



Fundstellen: MR 2016, 219 (*Feiel*) = ZIIR 2016, 473 (*Thiele*)

1. § 25 TKG 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 102/2011, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen der Betreiber von Kommunikationsnetzen bestimmten Melde- und Prüfpflichten der Regulierungsbehörde unterwirft, ist vor dem Hintergrund des Art 6 iVm Anh Absch A Z 8 der RL 2002/20/EG (Genehmigungsrichtlinie) nicht unionsrechtswidrig.

2. Wer einem Bescheid der RTR-GmbH zuwider handelt (hier: Weiterverwendung von nach § 25 TKG behördlich widersprochenen AGB), begeht ein Ungehorsamsdelikt nach § 109 Abs 4 Z 6 TKG 2003 iVm § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG. Es liegt deshalb am Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Ihm obliegt jedenfalls, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfelds ausreichend vertraut zu machen. Unterlässt der TK-Betreiber daher die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde, kann von seinem Verschulden ausgegangen werden.

3. Nach dem Wortlaut des § 25 Abs 6 zweiter Satz TKG 2003, wonach der Widerspruch jedenfalls die "Untersagung der weiteren Verwendung" der AGB bewirkt, ist die Gesetzeslage jedenfalls insofern eindeutig, als die weitere Verwendung der von einem Widerspruch erfassten AGB durch den betroffenen TK-Betreiber unzulässig ist.

Leitsätze verfasst von Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Handstanger und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revision der revisionswerbenden Parteien 1. M H in L, 2. M A GmbH in S, beide vertreten durch Dr. Gerhard Mory, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Wolf-Dietrich-Straße 19/5, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. September 2015, Zl W194 2010689-1/9E, betreffend Übertretung des TKG 2003 (belangte Behörde im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht: Fernmeldebüro für Oberösterreich und Salzburg), den

Beschluss

gefasst: Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung

1 Mit Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Oberösterreich und Salzburg vom 1. Juli 2014 war dem Erstrevisionswerber angelastet worden, als Geschäftsführer der Zweitrevisionswerberin, der M A GmbH (iF auch: M), und somit als deren gemäß § 9 Abs 1 VStG Verantwortlicher dafür verantwortlich zu sein, dass dem Bescheid der Telekom Control Kommission (iF auch: TKK) vom 3. Februar 2014, Zl G 185/13-12, zugestellt am 6. Februar 2014, zuwider gehandelt wurde, indem die M bis zumindest 29. April 2014 zu den unter ihrer Marke "x" erlassenen und am 13. Dezember 2013 der Regulierungsbehörde angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) Kommunikationsdienste angeboten habe, obwohl die TKK diesen mit dem Bescheid vom 3. Februar 2014 widersprochen hatte. Er habe dadurch § 109 Abs 4 Z 6 TKG 2003 verletzt, weshalb über ihn eine Geldstrafe von EUR 1.250,-- bzw eine Ersatzfreiheitsstrafe verhängt wurde. Gleichzeitig wurde ausgesprochen, dass die Zweitrevisionswerberin für die verhängte Geldstrafe gemäß § 9 Abs 7 VStG zur ungeteilten Hand haftet.

2 Mit dem nun mit Revision angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht die dagegen erhobene Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet ab, dass im Spruch des angefochtenen

Straferkenntnisses das Wort "angeboten" durch "verwendet" ersetzt werde. Unter einem wurde der Erstrevisionswerber zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens verpflichtet und die Haftung der Zweitrevisionswerberin für den dem Erstrevisionswerber auferlegten Kostenbeitrag zur ungeteilten Hand ausgesprochen. Die Revision wurde für nicht zulässig erklärt.

3 Dem lege das Verwaltungsgericht im Wesentlichen Folgendes zugrunde:

4 Mit dem der Zweitrevisionswerberin am 6. Februar 2014 zugestellten und in Rechtskraft erwachsenen Bescheid der TKK vom 3. Februar 2014, Zl G 185/13-12, sei näher genannten, von der M der Regulierungsbehörde angezeigten und veröffentlichten AGB gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 widersprochen worden. Der Erstrevisionswerber habe daraufhin mit 12. Februar 2014 einen Juristen bei der M eingestellt mit dem Auftrag, die AGB des Unternehmens gesetzeskonform zu überarbeiten. Eine Anweisung, die vom Widerspruch erfassten AGB nicht mehr zu verwenden, sei weder von diesem Juristen noch vom Erstrevisionswerber selbst erfolgt. Bei Überprüfungen der Website des Unternehmens durch die Regulierungsbehörde Mitte Februar 2014 und am 25. März 2014 sei jeweils festgestellt worden, dass die vom Widerspruch erfassten AGB weiterhin auf dieser veröffentlicht seien; erst am 30. April 2014 habe M abgeänderte AGB angezeigt und veröffentlicht. In der Zeit vom 6. Februar 2014 bis zur Veröffentlichung der geänderten AGB am 30. April 2014 seien die vom Widerspruch erfassten AGB nicht nur durchgehend auf der Website der M veröffentlicht gewesen, sondern auch verwendet worden.

5 Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte das Verwaltungsgericht - auf das Wesentliche zusammengefasst - Folgendes aus:

6 Gemäß § 25 Abs 6 zweiter Satz TKG 2003 bewirke der Widerspruch der Regulierungsbehörde jedenfalls die Untersagung der weiteren Verwendung der AGB. Da M ungeachtet des Widerspruchs in der Zeit vom 6. Februar 2014 bis zumindest 29. April 2014 die AGB weiterhin verwendet habe, sei von ihr dem genannten Bescheid der TKK iSd § 109 Abs 4 Z 6 TKG 2003 zuwider gehandelt worden. Es sei daher der objektive Tatbestand der angelasteten Übertretung erfüllt. Ob für die Überarbeitung der AGB allenfalls die Einräumung einer "Nachfrist" geboten sei, könne dahingestellt bleiben, weil es vorliegend nur darum gehe, ob dem Bescheid der TKK zuwider gehandelt wurde.

7 Bei dem vorgeworfenen Verstoß handle es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG, weshalb das verantwortliche Organ iSd § 9 Abs 1 VStG strafbar sei, wenn es nicht genügend Vorkehrungen getroffen habe, um die Verwirklichung des Tatbilds durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es sei daher dessen Sache, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe, und initiativ alles darzulegen was für seine Entlastung spreche; dies erfordere die Darlegung eines Kontrollsystems in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften des TKG 2003. Die vom Erstrevisionswerber geltend gemachte Betrauung eines Juristen mit der Überarbeitung der AGB könne ihn schon deshalb nicht entlasten, weil aufgrund des Widerspruchsbescheids der TKK Maßnahmen zur Befolgung dieses Bescheids erforderlich gewesen seien, welche die Unterlassung der weiteren Verwendung der vom Widerspruch betroffenen AGB bewirkt hätten. Auch dass der Erstrevisionswerber vom Juristen nicht auf die Regelung des § 25 Abs 6 zweiter Satz TKG 2003 hingewiesen worden sei, könne ihn nicht entlasten, weil er keinerlei Erkundigungen bei der zuständigen Behörde eingeholt habe. Zudem könne vom Erstrevisionswerber als langjährigem Geschäftsführer eines im Telekommunikationsbereich tätigen Unternehmens erwartet werden, dass er mit den Anforderungen des § 25 TKG 2003 zumindest in Grundzügen vertraut sei. Ihm sei daher zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

8 Die Beschwerde sei daher – mit der erwähnten Maßgabe, weil es sich dabei um den konkreten Wortlaut gemäß § 25 Abs 6 zweiter Satz TKG 2003 handle, was keinen unzulässigen Austausch der Tat bewirke, sondern lediglich eine gebotene Präzisierung sei – abzuweisen gewesen. Es sei nämlich auch der Einwand des Erstrevisionswerbers, der nicht ausreichende Konkretisierung gemäß § 44a Z 1 VStG geltend gemacht habe, unberechtigt, weil zur Tatzeit bzw zum Beginn des Tatzeitraums sowohl das angefochtene Straferkenntnis wie auch die Aufforderung zur Rechtfertigung ausdrücklich das Datum der Zustellung des Bescheids der TKK festhielten. Dass

dadurch Verteidigungsrechte verletzt worden seien, sei nicht zu erkennen. Die Revision sei unzulässig, weil die Rechtslage klar sei.

9 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision (der Verfassungsgerichtshof hat die Behandlung der zunächst an ihn gerichteten Beschwerde nach Art 144 B-VG abgelehnt und sie mit Beschluss vom 21. März 2016, E 2291/2015-16, dem Verwaltungsgerichtshof abgetreten).

10 Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

11 Hat das Verwaltungsgericht - wie im vorliegenden Fall - im Erkenntnis ausgesprochen, dass die Revision nicht zulässig ist, muss die Revision gemäß § 28 Abs 3 VwGG auch gesondert die Gründe enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

12 Der Verwaltungsgerichtshof ist bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes nicht gebunden. Er hat die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß § 34 Abs 1a VwGG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe zu überprüfen. Liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG danach nicht vor, ist die Revision gemäß § 34 Abs 1 VwGG zurückzuweisen.

13 In den für die Zulässigkeit der Revision vorgebrachten Gründen werden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme:

14 Dem Erstrevisionswerber war zur Last gelegt worden, er habe als Verantwortlicher der M dafür einzustehen, dass seitens der M einem näher genannten, am 6. Februar 2014 zugestellten Bescheid zuwider gehandelt wurde, indem M bis zumindest 29. April 2014 AGB, denen mit dem Bescheid widersprochen worden war, verwendet hat. Inwieweit damit eine nicht ausreichende Konkretisierung der als erwiesen angenommenen Tat iSd § 44a Z 1 VStG verbunden sei, ist im Lichte des Revisionsvorbringens vor dem Hintergrund der ständigen Judikatur, wonach die Tatumschreibung so präzise zu sein hat, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (vgl nur etwa VwGH vom 27. März 2015, Ra 2015/02/0025, und vom 23. Oktober 2014, 2011/07/0205), nicht zu sehen.

15 Die weiter aufgeworfene Frage, ob eine iSd § 25 Abs 6 TKG 2003 verpönte weitere Verwendung von AGB schon dann gegeben ist, wenn sie bloß weiterhin auf der Website des Unternehmens veröffentlicht bleiben, muss im Revisionsfall nicht beantwortet werden, das rechtliche Schicksal der Revision hängt von der angesprochenen Rechtsfrage daher nicht ab (vgl VwGH vom 22. Juli 2014, Ro 2014/04/0055): Das Verwaltungsgericht hat nicht bloß eine weiterhin bestehen gebliebene Veröffentlichung der inkriminierten AGB festgestellt, sondern auch, dass sie "in dieser Zeit auch verwendet" wurden, was bei verständiger Würdigung, insbesondere mit Blick auf die entsprechenden Ausführungen in der Beweiswürdigung (vgl insbesondere Seite 10 des Erkenntnisses), nur bedeuten kann, dass sie im inkriminierten Zeitraum auch beim Abschluss von Neuverträgen einbezogen wurden.

16 Ebenso wenig entscheidend ist vorliegend die Frage, ob eine weitere Verwendung der AGB bereits ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Widerspruchsbescheids oder erst ab dessen Rechtskraft verboten ist, wurde seitens der Revisionswerber doch kein Vorbringen dahin erstattet, dass die inkriminierte Verwendung mit Rechtskraft des Widerspruchsbescheids eingestellt worden sei.

17 Die Revision vermag auch mit dem Vorbringen, seitens des Verwaltungsgerichtes seien die Sorgfaltspflichten des Erstrevisionswerbers als Geschäftsführer überspannt worden, kein Überschreiten der Leitlinien der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes aufzuzeigen: Bei der in Rede stehenden Regelung des TKG 2003 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG, weshalb es am Erstrevisionswerber gelegen wäre, glaubhaft zu machen, dass an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden gegeben sei. Ihn traf jedenfalls die

Verpflichtung, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfelds ausreichend vertraut zu machen. Unterlässt er - wie hier - die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde, kann dem Verwaltungsgericht schon deshalb nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn es von einem Verschulden des Erstrevisionswerbers ausgegangen ist (vgl etwa VwGH vom 24. Juni 2015, Ra 2015/09/0047 mwN). Zudem ist mit Blick auf den Wortlaut des § 25 Abs 6 zweiter Satz TKG 2003, wonach der Widerspruch jedenfalls die "Untersagung der weiteren Verwendung" der AGB bewirkt, die Gesetzeslage jedenfalls insofern eindeutig, als die weitere Verwendung der von einem Widerspruch erfassten AGB unzulässig ist.

18 Mit dem pauschal gebliebenen Vorbringen in Richtung "unionsrechtliche(r) Erwägungen" (es sei ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH erforderlich gewesen und zudem offen geblieben, ob die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Auslegung der §§ 25 Abs 6 zweiter Satz und 109 Abs 4 Z 6 TKG 2003 "mit den unmittelbar anwendbaren Bestimmungen der ... Genehmigungsrichtlinie" in Einklang stünde) schließlich wird von der Zulassungsbegründung (die durch nähere Ausführungen zur behaupteten Rechtswidrigkeit nicht ersetzt werden kann) ebensowenig aufgezeigt, dass die Lösung des Revisionsfalles - in dem lediglich zu prüfen war, ob das festgestellte Verhalten des Erstrevisionswerbers gegen die angesprochenen Strafbestimmungen des TKG 2003 verstieß - von einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG abhänge. Im Übrigen ist vor dem Hintergrund des Art 6 iVm dem Anhang Abschnitt A Z 8 der Genehmigungsrichtlinie eine Unionsrechtswidrigkeit des § 25 TKG 2003 nicht zu erkennen.

19 Die Revision war daher zurückzuweisen.

Anmerkung*

I. Das Problem

Im Anlassfall zeigte der im Salzburger Land ansässige alternative Betreiber von Kommunikationsnetzen seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelte (kurz: AGB) gemäß § 25 Abs 2 TKG 2003 der Regulierungsbehörde gegenüber an. Die TKK machte von ihrem Prüfungsrecht nach § 25 Abs 6 leg.cit. Gebrauch und untersagte die Verwendung bestimmter Klauseln bescheidmässig.¹ Der TK-Betreiber ließ den Bescheid unbekämpft und stellte stattdessen einen Juristen ein, der die AGB gesetzeskonform überarbeiten sollte. Ohne diese Neugestaltung abzuwarten, bleiben die beanstandeten ("widersprochenen") AGB weiterhin in Verwendung. Nach zwei routinemäßiger Kontrollen der Website des TK-Betreibers durch die RTR-GmbH erging ein Strafbescheid der zuständigen Fernmeldebehörde nach § 109 Abs 4 Z 6 TKG 2003 über €1.250,00 (samt Androhung einer Ersatzfreiheitsstrafe) gegen den verantwortlichen Geschäftsführer des TK-Betreibers. Der dagegen erhobenen Beschwerde gab das BVerwG keine Folge, sodass der Beschuldigte vor den VwGH zog und u.a. die Frage relevierte, ob eine verpönte weitere Verwendung von widersprochenen AGB schon darin zu sehen wäre, dass diese auf der Website des TK-Betreibers nach wie vor (als gültig) veröffentlicht würden.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der VwGH bestätigte das verurteilende Straferkenntnis voll inhaltlich. Aufgrund der vom BVwG getroffenen Feststellungen, der TK-Betreiber hatte die bereits untersagten AGB auch beim Abschluss von Neuverträgen mit Kunden zugrundegelegt, war das Ungehorsamsdelikt jedenfalls verwirklicht. Eine Unionsrechtswidrigkeit der Klauselkontrolle durch den Regulator nach § 25 TKG

* RA Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

¹ Instrukktiv statt vieler *Lust*, Zur Klauselkontrolle durch den Telekom-Regulator. § 25 TKG als Indikator für Marktmacht, RdW 2014, 694 mwN.

2003 wäre nicht zu erkennen. Das Verschulden des Geschäftsführers lag auf der Hand, da der Gesetzeswortlaut des § 25 Abs 6 leg.cit. eindeutig ist. Der Revisionswerber hatte die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde zu seiner dem Gesetzeswortlaut widersprechenden Rechtsmeinung weder behauptet, geschweige denn tatsächlich eingeholt.²

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die Klauselkontrolle nach § 25 TKG 2003 war bereits einmal Gegenstand eines unionsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahrens.³ Der EuGH fand dabei (ebenfalls) keinen Grund die Richtlinienwidrigkeit der Vorschrift ins Kalkül zu ziehen.⁴ Gleichfalls hegen auch die österreichischen Zivilgerichte⁵ keine Zweifel daran, dass die Anzeigepflicht für AGB im TK-Bereich mit der Möglichkeit behördlicher "Vorabkontrolle" mit dem Unionsrecht im Einklang steht. **Ausblick:** Aus dem vorliegenden Erkenntnis lässt sich sogar eine "doppelte Unlauterkeit" des TK-Betreibers ableiten. Nach wohl gefestigter Rsp⁶ verstößt die Verwendung unzulässiger AGB gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG 2007, wenn keine vertretbare Rechtsansicht vorliegt und dem Verstoß wettbewerbsrechtliche Relevanz zukommt, was bei massenhaft einzusetzenden AGB, die auf Websites publiziert werden, vermutet wird. Nach dem vorliegenden Erkenntnis kommt bei Weiterverwendung behördlich bereits widersprochener AGB ein Lauterkeitsverstoß wegen Rechtsbruch hinzu, der jedenfalls unvertretbar ist.⁷

IV. Zusammenfassung

Die Weiterverwendung von behördlich nach § 25 Abs 6 TKG 2003 widersprochenen AGB durch den betroffenen TK-Betreiber stellt ein mit Verwaltungsstrafe bis zu € 58.000,00 bewehrtes Ungehorsamsdelikt nach § 109 Abs 4 Z 6 TKG 2003 dar. Darüber hinaus drohen UWG-Klagen von Mitbewerbern nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG 2007.

² Vgl. VwGH 24.6.2015, Ra 2015/09/0047, zum GSpG.

³ HG Wien 17.7.2015, 39 Cg 11/14g (Sonderkündigungsrecht) = jusIT 2015/94, 231 (*Forizs*).

⁴ EuGH 26.11.2015, C-326/14 (VKI/ A1 Telekom Austria AG) = Zak 2015/735, 423 = ecolex 2016/37, 107 = MR 2015, 374 (*Hasberger*) = RdW 2016/16, 22 = wbl 2016/2, 23 = ÖJZ 2016/11, 93 (*Brenn*) = SWI 2015, 628 = ecolex 2016, 107 = ÖJZ 2016/36, 283 = VbR 2016/16, 27; dazu *Ofner*, Kein Widerrufsrecht bei vertraglich vereinbarten Tarifanpassungen, ZfRV 2016, 1; vor der Entscheidung zum Meinungsstand siehe *Rabl/Buchleitner*, Generalanwalt: Keine Vertragsänderung bei Preisindex!, ecolex 2015, 921; *Lehofer*, § 25 Abs 3 TKG – Sonderprivatrecht zur einseitigen AGB-Änderung? Einseitiges Änderungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG, VbR 2015, 67; *Thiele*, Einseitige Änderung von Telekom-Verträgen. Einseitiges Änderungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG, VbR 2015, 66.

⁵ Vgl. OGH 17.6.2014, 10 Ob 54/13h = RdW 2014/559, 517 = VbR 2014/90, 158 = EvBl-LS 2014/142 (*Hoch*) = Zak 2014/499, 273 = ecolex 2014/348, 857 = MietSlg 66.250; OLG Wien 30.10.2014, 4 R 64/14g = jusIT 2015/24, 60 (*Forizs*).

⁶ OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a (Zero intern) = ecolex 2010/166, 471 (*Horak*) = wbl 2010/142, 366 = jusIT 2010/60, 135 (*Staudegger*) = RdW 2010/438, 401 = ÖBI-LS 2010/89/90 (*Thöni*) = MR 2010, 160 = SZ 2010/14 = HS 41.110 = HS 41.137 = HS 41.138 = HS 41.149 = HS 41.232 = HS 41.242 = HS 41.253; dazu *Thiele*, Zero Intern – Rechtswidrige AGBs als Lauterkeitsverstoß, RdW 2010, 388; vgl. auch BGH 31.3.2010, I ZR 34/08 (Gewährleistungsausschluss im Internet) = jusIT 2011/25, 51 (*Thiele*) = MR 2011, 326 (*Schröder*)

⁷ Vgl. statt vieler *Grünzweig*, Zur vertretbaren Rechtsauffassung im Lauterkeitsrecht, RdW 2015, 218 mwN.