jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2005/1/31 2004/03/0066

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 31.01.2005

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06202000;
E3L E13309900;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
20/06 Konsumentenschutz;
40/01 Verwaltungsverfahren;
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

31997L0013 Telekommunikationsdienste Rahmen-RL Art8 Abs4 litb;
ABGB §864a;
ABGB §879 Abs3;
ABGB §879;
AVG §56;
EURallg;
KSchG 1979 §6 Abs3;
KSchG 1979 §6;
KSchG 1979 §9;
TKG 1997 §18 impl;
TKG 2003 §117 Z3;
TKG 2003 §25 Abs1;
TKG 2003 §25 Abs2;
TKG 2003 §25 Abs4;
TKG 2003 §25 Abs5;
TKG 2003 §25 Abs6;
TKG 2003 §25;
TKG 2003 §26 Abs3;
TKG 2003 §45 Abs6;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Berger, Dr. Lehofer und Mag. Samm, als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der M AG & Co KG in W, vertreten durch Dr. Wolfgang W. Richter, Rechtsanwalt in 1010 Wien,

Neuer Markt 1/4/16, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 29. März 2004, Zl. G 53/03-21, betreffend Widerspruch gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 330,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde gemäß § 25 Abs. 6 i.V.m. § 117 Z. 3 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003, den im Folgenden wörtlich wiedergegebenen §§ 11 Abs. 2 und 12 Abs. 2 und 3 der von der Beschwerdeführerin gemäß § 25 Abs. 2 TKG 2003 angezeigten "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der m für die Inanspruchnahme von Kommunikationsdiensten und damit im Zusammenhang stehender Leistungen (AGB Mobil)" widersprochen:

§ 11 Abs. 2 AGB Mobil:

"Der Kunde darf Dritten die Inanspruchnahme von Leistungen gestatten. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass von einem Mobilfunkanschluss A1, insbesondere in Verbindung mit einer SIM-Karte, auch die Inanspruchnahme von Leistungen der m, von anderen Betreibern oder gemäß § 16 von anderen Anbietern, die über bloße Kommunikationsdienstleistungen hinausgehen, möglich ist. Nutzt der Kunde nicht die Möglichkeit, den Mobilfunkanschluss für diese Leistungen bei m sperren zu lassen, so haftet er darüber hinaus für alle Entgeltforderungen, die durch die Inanspruchnahme von solchen Leistungen durch Dritte entstanden sind, soweit er dies innerhalb seiner Einflusssphäre zu vertreten hat.

Der Kunde kann die ständige und alleinige Benutzung seines Anschlusses durch Dritte der m anzeigen und eine entsprechende Haftungserklärung des oder der Dritten der m übermitteln. Erfolgt die ständige und alleinige Inanspruchnahme von Leistungen durch Dritte, etwa die Überlassung eines Anschlusses an Dritte, etwa die Überlassung eines Anschlusses an Dritte zur ständigen und alleinigen Benutzung entgeltlich oder kommerziell, so ist dies nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung der m gestattet. Konzernunternehmen des Kunden im Sinne der §§ 15 AktG und 115 GmbH gelten nicht als Dritte. Ungeachtet dessen können Dritte bei ständiger und alleiniger Benutzung eines Anschlusses oder bei ausschließlicher Inanspruchnahme einer Leistung neben dem Kunden für alle Entgeltforderungen und Schadenersatzansprüche nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen als Gesamtschuldner haften."

§ 12 Abs. 2 AGB Mobil:

"Ist zur Inanspruchnahme einer Leistung ein spezieller Kode - etwa eine Persönliche Identifikationsnummer (z.B. PIN-Kode) oder ein Kennwort - notwendig, so ist der Kunde verpflichtet, diesen Kode gehein zu halten und ihn insbesondere nicht auf einer gleichfalls von der m überlassenen Karte zu vermerken oder gemeinsam mit dieser aufzubewahren. Besteht der Verdacht einer Kenntnis des Kodes durch unberechtigte Dritte, so hat der Kunde den Kode unverzüglich zu ändern oder - falls dies nur durch die m vorgenommen werden kann - die m unverzüglich mit der Änderung des Kodes zu beauftragen. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich auf das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung des Mobilfunkanschlusses, insbesondere in Verbindung mit einer SIM-Karte durch Dritte im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Leistungen der m und gemäß § 16 von anderen Betreibern oder anderen Anbietern von Leistungen, die über bloße Kommunikationsdienstleistungen hinausgehen können, hingewiesen. Es besteht die Möglichkeit, Leistungen gemäß den entsprechenden Leistungsbeschreibungen bei der m sperren zu lassen."

§ 12 Abs. 3 AGB Mobil:

"Werden Leistungen der m von unberechtigten Dritten unter Verwendung einer Karte oder eines Kodes in Anspruch genommen, so haftet der Kunde für alle dadurch angefallenen Entgelte bis zum Eintreffen der Meldung über den Verlust der Karte oder des Auftrages zur Änderung des Kodes bei der m."

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass die Beschwerdeführerin Allgemeine Geschäftsbedingungen samt Leistungsbeschreibungen zur Anzeige gebracht hat, welche u.a. die oben wiedergegebenen Bestimmungen enthielten.

Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten hätten gemäß § 25 Abs. 1 TKG 2003 Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen seien der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. § 25 Abs. 2 TKG 2003 bestimme dazu weiters, dass (auch) Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen seien. Die belangte Behörde könne nach § 25 Abs. 6 i. V.m. § 117 Z. 3 TKG 2003 den gemäß § 25 Abs. 1 und 2 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn diese dem TKG 2003 oder den auf Grund des TKG 2003 erlassenen Verordnungen oder den §§ 879 und 864a ABGB oder den §§ 6 und 9 KSchG widersprechen.

Nach Prüfung der von der Beschwerdeführerin angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien insbesondere in den §§ 11 und 12 dieser Geschäftsbedingungen ("AGB Mobil") Gesetzesverletzungen im Sinne des § 25 Abs. 6 TKG 2003 auszumachen, wobei im Rahmen der Prüfung im Besonderen auf das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 27. Mai 2003, 1 Ob 244/02t, referenziert worden sei. Die Gesetzesverletzungen seien der Beschwerdeführerin im Rahmen zweier Besprechungstermine als auch mittels eines Schreibens mitgeteilt worden; eine Beseitigung dieser in den §§ 11 und 12 AGB Mobil monierten Gesetzesverletzungen sei bis zum Entscheidungszeitpunkt der belangten Behörde nicht erfolgt.

Nach umfassender Wiedergabe des Vorbringens der Beschwerdeführerin zur Rechtfertigung der von ihr angezeigten Bestimmungen der §§ 11 und 12 AGB Mobil verweist die belangte Behörde auf das bereits zitierte Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 27. Mai 2003. In diesem Urteil habe der Oberste Gerichtshof u. a. ausgesprochen, dass bei der Beurteilung von Rechnungen über Mehrwertdienste zwei Verträge zu unterscheiden seien, zum einen der Telefondienstvertrag des Kunden mit dem Netzbetreiber und zum anderen der Mehrwertdienstvertrag des jeweiligen Benutzers des Anschlusses mit dem Anbieter der Dienste. Der Oberste Gerichtshof habe in diesem Urteil auch auf § 11 Abs. 1 der "AGB Telefon" der PTV (nunmehr Telekom Austria AG) Bezug genommen, welcher wie folgt gelautet habe: "Für Entgeltforderungen, die durch die Inanspruchnahme von Leistungen entstanden sind, haftet der Kunde, soweit er dies innerhalb seiner Einflusssphäre zu vertreten hat."

Der Oberste Gerichtshof habe zu dieser Regelung ausgeführt, dass sie sich nur auf das Rechtsverhältnis der Partner dieses Vertrages auswirken könne, sodass der Kunde zweifellos für die Verbindungsentgelte hafte, die durch Gespräche Dritter, die von einem Anschluss in ihm zurechenbarer Weise geführt würden, ausgelöst würden. Ansprüche der Mehrwertdiensteanbieter, die auf Grund eines gesonderten Vertrages entstanden seien, seien dagegen von dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nicht umfasst, sodass durch die genannte Bestimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Haftung des Kunden für die zwischen beiderseits Vertragsfremden entstandene Forderung nicht begründet werden könne.

Diese Dualität der Vertragsverhältnisse bestehe auch dann, wenn Mehrwertdienstleistungen von einem Mobilfunktelefon aus in Anspruch genommen würden; auch in diesem Fall könnten zwei Vertragsverhältnisse entstehen, wenn der Nutzer mit dem Teilnehmer nicht ident sei. Die belangte Behörde gehe davon aus, dass die Grundsätze des zitierten Urteiles des Obersten Gerichtshofes auch auf Verbindungen zu Mehrwertdiensten Anwendung fänden, die von einem Mobiltelefon aus hergestellt würden. Auf Grund der Dualität der Vertragsverhältnisse könne somit eine direkte Haftung aus Vertrag zum Diensteanbieter/Dienstenetzbetreiber nicht bestehen und sohin in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch nicht begründet werden. Werde das Mobiltelefon "selbst willentlich" an eine dritte Person weitergegeben, könne darin noch keine ausdrückliche Bevollmächtigung für den Abschluss (auch) von Mehrwertdienstrechtsgeschäften zu sehen sein, denn die willentliche Weitergabe des Mobilfunktelefones (samt PIN-Code) könne nach Ansicht der belangten Behörde bloß die (allgemeine) ausdrückliche Bevollmächtigung des Dritten darstellen, "Telekommunikationsdienstleistungen" in Anspruch nehmen zu dürfen. Dies entspreche auch der allgemeinen Lebenserfahrung, denn niemand würde - ohne Hinzutreten weiterer Umstände - durch die bloße Weitergabe seines Mobiltelefones einen Dritten dazu bevollmächtigen wollen, wesentlich teurere und eventuell sogar existenzgefährdende Mehrwertdienstleistungen in Anspruch nehmen zu dürfen. Die Inanspruchnahme von Mehrwertdienstleistungen wäre somit auch vom Umfang der Vollmacht her nicht gedeckt. Eine spezielle Bevollmächtigung zu nicht gewollten Geschäften (hier: Mehrwertdienstleistungen) sei nicht zu vermuten. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung könne selbst eine stillschweigende Bevollmächtigung zur Inanspruchnahme von

Mehrwertdiensten nicht unterstellt werden, da ein durchschnittlicher Anschlussinhaber einen Dritten nicht (auch nicht stillschweigend) dazu bevollmächtigen würde, auf seine Kosten wesentlich teurere Mehrwertdienstleistungen in Anspruch zu nehmen.

Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin könne die Nichtvornahme der Sperre auch keine Obliegenheitsverletzung darstellen. So könne ein Teilnehmer durchaus bewusst Mehrwertdienste nicht sperren lassen, um sie selbst in Anspruch nehmen zu können. Das Argument der Sperrmöglichkeit habe auch der Oberste Gerichtshof im Urteil vom 27. Mai 2003 nicht aufgegriffen, obgleich auch im Festnetzbereich jederzeit die Möglichkeit bestehe, Mehrwertdienste sperren zu lassen. Daraus folge jedoch nicht, dass durch die Nichtvornahme der Sperre auch Dritte diese Dienste in Anspruch nehmen sollten. Aus dem Unterlassen der Sperre (welche unterschiedlichste Ursachen haben könne) lasse sich auch nicht ableiten, dass der Teilnehmer einen Erklärungstatbestand in der Form setzen möchte, dass auch irgendein Dritter (missbräuchlich) auf seine Kosten Mehrwertdienste in Anspruch nehmen könne. Die Unterlassung einer Sperre könne somit - ohne Hinzutreten weiterer Umstände - im Regelfall keine Pflichtverletzung darstellen, ebenso wenig wie ihr ein (fingierter) Erklärungswert in der Form beigemessen werden könnte, dass eine stillschweigende Bevollmächtigung des Dritten zur Inanspruchnahme von Mehrwertdienstleistungen anzunehmen wäre. Dies habe umso mehr zu gelten, als für die Schlüssigkeit eines Verhaltens im Hinblick auf den rechtsgeschäftlichen Willen nach § 863 ABGB ein strenger Maßstab anzulegen sei und bloßes Schweigen (als Unterlassung) grundsätzlich auch keinen Erklärungswert besitze.

Das Vorbringen der Beschwerdeführer, dass ein Mobiltelefon als persönlicher Gegenstand anzusehen sei, welcher auch mittels PIN-Code zu sichern sei, vermöge nichts an dem Umstand zu ändern, dass auch im Falle der (missbräuchlichen) Inanspruchnahme durch Dritte auf Grund der Dualität der Vertragsverhältnisse nur eine Haftung für Entgelte aus "Telekommunikationsdienstleistungen" (im Sinne des § 3 Z. 21 und Z. 9 TKG 2003), nicht jedoch auch eine solche für Mehrwertdienstleistungen bestehen und somit in AGB begründet werden könne. Der von der Beschwerdeführerin gezogene Vergleich mit der Bankomatkarte sei insofern verfehlt, als durch den Behebevorgang mittels Bankomatkarte auch keine Dualität der Vertragsverhältnisse entstehen könne. Darüber hinaus sei anzumerken, dass jeder einzelne Behebevorgang mittels Bankomatkarte eine Codeeingabe erfordere, während beim Mobilfunktelefon, soweit es einmal eingeschaltet sei, eine weitere PIN-Eingabe nicht mehr erforderlich sei. Die Missbrauchsgefahr (z.B. im Entwendungsfall) könne somit beim Mobiltelefon (auch im Verhältnis zum Festnetz) noch viel größer sein.

Weitgehend zuzustimmen sei dem Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Form, dass es grundsätzlich im Einflussbereich des Kunden liege, sein Mobiltelefon (samt SIM-Karte) vor Diebstahl und Verlust zu schützen. Entgegen der Rechtsansicht der Beschwerdeführerin könne eine Verletzung dieser Sorgfaltspflicht jedoch nicht dazu führen, dass der Kunde (auch) für die missbräuchliche Inanspruchnahme von Mehrwertdienstleistungen zu haften hätte. Denn durch die Verletzung der Sorgfaltspflicht (mangelhafte Verwahrung) könne sich nur jenes Risiko verwirklichen, welches der Kunde auch zu vertreten bzw. auch zu verhindern hätte. Da der Kunde jedoch nur eine Obliegenheitsverletzung gegenüber seinem Vertragspartner (M als Teilnehmernetzbetreiber) setzen könnte, nicht jedoch gegenüber einem (in der Regel nicht einmal bekannten) Vertragsfremden (Diensteanbieter), könne es auch nicht in seiner Sphäre liegen, für die missbräuchliche Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten (eines für ihn vertragsfremden Betreibers durch einen für ihn eventuell auch unbekannten Dritten) Vorkehrungen zu treffen bzw. sogar einstehen zu müssen. Da nur der Teilnehmernetzbetreiber mit dem Dienstenetzbetreiber in einem Vertragsverhältnis stehe, könnte auch die Annahme nahe liegen, dass das Risiko in die Sphäre des Teilnehmernetzbetreibers falle (bzw. in die Sphäre des Mehrwertdienstebetreibers, welcher die Legitimation seines Vertragspartners zu prüfen hätte).

Auch die Annahme einer Anscheinsvollmacht sei zu verneinen. Die bloße Tatsache, dass der Teilnehmer über einen Telefonanschluss verfüge, könne nach Ansicht des OGH schon deshalb nicht den Anschein der Bevollmächtigung erwecken, weil der Gesprächspartner (Mitarbeiter des Mehrwertdienstleisters) im Regelfall gar nicht wisse, ob er mit dem Anschlussinhaber oder einem Dritten, der diesen Anschluss berechtigter oder unberechtigter Weise benutze, kontrahiere. Nach Ansicht des OGH fehle es somit schon an der Offenkundigkeit. Soweit der Diensteanbieter nicht zu beweisen vermöge, mit wem er kontrahiert habe, könne er nicht schutzwürdig sein. Die Beweislast, dass im Vollmachtsnamen gehandelt wurde, liege stets bei dem, der das Vorliegen eines Vollmachtsverhältnisses behaupte. Die Annahme einer Anscheinsvollmacht scheide somit auch mangels Schutzwürdigkeit des Mehrwertdiensteanbieters aus.

Eine generelle Verpflichtung des Teilnehmers zur Zahlung des Mehrwertdienstentgeltes lasse sich selbst bei

willentlicher Weitergabe des Mobilfunktelefones nicht ableiten. Bei Auslegung der Haftungsklauseln der §§ 11 Abs. 2 und 12 Abs. 2 und 3 AGB-Mobil sei jedoch davon auszugehen, dass die genannten Regelungen eine unzulässige, weil generelle Haftung für Entgelte auch aus Mehrwertdienstleistungen begründeten. Da das übernommene Kostenrisiko für den Kunden (insbesondere der Höhe nach) jedoch nicht einschätzbar bzw. vorhersehbar sei, würden diese Klauseln - auch unter Berücksichtigung der im zitierten OGH-Urteil vom 27. Mai 2003 statuierten Grundsätze - eine unzulässige Risikoüberwälzung darstellen und seien somit sowohl als sittenwidrig bzw. gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 ABGB als auch als intransparent im Sinne des§ 6 Abs. 3 KSchG zu qualifizieren.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Antrag, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. § 25 Abs. 1, 2 und 6 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003, lauten:

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

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

...

(6) Die Regulierungsbehörde kann den gemäß Abs. 1 und 2 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn diese diesem Bundesgesetz oder den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen. Die Zuständigkeiten zur Überprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.

..."

Gemäß § 117 Z. 3 TKG 2003 ist der belangten Behörde die Aufgabe der "Ausübung des Widerspruchsrechtes gemäß § 25" zugewiesen.

2. Die Beschwerdeführerin ist unstrittig Betreiber von Kommunikationsnetzen und -diensten; die verfahrensgegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen betreffen nach der ihr von der Beschwerdeführerin gegebenen Bezeichnung "die Inanspruchnahme von Kommunikationsdiensten und damit im Zusammenhang stehender Leistungen" und unterliegen somit der Anzeigepflicht des § 25 Abs. 1 und 2 TKG 2003 sowie dem Widerspruchsverfahren des § 25 Abs. 6 TKG 2003. 3.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die belangte Behörde durch den angefochtenen Bescheid ihre gemäß § 25 Abs. 6 TKG 2003 bestehende Prüfungskompetenz überschritten habe. Der belangten Behörde stehe eine Kompetenz zur Weiterentwicklung des Zivilrechts nicht zu, sie habe sich in ihrer Entscheidungsbegründung nicht auf die ständige Judikatur der Zivilgerichte zu einer zivilrechtlichen Haftungsfrage zu berufen vermocht und sich vielmehr auf ein einziges Urteil des OGH bezogen, welches für die gegenständliche Frage nicht anzuwenden sei. Zur Frage der Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln betreffend die Risikozuordnung und Beweislastverteilung bei Mehrwertdiensten über Mobiltelefon bestehe keine Rechtsprechung des OGH. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente würden es hinreichend wahrscheinlich erscheinen lassen, dass der OGH in dieser Frage anders entscheiden würde. Jedoch schon alleine die theoretische Möglichkeit, dass der OGH in dieser Sache anders entscheiden könnte, hätte die belangte Behörde veranlassen müssen, "von einer zivilrechtlichen Rechtsfortbildung abzusehen, um nicht eine Rechtsentwicklung in die Wege zu leiten, die inhaltlich im Widerspruch zu einem Urteil der Zivilgerichte in der selben Sache führen könnte und insofern das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf den gesetzlichen Richter zu verletzen."

Soweit sich die Beschwerdeführerin damit auf die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte beruft, ist eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes nicht gegeben.

Bei dem in § 25 Abs. 6 TKG. 2003 geregelten Widerspruchsverfahren gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen von Betreibern von Kommunikationsnetzen oder -diensten, welche bestimmten, in dieser Bestimmung genannten Rechtsvorschriften widersprechen, handelt es sich um ein aufsichtsbehördliches Verfahren, mit dem die belangte Behörde im Sinne der Zielsetzungen des gemeinsamen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der durch das TKG 2003 umgesetzt wird, "einen weitgehenden Verbraucherschutz in den Beziehungen zwischen Kunden und Anbietern" zu gewährleisten hat (vgl. Art. 8 Abs. 4 lit. b Rahmenrichtlinie). Die aufsichtsbehördliche Prüfung von Geschäftsbedingungen, welche für elektronische Kommunikationsnetze oder -dienste zur Anwendung gelangen sollen, stellt ein zur (in der Regel nachlaufenden) Klauselkontrolle durch die Zivilgerichte komplementäres Instrument dar, durch das sichergestellt werden soll, dass die auf dem Markt verwendeten Geschäftsbedingungen gewissen Mindestanforderungen gerecht werden.

Zur Abwendung von Nachteilen für Kunden durch einen unangemessenen Vertragsinhalt obliegt es daher der belangten Behörde, eigenständig eine Würdigung der vorgelegten Geschäftsbedingungen vorzunehmen und deren Vereinbarkeit mit den in § 25 Abs. 6 TKG 2003 genannten Rechtsvorschriften zu prüfen. Dabei liegt es im Wesen einer derartigen präventiven Klauselkontrolle, dass sie nicht immer auf einer gesicherten, zu vergleichbaren Sachverhalten ergangenen Rechtsprechung aufbauen kann. So unterscheidet sich die von den Zivilgerichten vorzunehmende Geltungs- oder Inhaltskontrolle gemäß den §§ 864a und 879 ABGB und §§ 6 und 9 KSchG - sieht man von Verbandsklagen im Sinne des zweiten Hauptstücks des KSchG ab - schon insoferne von der präventiven Klauselkontrolle, als im Falle der gerichtlichen Kontrolle in Individualverfahren keine abstrakte, von einem konkreten Vertragsverhältnis losgelöste Beurteilung erfolgt, sondern stets auf alle Umstände des Einzelfalles abzustellen ist (vgl. zum "beweglichen System" der Inhaltskontrolle etwa Kosesnik-Wehrle u.a., KSchG, 2. Aufl., Rz. 12 ff zu § 879 Abs. 3 ABGB).

Die belangte Behörde hat die ihr vorgelegten allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 25 Abs. 6 TKG. 2003 zu prüfen; eine Verpflichtung der belangten Behörde, dieser Aufgabe nur insoweit nachzukommen, als bereits "gesicherte Rechtsprechung" des Obersten Gerichtshofes vorliegt, kann dem Gesetz nicht entnommen werden.

3.2. Die Beschwerdeführerin verkennt auch, dass mit einem Widerspruch der Regulierungsbehörde gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht über die selbe Sache abgesprochen wird, die einem allfälligen Verfahren vor einem Zivilgericht zu Grunde liegen könnte. Eine allenfalls erteilte behördliche Genehmigung - bzw. für den gegenständlichen Sachverhalt das Unterlassen eines Widerspruchs - hat für eine zivilgerichtliche Geltungs- bzw. Inhaltskontrolle keine Bedeutung (vgl. die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes vom 28. April 1999, 3 Ob 246/98t, vom 14. März 2000, 4 Ob 50/00g, und vom 26. April 2000, 9 Ob 70/00k). Umgekehrt kann auch durch einen Widerspruch bzw. das Versagen einer Genehmigung für Geschäftsbedingungen nach dem TKG. 2003 eine Bindung der Zivilgerichte hinsichtlich der Beurteilung bestimmter Klauseln nur insofern -indirekt - bewirkt werden, als die Zivilgerichte gegebenenfalls zu berücksichtigen hätten, dass Klauseln, denen durch die Regulierungsbehörde widersprochen wurde, im Geltungsbereich des Widerspruchsbescheides nicht verwendet werden dürfen.

3.3. Soweit die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 13. September 2001, 6 Ob 16/01y, ausführt, dass die Prüfungskompetenz der belangten Behörde nach § 25 Abs. 6 TKG "in einem unauflöslichen Zusammenhang mit der telekommunikationsrechtlichen Prüfung" stehe, ist ihr grundsätzlich insoweit zuzustimmen, als Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist, dass es sich um Geschäftsbedingungen der Betreiber von Kommunikationsnetzen oder - diensten handeln muss, welche auch das Angebot von Kommunikationsnetzen oder -diensten betreffen. Dass dies im vorliegenden Fall nicht gegeben wäre, hat jedoch auch die Beschwerdeführerin selbst nicht behauptet, sind die Geschäftsbedingungen von ihr doch ausdrücklich "für die Inanspruchnahme von Kommunikationsdiensten und damit im Zusammenhang stehender Leistungen" aufgestellt worden; dass insbesondere die verfahrensgegenständlichen Bestimmungen auf Kommunikationsdienste nicht anzuwenden wären, hat die Beschwerdeführerin nicht vorgebracht und geht aus den Bedingungen auch nicht hervor.

3.4. Auch die von der Beschwerdeführerin aus der Abgrenzung von Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienste von jenen für "Zusatzangebote" - wie im zitierten Urteil des Obersten Gerichtshofes vom

13. September 2001 ausgeführt - gezogenen Schlussfolgerungen vermögen nicht zu überzeugen. Der Oberste Gerichtshof hat in diesem Urteil nicht ausgesprochen, dass den Regeln des - hinsichtlich der Anzeigepflicht dem nunmehrigen § 25 TKG 2003 entsprechenden - § 18 TKG 1997 nur jene Teile der Geschäftsbedingungen unterlegen wären, die spezifisch kommunikationsrechtlichen Inhalt hätten, sondern er hat vielmehr die Anwendung des § 18 TKG 1997 auf Dienstleistungen, welche keine Telekommunikationsdienste darstellten, verneint. Daraus ergibt sich nicht, wie dies die Beschwerdeführerin vermeint, dass die Geschäftsbedingungen der Betreiber von Kommunikationsnetzen oder - diensten in den "Kernfragen des Zivilrechts" betreffenden Teilen nicht dem Anzeige- und Widerspruchsverfahren des § 25 TKG 2003 unterliegen würden. Dies zeigt insbesondere auch die gegenüber dem TKG 1997 erfolgte Ausweitung des Widerspruchsrechtes auf Verstöße gegen §§ 879 und 864a ABGB sowie §§ 6 und 9 KSchG.

3.5. Auch den Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass sich die in § 25 Abs. 4 und 5 TKG 2003 aufgezählten Mindestinhalte von AGB und Entgeltbestimmungen weitgehend "auf die in Geschäftsbedingungen zu erfolgende Umsetzung telekommunikationsrechtlicher Fragen" beziehen würden, kann nicht gefolgt werden. Ausdrücklich sieht etwa § 25 Abs. 4 TKG 2003 vor, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen zumindest (unter anderem) Regeln betreffend die Vertragslaufzeit, Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Diensteerbringung und des Vertragsverhältnisses sowie Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Dienstequalität zu enthalten haben. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei diesen Vertragsinhalten um "Kernfragen des Zivilrechts", wenn auch für Vertragsbeziehungen über Kommunikationsdienste, handelt. Es trifft daher auch nicht zu, dass das TKG 2003 auf die Risikozuordnung und Beweislastverteilung in AGB-Klauseln nicht Bezug nehmen würde; vielmehr wird durch den Hinweis auf notwendige Entschädigungs- und Erstattungsregelungen ausdrücklich ein diesbezüglicher Mindestinhalt für Geschäftsbedingungen vorgegeben.

3.6. Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass die EG-Richtlinien, die durch das TKG 2003 umgesetzt werden sollten, überhaupt kein Widerspruchsrecht kennen würden und die Universaldienstrichtlinie weder eine zivilrechtliche Prüfung von AGB noch ein Widerspruchsrecht kenne, ist festzuhalten, dass gemäß Art. 20 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Verbraucher bei der Anmeldung zu Diensten, die die Verbindung mit dem öffentlichen Telefonnetz und/oder den Zugang zu diesem Netz bereitstellen, Anspruch auf einen Vertrag haben, in dem u.a. die Vertragslaufzeit, Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Dienste und des Vertragsverhältnisses sowie etwaige Entschädigungs- und Erstattungsregeln bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Dienstqualität aufzuführen sind. Die Mitgliedstaaten können diese Verpflichtungen auf weitere Endnutzer ausdehnen. Diese Bestimmungen gelten gemäß Art. 20 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie unbeschadet der gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften und der mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehenden einzelstaatlichen Vorschriften, sodass weiter gehende Schutzvorschriften wie insbesondere eine präventive Klauselkontrolle der Universaldienstrichtlinie nicht entgegen stehen (vgl. dazu etwa Art. 7 und 8 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen).

3.7. Die von der Beschwerdeführerin vorgenommene "historische Interpretation" in Bezug auf die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Bestimmung des § 25 Abs. 6 TKG geht davon aus, dass "die zivilrechtliche Prüfungskompetenz ... erst in den letzten Wochen vor dem Beschluss der Regierungsvorlage eingefügt" worden sei, und leitet aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage, wonach die Regulierungsbehörde "ausschließlich die Vereinbarkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen mit diesem Bundesgesetz bzw. mit den einschlägigen Verordnungen" prüfe, ab, dass eine Prüfung der Geschäftsbedingungen durch die Regulierungsbehörde nach dem KSchG nicht beabsichtigt gewesen sei.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass der gesetzliche Wortlaut des § 25 Abs. 6 TKG 2003 im Hinblick auf die Prüfung der angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch nach §§ 879 und 864a ABGB und §§ 6 und 9 KSchG klar ist, sodass es einer Bedachtnahme auf die Absicht des historischen Gesetzgebers nicht bedarf.

4.1. Die Beschwerdeführerin führt aus, dass dem angefochtenen Bescheid nicht zu entnehmen sei, welchen normativen Charakter er habe und welche Rechtsfolgen daran geknüpft seien. Nur normativen Akten könne Bescheidqualität zukommen. Wenn der normative Charakter des Bescheides, sein Spruch, auf Unterlassung der Verwendung der widersprochenen Klauseln ausgerichtet wäre, so müsste der Spruch genau darüber absprechen, was er aber nicht tue. Der Spruch beinhalte lediglich die Feststellung, dass den gegenständlichen Klauseln widersprochen werde. Nun müsste, wenn dieser Bescheid als Feststellungsbescheid zu qualifizieren sein sollte, die bescheidmäßige

Feststellung im öffentlichen Interesse oder im rechtlichen Interesse einer Partei gelegen sein. Nicht einmal die belangte Behörde lasse erkennen, dass sie den gegenständlichen Widerspruch als im öffentlichen Interesse gelegen sehe, sie beziehe sich vielmehr auf "vermeintliche Sittenwidrigkeit und Intransparenz in Bezug auf Verbraucher". Als Partei käme allenfalls die Beschwerdeführerin in Betracht, die aber ein rechtliches Interesse an einer allfälligen Feststellung des Widerspruchs nicht habe. Durch die Erlassung des angefochtenen Bescheides sei es der Beschwerdeführerin verwehrt, die in Rede stehenden, vom Widerspruch betroffenen AGB-Haftungsklauseln in den Vereinbarungen mit ihren Kunden zu Grunde zu legen. Im Übrigen hätte die belangte Behörde das Rechtsschutzinteresse der beschwerdeführenden Partei wahren können, indem sie einen Bescheid erlassen hätte, "der die Unterlassung der Veröffentlichung der widersprochenen Klauseln ausdrücklich formuliert hätte." Daher bestehe für einen Feststellungsbescheid kein Raum.

Dieses Vorbringen ist nicht zielführend. Die Beschwerdeführerin bringt selbst vor, dass es ihr durch den angefochtenen Bescheid verwehrt sei, die in Rede stehenden Klauseln den Vereinbarungen mit ihren Kunden zu Grunde zu legen, sodass die normative Wirkung - die aus dem Widerspruch sich ergebende logische Folge, dass die Geschäftsbedingungen nicht den Vertragsbeziehungen zu Grunde gelegt werden dürfen (vgl. Ruhle u. a., Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 2004, 511f) - auch für die Beschwerdeführerin außer Zweifel steht. Angesichts der durch § 25 Abs. 6 i.V.m. § 117 Z. 3 TKG 2003 normierten Aufgabe der belangten Behörde, bestimmten gesetzwidrigen AGB-Bestimmungen zu widersprechen, ist ein rechtliches Interesse der Beschwerdeführerin nicht Voraussetzung für die Erlassung eines diesbezüglichen Bescheides.

4.2. Auch von einer "Aushebelung der Zuständigkeit der Zivilgerichte in Zivilrechtssachen" durch einen Widerspruch der belangten Behörde gegen die Verwendung bestimmter Klauseln in AGB gemäß § 25 Abs. 6 TKG 2003 kann entgegen der auch unter dem Beschwerdegrund der "rechtswidrigen Erledigung" vorgebrachten Ansicht der Beschwerdeführerin nicht die Rede sein. Die Regulierungsbehörde entscheidet als Aufsichtsbehörde über die Zulässigkeit der Verwendung bestimmter Geschäftsbedingungen von Kommunikationsnetz- bzw. Kommunikationsdienstebetreibern, um auf dem von der Aufsichtstätigkeit betroffenen Markt die Anwendung bestimmter, die Interessen der Kunden beeinträchtigender Geschäftsbedingungen zu verhindern. An der Zuständigkeit der Zivilgerichte für die Prüfung konkreter zivilrechtlicher Streitfälle im Zusammenhang mit der Verwendung von AGB ändert sich dadurch nichts, wie auch in § 25 Abs. 6 letzter Satz TKG 2003 festgehalten wird.

5. Wenn die Beschwerdeführerin wiederholt ausführt, dass der Oberste Gerichtshof zu einer inhaltlich anders gelagerten Entscheidung als die belangte Behörde hätte kommen können, ist darauf hinzuweisen, dass der Oberste Gerichtshof nicht als Aufsichtsbehörde über die Zulässigkeit der Verwendung bestimmter Geschäftsbedingungen von Kommunikationsnetz- bzw. Kommunikationsdienstebetreibern zu entscheiden hat, während die belangte Behörde eine abstrakte, von einem konkreten Vertragsverhältnis losgelöste Beurteilung unter Berücksichtigung der Gesetzes- und Regulierungsziele des TKG 2003 vorzunehmen hat, sodass auch bei der Beurteilung einer gleich lautenden Klausel nicht von einer Entscheidung über die selbe Sache gesprochen werden kann. Die abstrakte Möglichkeit, dass der Oberste Gerichtshof eine der hier strittigen Bestimmungen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den in § 25 Abs. 6 TKG 2003 genannten Normen abweichend beurteilen könnte, kann eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht begründen.

6. Soweit die Beschwerdeführerin das Verhältnis zwischen der Genehmigung von Geschäftsbedingungen, welche gemäß § 45 Abs. 6 TKG 2003 gegebenenfalls bestimmten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht als spezifische Verpflichtung auferlegt werden kann bzw. im Rahmen des Universaldienstes gemäß § 26 Abs. 3 TKG sinngemäß anzuwenden ist, und dem Widerspruch nach § 25 Abs. 6 TKG anspricht, ist nicht nachvollziehbar, welche konkreten Rechtsfolgen sie daraus für den angefochtenen Bescheid ableiten möchte. Die Verfahren betreffend die Genehmigung von Geschäftsbedingungen bzw. den Widerspruch gegen Geschäftsbedingungen unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass bestimmte Dienste gemäß § 26 Abs. 3 TKG 2003 bzw. § 45 Abs. 6 TKG 2003 erst nach Genehmigung der Geschäftsbedingungen durch die Regulierungsbehörde erbracht werden dürfen, während für die Aufnahme anderer Dienste (bzw. für die Anwendung geänderter Geschäftsbedingungen für einen Dienst) die bloße Anzeige vor Dienstaufnahme (bzw. vor Änderung) ausreicht. In diesem Fall - der auch der vorliegenden Beschwerde zu Grunde liegt - ist es dem Diensteanbieter daher grundsätzlich möglich, den Dienst unmittelbar nach Anzeige der AGB an die Regulierungsbehörde bereits anzubieten, wobei im Falle eines Widerspruchs die Geschäftsbedingungen entsprechend anzupassen wären. Auch wenn der Widerspruch der Regulierungsbehörde vor Diensteaufnahme (bzw. vor

Wirksamwerden der Änderung) de facto einer Versagung der Genehmigung entspricht, wie die Beschwerdeführerin ausführt, so ist nicht erkennbar, inwieweit die Beschwerdeführerin allein durch diesen Umstand in ihren Rechten verletzt sein könnte.

7.1. Die Beschwerdeführerin macht weiters geltend, im Recht "auf Begründung des Bescheides und auf schlüssige Beweiswürdigung" verletzt zu sein. Die Bescheidbegründung enthalte zwar allgemein zivilrechtliche Ausführungen, verzichte jedoch gänzlich darauf, diese Ausführungen unter § 879 ABGB oder § 6 Abs. 3 KSchG zu subsumieren. Die belangte Behörde übersehe, dass das von ihr zitierte Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 27. Mai 2003, 1 Ob 244/02t, auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht anwendbar sei und verzichte vollständig darauf, auf die Judikatur der Zivilgerichte zu den unbestimmten Gesetzesbegriffen "Sittenwidrigkeit", "gröbliche Benachteiligung" und "Intransparenz" im Sinne des ABGB und KSchG einzugehen und herzuleiten, weshalb der vorliegende Sachverhalt jenen Begriffen zu subsumieren wäre.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die belangte Behörde sich ausführlich mit dem im Verwaltungsverfahren erstatteten Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinander setzt und - wie oben wiedergegeben - eingehend darlegt, aus welchen Gründen die Grundsätze des Urteils des Obersten Gerichtshofes vom 27. Mai 2003 auch auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar sind, zumal die rechtliche Beurteilung des Obersten Gerichthof nicht ausschließlich auf einen Festnetzanschluss abstellt. Im Kern beruhen diese Ausführungen letztlich darauf, dass bei der Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten vom Vorliegen zweier Vertragsverhältnisse (zwischen dem Mobilfunkteilnehmer und dem Mobilfunkbetreiber einerseits und dem Anrufer, welcher nicht notwendigerweise der Mobilfunkteilnehmer sein muss, und einem Dritten - nämlich dem Mehrwertdiensteanbieter - andererseits) auszugehen ist und die Risikoüberwälzung, welche in den Bestimmungen, denen die belangte Behörde widersprochen hat, vorgesehen ist, gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB und intransparent im Sinne des § 6 Abs. 3 KSchG ist. Der Verwaltungsgerichtshof vermag nicht zu erkennen, dass die von der belangten Behörde durchgeführte Subsumtion den an die Begründung eines Bescheides zu stellenden Anforderungen nicht genügen würde.

7.2. Soweit die Beschwerdeführerin schließlich materiell darauf eingeht, dass nach ihrer Ansicht die Bestimmungen, denen die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid widersprochen hat, nicht § 879 ABGB und § 6 KSchG widersprechen würden, bringt sie im Wesentlichen vor, dass die belangte Behörde in ihrer Begründung die tatsächlichen Unterschiede zwischen Festnetz- und Mobiltelefon verkennen würde, welche jedoch maßgeblich für die Beurteilung seien, ob eine Klausel zur Haftung für Entgelte gegen § 879 ABGB bzw. § 6 KSchG verstoßen würde. Das Mobiltelefon stelle einen höchstpersönlichen Gegenstand dar, was auch dadurch verstärkt werde, dass Mobiltelefone als "persönliche digitale Assistenten" verwendet würden, in denen auch persönliche Daten wie Adressen und Termine verwaltet würden. Hinzu trete, dass das Mobiltelefon zunehmend auch als Zahlungsinstrument verwendet werde, mit dem zahlreiche Services bargeldlos bezahlt werden könnten. All dies spreche gegen die Annahme, dass Mobiltelefone nicht nur vom Anschlussinhaber verwendet würden, sondern auch von einer Vielzahl anderer Personen; vielmehr sei das Gegenteil der Fall. Wie sehr das Mobiltelefon zu einem persönlichen Gegenstand geworden sei, zeige sich auch daran, dass Mobiltelefone als Trägermedium für die Bürgerkarte gemäß § 4 E-Government-Gesetz eingesetzt würden. Der Gesetzgeber gehe davon aus, dass die Verwendung von Mobiltelefonen jener von PIN-gesicherten Chipkarten entspreche. Der Besitz des Mobiltelefons bilde damit zusammen mit dem Wissen des PIN-Codes die zwei durch den Nutzer zu kontrollierenden Faktoren, die eine Personenbindung erlauben. Somit sei auch der Vergleich mit der Bankomatkarte gerechtfertigt, die ebenfalls als Trägermedium der Signatur vorgesehen sei. Es sei daher zulässig, die in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 29. Juni 2000, 2 Ob 133/99v, aufgestellten Regeln zur Risikoverteilung auch auf die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten über Mobiltelefon zu übertragen. Der Oberste Gerichtshof habe auch in einer Entscheidung vom 19. November 2002, 4 Ob 179/02f, eine Klausel in den Allgemeinen Bankbedingungen 2000 zur Risikoverteilung bei der Verletzung von Mitwirkungspflichten des Kunden nicht als Verstoß gegen § 6 Abs. 3 KSchG gewertet. Ebenso habe der OGH in einer Entscheidung vom 28. August 1991, 3 Ob 530/91, erkannt, dass eine Bestimmung in AGB eines Kreditkartenunternehmens, wonach der Inhaber der Kreditkarte für den durch die missbräuchliche Verwendung entstandenen Schaden zu haften habe, wenn sie von ihm nicht unterschrieben wurde, nicht sittenwidrig sei.

Auf Grund der dargestellten Unterschiede im Sachverhalt und der besonderen Verwendung von Mobiltelefonen sei die von der Beschwerdeführerin in ihren AGB vorgenommene Risikozuordnung bzw. Beweislastverteilung daher weder sittenwidrig im Sinne des § 879 ABGB noch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs. 3 KSchG. Es liege eine

haftungsrechtliche Gleichstellung mit der Risikoverteilung bei Zahlungskarten bzw. mit den Mitwirkungspflichten im Bankenbereich vor, wo AGB-Klauseln nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes die Inhaltskontrolle bestanden hätten.

Die Beschwerdeführerin zieht nicht in Zweifel, dass die verfahrensgegenständlichen Klauseln - durch die bewirkt werden soll, dass der Mobilfunkteilnehmer gegenüber der Beschwerdeführerin unter anderem auch für Entgeltansprüche haftet, die aus Vertragsverhältnissen zwischen einem beliebigen Benutzer seines Mobiltelefones und einem beiderseits vertragsfremden Diensteerbringer (insbesondere, aber nicht nur von Mehrwertdiensten) entstehen können - im Lichte des Urteils des Obersten Gerichtshofes vom 27. Mai 2003, das von der belangen Behörde der Entscheidung vor allem zu Grunde gelegt wurde, im Bereich der Festnetztelefonie als gesetzwidrig zu beurteilen wären. Sie leitet jedoch die Zulässigkeit der von ihr angezeigten Bestimmungen, denen von der belangten Behörde widersprochen wurde, aus dem Unterschied von Festnetz- und Mobiltelefonen und der Verwendung von Mobiltelefonen im Bereich des Zahlungsverkehrs und der elektronischen Signatur ab, sodass eine Gleichstellung von Mobiltelefonen mit Zahlungskarten, nicht aber mit Festnetztelefonen angebracht wäre.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag sich dem nicht anzuschließen. Wie der Oberste Gerichtshof im bereits zitierten Erkenntnis vom 27. Mai 2003 ausgesprochen hat, besteht keine rechtliche Vermutung dafür, "dass derjenige, der am Fernsprecher oder mittels Fernschreiber namens des Geschäftsherrn eine Erklärung abgibt, innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handelt. Wer sich des Fernsprechers oder Fernschreibers bedient, ist daher grundsätzlich nicht der Verpflichtung enthoben, sich zu vergewissern, ob der, mit dem er verhandelt, zu den abgegebenen Erklärungen befugt ist." Eine Einschränkung dieses Rechtssatzes bloß auf Erklärungen, die mit einem Festnetztelefon abgegeben wurden, lässt sich daraus nicht ableiten; zudem ist für den Erklärungsempfänger - etwa bei unterdrückter Anzeige der Anrufernummer - auch nicht zwingend feststellbar, ob das Gespräch von einem Mobil- oder Festnetzanschluss geführt wird.

Auch der Umstand, dass Mobiltelefone als "persönliche digitale Assistenten" genutzt werden und sie auch für Zahlungs- und Signaturfunktionen verwendet werden können, ändert nichts daran, dass durch die verfahrensgegenständlichen Klauseln eine Risikoverschiebung zu Lasten des Mobilfunkteilnehmers (auch) für Entgeltansprüche Dritter erfolgt, die sich - entgegen den ihnen nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes obliegenden Verpflichtungen - bei der Erbringung von Mehrwertdiensten oder anderen Dienstleistungen nicht von der Identität bzw. Vertretungsbefugnis ihres Vertragspartners überzeugt haben. Die belangte Behörde hat daher diese Klauseln zutreffend auch bei der Verwendung durch die Beschwerdeführerin als Mobilfunkbetreiber als intransparent im Sinne des § 6 Abs. 3 KSchG und gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs. 3 ABGB beurteilt.

7.3. Zu den von der Beschwerdeführerin angesprochenen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes betreffend Risikoverschiebungen im Zusammenhang mit Kredit- bzw. Bankomatkarten ist zunächst darauf zu verweisen, dass § 6 Abs. 3 KSchG am 1. März 1997 in Kraft getreten ist und in den von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheidungen vom 28. August 1991 und vom 29. Juni 2000 noch nicht anwendbar war; beide Entscheidungen ergingen zudem in Individualverfahren, in denen stets auf alle Umstände des Einzelfalles abzustellen ist, während bei der präventiven Klauselkontrolle eine abstrakte Beurteilung vorzunehmen ist. Dabei ist wie im Falle der präventiven Klauselkontrolle durch die Zivilgerichte aus Anlass von Verbandsklagen nach dem II. Hauptstück des KSchG auch für die Ausübung des Widerspruchsrechtes der Regulierungsbehörde nach § 25 Abs. 6 TKG 2003 die "kundenfeindlichste (objektive) Auslegung der Vertragsbedingungen" heranzuziehen (vgl. zur Klauselkontrolle in Verbandsklagsverfahren die bei Kosesnik-Wehrle u.a., KSchG,

2. Auflage, Rz. 16 zu § 28 bis 30 KSchG angeführte Rechtsprechung).

Zudem ist eine Vergleichbarkeit des Mobiltelefones mit Zahlungskarten auch in tatsächlicher Hinsicht nicht gegeben. Wie die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift zutreffend ausführt, sehen die von der Beschwerdeführerin angesprochenen besonderen Dienste für die Bezahlung ("Paybox") bzw. für die elektronische Signatur zusätzliche Sicherungsvorkehrungen vor, sodass allein der Besitz des Mobiltelefones und die Kenntnis des PIN-Codes für die Inanspruchnahme des Mobilfunkdienstes nicht ausreichend ist, um auch die Zahlungs- bzw. Signaturfunktion zu nützen.

7.4. Soweit sich die Beschwerdeführerin schließlich auf das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 19. November 2002, 4 Ob 179/02f, bezieht, führt sie lediglich aus, dass nach diesem Urteil (betreffend die Allgemeinen Bankbedingungen

2000) die Risikoverteilung bei der Verletzung von Mitwirkungspflichten des Kunden nicht als Verstoß gegen § 6 Abs. 3 KSchG gewertet wurde. Hiezu ist festzuhalten, dass nach der dort zu beurteilenden Bestimmung (Z. 10 der ABB 2000) nicht - wie im vorliegenden Fall - eine unbeschränkte Haftung des Kunden für Entgeltansprüche Dritter normiert wurde, sondern lediglich festgehalten wurde, dass die Verletzung von Mitwirkungspflichten zu Schadenersatzpflichten des Kunden oder zur Minderung seiner Schadenersatzansprüche gegen das Kreditinstitut führt. Auch aus diesem Urteil lässt sich daher für den Standpunkt der Beschwerdeführerin nichts gewinnen.

8. Der von der belangten Behörde vorgenommene Widerspruch gegen die verfahrensgegenständlichen Klauseln in den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Geschäftsbedingungen ist daher nicht als rechtswidrig zu erkennen. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333; der Vorlageaufwand war der belangten Behörde nicht zuzusprechen, da die Akten des Verwaltungsverfahrens nicht vorgelegt wurden.

Wien, am 31. Jänner 2005

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung konstitutive Bescheide

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2005:2004030066.X00

Im RIS seit

02.03.2005

Zuletzt aktualisiert am

31.07.2009

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at