pauschalen Einwendungen der Antragstellerin, die, käme ihnen Berechtigung zu, zur Folge hätten, dass keine einzige Umstellung der Verbindungsnetzbetreibervoreinstellungen im Zeitraum März bis August 2000 auch nur innerhalb von sechs Tagen erfolgt wäre, komme nur einer grundlosen Zahlungsverweigerung gleich. In einer derartigen Situation sei es durchaus verständlich und nicht missbräuchlich, wenn sich die Antragsgegnerin auf Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 2, der genehmigten AGB "Übertragungswege" über die Sperre berufe. Da die Antragstellerin keine der Rechnungen für den Leistungszeitraum März bis August 2000 bis November 2000 gezahlt habe, obwohl sie nicht hätte davon ausgehen dürfen, dass alle Umstellungen länger als sechs Tage gedauert hätten, sei die Auseinandersetzung zwischen den Streitteilen über die entsprechenden Rechnungen nicht nur als Auseinandersetzung über die Höhe des Entgelts für die Leistungen der Antragsgegnerin zu qualifizieren, sondern liege eine schlichte Zahlungsverweigerung durch die Antragstellerin vor, weshalb die Antragsgegnerin auch nicht gehalten gewesen sei, andere "gelindere" Mittel einzusetzen, um ihrem Zahlungsanspruch zum Durchbruch zu verhelfen. Deshalb seien das Eventualbegehren sowie der Sicherungsantrag abzuweisen. Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Antragstellerin wegen unvollständiger Tatsachenfeststellungen und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn des Haupt- oder Eventualbegehrens; ihren Sicherungsantrag hält sie nicht mehr aufrecht.

Die Antragsgegnerin beantragte, den Rekurs zurück-, in eventu abzuweisen.

Die Bundeswettbewerbsbehörde erstattete zum Rekurs der Antragstellerin eine Gegenäußerung dahin, dass sie das Eventualbegehren für berechtigt halte, weil die Androhung der Leitungssperre wegen der Folgen für das Mobilfunknetz der Antragstellerin unverhältnismäßig sei.

Die Antragsgegnerin brachte zur Gegenäußerung der Bundeswettbewerbsbehörde eine Stellungnahme ein, in der sie sich gegen die Befürwortung des Eventualbegehrens durch die Bundeswettbewerbsbehörde wendete. Hierauf replizierte wiederum die Antragstellerin unter Hinweis auf die Unzulässigkeit dieser neuerlichen Stellungnahme.

1. Die "Gegenäußerung" der Bundeswettbewerbsbehörde, die seit 1. 7. 2002 (Art V Abs 1 WettbGBGBI I 62/2002) als Amtspartei Parteistellung auch dann hat, wenn sie nicht Antragstellerin ist (§ 44 KartG idF KartG-Nov 2002, BGBl 62/2002), zum Rekurs der Antragstellerin, in der sie inhaltlich das Eventualbegehren der Rekurswerberin unterstützt und sich daher in Wahrheit gegen die erstinstanzliche Entscheidung wendet und deshalb als Rekurs aufzufassen ist, sowie die beiden letztgenannten Schriftsätze sind zurückzuweisen: Erstere wegen Verspätung (Zustellung 5. 7. 2002 - Postaufgabe der "Gegenäußerung" 11. 9. 2002), letztere weil jede Partei nur das Recht hat, ein Rechtsmittel und eine

Rechtsmittelbeantwortung (Gegenäußerung) zu erstatten; weitere Schriftsätze auf eine Gegenäußerung sind nicht vorgesehen (vgl 16 Ok 10/02) und zwar auch dann nicht, wenn die Gegenäußerung nicht vom Rechtsmittelwerber, sondern von einem Dritten - einer Amtspartei - stammt.1. Die "Gegenäußerung" der Bundeswettbewerbsbehörde, die seit 1. 7. 2002 (Art römisch fünf Absatz eins, WettbG Bundesgesetzblatt Teil eins, 62 aus 2002,) als Amtspartei Parteistellung auch dann hat, wenn sie nicht Antragstellerin ist (Paragraph 44, KartG in der Fassung KartG-Nov 2002, Bundesgesetzblatt 62 aus 2002,), zum Rekurs der Antragstellerin, in der sie inhaltlich das Eventualbegehr der Rekurswerberin unterstützt und sich daher in Wahrheit gegen die erstinstanzliche Entscheidung wendet und deshalb als Rekurs aufzufassen ist, sowie die beiden letztgenannten Schriftsätze sind zurückzuweisen: Erstere wegen Verspätung (Zustellung 5. 7. 2002 - Postaufgabe der "Gegenäußerung" 11. 9. 2002), letztere weil jede Partei nur das Recht hat, ein Rechtsmittel und eine Rechtsmittelbeantwortung (Gegenäußerung) zu erstatten; weitere Schriftsätze auf eine Gegenäußerung sind nicht vorgesehen vergleiche 16 Ok 10/02) und zwar auch dann nicht, wenn die Gegenäußerung nicht vom Rechtsmittelwerber, sondern von einem Dritten - einer Amtspartei - stammt.

### **Rechtliche Beurteilung**

2. Der Rekurs der Antragstellerin ist nicht - und zwar auch nicht im Sinn des von der Bundeswettbewerbsbehörde befürwortet den Eventualantrags - berechtigt.

Zu den behaupteten unvollständigen Tatsachenfeststellungen ist zu bemerken:

Die Antragsgegnerin hat ohnedies nicht bestritten, und das Erstgericht hat seiner rechtlichen Beurteilung auch zugrundegelegt, dass die Antragstellerin die Mietleitungen der Antragsgegnerin vor allem dazu benötigt, um die Basisstationen ihres Mobilnetzes an ihr festes Kernnetz anzuschließen und dass die von der Antragsgegnerin angedrohte Sperre der Mietleitungen (Übertragungswege) faktisch zur Stilllegung eines Drittels des Mobilnetzes der Antragstellerin führen würde. Auch auf den Zusammenschaltungsvertrag wurde Bedacht genommen; wegen der Unterlassung der wörtlichen Wiedergabe gewisser Bestimmungen des Vertrags, dessen Wortlaut und Gültigkeit unstrittig ist, sind die Tatsachenfeststellungen allein noch nicht unvollständig; auf sie wird im Rahmen der rechtlichen Beurteilung noch detailliert zurückzukommen sein. Die nach den Behauptungen beider Seiten erst seit 15. 2. 2001, also nahezu ein Jahr nach den hier relevanten Vorgängen, eingerichtete elektronische Schnittstelle ist nicht geeignet, etwas über eine allenfalls zuvor bestandene Verpflichtung zur Übermittlung von Durchführungsbestätigungen im Rahmen der Preselection auszusagen. Zusätzliche Tatsachenfeststellungen sind deshalb nicht nötig.

Das Erstgericht hat zutreffend erkannt, dass der Hauptantrag der Antragstellerin auf Abänderung der AGB "Übertragungswege" durch das Kartellgericht unzulässig ist.

Die Rechtsmittelwerberin vermeint die ex ante vorzunehmende Kontrolle der von der Antragsgegnerin aufgestellten und wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung zur Genehmigung gemäß § 18 Abs 4 TKG bei der Regulierungsbehörde eingereichten und in der Folge von dieser genehmigten AGB mit einer allfälligen nachträglichen Kontrolle im Einzelfall durch die Gerichte, die aus kartellrechtlicher, wettbewerbsrechtlicher oder allgemein privatrechtlicher Sicht wegen allfälliger sittenwidriger Knebelung iSd § 879 ABGB möglich wäre. Vorliegendenfalls geht es allein um eine Kontrolle ex post aus kartellrechtlicher Sicht wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Eine Abänderung der genehmigten AGB an sich wäre nur im Wege des § 18 Abs 5 TKG durch Anordnung der Regulierungsbehörde möglich; danach könnte diese der Antragsgegnerin unter bestimmten Umständen eine Abänderung ihrer AGB auftragen. Die Rechtsmittelwerberin vermeint die ex ante vorzunehmende Kontrolle der von der Antragsgegnerin aufgestellten und wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung zur Genehmigung gemäß Paragraph 18, Absatz 4, TKG bei der Regulierungsbehörde eingereichten und in der Folge von dieser genehmigten AGB mit einer allfälligen nachträglichen Kontrolle im Einzelfall durch die Gerichte, die aus kartellrechtlicher, wettbewerbsrechtlicher oder allgemein privatrechtlicher Sicht wegen allfälliger sittenwidriger Knebelung iSd Paragraph 879, ABGB möglich wäre. Vorliegendenfalls geht es allein um eine Kontrolle ex post aus kartellrechtlicher Sicht wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Eine Abänderung der genehmigten AGB an sich wäre nur im Wege des Paragraph 18, Absatz 5, TKG durch Anordnung der Regulierungsbehörde möglich; danach könnte diese der Antragsgegnerin unter bestimmten Umständen eine Abänderung ihrer AGB auftragen.

Der Eventualantrag auf Abstellung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist hingegen - wie das Erstgericht ebenfalls zutreffend erkannte - zulässig, aber nicht berechtigt. Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht hat bereits in seiner Entscheidung vom 1. 3. 1999, 16 Ok 1/99 (= ÖBI 1999, 297 - One), ausführlich

dargelegt, dass bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen Verfahren zur Abstellung eines Missbrauchs nach § 35 KartG unabhängig von der Möglichkeit geführt werden können, Missbräuche nach dem TKG abstellen zu lassen, selbst wenn dies zu einer teilweise Überschneidung der Verfahren führen sollte: Die Missbrauchsbestimmung des § 34 Abs 3 (in Verbindung mit Abs 1) TKG ist prima vista enger formuliert als § 35 KartG. Eine Abstellung des Missbrauchs ist expressis verbis nur vorgesehen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen gegen den Kontrahierungszwang unter Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung verstößt (Tahedl, Karelrechtlicher Kontrahierungszwang für marktbeherrschende Telekommunikationsunternehmen, ÖBI 1997, 107 [112]; neuerdings Wollmann, Sektorliberalisierung und allgemeine Wettbewerbsaufsicht, ecolex 2000, 548; ausführlich zur Abgrenzung Leitl, Missbrauchsaufsicht über Telekommunikationsunternehmen [2001] 117 ff). Ein derartiger Verstoß wird von der Antragstellerin gar nicht behauptet. Ob vorliegendenfalls die angedrohte Sperre auch gegen § 34 Abs 3 TKG verstoßen könnte, ist hier nicht zu untersuchen, weil im kartellrechtlichen Verfahren nur zu prüfen ist, ob ein Verstoß gegen § 35 KartG vorliegt und bejahendenfalls, ob ein solcher das Unterlassungsbegehrn rechtfertigen könnte; in Betracht kommt vorliegendenfalls vor allem eine Prüfung aufgrund des Tatbestands des § 35 Abs 1 Z 1 KartG (Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen). Der Eventualantrag auf Abstellung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist hingegen - wie das Erstgericht ebenfalls zutreffend erkannte - zulässig, aber nicht berechtigt. Der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht hat bereits in seiner Entscheidung vom 1. 3. 1999, 16 Ok 1/99 (= ÖBI 1999, 297 - One), ausführlich dargelegt, dass bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen Verfahren zur Abstellung eines Missbrauchs nach Paragraph 35, KartG unabhängig von der Möglichkeit geführt werden können, Missbräuche nach dem TKG abstellen zu lassen, selbst wenn dies zu einer teilweise Überschneidung der Verfahren führen sollte: Die Missbrauchsbestimmung des Paragraph 34, Absatz 3, (in Verbindung mit Absatz eins,) TKG ist prima vista enger formuliert als Paragraph 35, KartG. Eine Abstellung des Missbrauchs ist expressis verbis nur vorgesehen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen gegen den Kontrahierungszwang unter Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung verstößt (Tahedl, Karelrechtlicher Kontrahierungszwang für marktbeherrschende Telekommunikationsunternehmen, ÖBI 1997, 107 [112]; neuerdings Wollmann, Sektorliberalisierung und allgemeine Wettbewerbsaufsicht, ecolex 2000, 548; ausführlich zur Abgrenzung Leitl, Missbrauchsaufsicht über Telekommunikationsunternehmen [2001] 117 ff). Ein derartiger Verstoß wird von der Antragstellerin gar nicht behauptet. Ob vorliegendenfalls die angedrohte Sperre auch gegen Paragraph 34, Absatz 3, TKG verstoßen könnte, ist hier nicht zu untersuchen, weil im kartellrechtlichen Verfahren nur zu prüfen ist, ob ein Verstoß gegen Paragraph 35, KartG vorliegt und bejahendenfalls, ob ein solcher das Unterlassungsbegehrn rechtfertigen könnte; in Betracht kommt vorliegendenfalls vor allem eine Prüfung aufgrund des Tatbestands des Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer eins, KartG (Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen).

Zweck der Missbrauchsbestimmung des § 35 KartG ist es ganz allgemein, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken können, zu unterbinden. Als missbräuchlich werden sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmers in beherrschender Stellung bezeichnet, die die Strukturen eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist und die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt somit dann vor, wenn ein den anderen Marktteilnehmern wirtschaftlich überlegener Unternehmer auf das Marktgeschehen in einer Weise Einfluss nimmt, die negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse befürchten lässt. Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, ist jedoch stets eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen (16 Ok 1/99 = ÖBI 1999, 297 - One mwN). Zweck der Missbrauchsbestimmung des Paragraph 35, KartG ist es ganz allgemein, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken können, zu unterbinden. Als missbräuchlich werden sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmers in beherrschender Stellung bezeichnet, die die Strukturen eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist und die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt somit dann vor, wenn ein den anderen Marktteilnehmern wirtschaftlich überlegener Unternehmer auf das

Marktgeschehen in einer Weise Einfluss nimmt, die negative Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse befürchten lässt. Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, ist jedoch stets eine sorgfältige Abwägung der einander widerstreitenden Interessen vorzunehmen (16 Ok 1/99 = ÖBl 1999, 297 - One mwN).

Die Antragstellerin strebt mit ihrem Rekurs - wie sie dort abschließend selbst ausführt (S 10) - der Sache nach an klarzustellen, dass die Antragsgegnerin nur dann berechtigt sein soll, Mietleitungen zu sperren, wenn sie mit unstrittigen Forderungen aus der Bereitstellung von Übertragungswegen trotz Mahnung und Nachfristsetzung in Rückstand sei und sich die Sperre auf konnexe Leistungen beziehe (S 8). Dieser Maßstab orientiere sich am bestehenden Zusammenschaltungsvertrag. Im Gegensatz zu § 23 Abs 1 Z 1 AGB "Übertragungswege", auf den sich die Antragsgegnerin berufe, beinhaltete er einen angemessenen Interessenausgleich und sei daher kartellrechtlich unbedenklich. Die Möglichkeit einer Leitungssperre nach den AGB sei hingegen unverhältnismäßig. Die Antragstellerin strebt mit ihrem Rekurs - wie sie dort abschließend selbst ausführt (S 10) - der Sache nach an klarzustellen, dass die Antragsgegnerin nur dann berechtigt sein soll, Mietleitungen zu sperren, wenn sie mit unstrittigen Forderungen aus der Bereitstellung von Übertragungswegen trotz Mahnung und Nachfristsetzung in Rückstand sei und sich die Sperre auf konnexe Leistungen beziehe (S 8). Dieser Maßstab orientiere sich am bestehenden Zusammenschaltungsvertrag. Im Gegensatz zu Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, AGB "Übertragungswege", auf den sich die Antragsgegnerin berufe, beinhaltete er einen angemessenen Interessenausgleich und sei daher kartellrechtlich unbedenklich. Die Möglichkeit einer Leitungssperre nach den AGB sei hingegen unverhältnismäßig.

Es ist daher vorerst zweckmäßig zu prüfen, ob bzw wie sich der auf der Zusammenschaltungsanordnung beruhende Zusammenschaltungsvertrag (Beilage ./F) von den AGB "Übertragungswege" (Beilage ./A) im hier strittigen Bereich unterscheidet und ob dieser Unterschied so wesentlich ist, dass er kartellrechtlich relevant wird. Der Hinweis der Rekurswerberin, dass der Zusammenschaltungsvertrag (Beilage ./F) eine Sperre (7.1) bzw außerordentliche Kündigung (11.4) nur wegen Nichtzahlung unstrittiger Forderungen vorsieht, ist an sich zutreffend.

Diese Vertragsbestimmungen lassen sich jedoch diesbezüglich mit den AGB "Übertragungswege" - sieht man deren § 23 Abs 1 Z 2 und § 26 nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen dieser AGB - durchaus in Einklang bringen. Diese Vertragsbestimmungen lassen sich jedoch diesbezüglich mit den AGB "Übertragungswege" - sieht man deren Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 2 und Paragraph 26, nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen dieser AGB - durchaus in Einklang bringen.

§ 23 Abs 1 Z 1 AGB betreffend die Sperre und § 26 AGB über die außerordentliche Kündigung gehen zwar vordergründig - orientiert man sich nur am Wortlaut dieser Bestimmungen allein - davon aus, dass eine Sperre bzw eine außerordentliche Kündigung bei Zahlungsverzug mit der Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen aus dem Bereich der Telekommunikation stets und nicht nur dann zulässig sei, wenn die Zahlungsverpflichtung unstrittig ist. Doch sind die genannten Bestimmungen im Zusammenhang mit § 32 dieser AGB zu sehen, der Regelungen für den Fall der Bestreitung von Forderungen der Antragsgegnerin enthält. Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, AGB betreffend die Sperre und Paragraph 26, AGB über die außerordentliche Kündigung gehen zwar vordergründig - orientiert man sich nur am Wortlaut dieser Bestimmungen allein - davon aus, dass eine Sperre bzw eine außerordentliche Kündigung bei Zahlungsverzug mit der Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen aus dem Bereich der Telekommunikation stets und nicht nur dann zulässig sei, wenn die Zahlungsverpflichtung unstrittig ist. Doch sind die genannten Bestimmungen im Zusammenhang mit Paragraph 32, dieser AGB zu sehen, der Regelungen für den Fall der Bestreitung von Forderungen der Antragsgegnerin enthält.

"(1) Einwendungen gegen in Rechnung gestellte Entgeltforderungen sind vom Kunden binnen einem Monat nach Zugang der Rechnung schriftlich bei der die Rechnung ausstellenden Rechnungsstelle zu erheben, anderenfalls die Forderung als anerkannt gilt ...

(3) Lehnt die T\*\*\*\*\* AG die Einwendungen ab oder trifft sie innerhalb von vier Monaten nach Einlangen der Einwendungen bei der zuständigen Rechnungsstelle keine Entscheidung, so hat der Kunde binnen zwei Monaten nach Zugang der endgültigen Entscheidung oder nach erfolglosem Ablauf der Entscheidungsfrist eine Streitschlichtung gemäß den Bestimmungen des TKG in Anspruch zu nehmen oder den Rechtsweg zu bestreiten, anderenfalls die bestrittene Forderung als anerkannt gilt. ..."

Es war daher nach den AGB "Übertragungswege" Sache der Antragsstellerin - und nicht (wie die Antragstellerin und die

Bundeswettbewerbsbehörde meinen) Sache der Antragsgegnerin -, eine dieser Möglichkeiten zu ergreifen und somit zu verhindern, dass die Forderungen als anerkannt gelten. In der Belastung mit dieser Obliegenheit, insbesondere der Anrufung der Regulierungsbehörde zur Streitschlichtung, auf die Antragstellerin liegt kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung; dass diese Vorgangsweise für die Antragstellerin unzumutbar wäre oder einem angemessenen Interessenausgleich widerstritt, behauptet sie selbst nicht. Vorliegendenfalls hat die Antragstellerin gegen einen Großteil der Forderungen, die die Antragsgegnerin zur Androhung der Sperre veranlasste, nicht rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass sie als unbestritten gelten. Nur gegen die für Juli und August 2000 in Rechnung gestellten Entgelte hat die Antragstellerin rechtzeitig Einwendungen erhoben, hat aber auch für diese weder eine Streitschlichtung nach § 66 TKG in Anspruch genommen, noch den Rechtsweg beschritten, sodass die Forderungen im Sinn der AGB "Übertragungswege" als anerkannt anzusehen sind. Es war daher nach den AGB "Übertragungswege" Sache der Antragsstellerin - und nicht (wie die Antragstellerin und die Bundeswettbewerbsbehörde meinen) Sache der Antragsgegnerin -, eine dieser Möglichkeiten zu ergreifen und somit zu verhindern, dass die Forderungen als anerkannt gelten. In der Belastung mit dieser Obliegenheit, insbesondere der Anrufung der Regulierungsbehörde zur Streitschlichtung, auf die Antragstellerin liegt kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung; dass diese Vorgangsweise für die Antragstellerin unzumutbar wäre oder einem angemessenen Interessenausgleich widerstritt, behauptet sie selbst nicht. Vorliegendenfalls hat die Antragstellerin gegen einen Großteil der Forderungen, die die Antragsgegnerin zur Androhung der Sperre veranlasste, nicht rechtzeitig Einwendungen erhoben, sodass sie als unbestritten gelten. Nur gegen die für Juli und August 2000 in Rechnung gestellten Entgelte hat die Antragstellerin rechtzeitig Einwendungen erhoben, hat aber auch für diese weder eine Streitschlichtung nach Paragraph 66, TKG in Anspruch genommen, noch den Rechtsweg beschritten, sodass die Forderungen im Sinn der AGB "Übertragungswege" als anerkannt anzusehen sind.

Demnach sehen sowohl die AGB "Übertragungswege" als auch der Zusammenschaltungsvertrag eine Sperre wegen Nichtzahlung nur dann vor, wenn die Forderungen anerkannt sind bzw als anerkannt gelten. Die AGB "Übertragungswege" unterscheiden sich vom Zusammenschaltungsvertrag in Bezug auf die Nichtzahlung des Entgelts im Übrigen dadurch, dass in den AGB ganz allgemein eine Sperre oder außerordentliche Kündigung bei qualifizierten Rückständen mit Zahlungsverpflichtungen aus dem Bereich der Telekommunikation vorgesehen ist, während der Zusammenschaltungsvertrag nur von einer Sperre (7.1) im Fall rückständiger, nicht unerheblicher Zahlungsverpflichtungen bei verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelten spricht; eine außerordentliche Kündigung ist hingegen nach 11.4 zweiter Fall bei Verletzung jeglicher Zahlungsverpflichtungen aus dem Zusammenschaltungsvertrag zulässig. Die Umstellung auf automatische Preselection, zu der die Antragstellerin verpflichtet ist, gehört zu den Zusammenschlussleistungen, was sich schon daraus ergibt, dass die Bestimmungen über die Preselection als Anhang 21 in den Zusammenschaltungsvertrag übernommen wurden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die verhältnismäßig weite Formulierung der AGB "Übertragungswege" in anderen Fällen möglicherweise bei Abwägung einander widerstreitender Interessen dazu führen könnte, dass eine Sperre oder außerordentliche Kündigung wegen Forderungen aus ganz anderen Bereichen der Telekommunikation als missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung beurteilt werden könnte. Vorliegendenfalls ist dies wegen des engen Zusammenhangs zwischen der Umstellung auf Preselection und den sonstigen Zusammenschaltungsleistungen jedenfalls nicht der Fall. Die Androhung der Sperre wegen Nichtzahlung des Entgelts für die Umstellung auf Preselection kann - auch wenn es sich nicht um konnexe Forderungen im engeren Sinn handelt - schon deshalb nicht als unverhältnismäßig angesehen werden, weil die Antragsgegnerin nicht zu dem ihr ebenfalls (und zwar sowohl nach dem Zusammenschaltungsvertrag als auch nach den AGB "Übertragungswege") zustehenden, weit schärferen und für die Antragstellerin wesentlich nachteiligeren Mittel der außerordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses gegriffen hat.

Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass die Antragstellerin die Bezahlung der Kosten für die Umschaltung grundlos zur Gänze verweigert hat. Es trifft nicht zu, dass die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, sie von der erfolgten Umstellung, insb dem Zeitpunkt, in dem die Umstellung vorgenommen wurde, zu verständigen (siehe die detaillierte Regelung im Anhang 21 P 5). Obwohl die Antragstellerin selbst vorbrachte, dass eine von ihr eingeholte Umfrage habe ergeben, dass die Umstellung nur etwa in einem Drittel der Fälle nicht rechtzeitig erfolgt sei (ON 1 S 5), und die Antragsgegnerin habe für die Umstellung in etwa diesem Umfang infolge verspäteter Umstellung keine Kosten in Rechnung gestellt hat, vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, sie sei berechtigt, davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin in keinem Fall rechtzeitig umgestellt habe, und sie habe daher gar nichts zu zahlen, ist logisch nicht

nachvollziehbar und kann nur als mutwillige Zahlungsverweigerung beurteilt werden, hat sie doch die ihr zumutbaren notwendigen Schritte nach § 66 TKG unterlassen. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist daher zu verneinen, weshalb die Abweisung des Eventualbegehrens zu Recht erfolgt ist. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass die Antragstellerin die Bezahlung der Kosten für die Umschaltung grundlos zur Gänze verweigert hat. Es trifft nicht zu, dass die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, sie von der erfolgten Umstellung, insb dem Zeitpunkt, in dem die Umstellung vorgenommen wurde, zu verständigen (siehe die detaillierte Regelung im Anhang 21 P 5). Obwohl die Antragstellerin selbst vorbrachte, dass eine von ihr eingeholte Umfrage habe ergeben, dass die Umstellung nur etwa in einem Drittel der Fälle rechtzeitig erfolgt sei (ON 1 S 5), und die Antragsgegnerin habe für die Umstellung in etwa diesem Umfang infolge verspäteter Umstellung keine Kosten in Rechnung gestellt hat, vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, sie sei berechtigt, davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin in keinem Fall rechtzeitig umgestellt habe, und sie habe daher gar nichts zu zahlen, ist logisch nicht nachvollziehbar und kann nur als mutwillige Zahlungsverweigerung beurteilt werden, hat sie doch die ihr zumutbaren notwendigen Schritte nach Paragraph 66, TKG unterlassen. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist daher zu verneinen, weshalb die Abweisung des Eventualbegehrens zu Recht erfolgt ist.

Eine Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens entfällt, weil im Hinblick auf § 45 Abs 2 KartG zutreffender Weise Kosten nicht verzeichnet wurden. Eine Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens entfällt, weil im Hinblick auf Paragraph 45, Absatz 2, KartG zutreffender Weise Kosten nicht verzeichnet wurden.

#### **Anmerkung**

E67918 16Ok12.02

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0160OK00012.02.1216.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20021216\_OGH0002\_0160OK00012\_0200000\_000

**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)