

Philipp Lust

Bald 20 Jahre „liberalisierte“ Telekommunikation in Österreich: Wie steht's um den Wettbewerb?

Abstract: In letzter Zeit sind die Telefontarife der Endkunden trotz regelmäßiger Kostensenkungen auf Großhandelsebene deutlich gestiegen. Ein Versagen des oligopolistisch geprägten Marktes liegt nahe. Die zur Schaffung wettbewerbsnaher Verhältnisse und damit schlussendlich zum Schutz des Kunden eingerichtete sektorspezifische Regulierungsbehörde verhält sich diesbezüglich hingegen passiv (Abschnitte I.–IV.).

Nach nunmehr 20-jähriger Erfahrung mit dem „Liberalisierungsprojekt Telekommunikation“ scheint es, als hätte sich der Fokus auf die „Vorleistungsregulierung“ zur Förderung der Anbieter nicht bewährt und als wäre stattdessen endlich der Schutz der Kunden sicherzustellen. Auch wenn die aktuellen Regeln dafür nur am Rande konzipiert sind, so bestehen hinreichende Eingriffsmöglichkeiten und ist deren Anwendung auch geboten (Abschnitt V.).

Ebenso wären zum allgemeinen Wettbewerbsrecht passende Marktabgrenzungen und technologie neutrale Rechtsanwendung zwischen Mobilfunk und Festnetz geboten, um einigermaßen autonom wirkende und damit weniger regulierungsabhängige Marktkräfte zu fördern.

Eingeschränkte Maßnahmen sind zwar einzelvertraglich auf Kundenebene möglich (Abschnitt VI.). Ein Umdenken in der Regulierungspolitik ist jedoch längst geboten (Abschnitt VII.).

Deskriptoren: Kartell; Konsumentenschutz; Liberalisierung; Monopol; Oligopol; Preisfestsetzung; Regulierung; Technologieneutralität; Telekommunikation; Verhältnismäßigkeit; Vertrag; Vertragsänderung; Wettbewerb; Willenserklärung; Wirtschaftlenkung.

Rechtsquellen: §§ 1, 25, 34 ff, 43, 45, 122 TKG 2003; § 18 TKG 1997; §§ 861, 864a, 871, 934 ABGB; § 6 KSchG; § 1 f UWG; Art 5 StGG.

I. Versagen von Markt und Regulierung

A. „Liberalisierung“ und Fortschritt

Das europarechtliche „Liberalisierungs-“ oder besser Re-Regulierungsprojekt war im Bereich der Telekommunikation anders als in anderen Infrastrukturbereichen zu Ende des abgelaufenen Jahrhunderts und auch noch in den frühen Jahren des 21. Jahrhunderts von einem maßgeblich verbesserten Leistungsangebot und gleichzeitig sinkenden Preisen für Endkunden begleitet. Gerade im Vergleich mit Strom, Gas, Post und Bahn, wo ähnliche Regelungswerke zu deutlich weniger Auswirkungen geführt haben, zeigt sich, dass der Grund dafür wohl überwiegend im differenzierbaren Produkt und dem technischen Fortschritt in der Mikroelektronik anstatt in den staatlichen Eingriffen zu suchen ist.

B. Endkundenpreise steigen signifikant

Während die heimischen Anbieter von Telekommunikationsleistungen schon vor etwa 10 Jahren erkannt haben, dass der Profit durch Verschlechterung der Abrechnungsmodalitäten vom aufgrund der Vorleistungsabrechnung gebotenen Sekundentakt zum nun üblichen Minutentakt (60/60) auf Endkundenseite markant gesteigert werden kann,¹ sind sie in den letzten Jahren besonders kreativ geworden. So wurden insbesondere 2011 einige „Pauschalen“ eingeführt, deren Sinn und Berechtigung aus Kundensicht fraglich sind.² So wurden 2014 im

¹ Siehe hierzu beispielsweise *Blocher*, Intransparenz als Geschäftsmodell? – Die Verrechnung von Mobilfunkgesprächen nach Takteinheiten, RdW 2010, 437.

² Hinsichtlich der Internet Service Pauschale im Festnetz hat der Musterprozess der Arbeiterkammer durch OGH 20.01.2014, 4 Ob 115/13k, jedenfalls für Kombipaket-Aktionskunden aus der Zeit vor Einführung der Internet Service Pauschale zu einem Erfolg geführt. Die Unzulässigkeit wurde wettbewerbsrechtlich begründet,

Mobilfunk „Aktivierungsentgelte“ für abschlusswillige Kunden regelmäßig von etwa 50 auf 70 Euro (inkl USt) angehoben, zu denen jährlich weitere 20 Euro „SIM-Pauschale“ bzw. „Service-Pauschale“ hinzukommen. Angesichts der Tatsache, dass die Herstellung der SIM-Karte selbst nur einige Cent kostet und die weiterhin bestehende und vielfach ebenfalls erhöhte Grundgebühr zuvor sämtliche laufende Grund- und Netzausbaukosten ebenso wie allfällige Kartenaustausche oder -sperrungen und meist eine besser besetzte Hotline abgedeckt hat, stellt sich die Frage, wofür diese Beiträge tatsächlich notwendig sind.

Noch interessanter ist jedoch, dass die Schaffung entsprechender neuer Einnahmequellen bei den Anbietern der Telekommunikationsdienste regelmäßig sehr zeitnah und ähnlich von sämtlichen Marktteilnehmern vollzogen wird; so auch bei den branchenweiten Tarifierhöhungen bei neuen Mobilfunkverträgen im Jahr 2013. Aus ökonomischer Sicht wäre dabei selbst ohne derartige Vorkommnisse klar, dass bei einem Oligopol mit überschaubarer Anbieterzahl – so bestehen seit der Übernahme von tele.ring durch die T-Mobile Austria GmbH (T-Mobile) im Jahr 2005 und von Orange durch die Hutchison Drei Austria GmbH (Drei) im Jahr 2012 neben dem Festnetz nur mehr drei mobile Netzbetreiber – zumindest ein Verhaltenskartell nicht weit ist.

C. Rechtliche Rahmenbedingungen

Das klassische staatliche Monopol der Post- und Telegraphenverwaltung wurde durch das Europarecht aufgebrochen: Nach dem Beginn mit Endgeräten in den späten 1980er-Jahren kam es in den 1990er-Jahren parallel zu dem EU-Beitritt Österreichs zu einer schrittweisen, mit dem Fernmeldegesetz 1993 eingeleiteten Liberalisierung, die 1996 im Mobilfunk und 1998 – hierzulande über das Telekommunikationsgesetz (TKG) 1997 – in sämtlichen Bereichen vollständig abgeschlossen wurde.³ Damit konnte grundsätzlich jedermann elektronische Kommunikationsdienste erbringen. Um das zu erleichtern, waren die Liberalisierungsmaßnahmen von umfangreichen „Harmonisierungs“-Maßnahmen nach Art 114 AEUV begleitet, die im Wege wirtschaftslenkender Regulierung neuen Marktteilnehmern zu Lasten der ehemaligen Monopolisten einen einfacheren Start ermöglichen wollten (ua „offener Netzzugang“ als Recht auf Miete fehlender Infrastruktur).

sodass für die übrigen Altkunden nur der beiläufige Verweis des OGH zum Verständnis von § 25 TKG 2003 hilft (siehe dazu Abschnitt II).

³ Siehe beispielsweise *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick (2003) 10 ff mwH.

Mit einer grundsätzlichen Überarbeitung des europäischen Rechtsrahmens im Jahr 2002,⁴ der zum hiesigen TKG 2003 geführt hat, sollten die sektorspezifischen Bestimmungen näher an das allgemeine Wettbewerbsrecht herangeführt werden, um mit Erreichen eines hinreichenden Marktes schlussendlich ganz auszupendeln.⁵ Nachdem Regulierungsmaßnahmen typischerweise „ex ante“ verfügt werden, um aufgrund Feststellung fehlenden Wettbewerbs und beträchtlicher Marktmacht missbrauchsgeneigte Fälle von vornherein zu entschärfen, unterscheidet sich Regulierungsrecht weiterhin grundsätzlich von herkömmlichem Kartellrecht: Letzteres sanktioniert „ex post“ tatsächlich realisierten Marktmachtmissbrauch, nicht aber die bloße Missbrauchsneigung.⁶

Entscheidende Regulierungsbestimmungen im Telekommunikationsrecht waren Zusammenschaltungsvorschriften, um sicherzustellen, dass Nutzer eines Netzes auch Kunden anderer Netze zu sinnvollen Konditionen erreichen können; sie werden im Kommunikationssektor wohl auch langfristig sondergesetzlich geboten sein.⁷ Daneben bestehen im TKG 2003 umfangreiche und äußerst flexibel einsetzbare – am Kartellrecht orientierte, im Detail aber darüber hinausgehende – Instrumente, um Marktmachtmissbrauch zu verhindern.⁸ Dieser ist in Infrastrukturbereichen, wo es aufgrund ökonomischer Gründe (Kosten der Errichtung des Netzes) und auch technischer Gründe (beschränkte Verfügbarkeit von Frequenzen für Mobilfunk) regelmäßig nur wenige Anbieter gibt, nämlich geradezu vorprogrammiert. Wiewohl sich Marktmachtmissbrauch (anders als die Zusammenschaltung) grundsätzlich auch über das parallel anwendbare, allgemeine Wettbewerbsrecht lösen lässt, ist es derzeit bis zum Auspendeln der sektorspezifischen Sonderregeln des TKG naheliegend, dass die Verfehlungen

⁴ RL 2002/19/EG bis 2002/22/EG sowie 2002/58/EG und 2002/77/EG samt zwischenzeitigen Anpassungen im EU-Telekom-Reformpaket 2009 durch RL 2009/136/EG, RL 2009/140/EG und Verordnung (EG) 1211/2009.

⁵ Siehe insoweit zB Art 25 und Erwägungsgrund 39 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG zur regelmäßigen Überprüfung sowie das Verhältnismäßigkeitsgebot in § 37 TKG 2003.

⁶ Über das Argument der „Planungssicherheit“, wonach angeblich nur *ex ante*-Regulierung und nicht allgemeines Wettbewerbsrecht zur wirkungsvollen Bekämpfung von Wettbewerbsproblemen „geeignet“ sei, können Regulierungsbehörden freilich das Auspendeln samt damit einhergehendem Kompetenzverlust zu verhindern versuchen; so zB TTK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 25, unter Verweis auf den 13. Erwägungsgrund der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission, ABl 2007/L 344/65 v 28. 12. 2007.

⁷ Siehe *Lust*, Netzzugang im neuen EU-Telekomrecht, ÖZW 2002, 33 (36 f).

⁸ Siehe zB *Lust* (FN 3) 68 ff mwN.

über die spezielleren und einschneidenderen Normen des TKG abgestellt oder gar verhindert werden.

Aufgrund der offensichtlichen Preiserhöhungstendenzen der letzten Jahre im mittlerweile einigermaßen konsolidierten Sektor Telekommunikation soll im Folgenden auf weitere Indizien von Marktversagen, die möglichen Regulierungsmaßnahmen zur Sicherstellung wettbewerbsnaher Verhältnisse sowie deren bisherige Handhabung durch die Telekom Control Kommission (TKK) und die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) als Regulierungsbehörden eingegangen werden.

D. Regulator sieht dem Oligopol zu

Umso erstaunlicher ist nämlich die regelmäßig ähnlich passive Reaktion des für die marktnahen Abläufe im monopolgefährdeten Kommunikationssektor eingerichteten Regulators auf die Tarifierhöhungen der letzten Jahre: „Grundsätzlich sind die Mobilfunkanbieter in ihrer Preisgestaltung völlig frei. [...] Wir raten [...] betroffenen Kunden, sich [...] genau zu erkundigen.“⁹ „Wir prüfen, ob die Preisentwicklungen nachhaltig sind. Um das feststellen zu können, braucht es aber aus mehreren Gründen Zeit [...]“¹⁰ Man könne „irgendwann einmal durchaus auch Auflagen für Betreiber auferlegen“, wobei sich das nur auf Vorleistungsebene beziehe, um „den Markt attraktiver [zu] machen für neu eintretende Betreiber“, damit „der Wettbewerb sich von selbst regeneriert“.¹¹

Immerhin haben bei der Bundeswettbewerbsbehörde, die bisher eher die abstrakten Folgen von künftigen Zusammenschlüssen geprüft hat, Erhebungen zu den bereits fühlbaren praktischen Auswirkungen vergangener Konsolidierungen begonnen.¹²

⁹ Serentschy, RTR-Pressemitteilung v 04.02.2011.

¹⁰ Gungl, RTR-Pressemitteilung v 21.02.2014, ebenfalls im Zusammenhang mit dem Mobilfunk, wobei der neue Geschäftsführer der RTR-GmbH immerhin „die Kunden in den Mittelpunkt stellen“ will.

¹¹ Gungl, Interview über die allgemeine Tarifierhöhungstendenz im Kommunikationssektor anlässlich der Tarifierhöhungen von A1 Telekom Austria im Ö1 Morgenjournal v 26.02.2014, siehe auch <http://oe1.orf.at/artikel/367831>, der damit immerhin zugibt, dass sich der Wettbewerb in der letzten Zeit trotz umfangreicher Regulierungsbehörden und damit einhergehender Wettbewerbsimulationen deutlich verschlechtert hat.

¹² Jäkle, Österreichs Mobilfunk auf der Watchlist der BWB, Wirtschaftsblatt 17.01.2014, <http://wirtschaftsblatt.at/archiv/printimport/1549958/Osterreichs-Mobilfunk-auf-der-Watchlist-der-BWB>, sowie Der Standard 26.06.2014, Wettbewerbsbehörde: Start neuer Mobilfunkanbieter wird behindert, <http://derstandard.at/2000002342851/Bundeswettbewerbsbehoerde-Start-neuer-Mobilfunkanbieter-wird-behindert>, und zuletzt BWB 29.08.2014, <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Seiten/Deutlicher-Preisanstieg-BWB-untersucht-Telekombranche.aspx>, zur Ausdehnung der Untersuchung auf die gesamte Telekommu-

Entsprechend gab es gemäß Verbraucherpreisindex 2000 der Statistik Austria (VPI 2000) zu Telefon- und Telefaxdiensten (Warencode 08.3) in der Zehnjahresperiode zwischen 2001 und 2011 einen kontinuierlichen Preisverfall über insgesamt 21 %. Zwischen 2011 und 2013 bilden sich jedoch auch dort die oben genannten Tendenzen insbesondere bei Grundentgelten mit + 15 % im Festnetz (Code 940) und + 35 % im Mobilfunk (Code 949) ab, wobei die grundsätzlich indirekt korrespondierenden Gesprächsgebühren praktisch unverändert blieben.¹³ Es scheint, als wäre man langsam an dem Punkt angelangt, wo ein glückliches Oligopol in die Abschöpfungsphase gelangt ist, in der es beliebige Preise vorgeben kann, während die für die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen eingerichteten, nicht gerade schlanken Regulierungsbehörden konsequent wegsehen und damit sowohl ihre eigene Rechtfertigung als auch die des europarechtlichen Regulierungsansatzes in Zweifel stellen.

II. Einseitiges Änderungsrecht nach § 25 TKG?

Maßgeblich erleichtert wurde dieser Zustand nicht nur durch aufsichtsbehördliche Passivität, sondern auch durch § 25 TKG 2003 zur Anzeige- und Kundmachungspflicht allgemeiner Geschäftsbedingungen, der gerne als einseitiges Vertragsanpassungsrecht zugunsten der Betreiber verstanden wird.¹⁴ So konnte nicht nur bei neuen Verträgen deutlich besser verdient werden, sondern konnten auch Bestandskunden mit entsprechend ungünstigeren Konditionen als vereinbart bedacht werden. Das dabei den Kunden zum angeblichen Ausgleich gewährte Sonderkündigungsrecht konnte nämlich angesichts der regelmäßig ziemlich parallelen Preiserhöhun-

nikationsbranche und einem gemeinsamen Fahrplan mit anderen Behörden, Arbeiterkammer und Verein für Konsumenteninformation.

¹³ Die massive Anhebung der Grundentgelte im weniger konsolidierten Mobilfunksektor des Jahres 2010 um 40 % wurde hingegen – auch aufgrund der wegen überwiegender Fixkosten logischen Tendenz zu Pauschalgebühren – noch von Senkungen bei Gesprächsentgelten um 32 % begleitet.

¹⁴ Siehe beispielsweise Feiel/Lehofer, Praxiskommentar zum TKG 2003 (2004) 96, die die Judikatur des OGH zum TKG 1997 auf das neue TKG umlegen, gleichzeitig aber keine sachliche Rechtfertigung für ein einseitiges Änderungsrecht erkennen können, Schaubhuber, Neue OGH-Judikatur zu einseitigen Vertragsänderungen im Telekom-Bereich, MR 2007, 290 (292 ff), die es mit angeblich „besonderen Rahmenbedingungen in der Telekombranche“ rechtfertigt, oder Hasberger, Entgelterhöhung im TKG: ex lege oder „doppelter“ Konsumentenschutz?, MR 2012, 55 (57), und leider auch die RTR-GmbH, <https://www.rtr.at/de/tk/FAQ169>, sowie deren Geschäftsführer Gungl, RTR-Pressemitteilung v 15.05.2014. AA jedoch immerhin die TKK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 42, die die notwendige individuelle Vereinbarung betont.

gen der jeweiligen Anbieter nur durch völligen Leistungsverzicht (und somit Rückkehr zur nicht-elektronischen Kommunikation) erkaufte werden.

Der Normtext war dabei sowohl in der Vorgängerbestimmung des § 18 TKG 1997 als auch im aktuellen § 25 TKG 2003 wie folgt gestaltet: „Änderungen“ des Betreibers „sind“ samt Frist „kundzumachen“, wobei dem Kunden ein Sonderkündigungsrecht gewährt wird. Somit konnte der Wortlaut einerseits dahingehend verstanden werden, dass die Verwaltungsvorschrift des TKG zusätzliche formelle Mitteilungserfordernisse zur nach Zivilrecht erforderlichen wechselseitigen Einigkeit zur Vertragsänderung vorschreibt. Andererseits konnte man ihn ebenso dahingehend verstehen, dass das TKG dem materiellen Zivilrecht derogiert und insoweit einseitige Änderungen des Betreibers durch bloße Mitteilung und unabhängig von der Annahme des Vertragspartners verfügt werden können.

Letzteres wurde aufgrund des „eindeutigen“ Wortlauts vom OGH am 14. März 2000 in 4 Ob 50/00g zum TKG 1997 entschieden. In seiner Kritik an der Entscheidung hat *Rabl* überzeugend das Gegenteil dargelegt.¹⁵ Am 20. März 2007 äußerte der OGH in 4 Ob 227/06w („AGB in Mobilfunkverträgen“)¹⁶ schließlich Zweifel an der Übertragbarkeit seiner Entscheidung zu § 18 TKG 1997 auf die doch unterschiedliche Norm in § 25 TKG 2003: Während die Unberührtheit des Zivilrechts bei der Vorgängerbestimmung nur in den Gesetzesmaterialien explizit hervorgehoben wurde, wanderte diese Aussage nun nämlich direkt in den Normtext.

Das jüngste Erkenntnis des OGH vom 20. Jänner 2014 im wettbewerbsrechtlichen Verfahren 4 Ob 115/13k („A1 Kombi“)¹⁷ bestätigt daher die bereits aufgrund des Wortlauts nahe liegende Auslegung, wonach § 25 TKG 2003 „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.“ Nur diese bereits nach dem Wortlaut nahe liegende Interpretation, wonach das TKG 2003 nur zusätzliche Formvorschriften für Anbieter gebietet, jedoch kein dem Zivilrecht derogierendes, uneingeschränktes Vertragsänderungsprivileg gewährt, lässt sich im

¹⁵ *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolx* 2000, 490.

¹⁶ Siehe zB MR 2007, 222. Die geprüfte Klausel war in diesem Verfahren bereits nach § 6 Abs 3 KSchG unzulässig, sodass auf das TKG 2003 diesbezüglich nicht weiter eingegangen werden musste. Andere Senate haben hingegen die Rechtsansicht zur alten Rechtslage auch auf das TKG 2003 übertragen: OGH 08.09.2009, 1 Ob 123/09h und OGH 14.11.2012, 7 Ob 84/12x.

¹⁷ Siehe zB MR 2014, 110.

Einklang mit den Zielen der Regelung, dem Gebot der Privatautonomie und der gebotenen richtlinienkonformen Interpretation aufrecht erhalten.¹⁸

Entsprechend können bestehende Verträge auch im Bereich der elektronischen Kommunikation – anders als von Betreibern, RTR-GmbH und vielfach in der Literatur gewünscht bzw behauptet – nur über eine wechselseitige Willenserklärung beider Vertragspartner geändert werden und reicht der bloß kundgemachte Wunsch des Anbieters dafür noch nicht aus.

III. Aktuelle Tarifanpassungen bei Bestandskunden

A. Die jüngsten Preiserhöhungen bei A1

Entgegen den vorangegangenen Ausführungen hat sich 2014 zuerst die zuletzt eher im Zusammenhang mit Beteiligungen in die Schlagzeilen geratene A1 Telekom Austria AG (A1) hervorgetan, um über § 25 TKG 2003 auch bei Bestandskunden massive Tarifierhöhungen durchzusetzen und somit ihre nationale Ertragskraft zu stärken.

So wurden mit März vorerst bei der Mobilfunk-Diskontmarke bob die Minutentariife von 4 Cent mit 60/30-Taktung auf 6,8 Cent mit 60/60-Taktung – also um mindestens 70 % (!) – erhöht.¹⁹ Die vorgebrachten Argumente der Inflation (gemäß VPI-Warenkorb entspricht das ungefähr der Inflation der letzten 30 Jahre, während bob erst seit 8 Jahren am Markt ist) sind dabei ebenso unglaubwürdig wie das des Netzausbaus aufgrund zusätzlichen Datenverkehrs, zumal letzterer bei den betroffenen Gesprächen irrelevant ist und sogar einen anderen (Teil-) Markt gemäß § 36 TKG 2003 darstellt und der mobile Datenverkehr ohnehin volumenabhängig abgerechnet wird.

B. Reaktionen der Mitbewerber

„Weniger schlimm“ geht es an anderen Fronten zu: Normale A1-Mobilfunk-Bestandskunden werden seit Mai mit circa 2 Euro Grundentgelterhöhung und 20 Euro jährlicher SIM-Pauschale sowie einer Wertsicherungsklausel beglückt, angeblich um „auch in Zukunft [...] höchste Netzqualität bieten [zu] können“.²⁰ Der Mitbewerber Drei erhöhte im Juli einige Grundentgelte von Bestandskunden „bloß“ um 2 bis 3 Euro monatlich und führt für sie eine generelle Service-Pauschale und laufende

¹⁸ Siehe zuletzt und zur Rechtslage seit TKG 2003 idF BGBl I 102/2011, *Lust*, Gedanken zur Änderung von Telefonverträgen, MR 2014, 163 (164 ff); zum TKG 2003 vor der Novelle *Schilchegger*, Statuiert § 25 TKG 2003 ein gesetzliches Änderungsrecht?, MR 2010, 287.

¹⁹ Siehe <http://www.bob.at/preise-neu>.

²⁰ <http://www.a1.net/preise-neu>.

Inflationsanpassungen „erst“ im Rahmen weiterer Grundentgeltanhebungen im Oktober ein. Begründet wird es mit zunehmender Mobilfunknutzung, jährlichen Netzausbaukosten von über 100 Mio Euro und nicht mehr kostendeckender Tarifkalkulation.²¹ T-Mobile hat entsprechende Preiserhöhungen für Bestandskunden bislang nur bei der Diskontmarke tele.ring kundgemacht und hält sich im Übrigen bei Altverträgen (vor 2011/2012) mit einseitig aufgezwungenen und auch inhaltlich zweifelhaften Wertanpassungsklauseln²² vorerst zurück.

C. Massive Tarifänderungen im Festnetz

Interessanterweise kommt aber auch vom Festnetz – dem Hauptleidtragenden der hiesigen Regulierungspraxis, die Mobilfunk und Festnetz entgegen dem über ein Jahrzehnt bestehenden gesetzlichen Gebot der Technologieneutralität weiterhin mit zweierlei Maß misst²³ – ein „Lebenszeichen“: Seit Mai sollen neben anderen ausschließlich benachteiligenden AGB-Änderungen A1-Festnetz-Bestandskunden für Gespräche im Festnetz um 65 % (untertags) bis 260 % (abends und am Wochenende) mehr zahlen und umgekehrt werden Anrufe in mobile Netze um etwa 53 % reduziert und kosten damit gleich viel wie zum Festnetz (Geschäftszeit 8,9 Cent; Freizeit 6,9 Cent).²⁴ Sogar laut A1 führt das

alleine im Durchschnitt zu einer Verteuerung um „ca. 10 %“ und wird allgemein mit der Inflation begründet.

Der Vorstoß von A1 im Festnetz ist insoweit interessant, als die nominellen²⁵ Endkundenpreise im Festnetz sowohl bei A1 als auch bei der Konkurrenz über ein Jahrzehnt praktisch unverändert waren.²⁶ Gleichzeitig kann sich A1 offenbar am ehesten ein Tarifexperiment zum Rückgewinnen von Gesprächen zu Mobiltelefonen leisten, da sie als größter Mobilfunkanbieter mit dort 43 % Marktanteil²⁷ auch beim Scheitern der neuen Tarifstrategie vieles über den eigenen A1-Mobilfunkbereich auffangen würde.

Insoweit wird es gerade für die Bundeswettbewerbsbehörde interessant sein, wie sehr sich der Festnetzumsatz von A1 dadurch verändert und wann und wie andere Festnetzbetreiber ihre Tarife adaptieren (vorerst wird dort offensichtlich abgewartet). Auch für Regulierungsbehörden können damit neue Hinweise zur Austauschbarkeit von Festnetz und Mobilnetz gewonnen werden, um in weiterer Folge bei Marktabgrenzungen mitunter einen stärker der Technologieneutralität gemäß § 1 Abs 3 TKG 2003 gerecht werdenden Ansatz zu finden.

²¹ Siehe <http://www.drei.at/portal/de/privat/info/preisanpassung.html>. Auch die lange Zeit rechtswidrig verrechneten Papierrechnungen (OGH 28.2.2012, 4 Ob 141/11f) und Zahlscheinentgelte (OGH 17.6.2014, 10 Ob 27/14i) werden mittlerweile als Begründung herangezogen (siehe Der Standard, 22.8.2014, 16, Handybetreiber „3“ erhöht die Preise ab 20. Oktober).

²² Siehe dazu Lust (FN 18) 166 f. Zur Erhöhung bei tele.ring siehe http://www.telering.at/Content.Node2/service/tarifanpassung_02.php.

²³ Zu regulatorisch geschaffenen Konzepten zur Erhöhung der Monopolrenten im Mobilfunk seien insbesondere „Zuschläge für externe Effekte“, der „Investitionsschutz“ oder der „Gleitpfad“ erwähnt. Siehe beispielsweise Lust (FN 3) 117 ff, oder Lust, Mobile Zusammenschaltung gemäß TKG 2003, MR 2006, 235, – wobei die TKK glücklicherweise zwischenzeitlich wieder von diesen besonders augenfälligen Konzepten abgekommen ist – und zur aktuellen Praxis FN 42 und hinsichtlich der unterschiedlichen Höhe der regulatorisch bestimmten Vorleistungspreise Abb 1 und 2. Interessanterweise hat der VwGH die entsprechenden Bescheide jeweils aus formalen Gründen aufgehoben, ohne auf die Zulässigkeit der im freien Ermessen geschaffenen Konstruktionen im Detail einzugehen; siehe VwGH 28.04.2004, 2002/03/0166, zum „Investitionsschutz“, VwGH 28.02.2007, 2004/03/0210, und VwGH 26.04.2007, 2007/03/0034, zum „Gleitpfad“ und insoweit FN 75.

²⁴ Privatkundentarif inklusive Umsatzsteuer; siehe www.a1.net/preise-neu sowie zu den Entgeltbestimmungen im Detail http://cdn1.a1.net/final/de/media/pdf/EB_A1Festnetz_140501.pdf. Interessanterweise ist die „Beigabe“ der vier mobilen SIM-Karten ohne zusätzliche

Grundentgelte mit 7 (statt bislang 5) Cent aufgrund ohnehin gleich schlechter 60/60-Taktung bei Inlandsgesprächen praktisch durchwegs günstiger als das Kernprodukt Festnetz (untertags gut ein Fünftel billiger und abends lediglich gut 1 % teurer).

²⁵ Zur besseren Übersicht wird hier und in der Folge nicht auf einseitige Taktungsverschlechterungen oder sich verteuernde Nebengebühren (Papierrechnung, seit 2012 gemäß § 100 TKG 2003 explizit klargestellt; Zahlscheingebühren; Service Pauschalen etc, siehe auch FN 2 und 21) eingegangen, sondern nur auf den fiktiven, praktisch kaum erreichbaren (Werbe-) Tarif bei voller Ausnutzung der jeweiligen Abrechnungstaktung. Real sind die Unterschiede zwischen sekundengenaue Abrechnung auf Betreiberebene und auf Endkundenebene üblicher minutenweiser Aufrundung markant größer als in diesem Artikel angeführt; siehe auch Blocher (FN 1) 438 f und auch 440 FN 27 zu einer „prohibitiv“ hoch bepreisten Mobilfunkoption mit sekundengenaue Abrechnung.

²⁶ Siehe zu den durchschnittlichen Preisen beispielsweise für 2008 bis 2010 RTR Telekom Monitor – Jahresbericht 2010, 17, und für 2010 bis 2013 RTR Telekom Monitor 1/2014, 14 (offenbar verstehen sich die Preise inklusive USt). Gemäß TKK 29.11.2010, M 10/09-52, 12, scheint die Regulierungsbehörde gar kein Interesse an Preissenkungen auf Endkundenebene zu haben, während eigentlich nach ihrem Wettbewerbsverständnis an den Grenzkosten orientierte Endkundenpreise erreicht werden müssten (siehe zB TKK 30.09.2013, M 1.8/2012-148, 9). Gemäß TKK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 10, gingen Ende 2010 65 % aller Festnetzminuten ins österreichische Festnetz und 18 % in nationale Mobilfunknetze.

²⁷ RTR Telekom Monitor 1/2014, 46.

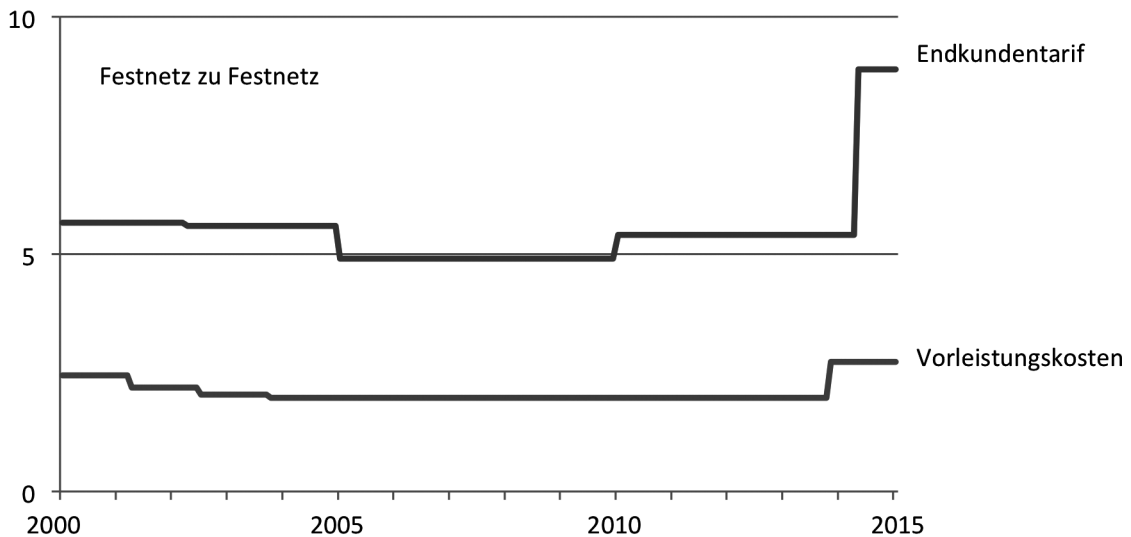


Abb 1: Kosten vs Preise beim Festnetzgespräch im Verlauf der Zeit

IV. Entkoppelung von Preis und Kosten

Für die Analyse der wettbewerblichen Kräfte am österreichischen Telekommunikationsmarkt ist nicht nur die Sammlung der auffällig parallelen Endkundenpreisanhebungen von Interesse. Ebenso interessant ist die Tatsache, dass sich die steigenden Endkundenpreise immer stärker von den tatsächlichen, regelmäßig sinkenden²⁸ Kosten auf Vorleistungsebene entfernen.

Gerade im Mobilfunk ist die sinkende Stückkostentendenz aufgrund steigender Nutzung und damit besserer Umlegung der überwiegenden Fixkosten besonders signifikant. Aufgrund der äußerst vielfältigen bis unübersichtlichen Tarifstruktur ist eine eindeutige Darstellung dort jedoch nicht so leicht möglich wie im Festnetz.²⁹ Im Festnetz bestehen aufgrund intensiver Regulierung einerseits deutlich weniger Tarifoptionen und sind andererseits sämtliche Vorleistungskosten bis ins Detail vom Regulator

bestimmt. Entsprechend soll im weiteren Verlauf des Beitrages exemplarisch auf das Beispiel Festnetz A1 eingegangen werden.

A. Beispiel Festnetz A1 Telekom Austria

In der obigen Abbildung werden die Privatkundentarife von A1 Telekom Austria bei Anrufen zur Geschäftszeit innerhalb des lokalen Festnetzes als häufigste Gesprächsform mit den entsprechenden regulatorisch festgelegten Kosten der Teilleistungen auf Vorleistungsebene (Originierung plus Terminierung lokal, jeweils Cent inklusive USt)³⁰ im Zeitraum von 2000 bis 2014 verglichen.

Die entsprechende – jedoch auf weit höherem betraglichen Niveau angesiedelte – Graphik für Anrufe vom Festnetz zum wichtigsten Mobilnetz von ehemals Mobilkom bzw nun A1 im Vergleich zu

²⁸ Die ermittelten Kosten ebenso wie die festgelegten Preise sind in den letzten 20 Jahren immer gefallen; einzige Ausnahme ist der jüngste Bescheid zur Originierung im immer weniger Gesprächsminuten generierenden Festnetz TTK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 39 ff, in dem aus wettbewerbpolitischen Gründen nun – spät, aber grundsätzlich zutreffend (siehe *Lust* [FN 7] 36 f und *Lust* [FN 3] 113 ff) – eine andere, zu höheren Beträgen führende Kostenbemessung vorgenommen wurde (historische Vollkosten statt bloßen „zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten“ im Sinne von „FL-LRAIC“).

²⁹ Hinzu kommen die regulatorisch überhöhten Erträge aus Zusammenschaltung (siehe Abb 2, FN 42 und 68) und die Stützung von Mobiltelefonen, sodass eine Analyse besonders spannend, aber für Außenstehende unmöglich ist. Dass der Betreiber diese Daten freiwillig bekannt gibt, ist aufgrund seiner wirtschaftlichen Interessen nicht zu erwarten.

³⁰ Es wurden die regulatorisch festgelegten, sekunden genau verrechneten Vorleistungspreise gemäß den Zusammenschaltungsbescheiden der TTK mit den zwischenzeitlich üblichen, minutenweise verrechneten Privatkundentarifen je Minute (Entgeltbestimmungen zu Telekom Austria TikTak Privat mit anfangs 15,99 Euro Grundentgelt, zuletzt A1 Festnetz um 16,70 Euro) seit dem Jahr 2000 verglichen, bei denen untertags die Festnetzgespräche regelmäßig gut 5 Cent und die mobilen Anrufe knapp 20 Cent ausgemacht haben; seit Mai 2014 sind es einheitlich 8,9 Cent. Die Vorleistungspreise der Originierung und Terminierung im Festnetz lagen regelmäßig um 1 Cent pro Minute, erst ab Ende 2013 wurden sie – dem Grunde nach zutreffend (siehe FN 28) – mit 0,2 Cent terminierend und 2,6 Cent originierend stark divergierend festgelegt. Die regulatorisch festgelegten Vorleistungspreise des Erreichens eines mobilen Teilnehmers von Mobilkom Austria bzw A1 sind in den letzten 14 Jahren hingegen von 17 auf 1 Cent pro Minute gefallen (jeweils inkl USt). Neuen Marktteilnehmern wurden regulatorisch anfangs bis zu 25 Cent zugestanden, was zu Endkundentarifen um 30 Cent geführt hat (siehe FN 23 mwN).

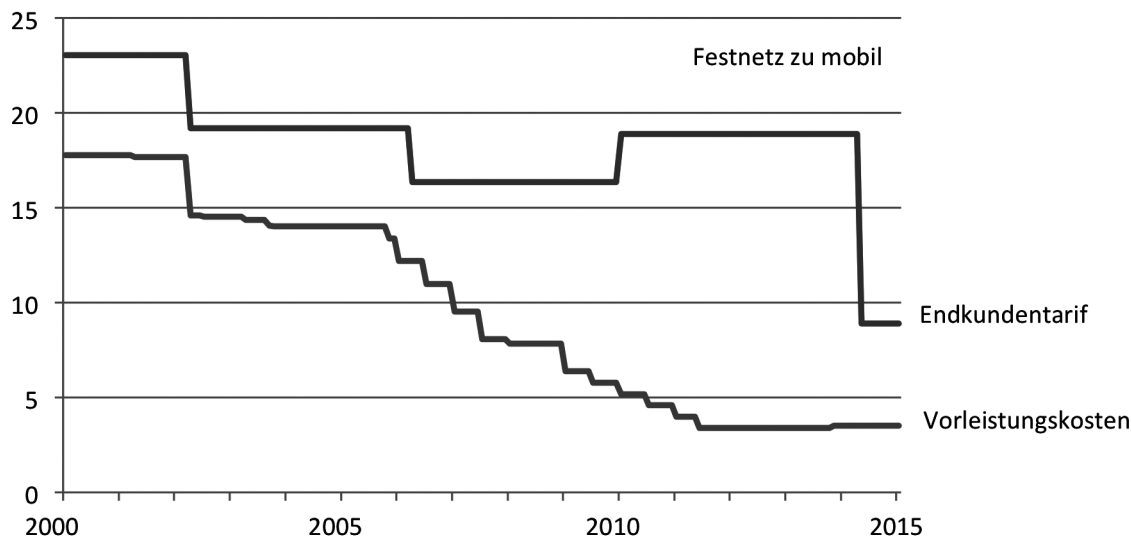


Abb 2: Kosten vs Preise bei Anrufen zum mobilen Netz von A1 im Verlauf der Zeit

den regulatorisch festgelegten Kosten für lokale Originierung im Festnetz samt Terminierung (Gesprächszustellung) in das Mobilnetz ist oben in Abbildung 2 zu sehen.

Die Darstellungen lassen selbst ohne die Änderung ab Mai 2014 nur folgenden Schluss zu: Endkundenpreise³¹ sind keinen maßgeblichen wettbewerblichen Kräften von Angebot und Nachfrage ausgesetzt und reflektieren die zugrundeliegenden Kosten nur geringfügig. Die Tätigkeiten der Regulierungsbehörde auf Vorleistungsebene führen lediglich zu billigeren Einkaufspreisen der Anbieter, während die Kostenvorteile aufgrund paralleler Interessen der wenigen Anbieter³² einbehalten werden, anstatt auch den Kunden davon hinreichend profitieren zu lassen. Entsprechend erscheint die Marge zwischen den beiden Linien auch nach Abzug von den Gesprächen zuzuordnenden Kundenbetreuungskosten nicht allzu knapp.

Die Aufgliederung ab Mai 2014 zeigt hingegen: Die aktuelle Preisanpassung von A1 kann nicht wirklich vor dem Hintergrund „transparente und einfache Tarife zu schaffen“³³ verstanden werden.

³¹ Gemäß TKK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 6, werden nur 4 bis 5 % der Gespräche von A1-Festnetzkunden über alternative Betreiber (Betreiber(vor)auswahl) geführt, sodass die Tarife von A1 durchaus den am Markt bezahlten Preisen entsprechen; siehe auch Punkt B.

³² Aus TKK, 30.09.2013, M 1.9/12-81, 10, zum Stand 2010 iVm RTR Telekom Monitor 1/2014, 15, 67 und 68, ergibt sich, dass die drei mobilen Anbieter hierzulande je grob 30 % der Gespräche umsetzen, während A1 Festnetz dabei ca 11 % Marktanteil (bzw 75 % innerhalb des Festnetzes) hat, UPC Telekabel Wien GmbH und Tele2 Telecommunication GmbH je 1,5 % (bzw 10 % innerhalb des Festnetzes) und die übrigen Festnetzanbieter gute 0,5 % Gesprächsmarktanteil (bzw 4 % innerhalb des Festnetzes) haben.

³³ www.a1.net/preise-neu.

Stattdessen gilt vielmehr: Während die Marge bei Festnetzgesprächen ohne nachvollziehbaren Grund um ein Vielfaches angehoben wurde, ist bei den Gesprächen zu Mobilfunkkunden lediglich die im Sinne der Äquivalenz längst überfällige Anpassung an die Vorleistungskosten immerhin teilweise vorgenommen worden. Ein mobiler Anruf müsste seit dem Jahr 2010 auch um 5 bis 6 Cent gewinnbringend zu verkaufen sein!

B. Folgerungen bei gesamtem Festnetz als Datenbasis

An den darzustellenden Endkundenpreisen würde sich kaum etwas ändern, wenn man statt des Tarifs von A1 Telekom Austria die gemäß RTR-GmbH erhobenen, durchschnittlichen Preise sämtlicher Festnetzanbieter heranzieht.³⁴ Demnach wurden in den letzten 6 Jahren ohne jegliche signifikante Schwankung pro Minute Festnetzanruf jeweils gut 3 Cent bezahlt. Dass dieser Wert niedriger als der oben dargestellte Wert ist, ergibt sich jedoch kaum aus signifikant billigeren Angeboten alternativer Anbieter, sondern vielmehr aus den Tarifen in der Freizeit, die (bis zu den A1-Tarifanhebungen im Mai 2014) regelmäßig grob ein Drittel bis die Hälfte des Tarifs zur Geschäftszeit ausgemacht haben. Bei den Anrufen zu mobilen Netzen zeigt die Statistik hingegen, dass Privatkunden betreiberübergreifend durchwegs etwa 19 Cent zu bezahlen hatten, während Geschäftskunden bei einer leicht fallenden Tendenz zwischen 2010 und 2013 mit 14 bis 12 Cent davonkamen.

³⁴ Siehe für 2008 bis 2010 RTR Telekom Monitor – Jahresbericht 2010, 17, und für 2010 bis 2013 RTR Telekom Monitor 1/2014, 14.

Insoweit hat A1 Telekom bei den Privatkundentarifen gemäß Abbildung 2 vielfach die günstigsten Tarife vom Festnetz in mobile Netze angeboten, da ihr im Gegensatz zur weniger marktmächtigen Konkurrenz aufgetragen war, Vorleistungsvorteile bei Mobilfunkgesprächen an Endkundenebene weiterzureichen. Hintergrund war jedoch nicht der Kundenschutz, sondern der Schutz der über überhöhte Zusammenschaltungstarife regulierungsbehördlich privilegierten Mobilfunkanbieter (*arg „chancengleicher Wettbewerb“*).³⁵

Die Unterschiede zwischen durchschnittlichen Privatkundentarifen und durchschnittlichen Geschäftskundentarifen ergeben sich zum Teil daraus, dass sich bei Unternehmen mit großem Telefoniebedarf Umgehungen des klassischen, stark von Regulierung geprägten Festnetzes eher rentieren (zB Mobilfunk-Gateways, voice over IP bzw least cost-Router innerhalb des Festnetzes). In der zitierten Statistik kann jedoch nur der Teil der Einsparungen ausgewiesen sein, der innerhalb des klassischen Festnetzes erfolgt, wenn beispielsweise Großkunden durch individuelle Angebote alternativer Festnetzanbieter Einsparungen lukrieren können (bei margenträchtigen Mobiltelefonaten immerhin gut ein Drittel).

A1 Telekom wird hier gemäß Regulierungspraxis typischerweise weniger Spielraum für attraktive Angebote zugestanden, da ihr regelmäßig vorgeschrieben werden würde, keine Teilleistung ohne hinreichende Kostendeckung anzubieten oder das entsprechende Produkt auch im Rahmen der Vorleistungsregulierung – gleichsam auf Großhandelsebene – nochmals billiger anzubieten, damit allfällige Wiederverkäufer leichter über das idente Produkt als fiktive Wettbewerber auftreten können.³⁶ Um-

³⁵ Die Maßnahme wurde nur für Gespräche vom festen ins mobile Netz verfügt. Siehe zB TKK 29.06.1999, G 11/99-65, 39, zum Gebot der unverzüglichen Weitergabe von Kostensenkungen, TKK 20.12.1999, G 25/99, 3 f, zum zulässigen Erlös von damals ca 7 Cent inkl USt oder etwa 30 % bei Gesprächen zu mobilen Netzen, oder zum TKG 2003 TKK 14.03.2006, G 132/05, 2 und 21. Siehe auch *Lust* (FN 23) 239, oder TKK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 10. Der Wegfall der Endkundengesprächsregulierung bei Privatkunden 2009 (siehe FN 43) dürfte den Preisanstieg gemäß Abb 2 im Jahr 2010 erklären. Zur Förderung des Mobilfunks siehe FN 23.

³⁶ Siehe beispielsweise die aufgrund der Feststellung beträchtlicher Marktmacht gemäß § 37 TKG 2003 abgeleiteten Verpflichtungen im Bescheid der TKK M 1.9/12-81 v 30.09.2013 oder zuvor M 1/09-86 v 20.09.2010, wobei auch Marktbeherrschern regelmäßig kurzfristige Aktionen unter 3 Monaten ohne gesonderte Genehmigung zugestanden werden, wenn sämtliche Teilleistungskosten gedeckt sind und Wettbewerber entsprechende Vorleistungsangebote erhalten, die ohne Margengefährdung ein Nachbilden des Produkts ermöglichen (TKK 02.06.2014, G 70/14-13, und TKK 05.05.2014, M 1.3/2012-92, 78, 92, 95 und 105).

satzschwache Privatkunden können den Effekten der Regulierung hingegen – außer durch Wechsel zum Mobilfunk³⁷ – weniger gut entkommen.

V. Regulierungsrechtliche Betrachtungen

A. Regulierungskriterium Marktmacht

Neben der offensichtlich faszinierenden Ausstrahlung der Mobilfunktechnik ist ihr Siegeszug in Österreich auch maßgeblich der Regulierungspraxis zu verdanken. Dabei spielt seit jeher die festnetzorientierte Markttabgrenzung als Kriterium für die Verfügung sektorspezifischer Regulierungsmaßnahmen eine zentrale Rolle.

Normalerweise werden Märkte nach dem Bedarfsmarktkonzept abgegrenzt;³⁸ hierbei werden die Produkte, die aus Verbrauchersicht austauschbar sind, in einem Markt zusammengefasst. Im Regulierungsrecht wird dieses Konzept jedoch oft in Richtung eines Wunschmarktkonzepts umgewandelt, wonach Teilleistungen (wie auch bloße Drähte zum Kunden im Rahmen sogenannter „Entblindung“ des „Marktes“ für den Teilnehmeranschluss) als eigener Markt definiert werden, um dem in der engen Marktdefinition eher als beherrschend einzuordnenden Eigentümer regulierungsrechtliche Verpflichtungen auferlegen zu können (siehe dazu noch Punkte B. und C.).

Durch entsprechende, rechtlich vorgegebene Verfahren wird dabei auch der Eindruck erhöhter Legitimität erweckt³⁹ und besser von den naturrechtlich leichter nachvollziehbaren Grundsätzen allgemeinen Wettbewerbsrechts abgelenkt:

Gemäß § 36 TKG 2003 werden von der TKK nach Auseinandersetzung⁴⁰ mit den Wünschen der Europäischen Kommission und des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) gemäß § 129 TKG 2003 Märkte festgelegt, auf denen das Vorhandensein marktbe-

³⁷ Damit gewinnt man Mobilität, wird jedoch auch langfristig gewisse Einschränkungen bei Verlässlichkeit und Qualität in Kauf nehmen müssen. Außerdem funktioniert das klassische Festnetz ohne signifikante elektromagnetische Strahlung und bedarf keiner zusätzlichen Stromquelle.

³⁸ Siehe zB *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³(1997) § 7 Rz 120 ff und § 12 Rz 18, *Hoffer*, Kartellgesetz (2007) 80 ff, oder *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht²(2013), § 4 E 42 ff und E 56 ff.

³⁹ Man muss dabei unweigerlich bald 50 Jahre zurück an *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren⁹(2013), insb 20 ff, 132 ff und 145 denken. Siehe auch *Hirschi*, Transparenz ist nur eine andere Form von Intransparenz, FAZ 08.01.2014, N4, den ich nicht als Widerspruch, sondern nur als Umlegen der Gedanken *Luhmanns* auf aktuelle Tendenzen verstehen würde.

⁴⁰ VwGH 27.02.2013, 2010/03/0136.

herrschender Anbieter geprüft wird. Bejahendenfalls werden zur Herstellung effektiven Wettbewerbs gemäß § 37 geeignete sektorspezifische Verpflichtungen aus §§ 38 ff ausgewählt und nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bescheidmäßig auferlegt.⁴¹

Die Regulierungsbehörde hat im Mobilfunkbereich traditionell keinerlei Wettbewerbsprobleme mit Ausnahme der Anrufzustellung gesehen. Darunter wird die klassische Zusammenschaltungsleistung (Gesprächsterminierung) verstanden, die notwendig ist, damit ein Kunde auch die Kunden eines fremden Mobilfunkanbieters zu vernünftigen Konditionen erreichen kann. Selbst hier war die Bemessung der Entgelte jeweils äußerst mild und nicht unbedingt wettbewerbsneutral oder im unmittelbaren Kundeninteresse.⁴²

⁴¹ Der europäischen Kommission kommt im Vorfeld der Entscheidungen der nationalen, „unabhängigen“ Regulierungsbehörden ein maßgeblicher Einfluss zu, sodass die nationalen Behörden, die die Verfügungen zu verantworten haben, teils etwas wie Marionetten europäischer Empfehlungen wirken. Entsprechend beinhalten die aktuellen Bescheide der TTK neben umfangreichen Bestätigungen der Sachverständigenermittlungen gerade in entscheidenden Bereichen vielfach begründungsersetzend Verweise auf Intentionen entsprechender, an sich unverbindlicher Empfehlungen (Art 288 AEUV) der europäischen Kommission (siehe als Beispiel FN 42 sowie FN 47 zu mitunter nicht ganz unverbindlichen Empfehlungen). Insoweit ist TTK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 13 f, 39 ff und va 48 ff, positiv hervorzuheben, wo über weite Strecken der Mut aufgebracht wurde, der dort wenig zielführenden Kommissionsansicht entgegenzutreten und insoweit grundsätzlich richtig (siehe FN 28) zu entscheiden.

⁴² Siehe FN 23 zu den früheren Konstruktionen zum Hochhalten der Zusammenschaltungsentgelte zugunsten mobiler Anbieter. In den Jahren 2011 bis 2013 wurde die Diskrepanz der regulatorisch festgelegten Tarife zwischen Festnetz und Mobilfunk, die langjährig im Verhältnis von etwa 1:10 festgelegt war, nahezu auf den Faktor 1:2 reduziert. Mit den jüngsten Bescheiden M 1.10/12(-99) vom 30.09.2013 sind die erlaubten Zusammenschaltungsentgelte in mobilen Netzen wieder um den Faktor 5 höher als im Festnetz. Die Unterschiede entstehen durch offenbar unterschiedliche Netzkostenannahmen der Sachverständigen (25), durch weiterhin etwas höher angesetzte Zinssätze (24), durch Modellieren eines mobilen Netzes mit bloß 20 % Marktanteil, während 30 % realer wären (gemäß 32 f macht das aber keine 10 % Kostenunterschied aus) und vor allem durch eine uneinheitliche und entsprechend technologieneutralitätswidrige Zuordnung von als zusammenschaltungsrelevant qualifizierten Netzelementen (66 f, wonach im Festnetz nur die Kosten des Kernnetzes für die Gesprächszustellung bewertet werden, nicht aber die Teilnehmeranschlussleitung, in mobilen Netzen hingegen das Zugangnetz sehr wohl mitgerechnet wird). Leider wird hier begründungsersetzend auf die Zusammenschaltungsempfehlung der Europäischen Kommission, ABl 2009/L 124/67 v 20.05.2009, verwiesen, und die TTK leitet darüber hinaus daraus ab, dass die Zusammenschaltungsentgelte zwischen Mobilfunk

Auch auf Endkundenmärkten werden tendenziell – entgegen den bisher dargelegten Indizien – von regulatorischer Seite keine großen Wettbewerbsprobleme gesehen: auf Mobilfunkmärkten sowieso noch nie, im Festnetz bei den Gesprächstarifen für Privatkunden schon lange nicht mehr und für Geschäftskunden ebenfalls nicht mehr.⁴³

Lediglich die Grund- und Herstellungsentgelte für Endkunden im Festnetz werden aufgrund der sogenannten „Vorleistungsregulierung“ von der Regulierungsbehörde weiterhin genauer überwacht.⁴⁴

B. Primat der Vorleistungsregulierung

Bei der Vorleistungsregulierung geht es im Bereich des Festnetzes im Wesentlichen darum, dass die vielfach als marktbeherrschend definierte A1 ihre Leistungen bzw Leitungen im Festnetz auch ihren Konkurrenten zu Großhandelskonditionen anbieten muss.⁴⁵ Durch diese Regeln zum Netzzugang sollen auch alternative Anbieter ohne eigene Leitung zum Kunden diesen ihre innovativen und weniger preissensiblen Dienste anbieten können und gegebenenfalls auch über ein identes Produkt mit A1 in regulatorisch simulierten, partiellen Wettbewerb auf Endkundenebene treten können.

Ein künstlicher Wettbewerb auf der Infrastruktur von A1 im Sinne der zweiten Variante (innovationsfreie „Replizierbarkeit“) ist jedoch nur möglich, solange der Regulator hinreichend niedrige Vorleistungspreise hoheitlich festlegt oder der Endkundenpreis für das vollständige Endprodukt von A1 (einschließlich Kundenbetreuung) hinreichend hoch ist (sog „Verhinderung von „margin

und Festnetz „*zwingend*“ unterschiedlich erfolgen müssten. ME wäre stattdessen endlich ein reziproker und damit branchenweit zum Festnetz einheitlicher Tarif geboten, um Marktverzerrungen (siehe FN 68) im Kundeninteresse sowie entsprechend der Technologieneutralität nach § 1 TKG 2003 zu verhindern (siehe auch Lust [FN 3] 111 ff und 117 ff).

⁴³ Mit der Ablöse der TelekommunikationsmärkteVO 2003 durch die TelekommunikationsmärkteVO 2008, die am 30.12.2008 in Kraft getreten ist, ist die sektorspezifische Regulierung bei Endkundengesprächen an sich weggefallen. Der Wegfall der preisbeschränkenden *price-cap*-Vorgaben dürfte auch die Tarifierhebung Anfang 2010 in den Abbildungen zum Privatkundentarif erklären. Über eine Novelle wurden mit April 2009 Nichtprivatkundengespräche jedoch wieder als zu regelnder Markt definiert (siehe TTK 29.11.2010, M 10/09-52). Die entsprechenden Maßnahmen wurden über TTK 30.09.2013, M 1.7/2012-50, aufgehoben, wobei lobenswerter Weise erstmals ein einheitlicher Gesprächsmarkt ohne Einschränkung auf das Festnetz angenommen wurde.

⁴⁴ Siehe zuletzt TTK 05.05.2014, M 1.3 und M 1.4/2012-92, 91 ff.

⁴⁵ Siehe beispielsweise aktuell TTK 30.09.2013, M 1.9/12-81 (Verbindungsaufbau Festnetz), oder zuvor TTK 20.09.2010, M 1/09-86.

squeeze“). Zu Zeiten des TKG 1997 war selbst eine Förderung alternativer Anbieter als bloße Wiederverkäufer zwecks Belebung des Wettbewerbs teils durchaus gewünscht. Mit dem TKG 2003 wurde hingegen der Schutz der Nutzer als Ziel in § 1 normiert und auch vom VwGH⁴⁶ bekräftigt, dass der Zweck der Regulierung – ebenso wie das Ziel freien Wettbewerbs – nicht der Schutz der Anbieter, sondern der der Nutzer ist. Entsprechend wäre mE ein stärkerer Fokus auf unmittelbare Kundenvorteile durch niedrige Endkundenpreise längst geboten. Tatsächlich haben jedoch bisher sämtliche Regulierungsentscheidungen der Vergangenheit einschließlich der klar zum Kundenschutz konzipierten AGB-Prüfungsverfahren die Garantie hinreichender Margen für alternative Anbieter anstelle des Kundennutzens im Auge.⁴⁷

Der europarechtliche Ansatz baut nämlich auf der zumindest in Österreich bislang realiter nicht verifizierbaren Vision auf, dass Zugangspreise auf Vorleistungsebene gesenkt werden sollen, die über die Verteilungskräfte des Wettbewerbs in weiterer Folge als niedrigere Tarife beim Kunden ankommen können; dass Zugang eher nur für innovative Dienste, die der Marktbeherrscher selbst nicht

anbietet, volkswirtschaftlichen Sinn macht, ist dabei meist untergegangen. Gemäß diesem „*Primat der Vorleistungsregulierung*“⁴⁸ kommen als sektorspezifische Maßnahmen in erster Linie §§ 38 bis 42 TKG 2003 in Betracht. Nur wenn auf dem Endnutzermarkt kein Wettbewerb herrscht und die vorigen Normen nicht zum Ziel führen, sind nach § 43 TKG 2003 auch „*Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer*“ möglich.

C. Relevanz für A1 Festnetz

Vor diesem Hintergrund sind auch die zuvor angeführten Tarifänderungen von A1 im Festnetz zu sehen, die aufgrund partieller Marktbeherrschung gemäß den Bescheiden der TKK weit mehr Einschränkungen als die Mobilfunktarife unterliegen: Die Grundentgelte und Herstellungskosten sind auf Großhandelsebene hoheitlich festgelegt. Zwecks regulatorisch garantierter Margen für Wiederverkäufer muss A1 auch auf Endkundenseite ein regulatorisch vorgegebenes Mindestniveau einhalten und der Kunde laufend draufzahlen. Schließlich müsste A1, wenn es aus Endkundensicht attraktive und mit aktuellen Mobilfunkangeboten konkurrenzfähige Angebote wie „unbegrenzt Festnetz-Telefonieren und schnelles Internet um pauschal 35 Euro“ anbieten wollte, auch entsprechende Vorleistungsprodukte zu hinreichend günstigerem Preis an seine Konkurrenten anbieten.⁴⁹

Was aus Verbrauchersicht und Blickwinkel allgemeinen Wettbewerbsrechts⁵⁰ als logisch zusammengehöriges, einheitliches Produkt verstanden werden könnte, wird regulierungsrechtlich aufgrund spezifischer (enger) Marktdefinitionen nämlich als Bündel von Leistungen unterschiedlicher, separat de-

⁴⁶ VwGH 20.06.2012, 2009/03/0059.

⁴⁷ Siehe zuletzt zB TKK 05.05.2014, M 1.3 und M 1.4/2012-92, 95 ff zu Endkundengrund- und Herstellungsentgelten im Festnetz; TKK 16.12.2013, M 1.2/2012-94, 24 f bei festen Breitbandvorleistungen; TKK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 14 ff zur Festnetzoriginierung, sowie den letzten – mittlerweile glücklicherweise durch TKK 30.09.2013, M 1.7/2012-50, überholten – Bescheid TKK 29.11.2010, M 10/09-52, 12 und 36 ff zu Festnetz-Geschäftskundengesprächen, wo ebenfalls das Wohl des Endkunden im Gegensatz zur Margensicherung nicht relevant ist. Zu den bloßen Geschäftsbedingungen und Entgelten siehe FN 49, zur Förderung des Mobilfunks siehe FN 23. Inhaltlich entspricht das freilich dem „*soft law*“ (siehe FN 41) der Europäischen Kommission, zB Empfehlung 2013/466/EU (insb Rz 63 f); diese hat generell über ihre bloßen „*Empfehlungen*“ sowie ihre Einbindung nach § 129 TKG 2003 einen maßgeblichen Einfluss auf die nationale Regulierungspolitik, ohne für die schlussendlich gefällten nationalen Entscheidungen dafür entsprechende Verantwortung zu tragen. EuGH 13.12.1989, Rs C-322/88 (*Grimaldi*), wonach Empfehlungen als Auslegungshilfe für europäische Vorschriften dienen können, ist mE hier nicht wirklich einschlägig, da die Empfehlungen der Kommission regelmäßig nicht die zeitlich vorangehenden Richtlinien interpretieren, sondern wirtschaftspolitisch oder ideologisch motiviert die in den verbindlichen Richtlinien vorhandenen Spielräume der nationalen Rechtsanwendung einzuschränken bzw vorzugeben versuchen. Bedenklich ist das schon eher die Tendenz des VwGH, Äußerungen der europäischen Kommission begründungsersetzend heranzuziehen (zB VwGH 06.09.2001, 2000/03/0195, und VwGH 11.12.2002, 2000/03/0190, oder VwGH 28.02.2007, 2004/03/0210, zum sektorspezifischen Berücksichtigungsgebot). Siehe auch *Slominski*, Die Implementation des EG-Telekommunikationsrechts aus rechts- und politikwissenschaftlicher Sicht (2002) 22 und 113 ff.

⁴⁸ Siehe *Holznapel/Homberg*s, Das Prinzip nachrangiger Regulierung auf Endnutzermärkten, K&R 2003, 322 (323 ff) mwN.

⁴⁹ Siehe beispielsweise das Entgeltgenehmigungsverfahren TKK 10.05.2004, G 30/04-13, 8 ff, wo ausschließlich geprüft wurde, dass die pauschalieren „*Bonuspakete*“ hinreichend hoch bepreist waren, damit ein bloßer Wiederverkäufer in jedem Einzelfall hinreichend Marge erzielt. Dadurch, dass „bloß“ „*Fehleinschätzungen* [der] *Kunden aus*[genützt werden, um] *daraus erhebliche Mehrerträge*“ zu generieren, sah die Behörde die Voraussetzungen für die Genehmigung im Rahmen ihrer – an sich zwecks Kundenschutz normierten – Vorabprüfungspflicht gemäß § 18 TKG 1997 als gegeben an. In TKK 14. 3. 2006, G 132/05-23, 11 ff, ist zu § 25 TKG 2003 grundsätzlich gleich entschieden worden, nur dass bei der Prüfung hinreichender Marge immerhin auf durchschnittliches Kundenverhalten abgestellt wurde. Gemäß TKK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 15 und 45, ist nunmehr ein „*Sicherheitsaufschlag*‘ von 10%“ einzuhalten, damit die Paketpreise im Festnetz von A1 für die Kunden nicht „zu“ günstig werden.

⁵⁰ Siehe FN 38.

finiertes (Wunsch-) Märkte (Kupferdraht, Zugang des Kunden zum Festnetz, Verbindungsaufbau im Festnetz, Gesprächszustellung, Breitbandzugang, ...) verstanden, wodurch vermeintlich ein entsprechend „vertikal integriertes Unternehmen“ seine Marktmacht verlagern könnte.

Entsprechend ist einerseits verständlich, wie so bei A1 im Festnetz „bloß“ die weniger regulierten Gesprächstarife angehoben wurden. Andererseits wird das Festnetz weiterhin unterschiedlich behandelt und gegenüber dem Mobilfunk diskriminiert, indem A1 auf Teilmärkten des Festnetzes als marktbeherrschend qualifiziert und damit der Regulierung unterworfen wird, während die drei natürlichen Konkurrenten im Mobilfunk mit deutlich höherem Gesprächsumsatz trotz gesetzlich vorgesehenen Konzepts gemeinsamer Marktbeherrschung (§ 35 TKG 2003) als nicht marktbeherrschend und damit keiner Regulierung unterliegend qualifiziert werden. Im Mobilfunk sind gestaffelte Pauschaltarife üblich, denen das Festnetz real nichts entgegenzusetzen kann, solange die Vorleistungsregulierung weder auspendelt, noch entsprechende Regulierungsmaßnahmen auf den Mobilfunk übertragen werden.

Die Festnetz-zu-Mobilfunksubstitution ist hierzulande nicht mehr zu leugnen und wird langsam auch vom Regulator anerkannt:⁵¹ der Gesprächsumsatz im Mobilfunk ist bereits 4,4 mal so hoch wie im Festnetz, nur mehr knapp 15 % (!) aller Telefongespräche gehen vom Festnetz aus und die monatlichen Verbindungsentgelte im Festnetz sind auf 4,60 Euro bei Privatpersonen und selbst bei Geschäftskunden auf 18,60 Euro gesunken.⁵² Die Gesprächsgebühren machen somit bei Privatkunden, die 77 % der Anschlüsse innehaben, nur mehr 20 % der Kosten für das Produkt „Festnetztelefon“ aus.⁵³

D. Zulässigkeit der Vorleistungsregulierung?

Führt man sich die in diesem Artikel genannten Tendenzen und insbesondere Abbildung 2 zum langjährigen Vergleich von Kosten und – bei A1 noch verhältnismäßig niedrigen⁵⁴ – Preisen bei Anrufen

in mobile Netze vor Augen, stellt sich unweigerlich die Frage, ob der Fokus auf Vorleistungsregulierung der richtige Regulierungsansatz ist. Der Kunde als einzig rechtfertigbares Ziel der Regulierung scheint aufgrund Interessenidentität der überschaubaren Anbieterzahl konsequent so gut wie nicht von den Kostenvorteilen auf Vorleistungsebene zu profitieren.⁵⁵ Hinzu kommt, dass die Zugangsverpflichtungen gegenüber dem Netzeigentümer schwerwiegende wirtschaftslenkende Eigentumseingriffe sind, die einem nachrangigen Eigennutzungsrecht gleichkommen.⁵⁶ Umgekehrt ist selbst der potentielle Kundenvorteil durch Regulierung bei Telefongesprächen äußerst gering, wenn bei der überwiegenden Zahl an Privatkunden im Festnetz von vornherein bloß 1/5 der Telefonkosten bzw nicht einmal 5 Euro monatlich von einer effizienteren Endkundenabwicklung durch alternative Netzbetreiber profitieren können.⁵⁷ Hinzu kommt, dass bei den 2 % der Gespräche, denen Vorleistungsregulierung bei einseitigem Netzzugang zugute kommt (im Mobilfunk wurde sie noch nicht verfügt), zu über zwei Dritteln lediglich ein einziger wiederverkaufender Anbieter

⁵⁵ Immerhin kommt der Kunde in den aktuellen Bescheiden deutlich öfter als früher vor, wenn auch eine materielle Wende noch nicht stattgefunden hat; zB TKK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 43 f.

⁵⁶ Siehe bereits Lust, Die Essential Facilities-Doktrin im Telekommunikationsrecht (2001) 211 ff mwH.

⁵⁷ Langsam scheint auch die Regulierungsbehörde die Betreiber(vor)auswahl aufgeben zu wollen (angedeutet bei TKK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 40 f), wobei sie stattdessen offenbar forcieren will, dass alternative Anbieter die Breitbandleistung über Anschlüsse von A1 verkaufen und dann darauf internetbasierte Telefonie („VoB“) anbieten. Letzteres oder bloße Drahtmiete („Entbündelung“) können zwar je nach Festlegung des Preises für die „Vorleistung“ und Überwachung der Endkundertarife zu höherem theoretischen Einsparpotential bei Kunden führen, ändern aber an der grundsätzlichen Fraglichkeit hinsichtlich Verhältnismäßigkeit des bloß regulatorisch simulierten Wettbewerbs zu Lasten des Infrastruktureigentümers nichts. Es bleibt beim administrierten fiktiven Wettbewerb auf der über Regulierung zugänglich gemachten Infrastruktur von A1, anstatt realen Wettbewerb über parallele, konkurrierende Netzinfrastrukturen zu fördern, in denen der Eigentümer selbst über die Verfügung entscheiden kann. Mitunter wäre es insofern sogar für alle Seiten einfacher und sinnvoller, A1 direkt einen günstigen Endkundenpreis von 4 vorzuschreiben, anstatt A1 hinreichend hohe Endkundenpreise aufzuerlegen und gleichzeitig zu verpflichten, die Leistung um 3 als Vorleistung an Konkurrenten anzubieten, damit diese das A1-Endkundenniveau von bislang 5,4 um 0,1 auf 5,3 unterbieten (wie im Fall des wichtigsten Wiederverkäufers Tele2 Communications GmbH, wo der Kunde 0,1 gewinnt, A1 etwa 2 verliert und sein durch Regulierung geschaffener Wettbewerber auf identer Infrastruktur etwa 2 lukriert, wobei hierbei die zusätzlichen, schlussendlich vom Kunden zu tragenden Kosten der Regulierung nach § 34 KOG noch nicht berücksichtigt sind).

⁵¹ Das wird auch von der TKK in M 10/09-52, 29.11.2010, 7, erkannt, die jedoch nicht dem Festnetz die vollen Freiheiten gewähren will, sondern die von ihr bevorzugten Mobilfunk-Pauschal-Tarife als „wettbewerblichen „Price-Cap““ sieht, sodass aufgrund der Konkurrenz durch die attraktiveren Mobilfunkpauschalen real keine exzessiven Festnetz-Gesprächs-Preise verlangt werden können. Mit TKK 30.09.2013, M 1.7/2012-50, wurden dann auch erstmals Konsequenzen durch eine einheitliche Gesprächsmarktdefinition gezogen.

⁵² RTR Telekom Monitor 1/2014 – Datenbasis bis inkl September 2013, 15, 67 und 68.

⁵³ RTR Telekom Monitor 1/2014, 6.

⁵⁴ Siehe Punkt IV. B. und TKK 30.09.2013, M 1.9/12-81, 10.

profitiert, der seine Preise typischerweise sehr eng an den Endkundenpreisen von A1 orientiert.⁵⁸

Insoweit ist die Zulässigkeit der Vorleistungsregulierung im Festnetz sowohl als „geeignete spezifische Verpflichtung“ als auch als „verhältnismäßige“ Maßnahme nach § 34 Abs 1 und § 37 Abs 1 TKG 2003 äußerst zweifelhaft. Anders als nach TKG 1997 muss hierbei nämlich dem nationalen Maßstab der Verfassung Genüge getan werden und besteht insoweit keine europarechtliche Rechtfertigung.

Vielmehr wäre vermutlich durch bloßes Aufgeben der seit den 1990er-Jahren bestehenden Vorleistungsregulierung im Festnetzbereich dem nachhaltigen Wettbewerb deutlich mehr geholfen. Dann wäre echter Infrastrukturwettbewerb zwischen mobilen und festen Netzen einschließlich Kabel-TV-Netzen, voice over IP und alternativer Zugangsformen möglich, der der langfristigen Sicherung von Netzausbau und Netzqualität vermutlich zuträglicher wäre als die aktuelle Regulierungspraxis sowie der politische Wille zu Breitbandförderungen.⁵⁹ Außerdem könn-

⁵⁸ Siehe zu den Marktanteilen FN 32, wobei die Tele2 Telecommunication GmbH zwischenzeitig sowohl Gespräche über Anschlüsse von A1 wiederverkauft (Betreiber(vor)auswahl) als auch – ebenso aufgrund der Vorleistungsregulierung – die „bloße“ Kupferleitung von A1 um 7,04 Euro mietet, um sie an die eigenen Verteiler anzuschließen und dadurch auch Grundentgelte von 13,90 Euro verrechnen zu können (letzteres liegt 17 % und damit recht markant unter dem regulatorisch festgelegten Mindest-Endkundentarif von A1). Auch wird die Möglichkeit von Gesprächspauschalen genutzt, die in dieser Form bei A1 vermutlich nicht möglich wären (siehe FN 49).

⁵⁹ Zur am 23.07.2014 politisch vereinbarten „Breitband-Milliarde“ (<http://derstandard.at/2000003419413/> Breitbandausbau-Bures-pocht-auf-Milliarde) ist zu bedenken: 1. haben die Betreiber ohnehin seit Jahrzehnten Grund- und Gesprächsgebühren für den Netzausbau erhalten und auch angebliche Notwendigkeiten nachträglicher Steigerungen und Pauschalen damit zu rechtfertigen versucht; 2. handelt es sich bei „Hochleistungs-Internet“ typischerweise um ein Luxusprodukt von fraglichem Nutzen, für das der Bedarf vielfach erst gefunden werden muss (lt BMVIT aktuell „Schlüsselinfrastruktur für Innovation“), sodass die telekommunikationsrechtlich verbotene und auch im Übrigen wettbewerbsrechtlich wie sozial fragwürdige Verlagerung von Profiten aus „Standardprodukten“ zu Luxusprodukten fragwürdig ist (siehe zB Der Standard 13.02.2014, A1 streicht günstige „SIM only“-Tarife, <http://derstandard.at/1389860275819/> Kraeftige-Erhoehung-der-Sim-only-Tarife-bei-A1, wonach Anhebungen bestehender Tarife künftigen mobilen Netzwerkgenerationen zugute kommen sollen); 3. zeigen die Ergebnisse fairer Versteigerungen am besten den Wert eines Gutes und die Erträge von Frequenznutzungsauktionen die mit den Frequenzen zu erwartenden Ertragschancen. Entsprechend macht es wenig Sinn, wenn die Hälfte des Erlöses wieder über Breitbandinitiativen zurückerstattet wird, anstatt damit das staatliche Defizit bzw den Bürger zu entlasten, der sich der Nutzung der Frequenzen für andere Zwecke entledigt hat (zur Größenordnung: 1 Mrd Euro Breitbandförderung über 5 Jah-

te die Regulierungsbehörde verschlankt werden und sich neben Zusammenschaltung auf Wettbewerbsprobleme auf Kundenebene konzentrieren.

E. Gebot der Endkundenregulierung

Aufgrund der bisher dargelegten Wettbewerbsprobleme wäre mE der an sich subsidiäre § 43 TKG 2003 zu „Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer“ verstärkt heranzuziehen. Er wurde bislang eher zur Verfügung von Mindestpreisen – und damit erst recht entgegen den Kundeninteressen – oder von Genehmigungspflichten für Geschäftsbedingungen herangezogen.⁶⁰ Die signifikant und unabhängig von den Vorleistungskosten steigenden Endkundentarife deuten nämlich deutlich auf fehlende Kräfte des Wettbewerbs hin: Die nachfrageseitige Macht der Kunden hat den parallelen Preiserhöhungen der Oligopolisten wenig entgegenzusetzen.⁶¹ Dem kann sowohl im Mobilfunk wie auch im Festnetz nur durch das Verbot überhöhter Preise nach § 43 Abs 2 Z 1 TKG 2003 wirksam begegnet werden, sodass es insoweit auch längst nach dem TKG 2003 zu verfügen wäre.⁶² Die Maßnahme ist simpel und würde in vollem Umfang unmittelbar zugunsten der gemäß § 1 TKG 2003 zu schützenden Kunden wirken!

VI. Auswirkungen auf die Kunden

Unabhängig von diesen Zwischenergebnissen zur Intensität des Wettbewerbs und zu den Auswirkungen bzw Möglichkeiten der Regulierung stellt sich die Frage, ob die jeweiligen Verschlechterungen von Geschäftsbedingungen und Tarifen gegenüber dem Kunden zulässig und wirksam sind bzw welche inhaltlichen Überprüfungsmöglichkeiten für Endkunden bestehen.⁶³

re entsprechen den gesamten Netzausbaukosten von Drei mit 25 % Marktanteil im Mobilfunk über knapp 10 Jahre; die Erschließung ländlicher Gebiete kann auch über den Universaldienst nach §§ 26 ff TKG 2003 sichergestellt werden).

⁶⁰ Siehe TKG 05.05.2014, M 1.3/2012-92, 82 ff, oder zuvor TKG 20.09.2010, M 1/09-86, 33 ff.

⁶¹ Diesbezüglich sehr offen *Schauhuber* (FN 14) 292, wonach entsprechende Tarifanpassungen „oftmals nur eine Reaktion auf Preisgestaltungen des Mitbewerbs sind.“

⁶² Darüber hinaus kommen auch § 45 TKG 2003 und allgemeines Wettbewerbsrecht in Frage.

⁶³ Im Gegensatz zu *Lust* (FN 18) 166 f, wo auf das Zustimmungserfordernis bei Änderungen sowie Wertanpassungsklauseln eingegangen wurde, soll an dieser Stelle neben der essentiellen Zustimmung auf die übrigen Aspekte im Zusammenhang mit Tarifierhöhungen eingegangen werden.

A. Ausgependelter Endkundenschutz

Gerade bei den hier relevanten Tarifänderungen von bestehenden Verträgen kommt das sektorspezifische Vorabprüfungsverfahren gar nicht zur Anwendung, da sich § 25 Abs 6 TKG 2003 nur auf die Geschäftsbedingungen bezieht und die „Höhe der nominellen Entgelte“ explizit ausnimmt. Insoweit sind von § 25 TKG 2003 nur die spezifischen, formalen Kundmachungsvorschriften gemäß Abs 2 und 3 gegenüber Regulierungsbehörde, der Öffentlichkeit und den betroffenen Kunden relevant, wobei gemäß Abs 6 ohnehin die Vorabprüfung die spätere zivilrechtliche Überprüfbarkeit im Einzelfall unberührt lässt.

Dennoch stellt sich die mE nicht schlüssig lösbare Frage, wieso gerade die entscheidenden Entgelte aus den für den Endkundenschutz intendierten⁶⁴ – wenn auch nie in diesem Sinne durch die TKK praktizierten⁶⁵ – sektorspezifischen Überprüfungsregeln für Geschäftsbedingungen herausgenommen wurden. In einem typischerweise von Oligopolen beherrschten und damit zu überhöhten Preisen führenden Infrastrukturmarkt wie der Telekommunikation, der in anderen, für Endkunden nicht direkt relevanten Bereichen intensiver Regulierung über das TKG 2003 unterliegt, erscheint diese Maßnahme zum „Auspendeln“ der Regulierung systematisch unangebracht. Es scheint sich vielmehr aus dem zuvor dargelegten und in der Praxis zwischenzeitig unzweifelhaft falsifizierten Missverständnis abzuleiten, dass nur auf Vorleistungsebene reguliert werden muss und die vollen Vorteile ohnehin beim Endkunden ankommen.⁶⁶

⁶⁴ Siehe neben § 1 TKG 2003 und der Stellung von § 25 TKG 2003 auch explizit VwGH 20.06.2012, 2009/03/0059, zum gebotenen Schutz der Kunden anstatt der Anbieter, wobei schon in VwGH 26.02.2003, 2000/03/0328, zu den Genehmigungspflichten nach TKG 1997 ähnliches festgehalten wurde.

⁶⁵ Siehe Punkt V.B. Freilich besteht die Hoffnung, dass die herkömmlichen Kartell- und Wettbewerbsbehörden besser im Sinne des Kunden entscheiden als die insoweit offensichtlich doch nicht gar so unabhängig entscheidende TKK.

⁶⁶ In der Realität scheint das eher zu garantierten Oligopoleinnahmen der Betreiber und mäßigem Endkundenschutz zu führen. Gemäß Erläuterungen zum TKG 2003, GP XXII RV 128, werden offensichtlich die zivilrechtlichen Schutzmöglichkeiten für Endkunden als ausreichend erachtet. Die Novelle BGBl I 102/2011 will gemäß den Erläuterungen, GP XXIV RV 1389, diesbezüglich vermeiden, dass AGB-Bestandteile zwecks Umgehung der regulierungsbehördlichen Prüfungspflicht in die Entgeltbestimmungen verlagert werden, anstatt auch die essentiellen Entgelte der Prüfung zu unterwerfen.

B. Bestandskunden

Mangels einseitiger Vertragsänderungsmöglichkeit der Anbieter⁶⁷ werden die mitgeteilten Änderungswünsche gegenüber Bestandskunden nur wirksam, wenn diese die Änderungen auch akzeptieren (§ 861 ABGB). Das wird im vorliegenden Fall regelmäßig nicht passieren, da für normale Festnetzkunden kaum Anreize bestehen. Diejenigen, die vorwiegend mobile Teilnehmer anrufen und davon profitieren könnten, werden dafür hingegen regelmäßig gleich ein Mobiltelefon verwenden, da die Gespräche zu mobilen Teilnehmern aufgrund der regulatorisch bedingten Tarifstruktur⁶⁸ und der nur im Mobilfunk sinnvoll erlaubten Pauschaltarife dort weiterhin meist günstiger sind.

C. Behördlich veranlasster Irrtum?

Wenn Anbieter von Telekommunikationsdiensten ihren Kunden ungünstigere Vertragsbedingungen vorschlagen, teilen sie das dem Kunden regelmäßig in folgender Form mit: „Wir informieren Sie über eine nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Vertragsbedingungen. Es sollen ab dem [...] folgende Änderungen in Kraft treten.“ „Auf Grund der geplanten Änderungen haben Sie das Recht, das oben genannte Vertragsverhältnis [...] bis zum In-Kraft-Treten der Änderungen am [...] kostenlos zu kündigen.“

⁶⁷ Siehe dazu bereits den Abschnitt II.

⁶⁸ Sowohl die im Mobilfunk früher über 10-fach höher festgelegten Zusammenschaltungsentgelte (Terminierung) als auch die aktuell von der TKK nach zwischenzeitlicher Annäherung auf annähernd Faktor 2 nun wieder 5-fach höher als im Festnetz festgelegten Entgelte für das Erreichen eines Mobilfunkteilnehmers (siehe FN 23, 42) erlauben über die entsprechenden, regulatorisch festgelegten Monopolrenten in diesem praktisch wettbewerbsfreien Bereich der Gesprächszustellung für die Mobilfunkanbieter eine völlig andere Kalkulation bei den übrigen, von den Kunden direkt gewählten Tarifen für Grundgebühren und Gespräche. Schließlich heben sich die überhöhten Zusammenschaltungsentgelte durch die wechselseitigen Gespräche auf Vorleistungsebene grundsätzlich auf, sodass sie lediglich zu einem steigenden Endkundenpreisniveau und damit höheren Erträgen beitragen sowie im Falle der Uneinheitlichkeit (keine „Reziprozität“) zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten des Festnetzes führen. Siehe zB Lust, Mobile Interconnection, IJCLP 7 2002/2003, 23 ff (www.ijclp.net). Siehe auch die Empfehlung des GEREK, Common Statement (2010), BoR (10) 24 Rev 1, zur Methode „bill and keep“, die aufgrund der wechselseitigen Kompensation ohne Zusammenschaltungsentgelte auskommt. Immerhin hat die TKK den durch ihre verzerrende Regulierungspolitik verursachten „Teufelskreis“ bereits in Ansätzen erkannt; TKK 26.07.2010, M5/09-149, 21, oder aktuell TKK 30.09.2013, M 1.8/2012-148, 21 und 59, und sehr deutlich, wenn auch dort nicht explizit als „Teufelskreis“ benannt, TKK 30. 9. 2013, M 1.10/12-99, 11 f und 15 f.

Gemäß der in Abschnitt II. vertretenen Auffassung handelt es sich hierbei um eine irreführende Mitteilung an den Kunden: Es wird der Eindruck erweckt, man könne nur die Verschlechterungen über sich ergehen lassen oder kündigen, da nicht auf die nahe liegende Variante hingewiesen wird, dass man stattdessen einfach den wechselseitig vereinbarten Vertrag unverändert fortführen kann.

Somit kann nicht nur bloßes Schweigen keine Akzeptanz der Vertragsänderung darstellen, sondern müsste umgekehrt auch eine allenfalls ausgesprochene Kündigung ohne Aufklärung über die zusätzliche Option der Vertragsfortführung gemäß § 871 ABGB wegen vom Anbieter veranlassten Irrtums unwirksam sein. Gleichzeitig werden derartige Mitteilungen auch als unlautere Wettbewerbshandlungen gemäß UWG zu qualifizieren sein.

Es kommt aber noch etwas hinzu: Die Formulierung dieser „Wichtigen Information“ an die Kunden stammt nicht aus der Feder der Anbieter, sondern ist von der RTR-GmbH über § 4 der Mitteilungsverordnung, BGBl II 239/2012, hoheitlich vorgeschrieben.

An sich wäre die Verordnungsermächtigung in § 25 Abs 3 TKG 2003 wohl derart auszuüben, dass über Vorgabe von Form und Inhalt der Mitteilung an den Kunden für letzteren erhöhte Transparenz besteht. Gleichzeitig wäre über das flexibel anwendbare Verordnungsinstrument ein klares Eingehen auf die zivilrechtlichen Rahmenbedingungen möglich, während sich der Gesetzgeber offensichtlich entschlossen hat, im TKG ausschließlich Verwaltungsrecht und Formvorschriften zu erlassen und im Übrigen das Zivilrecht nicht zu tangieren.

Nachdem die Regulierungsbehörde von der unhaltbaren Rechtsansicht ausgeht, dass die tendenziell ohnehin übermächtigen Betreiber aus § 25 TKG 2003 *per se* ein einseitiges und uneingeschränktes Änderungsprivileg hinsichtlich der „Höhe der nominalen Entgelte“ haben,⁶⁹ wurde das Ermessen hinsichtlich des Inhalts der Verordnung falsch ausgeübt. Es steht damit in Widerspruch zur nationalen Rechtsordnung sowie dem europarechtlichen Gebot der Universaldienstrichlinie⁷⁰ und belastet die Verordnung mit Rechtswidrigkeit.

Mangels darauf aufbauender hoheitlicher Verfügung gegenüber dem Kunden ist sie jedoch kaum anfechtbar. Auch eine unmittelbare Betroffenheit des Kunden als Legitimation zur Überprüfung durch den VfGH wird regelmäßig ausscheiden, da die Kunden, die über ihre vertraglichen Rechte hinreichend Bescheid wissen, unabhängig von der Verordnung den Änderungswunsch beim Telefonanbieter zivil-

rechtlich beeinträchtigen können und insoweit nicht mehr unmittelbar betroffen sind. Die anderen wissen hingegen gar nicht, dass der Text irreführend ist oder sich auf eine Verordnung stützt. Die sehr wohl unmittelbar betroffenen Anbieter in der Telekommunikationsbranche werden hingegen kaum ein Interesse an der Änderung der bestehenden und in ihrem Sinn formulierten Verordnung haben. Kunden können daher nur ihr Recht nach § 122 Abs 1 Z 2 TKG 2003 auf ein eher unverbindlich angelegtes Beschwerdeverfahren vor der Regulierungsbehörde wegen behaupteter Gesetzesverletzung durch dieselbe nützen. Damit sollte immerhin die behördeninterne Aufgabenkritik gestärkt werden.

D. Neukunden und Gebot behördlichen Eingreifens

Während die inhaltlichen Änderungen gegenüber Bestandskunden nur Wünsche auf höhere Erträge sind, wirken sich die entsprechenden Bedingungen für Neukunden relativ unmittelbar aus, da der Anbieter künftig zu eben diesen Konditionen kontrahiert.

Insoweit wäre bei den kaum begründeten aber signifikanten und branchenweiten Tarifierhöhungen der letzten Zeit seitens der Regulierungsbehörde die Prüfung geboten, inwieweit von den Betreibern – alleine oder gemeinsam – eine marktbeherrschende Stellung zum Nachteil der Verbraucher ausgeübt werden kann, die Tarifbegrenzungsmaßnahmen als sektorspezifische Regulierungsmaßnahme nach § 43 TKG 2003 gebietet.

Wohlgemerkt kommt es hierbei aufgrund des *ex ante*-Ansatzes der sektorspezifischen Regulierung nur auf die abstrakte Möglichkeit und nicht die tatsächliche Ausübung an. Das Kriterium für gemeinsame beträchtliche Marktmacht in § 35 Abs 3 TKG 2003, dass die Beschaffenheit des Marktes „Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist“, ist zumindest im Mobilfunkbereich zweifelsfrei erfüllt und die Realität weist darauf hin, dass diese Verhaltenskoordinierung leider auch tatsächlich erfolgt.⁷¹ Insoweit ist es erstaunlich, dass die Regulierungsbehörde weiterhin zusieht, anstatt entsprechendes Verhalten bereits im Vorfeld zu verhindern oder wenigstens im Nachhinein gemäß den eindeutigen Bestimmungen im TKG 2003 zu entschärfen.

E. Inhaltliche Überprüfung der Entgelte

Die aus den Abbildungen hervorgehenden äußerst hohen Margen sowie nicht weitergegebenen Einsparungen auf Vorleistungsebene stellen nicht nur der Wettbewerbsintensität auf den hiesigen Endkundenmärkten in der Telekommunikation ein trauriges Zeugnis aus. So legen im Beispiel A1 Festnetz insbesondere die für Neukunden relevanten, neuen

⁶⁹ In diesem Sinne *Gungl*, RTR-Pressemitteilung v 15.05.2014, sowie <https://www.rtr.at/de/tk/FAQ169>.

⁷⁰ Art 20 Abs 2 RL 2002/22/EG idF 2009/136/EG; siehe *Lust* (FN 18) 165 f.

⁷¹ Siehe Punkt V.E.

Tarife innerhalb des Festnetzes (8,9 Cent pro Minute, minutengenau abgerechnet) mit einem Aufschlag von zumindest 230 % gegenüber den Vorleistungskosten (2,7 Cent pro Minute, sekundengenau abgerechnet) die Prüfung von *laesio enormis* (§ 934 ABGB) nahe.⁷² Selbst beim „alten“ Tarif mit nur knapp 100 % Marge gemäß den Werbetarifen kann durch die Auswirkungen der verschlechterten Taktung gegenüber Endkunden eine Verkürzung über die Hälfte gegeben sein.

Im Übrigen können die Geschäftsbedingungen und Entgelte nach sämtlichen denkbaren zivilrechtlichen Grundlagen überprüft werden, wobei § 25 Abs 6 TKG – gleichzeitig als Maßstab für die regulierungsbehördliche Vorabprüfung von Geschäftsbedingungen – § 879 ABGB zur Sittenwidrigkeit, § 864a ABGB zu benachteiligten Geschäftsbedingungen und das Konsumentenschutzgesetz anführt.

F. Anpassung zur Wiederherstellung der Äquivalenz

Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob ein Anbieter öffentlicher Kommunikationsdienste aufgrund der Leistungspflicht gemäß seinen AGB nach § 69 Abs 1 TKG 2003 seinen Kunden gegenüber außer im Konkursfall nie seine Dienste einstellen darf.⁷³ Um die telekommunikationsrechtliche Leistungsbereitstellungspflicht für den Anbieter nicht unbillig zu machen, kann wohl auch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung eine adäquate Anpassung nach der zivilrechtlichen Lehre von der Änderung der Geschäftsgrundlage erreicht werden. Demnach ist eine Anpassung möglich, wenn ein typischer, aber von außen stammender und unvorhersehbarer Umstand – nicht jedoch bloße Motive der Vertragspartner – eine Anpassung des Vertrages gebietet.⁷⁴

Der bloße Wunsch eines Anbieters, seine Profitabilität zu verbessern, rechtfertigt insoweit als bloßes Motiv keine Anpassung des bestehenden Vertrages. Anders sieht es jedoch auf Seiten des Kunden aus: Wenn im Beispiel A1 Festnetz ein Kunde den Telefonvertrag vor 10 Jahren mit einem Tarif von 19,2 Cent in das Mobilnetz abgeschlossen hat, als

⁷² Auch wenn noch ein geringer Abschlag für Kundenbetreuungskosten, soweit sie den Gesprächen und nicht der Grundgebühr zuzurechnen sind, abzuziehen ist, wird das am Ergebnis kaum etwas ändern.

⁷³ Inhaltlich ist die Nutzung eines Telefonanschlusses am ehesten mit einer Wohnungsmiete zu vergleichen, da der Gesetzgeber in beiden Fällen – einmal wegen der für wichtig erachteten elektronischen Kommunikationsmöglichkeiten, einmal wegen des sicheren Dachs über dem Kopf – die Kündigungsmöglichkeiten des Anbieters signifikant einschränkt und andererseits zwecks Verbraucherschutz hoheitlich in die Marktpreise eingreift.

⁷⁴ Siehe *Apathy/Riedler*, in: Schwimann (Hrsg), *ABGB Praxiskommentar* ³(2006) Bd 4, § 901 Rz 6 ff mwN, oder *Kletecka*, in: *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht* Bd 1¹³ (2006) 161 ff.

der Wert dieser Leistung auf Vorleistungsebene 14 Cent ausgemacht hat, steht ihm eine entsprechende Preisanpassung aufgrund geänderter Geschäftsgrundlage zu, wenn sich die Vorleistungskosten – beispielsweise aufgrund hoheitlicher Entscheidungen der Regulierungsbehörde – merkbar ändern. Zieht man die aktuellen Vorleistungskosten von 3,5 Cent heran, müsste der Endkundenpreis ebenfalls analog auf grob ein Viertel (ca 5 Cent) sinken, um die Äquivalenz der Vertragspartner wiederherzustellen und den Vertrag der gemeinsamen Geschäftsgrundlage – hier dem Wert der Leistung – anzupassen.

Somit sollten Bestandskunden, die der Änderung auf das neue Tarifschema nicht zustimmen, weiterhin den vereinbarten Tarif von 5,4 Cent innerhalb des Festnetzes in Anspruch nehmen können und gleichzeitig über das Instrument der Geschäftsgrundlage eine Senkung der Tarife für Anrufe in mobile Netze auf ein ähnliches Niveau verlangen können.

VII. Schlussfolgerungen

A. Viele Normen vs gute Normen

Es zeigt sich wieder einmal, dass übermäßige Regelungsdichte nicht notwendigerweise und jedenfalls nicht einfach zum Vorteil des Bürgers gereicht. Gleichzeitig ist die vorliegende Problematik symptomatisch für die vielfach eher von Interessenvertretern als von Volksvertretern geprägte nationale wie europäische Normenflut, bei der die sorgfältige Ausformulierung im Detail häufig leidet.

B. Telekom-Regulierung gescheitert

Weit schwerer wiegt, dass nach dem bisher Dargelegten objektiv betrachtet kaum mehr die Schlussfolgerung vertreten werden kann, dass die auf dem europarechtlichen Rechtsrahmen aufbauenden Regelungen des TKG 2003 bzw dessen vielfach nur vage am Gesetzeswortlaut orientierte Vollziehung⁷⁵ im letzten Jahrzehnt zu einer Verbesserung des Wettbewerbs geführt hat oder gar zum Vorteil des Kunden gediehen ist.⁷⁶

⁷⁵ Siehe typisch für das Selbstverständnis von Regulierungsbehörden *Lehofer*, *Die Regulierung der Infrastruktur im Lichte der Konvergenz*, JRP 2000, 202 (2006). Im Zusammenhang mit der zumindest impliziten Bejahung eines weiten Ermessensspielraums selbst durch den VwGH (siehe explizit VwGH 03.09.2008, 2006/03/0079) hat *B. Raschauer*, in: *B. Raschauer (Hrsg), Aktuelles Telekommunikationsrecht* (2005) 11 (15 f), zutreffend den Begriff „*Dispens vom Legalitätsprinzip*“ verwendet.

⁷⁶ Es geht hier um den Vorteil durch staatliche Regulierung, nicht den unbestreitbaren (und von der Regulierung einmal positiv, einmal negativ beeinflussten) Vorteil durch technologischen Fortschritt.

C. Regulator hätte im Sinne des Kunden zu handeln

Noch schlimmer ist, dass die unabhängig eingerichtete Regulierungsbehörde hierzulande innerlich offenbar noch immer nicht verarbeitet hat, dass das TKG 2003 bereits in § 1 anders als teils noch das TKG 1997 den Schutz der Nutzer und nicht den Schutz der Anbieter zum Ziel hat.⁷⁷ Andernfalls wäre sie dort, wo es zu Lasten der Kunden geht, schon längst auf mangelnden Wettbewerb eingegangen und würde die Wettbewerbsregulierung auch die Kundeninteressen berücksichtigen, anstatt sogar die Verfahren zu Kundenbedingungen über das Vorschreiben von Mindestpreisen zu pervertieren. Entsprechend hätte man – allerspätestens mit der seit 2003 explizit gebotenen Technologieneutralität – dem Festnetz ebenso wie dessen nahe liegenden Konkurrenten (alternative Teilnehmeranschlüsse, wireless local loop, voice over IP etc) realere langfristige Erwerbsmöglichkeiten überlassen müssen und damit Potential für ein gewisses Wirken von echten Marktkräften geschaffen.

Für die hier aufgezeigte Problematik helfen die entsprechenden, unter Punkt I.D. angeführten Reaktionen der Geschäftsführung der RTR-GmbH nicht weiter; darüber hinaus sind sie weder sachlich noch rechtlich stichhaltig.⁷⁸ Es stellt sich die Frage, wieso ein derart spezialisiertes „Kompetenzzentrum“ in den Gesetzwerdungsprozessen nicht stärker zur Vermeidung von missverständlichen Formulierungen wie in § 25 TKG 2003 beitragen kann und darüber hinaus erst recht irreführende und aufgrund der gebotenen Gesetzesinterpretation rechtswidrige Verordnungen erlässt.

Anstatt Kunden immer nur zu vertrösten bzw sich bloß an immer tollereren Mobiltelefonen erfreuen zu lassen, wäre im Rahmen der sektorspezifischen

⁷⁷ Siehe FN 64 und immerhin eine möglicherweise neue Tendenz in FN 10 und 55.

⁷⁸ Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass Vorleistungsvorteile der überschaubaren Anbieter nur geringfügig an die Kunden weitergegeben wurden; § 1 TKG 2003 gebietet gemäß VwGH 20.06.2012, 2009/03/0059, vorrangig den Kundenschutz und nicht die Förderung der Mitbewerber; aufgrund der ebenfalls dort normierten Technologieneutralität sind die identen Bestimmungen für Festnetz und Mobilfunk auch einheitlich anzuwenden.

Anwendung von § 43 TKG 2003 zu „Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer“ auch schon längst die einfache, unmittelbar wirksame und daher nahe liegende Maßnahme der „Obergrenzen bei Endnutzerpreisen“ zu verfügen gewesen.⁷⁹ Die Anwendung unmittelbar beim Endkunden wirksamer Tarifbegrenzungsmaßnahmen ist aufgrund der erwiesenermaßen über Jahrzehnte hinweg kaum vorhandenen Kräfte des Marktes und damit einhergehender Nachteile für die Kunden sowohl im Mobilfunk als auch im Festnetz längst geboten!

Es ist zu hoffen, dass sich über den neuen Geschäftsführer der RTR-GmbH, der die Kunden in den Mittelpunkt der Regulierung stellen möchte,⁸⁰ die hiesige Regulierungspolitik wandelt und auch die langjährig enttäuschte Hoffnung, dass über intensive Vorleistungsregulierung nachhaltige Wettbewerbskräfte zugunsten des Kunden entstehen können, endlich aufgegeben wird.

Korrespondenz: Dr. Philipp Lust, LL.M., Bundesministerium für Finanzen, Johannesgasse 5, A-1010 Wien; philipp.lust@bmf.gv.at

⁷⁹ Dass insgesamt ein Weniger an Regulierung und ein Mehr an allgemeiner Wettbewerbsaufsicht von Vorteil wäre, steht auf einem anderen Blatt. Wenn schon reguliert wird, muss das positive Ergebnis aber erst recht beim Kunden und nicht beim Anbieter ankommen, um volkswirtschaftlich legitimierbar zu sein (siehe FN 57). Bei einer weniger an Interessen von Wiederverkäufern, sondern im Sinne von langfristigem Infrastrukturwettbewerb an kundenrelevanten Bedürfnissen ausgerichteten Marktabgrenzung (zB „Telefonie“, allenfalls Daten getrennt als „Internetzugang“) wären dabei auch durchaus unterschiedliche, aus Kundensicht nützliche Tarifoptionen möglich, die wahlweise über hohes Grundentgelt sämtliche Verbindungen inkludieren oder aufgrund hoher Verbindungsentgelte Grundgebühren vermeiden.

⁸⁰ Siehe FN 10.