

An die
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien

per E-Mail
konsultationen@rtr.at

Wien, am 29.5.2012

ISPA STELLUNGNAHME BETREFFEND DIE ÖFFENTLICHE KONSULTATION DER RTR-GMBH ZUM ENTWURF EINER MITTEILUNGSVERORDNUNG NACH § 25 ABS 3 TKG 2003 (MIT-V)

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, im Zusammenhang mit der öffentlichen Konsultation der RTR-GmbH zum Entwurf einer Mitteilungsverordnung nach § 25 Abs 3 TKG 2003 (MIT-V) wie folgt Stellung zu nehmen:

Die ISPA ist der Ansicht, dass keine Notwendigkeit für die Erlassung der Verordnung besteht. Der vorliegende Entwurf würde zu Rechtsunsicherheit, einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs, einer Erhöhung der Entgelte, einer Behinderung der technischen Innovation sowie zu einem enormen Verwaltungsaufwand führen. Darüber hinaus würde die Grenze zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht auf problematische Art verwischt werden.

Es ist grundsätzlich verständlich, dass sich die RTR-GmbH im Zuge ihrer Streitschlichtungsverfahren zwischen Endkunden und Betreibern in den letzten Jahren zunehmend mit konsumentenschutzrechtlichen Themen befasst hat.

Die ISPA möchte an dieser Stelle jedoch betonen, dass von Seiten der Betreiber gerade in den letzten Jahren und Monaten sehr viel Entgegenkommen in diesem Aspekt gezeigt wurde und zahlreiche Maßnahmen bereits erfolgreich umgesetzt wurden.

Der vorliegende Entwurf zu einer Mitteilungsverordnung mag zwar in einer gesetzlichen Ermächtigung im TKG seine Grundlage finden, geht jedoch nach Ansicht der ISPA zu weit, ist nicht erforderlich, überschießend und unverhältnismäßig.

Dem Verbraucherschutz sind eine Vielzahl von wichtigen Institutionen gewidmet, darunter ein eigenes EU-Kommissariat, das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz sowie zahlreiche Vereine und Interessensvertretungen. Die ISPA weist daher darauf hin, dass die Notwendigkeit der Inklusion dieser Materie in den Tätigkeitsbereich der RTR-GmbH aus ihrer Sicht nicht gegeben ist.

Des weiteren merkt die ISPA an, dass sich die überwältigende Mehrheit der Betreiber, entgegen der in den Erläuternden Bemerkungen vertretenen Ansicht, die Mitteilungen der

Änderungen durch Betreiber seien oft in intransparenter Art und Weise erfolgt, in der Vergangenheit rechtskonform und transparent verhalten hat.

Die ISPA möchte darauf hinweisen, dass der in den Erläuternden Bemerkungen erwähnte Best-Practice-Leitfaden derzeit nicht abrufbar ist und weist darauf hin, dass die Betreiber in den letzten Jahren mehrmals gezeigt haben, dass Betreibercodices erfolgreich formuliert und umgesetzt werden können. Die ISPA steht in diesem Zusammenhang für Gespräche gerne zur Verfügung.

Sofern die RTR-GmbH anführt, dass keine Verbesserungen eingetreten seien, was sich auch in den „Beschwerden der Teilnehmer im Rahmen von Endkundenstreitschlichtungsverfahren nach § 122 TKG“¹ widerspiegeln, so ist dazu anzumerken, dass dies von Seite der ISPA nicht nachvollziehbar ist.

Laut Informationen der RTR-GmbH werden derartige Fälle nicht gesondert statistisch erfasst, sondern nur im Rahmen von „sonstigen Vertragsstreitigkeiten“ aufgezeichnet.

Die ISPA ersucht die RTR-GmbH daher die vermeintliche Problematik konkret darzustellen bzw. nachzuweisen.

Nachfolgend möchte die ISPA auf die einzelnen Punkte des Entwurfs im Detail eingehen.

1. § 1 MIT-V: Die zivilrechtliche Wirksamkeit von Vertragsänderungen sollte nicht verwaltungsrechtlich eingeschränkt werden

Der in den Erläuternden Bemerkungen sowie in § 3 der Verordnung enthaltene Hinweis, dass bei Nichteinhaltung der Verordnung Änderungen der AGB zivilrechtlich nicht wirksam werden, erscheint der ISPA ausgesprochen bedenklich.

Die ISPA weist darauf hin, dass sich die Verordnung gem. § 1 an Betreiber von Telekommunikationsdiensten richtet. Die Verordnung wird somit nur gegenüber diesen wirksam, nicht jedoch gegenüber Teilnehmerinnen und Teilnehmern.

Ob und wann eine Vertragsänderung nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten wirksam geworden ist, haben, dem Prinzip der Gewaltenteilung folgend, in Österreich die ordentlichen Gerichte zu entscheiden.

Zivilrechtliche Folgen einer nicht verordnungskonformen Mitteilung einer AGB-Änderung sind aus Sicht der Teilnehmerinnen und Teilnehmer nicht von Vorteil. Diese verfügen im Normalfall über kein detailliertes Fachwissen betreffend Verordnungen der Regulierungsbehörde. Sie sind daher nicht in der Lage zu überprüfen, ob eine Mitteilung

¹ Erläuternde Bemerkungen zur Mitteilungsverordnung nach § 25 Abs. 3 TKG 2003 (MIT-V), 1.

verordnungskonform erfolgt ist oder nicht. Folgte man der vorgeschlagenen Regelung des Entwurfs hätte dies somit erhebliche Rechtsunsicherheit seitens der Teilnehmerinnen und Teilnehmer zur Folge. Diese müssten in Hinkunft somit auch verwaltungsrechtliche Vorschriften, die nicht an sie gerichtet sind, beachten, um die für sie geltenden Vereinbarungen zu überblicken.

Darüber hinaus würden die in den Erläuternden Bemerkungen dargestellten zivilrechtlichen Folgen auch einen überbordenden Eingriff in die Privatautonomie, und zwar sowohl in die der Betreiber als auch in die der Teilnehmerinnen und Teilnehmer, darstellen.

Die ISPA möchte an dieser Stelle auch auf § 25 Abs 2 TKG hinweisen, in welchem festgehalten wird, dass die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unberührt bleiben. Es wäre daher systemwidrig, wenn dies für § 25 Abs 3 TKG nicht gälte.

Das Zivilrecht enthält, etwa im ABGB und gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten auch im KSchG, zahlreiche Bestimmungen darüber, ab wann und unter welchen Voraussetzungen eine Vertragsänderung gültig erfolgt ist.

Die Festschreibung von zivilrechtlichen Folgen würde dem System des ABGB sowie dem KSchG entgegenstehen und diese unnötig verkomplizieren. Zudem weist die ISPA darauf hin, dass das ABGB Formvorschriften nur in abgeschlossen aufgezählten Ausnahmefällen (Testamentserrichtung, Schenkung ohne Übergabe, ...) vorsieht. Dieser Grundsatz ist beizubehalten. Sollten weitere Formgebote notwendig sein, so sollte dies systemgemäß im ABGB bzw. in den entsprechenden zivilrechtlichen Nebengesetzen zum ABGB geregelt werden.

Die ISPA ist weiter der Ansicht, dass die bestehenden Sanktionen völlig ausreichend sind. Es erscheint weder geboten noch zulässig, die zivilrechtliche Wirksamkeit von Vertragsänderungen mit der Einhaltung von verwaltungsrechtlichen Verordnungen zu verknüpfen.

Nach dem Entwurf wäre zudem eine Vertragsänderung strengeren Formvorschriften ausgesetzt, als der ursprüngliche Vertragsabschluss. Dies würde den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen widersprechen und wäre wohl durch keine sachliche Begründung zu rechtfertigen. Betreiber, die unter das TKG fallen wären damit wesentlich schlechter gestellt, als andere Unternehmen, ohne dass dafür ein berechtigter Grund vorliegen würde.

2. § 2 Abs 1 MIT-V: Steht die IKT-Branche unter Generalverdacht?

Die ISPA möchte auch die Gelegenheit nutzen und in respektvoller Art und Weise darauf aufmerksam machen, dass aus derart ins Detail gehenden Regelungsbestrebungen von Seiten der Öffentlichkeit eine eher misstrauische Haltung der Behörden gegenüber dem Telekommunikationsdienstleistungssektor konstruiert werden könnte.

Die ISPA merkt an dieser Stelle an, dass die IKT-Branche wie keine andere Branche in Österreich unter Beobachtung steht und gerade in zivilrechtlicher Hinsicht das Gebaren der Betreiber fortlaufend dem wachsamen Auge der ordentlichen Gerichte standhalten muss.

3. § 2 Abs 1 MIT-V: Die vorgeschlagene Regelung träfe kleine und mittlere Unternehmen besonders hart

Die ISPA möchte auf den ausgesprochenen Detaillierungsgrad der Mitteilung hinweisen und anmerken, dass Regulierung bis ins „letzte Detail“ sowohl den Interessen der Kundinnen und Kunden entgegensteht als auch denen der Unternehmen.

Durch ein dermaßen komplexes Regelwerk wird es vor allem kleinen und mittleren Betreibern immer schwerer gemacht, regelkonform zu agieren. Je detaillierter eine Regelung ist, umso größer ist der Aufwand diese Vorgabe einzuhalten. Dies schlägt sich nicht nur in höheren Entgelten nieder, sondern führt auch zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs, da große Betreiber die Vorgaben in der Regel leichter umsetzen können.

Die Folgen der vorgeschlagenen Regelung sind daher höhere Entgelte sowie eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

4. § 2 Abs 1 MIT-V: Die Darlegung der bisherigen Vertragsbeziehungen führt zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand

Zu der Gegenüberstellung von alten und neuen vertraglichen Regelungen merkt die ISPA an, dass diese Bestimmung nur mit einem sehr großen verwaltungstechnischen Aufwand umzusetzen wäre. Dies würde vor allem kleinere Betreiber benachteiligen.

Darüber hinaus möchte die ISPA an dieser Stelle auf das Verbraucherleitbild des EuGH hinweisen, der in ständiger Rechtsprechung² von einem **verständigen** Verbraucher ausgeht. Es ist daher nach Ansicht der ISPA von einem Verbraucher auszugehen, der über die von ihm eingegangenen Vertragsbeziehungen weiß. Es reicht für einen verständigen Verbraucher somit aus, die Änderungen klar und deutlich darzustellen, ohne dass der bestehende Vertrag im Detail dargestellt werden muss.

² Seit der E Gut Springenheide und Tusky, EuGH 16.7.1998, C-210/96.

Sollte die RTR-GmbH trotz den in dieser Stellungnahme vorgebrachten Gründen an Ihrem Vorhaben der Erlassung der Mitteilungsverordnung festhalten, fordert die ISPA, den Anwendungsbereich dieser Verordnung auf Konsumenten einzugrenzen. Business-Kunden handeln in der Regel nicht nur Ihre Verträge im Detail aus, sondern verfügen zudem auch über ausreichende Verhandlungsmacht.

5. § 2 Abs 3 MIT-V: Die Gegenüberstellung von alten und neuen Entgelten benachteiligt vor allem serviceorientierte Betreiber

Die Ausweisung von neuen und alten Entgelten geht mit einem hohen Verwaltungsaufwand einher. Besonders wenn spezielle Konditionen bzw. Sonderlösungen vereinbart wurden, kann die Gegenüberstellung einen bedeutenden Aufwand darstellen. Deshalb vertritt die ISPA den Standpunkt, dass die klare und transparente Auszeichnung neuer Entgelte ausreicht.

Wiederum möchte die ISPA die Auslegung des autonomen Begriffs „Verbraucher“ seitens des EuGH betonen und darauf hinweisen, dass einem Verbraucher, der „[...] *angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist* [...]“³ zuzutrauen ist, zu wissen, welche Entgelte gemäß den laufenden Vertragsbeziehungen fällig werden. Andernfalls wäre der Durchschnittsverbraucher nicht in der Lage, die von ihm eingegangenen Verpflichtungen (z.B. Bezahlung der Grundgebühr) zu erfüllen.

Deshalb ist es nach Meinung der ISPA nicht notwendig, alte und neue Entgelte gesondert in der Mitteilung anzuführen.

6. § 3 Abs 3 MIT-V: Der Verzicht auf Abschlagszahlungen für gestützte Endgeräte hindert technische Innovation

In den Erläuternden Bemerkungen werden Abschlagszahlungen für gestützte Endgeräte als Restentgelte bezeichnet, die bei einer außerordentlichen Kündigung nicht verlangt werden dürfen. Die ISPA macht darauf aufmerksam, dass es den Betreibern mit einer solchen Regelung erschwert wird, ihre Kundinnen und Kunden unter günstigen Bedingungen am technologischen Fortschritt teilhaben zu lassen. Die neueste Handy- oder Modemtechnologie ist für viele Nutzerinnen und Nutzer nur mit einem entsprechenden Vertrag leistbar.

Durch die vorgesehene Regelung müssten die Betreiber das Modell des gestützten Endgeräts einschränken oder gegebenenfalls sogar einstellen, unter anderem auch deshalb, um sich vor Missbrauch zu schützen.

³ EuGH 12.5.2011, C-122/10 (Ving Sverige), Rn 22.

Jener finanzielle Schaden, der Unternehmen im Falle einer außerordentlichen Kündigung durch die vorgeschlagene Regelung entstünde, käme einer Pönale gleich. Dies stellt einen ungerechtfertigten Eingriff in das Eigentumsrecht der Betreiber dar.

7. § 3 Abs 5 MIT-V: Die Erstreckung auf allfällige zivilrechtliche Konstruktionen ist abzulehnen

Die ISPA weist abermals darauf hin, dass die auch in den Erläuternden Bemerkungen angenommene Erstreckung des Anwendungsbereiches der Verordnung abgelehnt wird und verweist auf Punkt 1.

8. § 4 Abs 1 MIT-V: Der Begriff der aktiven Übermittlung ist unklar

Der Begriff „aktive Übermittlung“ ist im Entwurf nicht klar erläutert. Jede Mitteilung einer Änderung wird bereits jetzt von den Anbietern aktiv übermittelt. Die ISPA ersucht daher, dass festgehalten wird, dass eine Übermittlung per E-Mail und SMS⁴ zulässig ist.

Sollte die Verordnung gemäß dem derzeitigen Entwurf in Kraft treten, würden somit groteskerweise strengere Regelungen für die Änderungen eines Vertrages, als für dessen Abschluss gelten.

Eine Übermittlung ausschließlich auf postalischem Wege anzuordnen, wäre ein zu weitgehender Eingriff in die Privatautonomie. Es ist nunmehr zulässig, Rechnungen unter den im TKG genannten Voraussetzungen (Übermittlung an eine vom Kunden bei Vertragsabschluss bekannt gegebene E-Mail-Adresse) elektronisch zu versenden. Damit ist auch der Zugang solcher elektronischer Rechnungen zulässig. Zusätzlich senden die meisten Mobilfunkbetreiber auch noch ein Verständigungs-SMS an den Kunden, wenn seine Rechnung online im Kundenbereich verfügbar ist, um den rechtlichen Vorgaben der Zustellung Genüge zu tun.

Die Zustellung einer Rechnung sollte wertungsmäßig nicht anders behandelt werden, als die Zustellung von AGB-Änderungen, zumal das Gesetz den Aufdruck von Änderungen auf der periodischen Rechnung ausdrücklich als zulässige Option nennt.

Wenn in den Erläuternden Bemerkungen nunmehr die Übermittlung per SMS nicht als „aktive Übermittlung“ gelten soll, so stellt die ISPA fest, dass der oben beschriebene Zustellprozess mit Verständigung per SMS ausreichen muss. Darüber hinaus könnte in der Verständigungs-SMS ein Vermerk angeführt werden, dass zusätzlich eine AGB-Änderung in der Rechnung enthalten ist.

⁴ Vgl. E OGH 4 Ob 227/06w in welcher dieser bereits klargestellt hat, dass eine Information von Prepaid Kunden mittels SMS eine zulässige Form der Information bzw. Verständigung ist.

9. § 4 Abs 1 MIT-V: Vertragsänderung von Prepaid-Kunden würden unmöglich gemacht werden

Darüber hinaus würde eine Vorschrift hinsichtlich solcher Übermittlungen ausschließlich auf postalischem Wege speziell bei Prepaid-Kunden die Privatautonomie in überbordender Art einschränken. Diesen könnten gem. der Verordnung Vertragsänderungen nur per Post mitgeteilt werden. Im Endeffekt bedeutete dies, dass Vertragsverhältnisse mit Prepaid-Kunden, die keine oder keine korrekte postalische Anschrift bekannt gegeben haben, nicht mehr geändert werden könnten.

Dies widerspricht klar den Grundsätzen im österreichischen Zivilrecht. Es muss einer Partei offen stehen, Verträge zu beenden oder zu ändern, wenn entsprechende Gründe vorliegen. Das gilt natürlich auch für Prepaid Verträge.

Die ISPA möchte auf das in § 25 Abs 3 TKG verankerte Recht der Betreiber zur einseitigen Änderungen der Vertragsbedingungen hinweisen. Dieses wurde gerade deshalb eingeführt, um dem fortschreitenden technologischen Wandel gerecht werden zu können. Die Bestimmungen des Entwurfs laufen diesem Gedanken diametral entgegen.

Zusätzlich möchte die ISPA darauf hinweisen, dass die IKT-Branche beim Inkrafttreten diese Regelung zum Beispiel gegenüber dem Bankensektor benachteiligt sein würde. Eine Bank kann die Form der Mitteilung mit deren Kundinnen und Kunden vertraglich vereinbaren. Einzige Voraussetzung hierbei ist, dass die Änderung auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt wird.⁵

10. § 4 Abs 3 MIT-V: Die Darstellung auf der ersten Seite erfordert tiefgreifende Änderungen in den Verrechnungssystemen

Die ISPA weist nachdrücklich darauf hin, dass die geforderte Darstellung der Änderung auf der ersten Seite bei den betroffenen Betreibern mit erheblichen Programm- und Systemumstellungen verbunden wäre. Es müssten tiefgreifende Änderungen in den Verrechnungssystemen gemacht werden, was einen dementsprechenden Aufwand verursachen würde.

Die ISPA ist daher der Ansicht, dass ein deutlicher Hinweis auf die angefügte Mitteilung der Änderung auf der ersten Seite ausreicht. Dies würde einen bewältigbaren Aufwand darstellen und gleichermaßen auf die Änderungen hinweisen. Dies würde vor allem kleinen und mittleren Betreibern zu Gute kommen, die durch die Verordnung in besonderem Maß betroffen sind.

Sollte die Regulierungsbehörde entgegen aller vorgebrachten Argumente an diesem Vorhaben festhalten, fordert die ISPA den Ersatz der Investitionskosten sowie der laufenden

⁵ § 29 Abs 1 iVm § 26 Abs 1 und 2 ZaDiG, BGBl I 66/2009 idF BGBl I 35/2012.

Kosten für die notwendig gewordenen Änderungen in vollem Umfang noch vor in Kraft treten der Verpflichtungen für die Betreiber zurück.

Zusammenfassend ist die ISPA der Ansicht, dass keine Notwendigkeit für die Erlassung der Verordnung besteht. Der vorliegende Entwurf würde zu Rechtsunsicherheit, einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs, einer Erhöhung der Entgelte, Behinderung der technischen Innovation sowie einem enormen Verwaltungsaufwand führen. Darüber hinaus würde die Grenze zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht auf problematische Art verwischt werden.

Für Rückfragen oder weitere Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

ISPA Internet Service Providers Austria



Dr. Maximilian Schubert
Generalsekretär

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von rund 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmer untereinander.