

Dr. Philipp Lust

1230 Wien

Wien, am 17. Mai 2016

An die
RTR-GmbH

Betr.: Stellungnahme Konsultation Mitteilungsverordnung
(<https://www.rtr.at/de/inf/KonsultNovMitV>)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Da der aktuelle Novellierungsentwurf zur Mitteilungsverordnung gemäß der am 26. 4. 2016 veröffentlichten Fassung befürchten lässt, das die Regulierungsbehörde gelegentlich Schwierigkeiten hat, den Wald vor lauter Bäumen zu sehen, möchte ich wie folgt im Rahmen der aktuellen Konsultation Stellung nehmen:

In den Jahren **2013 und 2014 kam es zu massiven Preisanhebungen** am österreichischen Mobilfunkmarkt, die seit geraumer Zeit von der Arbeiterkammer und vom Telekom-Monitor der RTR-GmbH **dokumentiert** worden sind. Mitte März kam auch ein englischer Bericht der RTR-GmbH heraus, der Preissteigerungen von rund 20 bis 90 % bei Neukunden festgestellt hat (https://www.rtr.at/de/inf/Analysis_merger_H3G_Orange); ebenso hat die Bundeswettbewerbsbehörde auf Englisch markante Preisanstiege bei Altkundenverträgen festgestellt und dabei aufgrund steigender Preise trotz fallender Kosten zwischenzeitig Margen im Mobilfunk von rund 100 % festgestellt (<http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Seiten/BWB-und-RTR-pr%C3%A4sentieren-Endberichte-der-Telekom-Branchenuntersuchung.aspx>). Siehe auch meinen aktuellen – deutschsprachigen – Beitrag in Medien und Recht 2016, 105: Telekom-Branchenuntersuchung: Preissteigerungen am Mobilfunkmarkt (<http://www.lust.wien/publikationen.html#mr16-1>). Die massiven Tarifierhebungen

zu Gunsten der Telekombetreiber auf Kosten der volkswirtschaftlich nach § 1 TKG zentral relevanten Allgemeinheit wurden neben der Oligopol tendenz der bloß drei Mobilnetzbetreiber maßgeblich durch die bisher von der Regulierungsbehörde vertretene Praxis in Bezug auf § 25 TKG erleichtert, die auch zentral durch die Mitteilungs-Verordnung "umgesetzt" wurde.

Nach dem Telekommunikationsgesetz sind unzulässige Geschäftsbedingungen regulierungsbehördlich zu untersagen. Tatsächlich scheinen unzulässige und zahlreiche Kunden benachteiligende Klauseln nach den bisherigen Erfahrungen vielfach regulierungsbehördlich "übersehen" zu werden, sodass sie erst im Einzelfall kostspielig oder über Verbandsprozesse mit nachhaltiger Verzögerung und eingeschränkter Wirksamkeit "feingepüff" werden können. Leider fallen dabei regelmäßig Unzulänglichkeiten der regulierungsbehördlichen Prüfungen auf (siehe *Lust*, Zur Klauselkontrolle durch den Telekom-Regulator – § 25 TKG als Indikator für Marktmacht, RdW 2014, 694 (696 f), <http://www.lust.wien/publikationen#rdw14>, oder jüngst OGH 25. 2. 2016, 2 Ob 20/15b).

Mir ist bewusst, dass regulierungsbehördlich gerne die Erkenntnisse OGH 8. 9. 2009, 1 Ob 123/09h, und 14. 11. 2012, 7 Ob 84/12x, genannt werden, in denen § 25 TKG gegenständlich war, aber kaum begründet auf seinen Inhalt eingegangen wurde. Entsprechend möchte ich neben dem eingangs genannten Erkenntnis aus 2016 und dem die „alte“ Rechtsprechung zu § 25 TKG in Frage stellenden Erkenntnis OGH 20. 3. 2007, 4 Ob 227/06w, zentral auf OGH 20. 1. 2014, 4 Ob 115/13k hinweisen, wonach „diese Bestimmung [§ 25 TKG] nichts über die Zulässigkeit von Vertragsänderungen im Einzelfall aussagt, sondern nur allgemein unter anderem die Vorgangsweise bei Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen der Betreiber von Kommunikationsnetzen regelt.“ Entsprechend regelt das TKG 2003 offensichtlich die verwaltungsrechtlich relevanten Sonderkundmachungsvorschriften, während klassisches Zivilrecht samt wechselseitiger Bindung bei Verträgen unberührt bleibt (siehe auch *Lust*, Bald 20 Jahre "liberalisierte" Telekommunikation in Österreich: Wie steht's um den Wettbewerb?, JRP 2014, 153 (156 und 165 f), <http://www.lust.wien/publikationen#jrp14>).

Damit ergibt sich, dass die Mitteilungsverordnung einerseits Formvorschriften zur Konkretisierung von Kundmachungformalitäten vorgeben darf, während sie andererseits die zivilrechtliche Position des Kunden nicht verschlechtern darf. Vielmehr hätte Sie in Ermangelung genauerer gesetzlicher Ausführungen wohl auf die zivilrechtliche Interessensabwägung genauer einzugehen, um dem Kunden

erhöhte Transparenz ohne Einschränkung materieller Rechte zu gewähren. Dieser Aspekt fehlt jedoch im aktuellen Novellierungsentwurf weiterhin wie eh und je in der Mitteilungsverordnung, die anzustreben scheint, dass bei Einhaltung formaler Kriterien inhaltlich beliebige Änderungen möglich sind.

Aus meiner Sicht erfordern Verbesserungen gegenüber dem Kunden keinerlei Sonderregeln wie § 25 TKG. Insoweit kann die „**Nutzung**“ von § 25 TKG nicht anders verstanden werden, als dass ein **Anbieter seine gegenüber dem Kunden signifikante Marktmacht ausnützt, um dem Kunden einseitig ungünstigere Konditionen aufzudrängen oder die Zahlungsbereitschaft** der Kundschaft jenseits der vereinbarten Konditionen **auszuloten**. Ich kann hier ähnlich wie allgemeine zivilrechtliche Judikatur weder die Notwendigkeit noch einen vermeintlichen „Ausgleich“ für den Kunden erkennen (siehe auch OGH 22. 3. 2001, 4 Ob 28/01y, und OGH 6. 9. 2001, 2 Ob 190/01g, wobei zuzugestehen ist, dass OGH 8. 9. 2009, 1 Ob 123/09h, ohne nähere Begründung eine andere Ansicht gezeigt hat). Vielmehr ist über die klaren Wettbewerbsregulierungsbestimmungen des TKG ein **regulierungsbehördliches Eingreifen** bei Vorhandensein (und noch nicht einmal Ausnutzung) von beträchtlicher Marktmacht (§ 35) **geboten**. Als Abhilfe kommen gegen Benachteiligung des Kunden nur Endnutzerschutzmaßnahmen **nach § 43 und § 45** zur Reduktion auf ein **angemessenes Preisniveau** in Frage, die jedoch weiterhin entgegen der gesetzlichen Vorgabe noch nicht verfügt worden sind. Spätestens die „Inanspruchnahme“ von § 25 für „nicht ausschließlich begünstigende Änderungen“ stellt daher einen **klaren Indikator für Marktmacht** dar, der regelmäßig zu einem **Gebot** der Verfügung **spezifischer Maßnahmen** nach dem TKG zum unmittelbaren Schutz der Kunden führt.

Insoweit ist es freilich erstaunlich, dass die **Regierungsvorlage** des BMVIT von der „**essenziellen Bedeutung**“ **einseitiger Vertrags-Verschlechterungsprivilegien** spricht, um der überschaubaren Anzahl großer Anbieter leichter nachteilige Änderungen gegenüber den millionengroßen Kundenzahlen zu ermöglichen (oder gibt es anderen „Bedarf“, als dem ohnehin regelmäßig den Geschäftsbedingungen unterworfenen Kunden nachträglich ungünstigere Konditionen leichter aufzudrängen zu können? Vergessen wird dabei freilich gerne auch, dass diese Ansicht auch den Kontrahierungszwang nach § 69 leer laufen ließe). **Unverständlich** ist auch, dass angesichts technologiebedingt fallender Kosten **kaum je von Vorschriften die Rede ist, dass der Kunde Anspruch hat, weniger zahlen zu müssen oder mehr ums gleiche Geld zu erhalten**. Noch weniger nachvollziehbar ist für mich freilich, wie die Volksvertretung im Nationalrat eine Mehrheit für eine derartige Bestimmung finden

konnte, anstatt endlich kunden- und volkswirtschaftsfreundlichere Regeln zu erlassen.

Nichts desto Trotz hat die Regulierungsbehörde bei der Verordnung einen möglichen Telos im Rahmen der (vom Gesetzgeber ziemlich unbestimmten) Ermessensausübung umzusetzen und ein allgemein vertretbares Ziel im Einklang mit den Gesetzen zu verwirklichen. Der aktuelle Entwurf **widerspricht** insoweit hingegen wie die bisherige Verordnung **weiterhin dem Zivilrecht und** verstößt auch gegen **verfassungsrechtliche Grundsätze** (VfSlg 12.227). Es wird daher nachhaltig ersucht, die **gebotene zivil- und verfassungsrechtliche Interessensabwägung** in der Verordnung **zu ergänzen**, die auch zu einer nachhaltigen Einschränkung der „Anwendung“ von § 25 TKG führen sollte.

Schlussendlich soll hinsichtlich der geplanten Neuerungen der **Ausdehnung** von Vertragsänderungsprivilegien auf **anonyme Wertkartenverträge** darauf hingewiesen werden, dass der **geplante § 5 Abs 1b nicht hinreichend explizit auf anonyme Wertkartenkunden eingeschränkt ist**. Insoweit ist zu befürchten, dass auch **„normale“ Kunden künftig mit Vertragsverschlechterungen per bloßem E-Mail** zu rechnen haben, sodass die Hemmschwelle zum Ausloten der Zahlungsbereitschaft durch den Anbieter noch stärker sinken könnte und Kunden noch mehr Willkür durch die Betreiber zu befürchten hätten. Darüber hinaus wäre klarzustellen, dass nur eine freiwillig und individuell bekanntgegebene Mailadresse verwendet werden darf, die der Kunde explizit als für die Zustellung entsprechender Änderungswünsche geeignet genannt hat. Einem konventionellen Brief kommt in der Praxis nämlich deutlich mehr Aufmerksamkeit zu, während Betreiber vielfach kostenlose Mailadressen bereitstellen, die von den Kunden teils gar nicht benützt werden. Auch ist unklar, wann von Kenntnis des Kunden ausgegangen werden kann. **Insoweit wäre der Entwurf zu § 5 Abs 1b ersatzlos zu streichen.**

Bei § 5 Abs 1c wird darauf hingewiesen, dass ähnliche Vorgangsweisen kurzlich von OGH 23. 9. 2013, 4 Ob 27/13v, noch als **UWG-widrig** qualifiziert wurden, sodass die Vorschrift ebenfalls zu überdenken wäre.

Schließlich wäre beim geplanten **§ 5 Abs 3** auch eine Sicherstellung für den Kunden einzufügen: Damit dieser seinen Betreiber leichter und ohne aufwändige Formularrecherche erreichen kann, wäre zu ergänzen, dass dieser seinerseits auch eine **email-Adresse** anzugeben hat und dass der Betreiber die Bearbeitung samt Rückbuchung allfälliger Guthaben binnen **14 Tagen** zu erledigen hat und andernfalls Verzugszinsen fällig werden.

Abschließend möchte ich darauf hinweisen, dass der aktuelle Entwurf zweieinhalb Jahre nach dem Amtsantritt von **Mag. Gungl** dessen am 21. 2. 2014 getätigtes **Versprechen**, wonach Regulierung kein Selbstzweck sein soll, sondern fortan der **Kunde im Mittelpunkt der Regulierungstätigkeit** zu stehen hat, signifikant in Zweifel stellen kann (<https://www.rtr.at/de/pr/PI21022014TK>). Schon von dem Aspekt der Glaubwürdigkeit, Unabhängigkeit und Gesetzestreue der Regulierungsbehörde wäre daher eine signifikante Überarbeitung des aktuellen Novellierungsentwurfs wünschenswert.

Mit freundlichen Grüßen

Philipp Lust