

Zur Klauselkontrolle durch den Telekom-Regulator
§ 25 TKG als Indikator für Marktmacht

Philipp Lust

www.lust.wien

Dr. Philipp Lust, LL.M. (Brügge)
Bundesministerium für Finanzen^{*)}

■ RdW 2014/761, 694

Zur Klauselkontrolle durch den Telekom-Regulator

§ 25 TKG als Indikator für Marktmacht

Die Bestimmungen zur präventiven AGB-Klauselkontrolle durch die Regulierungsbehörde machen in Kombination mit den Vorschriften zur Telekom-sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung durchaus Sinn. An der Umsetzung der eindeutigen Vorgaben des Telekommunikationsrechts durch die Regulierungsbehörden scheitert es jedoch noch. Entsprechend leiden Endkunden entgegen der gesetzlichen Intention an überhöhten Preisen und unsachlichen Tarifierhöhungen.

1. Einleitung

§ 25 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG) behandelt „Geschäftsbedingungen und Entgelte“ bei „elektronischen Kommunikationsdiensten“. Die Regelung ist nach hM eindeutig als Kundenschutznorm konzipiert. Gleichzeitig ist es die Norm, die von Telefonanbietern gerne als Grundlage für einseitige Tarifierhöhungen bei bestehenden Verträgen herangezogen wird. Nachdem diese Norm trotz zahlreicher Novellierungen weiterhin weder vom Wortlaut noch vom Sinn her allzu leicht

erfassbar ist, soll an dieser Stelle auch auf andere Aspekte als die immer wieder diskutierte Frage eines gesetzesunmittelbaren Vertragsabänderungsprivilegs zugunsten der Anbieter eingegangen werden. Vor allem sollen Sinn und Zweck der präventiven Klauselkontrolle in § 25 TKG analysiert werden (ab Punkt 5.).

Dabei zeigt sich, dass sich die Norm selbst nach der zweifelhaften hM, die ein einseitiges Änderungsprivileg annimmt (siehe Punkt 3.), durchaus in einen einigermaßen vernünftigen kartellrechtlichen Zusammenhang mit der gebotenen sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung fügt (siehe Punkt 7.). Die aktuelle Regulierungspraxis, die – trotz aller unsachlichen Preisanhebungstendenzen und entgegen eindeutigen Handlungs-

^{*)} Die Ausführungen stellen die persönliche Ansicht des Autors dar und haben keine relevanten Überschneidungen mit seiner Tätigkeit im Bundesministerium für Finanzen.

geboten im Rahmen der Wettbewerbsregulierung – weiterhin bloß passiv beobachtet, statt für wettbewerbsnahe Verhältnisse zu sorgen, ist davon jedoch noch weit entfernt.

2. Information der Regulierungsbehörde

Unzweifelhaft bezweckt § 25 TKG über Abs 1 und 2, dass die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) über sämtliche Geschäftsbedingungen der von ihr zu beaufsichtigenden Branche Bescheid weiß: Sowohl allgemeine Geschäftsbedingungen als auch Entgeltbestimmungen (im folgenden „AGB“ als gemeinsamer Überbegriff) und deren Änderungen sind der RTR-GmbH anzuzeigen. Details zu den Mindestinhalten sind in Abs 4 und 5 festgehalten, während Abs 7 die Form der elektronischen Informationsübermittlung regelt. Somit erhält die Behörde einen umfassenden Marktüberblick über sämtliche jemals angebotenen Dienste und kann sie auch allfälligen Berichtspflichten und Nachfragen der Europäischen Kommission besser gerecht werden (zB § 124 TKG).

3. Kundmachungspflicht bzw Änderungsprivileg

Darüber hinaus sind die AGB und Änderungen derselben auch allgemein kundzumachen. Jedenfalls ergibt sich daraus – wie vom Wettbewerbssenat des OGH per *obiter dictum* klar herausgearbeitet¹⁾ – eine über das allgemeine Zivilrecht hinausgehende Kundmachungspflicht.

Die zumindest innerhalb der Anbieter, bei deren Rechtsvertretern und der RTR-GmbH hA leitet darüber hinaus ein gesetzesunmittelbares Privileg der Anbieter elektronischer Kommunikationsleistungen ab: Über dieses Verständnis von § 25 Abs 2 TKG²⁾ sollen Anbieter auch vorhandene, gemäß ihren Vertragsmustern geschlossene Verträge beliebig einseitig abändern können.³⁾ Den tendenziell in ihrer Verhandlungs-

macht ohnehin eingeschränkten Kunden komme dagegen als „Ausgleich“ lediglich ein Sonderkündigungsrecht zu (§ 25 Abs 3 TKG).⁴⁾ Auch mehrere Entscheidungen des OGH, die im Grunde jeweils auf die etwas anders gelagerte Vorgängerbestimmung in § 18 TKG 1997 zurückgehen, spiegeln diese Ansicht wider.⁵⁾

Sachliche Rechtfertigungen für diese Ansicht sind jedoch Mangelware.⁶⁾ Insoweit sprechen neben Gesetzesmaterialien, teleologischen und europarechtlichen Argumenten⁷⁾ auch verfassungsrechtliche Erwägungen gegen diese Ansicht: Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK sind auch vertragliche Rechte und die Vertragsfreiheit als mit dem Eigentum einhergehende vermögenswerte Privatrechte geschützt.⁸⁾ Einseitige Änderungsprivilegien, damit sich ein Vertragspartner jenseits der getroffenen Vereinbarung gegenüber dem anderen Vertragspartner bereichern kann, sind daher nicht nur „unüblich“. Eine entsprechende, zulässige Einschränkung des Eigentumsrechts der Kunden bedürfte darüber hinaus im Sinne der Verfassung einer klaren Rechtsgrundlage, die ein im öffentlichen Interesse gelegenes Ziel im Sinne eines sachlichen und adäquaten Eingriffes sicherstellt. An allen drei Ebenen mangelt es jedoch.

Darüber hinaus wird schon aufgrund der im Rahmen der Wortinterpretation von § 25 TKG unklaren Ausgangslage, ob nun nur die (formale) Bekanntgabe von Geschäftsbedingungen oder auch das (materielle) einseitige Auferlegen geregelt wird, im Zweifel das weniger einschneidende Verständnis geboten sein.⁹⁾

Mobilfunkverträgen, MR 2007, 216 (221); sehr zutreffend bereits *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und inhaltliche Kontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490 (491). Ebenso jüngst offensichtlich auch die TCK; siehe beiläufig TCK 30. 9. 2013, M 1.9/12-81, 42.

- 1) OGH 20. 1. 2014, 4 Ob 115/13k („A1 Kombi“), und davor ähnlich 20. 3. 2007, 4 Ob 227/06w („AGB in Mobilfunkverträgen“).
- 2) Der für Änderungen entscheidende § 25 Abs 2 TKG lautet: „Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unberührt.“ Bis auf die bei der Neuerlassung von § 25 TKG mit BGBl I 2011/102 in Abs 2 eingefügten Worte „im Übrigen“ ist die Bestimmung seit 2003 unverändert. Auch diese Änderung ist im Rahmen verbraucher-schützender Änderungen und ohne weitere Erläuterungen erfolgt, sodass von einer bloß redaktionellen Änderung auszugehen ist, der keine entscheidende inhaltliche Bedeutung beigemessen werden kann.
- 3) Siehe die Ansicht der als Geschäftsstelle der TCK fungierenden RTR-GmbH – nicht jedoch der nach § 117 Z 3 TKG zuständigen TCK – unter <https://www.rtr.at/de/tk/FAQ169>; ebenso *Feiell/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 96, die die in FN 5 genannte Entscheidung des OGH zum TKG 1997 auf das TKG 2003 übertragen, dabei aber eingestehen, dass „eine sachliche Rechtfertigung dafür nicht zu erkennen ist“. *Zib*, § 25 TKG und Indexanpassung, VbR 2014/5, 12 (13), zieht bei seiner Ansicht zentral eine beiläufige und in den Materialien undokumentierte Änderung im Rahmen der diesbezüglich dem Verbraucherschutz verschriebenen Novelle BGBl I 2011/102 heran; damit wird dem Gesetzgeber *de facto* schizophrens bis hinterlistiges Verhalten unterstellt. Im Ergebnis ähnlich bspw *Hasberger*, Entgelterhöhung im TKG: ex lege oder „doppelter“ Konsumentenschutz? MR 2012 55 (57), oder *Schauhuber*, Neue OGH-Judikatur zu einseitigen Vertragsänderungen im Telekom-Bereich, MR 2007, 290 (292 ff). Ohne Begründung *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (140), oder *Kaufmann/Tritscher*, TKG 2003 – der neue Rechtsrahmen für „elektronische Kommunikation“ (Teil 1), MR 2003, 273 (278). *Steinmaurer/Polsterer in Stratil* (Hrsg), Telekommunikationsgesetz 2003⁴ (2013) § 25, scheinbar zwischen Anm 3 und 6 bzw 8 dogmatisch unschlüssig zu sein. *AA Lust*, Gedanken zur Änderung von Telefonverträgen, MR 2014, 163 (164 ff), ua mit Hinweis auf die europarechtlichen Vorgaben; im Ergebnis ähnlich *Docekal*, TKG-Kündigungsrecht bei Indexanpassung, VbR 2014/48, 88 (90 f); *Schilchegger*, Statuiert § 25 TKG 2003 ein gesetzliches Änderungsrecht? MR 2010, 287 (289 ff); *Pichler*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in

- 4) Siehe nur OGH 8. 9. 2009, 1 Ob 123/09h; aA *Lust*, MR 2014, 165, wonach das einen Trugschluss darstellt. Dabei wird auch die europarechtliche Vorgabe in Art 20 Abs 2 der Universaldienrichtlinie 2002/22/EG i d F 2009/136/EG regelmäßig falsch verstanden: Das Sonderkündigungsrecht steht europarechtlich bei jedem (auch ausschließlich begünstigenden) kundgemachten Änderungsvorschlag zu und kann daher nicht als (teilweiser) „Ausgleich“ zweifelhafter, aus § 25 Abs 2 TKG abgeleiteter Anbieterprivilegien verstanden werden.
- 5) OGH 14. 3. 2000, 4 Ob 50/00g, zu § 18 TKG 1997, sowie diese Entscheidung auf § 25 TKG 2003 übertragend OGH 8. 9. 2009, 1 Ob 123/09h, und 14. 11. 2012, 7 Ob 84/12x. Zu den anderslautenden *obiter dicta* des Wettbewerbs-senates siehe FN 1.
- 6) Hier werden bloß wirtschaftliche Wünsche einfacher Massenvertragsabwicklung ebenso wie an sich kartellrechtswidrige Praktiken abgestimmter Preis-festsatzung angeführt (siehe *Schauhuber*, MR 2007, 292 ff). Möglicherweise spielt auch historisches, obrigkeitstaatliches Denken mit: Zu Monopolzeiten bis in die 90er-Jahre hinein hat die Post- und Telegraphenverwaltung eine Genehmigung von AGB beim Bundesminister für öffentliche Wirtschaft und Verkehr beantragt, der nach Beratung mit der Preiskommission seine Genehmigung erteilen konnte (§ 40 iVm §§ 44 und 21 Fernmeldegesetz 1993; so scheint *Zib*, VbR 2014/5, 13, teils zu stark auf überholte deutsche Bestimmungen zu schießen). Das Unterlaufen der Versorgungspflicht nach § 69 Abs 1 TKG wird bei der hM zu § 25 TKG regelmäßig ebenso ignoriert wie das Vorhandensein umfangreicher sonstiger Privilegien der Anbieter zB im Bereich der Leitungs- und Mitbenutzungsrechte (§§ 5 ff TKG; künftig auch die inhaltlich durchaus interessante RL 2014/61/EU zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen). Am ehrlichsten sind *Feiell/Lehofer*, TKG 96, die zwar die OGH-Judikatur des TKG 1997 auf das TKG 2003 umlegen, gleichzeitig aber eine sachliche Rechtfertigung vermissen. Für weitere Details siehe FN 7 und 3.
- 7) Siehe *Lust*, MR 2014, 164 ff.
- 8) Siehe zur Judikatur des VfGH VfSlg 12.227 sowie *Stelzer*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Eingriffs in Rechte oder Vertragsverhältnisse, DRdA 2001, 508 (509 f), und grundsätzlich *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 221 ff, aber auch 47 ff, 123 f und 135.
- 9) Insoweit gelangt man – sofern man sich bei der Interpretation nicht von wirtschaftlichen Wünschen der Anbieter beeinflussen lässt (FN 6) – bei der Auslegung von § 25 TKG problemlos zu einem verfassungskonformen Ergebnis. Die auf der aA aufbauende Mitteilungsverordnung der RTR-GmbH BGBl II 2012/239, ist insoweit jedoch mit Rechtswidrigkeit belastet (siehe *Lust*, Bald 20 Jahre „liberalisierte“ Telekommunikation: Wie steht's um den Wettbewerb? JRP 2014, 153 [165 f]).

Möglicherweise – wenn auch nicht allzu wahrscheinlich – wird über den EuGH angesichts des Verfahrens C-326/14 (Vorfrage zum Verfahren OGH 8 Ob 72/13s, Beschluss vom 28. 4. 2014) demnächst mehr Klarheit erlangt werden.¹⁰⁾

4. Ausschließlich benachteiligende Änderungen?

In diesem Zusammenhang soll auch auf den Umfang des vermeintlichen, offenbar eher aus § 25 Abs 2¹¹⁾ (Kundmachungspflicht und -frist) als aus Abs 3 (Sonderkündigungsrecht) abgeleiteten Änderungsprivilegs zugunsten der Betreiber eingegangen werden.

Verneint man – mE richtigerweise – ein Änderungsprivileg, beinhaltet § 25 TKG keine verfassungsrechtliche Problematik und löst sich die Äquivalenz „*nicht ausschließlich begünstigender Änderungen*“ von allein: Nur die Kunden, für die die positiven Änderungsvorschläge gegenüber dem bestehenden Vertrag überwiegen, werden der Vertragsänderung zustimmen.

Nach offenbar hM stellt sich im Zusammenhang mit dem abstrakten Eingriff in die Privatautonomie (der den verfassungsrechtlichen Erfordernissen gem Punkt 3. mangels erkennbaren Eingriffsziels ohnehin nicht gerecht wird) auch die Frage nach dessen Umfang. Dies auch aufgrund des in letzter Zeit gehäuft erfolgenden „anbieterseitigen Griffes in das Geldbörsel der Kunden“ über § 25 TKG.¹²⁾ Einerseits stellt schon die vermeintlich privilegierende Norm auf „*nicht ausschließlich begünstigende Änderungen*“ ab, sodass einseitige Vertragsverschlechterungen ohne jegliches Element einer kompensierenden Begünstigung jedenfalls nicht vom Wortlaut der allfälligen Ermächtigung erfasst sind. So stellen die meisten Tarifierhebungen des Jahres 2014 „ausschließlich benachteiligende Änderungen“ dar, die auch nach hM schon nach dem Wortlaut nicht den Voraussetzungen von § 25 Abs 2 TKG gerecht werden dürften.

Demnach scheint der Begriff der „*nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen*“ bei Annahme eines Änderungsprivilegs auch einen gewissen Äquivalenzaspekt zu beinhalten. Offenbar sollten schon nach dem Wortlaut Änderungen gemeint sein, die begünstigende und benachteiligende Bestimmungen beinhalten, sodass auch das geänderte Vertragsverhältnis in Summe der Äquivalenz der Vertragspartner entsprechen kann. Hierbei ist auch auf den Ursprung im TKG 1997 hinzuweisen, als über die Marktöffnung markant sinkende Preise angestrebt wurden. Insoweit muss der Normsetzer damals davon ausgegangen sein, dass die Preise ohnehin fallen und allenfalls nebenbei irgendein Teilaspekt auch zuungunsten des Kunden ausgehen könne. Die aktuelle Tendenz paralleler Tarifierhebungen sämtlicher großer Anbieter dürfte damals weder abstrakt vorhergesehen worden sein, geschweige denn konkret, da gemäß den Gesetzesmaterialien schon im TKG 1997 kein einseitiges Änderungsprivileg anzunehmen war.¹³⁾

10) ME stellt sich das Problem bei Preisanpassungsklauseln, wo eine aufgrund technischen Fortschritts tendenziell zu fallenden Kosten herstellbare Leistung einem tendenziell steigenden allgemeinen Inflationsindikator unterworfen wird, ein bis zwei Stufen früher: Sind derartige Klauseln – sofern vereinbart – überhaupt adäquat und zulässig? Und andernfalls: Sind sie überhaupt nachträglich vom Betreiber einseitig über § 25 TKG hereinreklamierbar? Dem EuGH wurde hingegen die Frage unterbreitet, ob die Anwendung einer vereinbarten Indexklausel zu einem Sonderkündigungsrecht führt.

11) Siehe *Feiell/Lehofer*, TKG 96. Sonst wird die Grundlage regelmäßig weniger exakt herausgearbeitet.

12) Siehe *Lust*, JRP 2014, 156 f.

13) Siehe *ErlRV 759 BlgNR 20. GP 49*; aA OGH 14. 3. 2000, 4 Ob 50/00g, auf den die aktuelle hM sowie die entsprechenden Folgeentscheidungen (FN 5) aufbauen. Freilich, nach dem gemäß damaligen erläuternden Bemerkungen intendierten Gesetzeszweck geht es bei „*nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen*“ um sämtliche Änderungen, die nicht nur Vorteile bringen.

Umgekehrt ergibt sich selbst nach hA, dass die in letzter Zeit va im Mobilfunk üblichen bloßen Ertragssteigerungsgehren vonseiten der Anbieter im Rahmen der Prüfung nach § 25 Abs 6 iVm Abs 2 TKG eindeutig zu versagen gewesen wären. Mangels jeglicher Begünstigung scheiterten sie bereits am Wortlaut und damit insoweit an der vermeintlichen Tatbestandsvoraussetzung „*nicht ausschließlich begünstigend*“. Selbst wenn geringwertige Vorteile mit übermäßigen Nachteilen verkauft werden, denen entweder eine reale Grundlage in der gemeinsamen Geschäftsgrundlage¹⁴⁾ oder ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Kunde und Anbieter fehlt, müsste auch nach hA aufgrund der dann § 25 TKG insoweit innewohnenden Äquivalenzaspekte zumindest bei krassen Missverhältnissen ein Änderungsprivileg versagt werden.

5. Präventive Klauselkontrolle

Auch wenn gemäß hA weiterhin Unklarheiten zu § 25 Abs 2 TKG bestehen, so verpflichtet § 25 Abs 6 TKG die Regulierungsbehörde jedenfalls zur präventiven Kontrolle der angezeigten AGB. Er dient damit dem Kundenschutz.¹⁵⁾ Die „*Höhe der nominellen Entgelte*“ ist von dieser Prüfung ausgenommen. Im Übrigen hat die Telekom Control Kommission (TCK) jedoch Bestimmungen, die in Widerspruch zum TKG oder dessen Verordnungen stehen oder den Maßstäben von „§§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KschG“ nicht gerecht werden, zu untersagen.¹⁶⁾

Für „neue“ Angebote ist insoweit einigermaßen umrissen, worauf die Behörde zu achten hat. Freilich kann über eine Vorab-Kontrolle keine hundertprozentige Untersagung jeder denkbaren unzulässigen Benachteiligung garantiert werden. Entsprechend sind unabhängig davon klassische zivilgerichtliche Prüfungen im Einzelfall möglich. Dennoch legen einige Entscheidungen des OGH aus jüngerer Zeit¹⁷⁾ nahe, dass bereits die telekommunikationsrechtliche Vorab-Kontrolle intensiver durchzuführen wäre und regulierungsbehördlich Kundenschutz endlich vor Anbieterschutz zu stellen wäre.¹⁸⁾ Auch kommen förmliche Widersprüche gegen geplante AGB praktisch nicht vor und sind auch informelle Hinweise zur Verbesserung die klare Ausnahme.¹⁹⁾ Eine transparente Nachvollziehbarkeit der regulierungsbehördlichen Tätigkeit in diesem Gebiet ist für die betroffenen Kunden kaum gegeben.

Etwas schwieriger steht es um die Prüfung bei der Änderung von Bestandsverträgen. Auch „*den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen*“ sind gem § 25 Abs 6 iVm

Liest man die Norm hingegen als einseitiges Änderungsprivileg, stellt sich der idente Begriff als Bedingung dar, dass die Änderungen neben gewissen Verschlechterungen auch gewisse Verbesserungen beinhalten müssen (aA *Ertl*, MR 2005, 141 [FN 24]). Ausschließlich den Kunden bevorteilende Änderungen (zB Endkundenpreissenkungen aufgrund von sinkenden Vorleistungskosten) sind hingegen in beiden Fällen unproblematisch, da diese vom Vertragspartner gerne und gegebenenfalls auch konkludent angenommen werden können (dabei stellt sich mE eher die Frage, ob die Kostenvorteile unverzüglich und im vollen Umfang entsprechend der geänderten Geschäftsgrundlage weitergegeben wurden; siehe FN 14).

14) Siehe *Lust*, JRP 2014, 167.

15) Siehe zB *Ertl*, MR 2005, 139; *Pichler*, MR 2007, 221; *Schilchegger*, MR 2010, 288, oder *Docekal*, VbR 2014/48, 91.

16) Das Wort „*kann*“ in § 25 Abs 6 TKG ist zutreffenderweise nach hM als Verpflichtung zu verstehen: siehe *Feiell/Lehofer*, TKG 99; *Ertl*, MR 2005, 146.

17) Siehe nur OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 141/11f, und 17. 7. 2014, 4 Ob 117/14 f, zum Recht auf Papierrechnung; 17. 6. 2014, 10 Ob 27/14i, zu unzulässigen Zahlscheinentgelten; 17. 6. 2014, 10 Ob 54/13h, zu unzulässigen (Sonder-)Abschlagszahlungen bei Kündigung und zumindest teilweise 20. 1. 2014, 4 Ob 115/13k, zur „*Internet Service Pauschale*“ für eine „*wirtschaftlich nicht werthaltige Leistung*“.

18) Siehe hierzu *Lust*, JRP 2014, 161 ff.

19) Siehe *Ertl*, MR 2005, 149 bzw 148.

Abs 2 nach entsprechenden Maßstäben zu prüfen. Hier stellt sich die Frage, was bspw nach den telekommunikationsrechtlichen Vorgaben oder am Maßstab ungewöhnlicher oder benachteiligender Vertragsbestandteile nach § 864a ABGB oder gar gröblich benachteiligender Vertragsbestandteile nach § 879 ABGB zu beurteilen ist. Geht es bei der Prüfung von Bestandsverträgen um die Änderungen zwischen den bisher vereinbarten Bedingungen und den geplanten künftigen Bedingungen oder werden lediglich die künftig geplanten Bedingungen für sich und abstrakt geprüft?

Die TCK geht von der zweiten Variante aus und beurteilt „nicht die Frage, ob die neue Bestimmung im Verhältnis zur früheren Regelung für den Kunden eine Verschlechterung bedeutet oder nicht“; entsprechend steht zusätzlichen und mehr oder weniger willkürlichen Belastungen von Kunden nach Vertragsabschluss „per se weder § 864a ABGB noch § 879 Abs 3 ABGB entgegen“.²⁰⁾ Dass über diese Rechtsansicht Verschlechterungen bei der Abrechnungstaktung regulierungsbehördlich „durchgegangen“ sind, vermag daher nicht völlig zu überraschen. Aber auch Pauschalen für wirtschaftlich nicht werthaltige Leistungen²¹⁾ („Service-Pauschale“, „Basispaket“ etc in einer Größenordnung von 20 € jährlich) sind wiederholt problemlos „durchgegangen“. Nichts anderes gilt für einseitig benachteiligend wirkende Inflationsanpassungen über den typischerweise steigenden allgemeinen Verbraucherpreisindex,²²⁾ obwohl Standard-Kommunikationsdienste auf Großhandelsebene stetig billiger werden. Selbst bei einer noch so anbieterfreundlichen Ermessensübung ist hierbei eine Bedenkenlosigkeit und damit Nichtuntersagung mE nicht mehr mit der Norm von § 25 Abs 6 TKG in Einklang zu bringen.

Die obige Ansicht der Regulierungsbehörde wird mE dem Gehalt der Norm schon grundsätzlich nicht gerecht: § 25 Abs 6 TKG gebietet die Prüfung von „Änderungen“ der AGB und Entgeltbestimmungen nach Abs 2, wobei die „Höhe der nominellen Entgelte“ ausgenommen ist. Eine Änderung kann sowohl vom Begriff als auch von Sinn und Zweck her nur durch konkreten Vergleich zwischen vorher und nachher geprüft werden. Ein vom Betreiber für die Zukunft gewünschter *Status quo* kann für sich daher unmöglich alleiniger und abstrakter Prüfungsmaßstab einer „Änderung“ sein. Freilich wird ein Vergleich von „bisher“ mit „künftig gewünscht“ für Zwecke einer behördlichen Untersagungsprüfung nach objektiven Kriterien zu abstrahieren haben. Eine Außerachtlassung der bisher bestehenden vertraglichen Beziehungen ist jedoch undenkbar, wenn eine „Änderung“ zu prüfen ist, da die gewünschten Unterschiede zwischen vorher und nachher andernfalls nicht beurteilt werden können.

20) Antwort der RTR-GmbH vom 23. 9. 2014 auf eine Anfrage des Autors. Ähnlich die Mitteilung vom 28. 10. 2014 im Schlichtungsverfahren RSTR 3228/14, wonach ua das Verfahren seitens der RTR-GmbH nach § 4 der RTR-Verfahrensrichtlinien eingestellt werden soll, da das aktuell vorgebrachte Problem (*laesio enormis*) von den Gerichten noch nicht gelöst wurde. Stattdessen wäre nicht nur nach den RTR-eigenen Richtlinien, sondern vor allem gem § 122 TKG und Art 34 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG idF 2009/136/EG eindeutig eine inhaltliche Lösung des Problems zwecks Vermeidung eines Gerichtsverfahrens zu erarbeiten (siehe <http://www.lust.wien/kuriositaeten>).

21) Siehe OGH 20. 1. 2014, 4 Ob 115/13k, zur Qualifikation als aggressive Geschäftspraktik nach § 1a UWG (ähnlich OGH 23. 9. 2013, 4 Ob 27/13v). Außerdem ist bei der Prüfung ähnlich dem KSchG von der „kundenfeindlichsten objektiven Auslegung“ auszugehen, siehe *Feiell/Lehofer*, TKG 100; *Ertl*, MR 2005, 147.

22) Siehe *Lust*, MR 2014, 166 f. Schon die Tatsache, dass derartige Anpassungen in dem Sektor erst seit wenigen Jahren langsam „üblich“ werden, spricht gegen deren unabdingbare, der Natur des Geschäfts innewohnende Angemessenheit.

6. Sinn und Zweck von § 25 Abs 6 TKG?

Unabhängig von den zuvor genannten Auslegungsfragen bei der präventiven Klauselkontrolle durch die TCK stellt sich jedoch noch eine andere Frage: Welchen Sinn macht eine Prüfung von AGB, wenn gerade die regelmäßig entscheidende „Höhe der nominellen Entgelte“ von der Prüfung nach § 25 Abs 6 TKG ausgenommen ist?

Als die Norm im Jahr 2003 formuliert wurde, mag sie vielleicht noch dadurch rechtfertigbar gewesen sein, dass sich der Telekommunikationssektor in einer frühen Wettbewerbsphase befunden hat, wo neue Anbieter Marktanteile gewinnen wollten und dadurch, ebenso wie durch den laufenden technischen Fortschritt, Preise eher gesunken als gestiegen sind. Ein gutes Jahrzehnt später ist der Markt jedoch einigermaßen konsolidiert, und die natürlichen Anreize eines – gerade im Mobilfunk aufgrund der beschränkten Frequenzen technisch wie rechtlich „natürlichen“ – Oligopols mit überschaubarer Anbieterzahl führen zu nachhaltig steigenden Endkundenpreisen.²³⁾ Auch hier kann jedoch in der Systematik des TKG ein gewisser Grund gefunden werden, der mit der eingangs erwähnten Information der Regulierungsbehörde zusammenhängt.

7. § 25 TKG als Indikator für Marktmacht

Anders als herkömmliches Kartellrecht will das sektorspezifische Regulierungsrecht des TKG nicht (nur?)²⁴⁾ den Missbrauch

23) Siehe *Lust*, JRP 2014, 154 ff mwH. Darüber hinaus belegen auch die 2014er-Werte des Verbraucherpreisindex in Kombination mit der revidierten Gewichtung von Grund- und Gesprächsgebühren, dass mobiles Telefonieren (Codes 949 und 950) im August 2014 um durchschnittlich 40 % teurer als im Jahr 2013 war (unter Berücksichtigung von Internet sind es „bloß“ 35 %; die bloßen mobilen Grundentgelte ohne Berücksichtigung der Gewichtung sind „lediglich“ um 17 % gestiegen; sämtliche Telefondienste einschließlich Festnetz sind „nur“ um 7 % teurer geworden).

24) In der aktuellen Situation, wo die personell überdurchschnittlich gut ausgestattete sektorspezifische Regulierungsbehörde trotz klarer Normen und nachhaltig „enttäuschter Wettbewerbsdynamik“ (*Feiel* in ORF Help vom 6. 9. 2014; <http://help.orf.at/stories/1745595>) weiterhin nicht reagiert und die Hoffnung auf die deutlich spärlicher besetzten allgemeinen Kartellbehörden gesetzt wird (siehe die Pressemitteilung der Bundeswettbewerbsbehörde vom 29. 8. 2014, Deutlicher Preisanstieg: BWB untersucht Telekombranche, <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Seiten/Deutlicher-Preisanstieg-BWB-untersucht-Telekombranche.aspx>), wird auch einmal die Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Regulierungs- und Kartellbehörden konkreter werden. Hierzu wäre mE, wie bereits in *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick (2003) 52 ff, dargelegt, zwischen Bereichen zu unterscheiden, die mit herkömmlichem Kartellrecht gelöst werden können und strukturelleren Wettbewerbshindernissen, denen nur über die sektorspezifisch weiter reichenden und bereits früher (*ex ante* statt *ex post*) anzuwendenden Regeln beizukommen ist (siehe auch *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs im deutschen Telekommunikationsrecht, MMR 2003, 8). Hierfür spricht § 36 Abs 3 TKG (im Einklang mit Art 16 Abs 4 und dem 27. Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG idF 2009/140/EG), wobei § 37 Abs 1 TKG in auf Wortinterpretationsebene unauflösbar Widerspruch dazu steht. Die offensichtlich hA zur parallelen Behördenzuständigkeit (allgemeine Kartellgerichte ebenso wie Sonderkartellrecht der Regulierungsbehörden aufgrund unterschiedlicher, komplementärer Normausrichtungen) scheint zumindest vorläufig angemessen zu sein, damit in Österreich, das nicht unbedingt als Musterland intensiver Kartellaufsicht gilt, keine negativen Kompetenzkonflikte entstehen. Zur Juridikur siehe OGH 1. 3. 1999, 16 Ok 1/99; 17. 11. 2003, 16 Ok 11/03, und 11. 10. 2004, 16 Ok 11/04, kritisch dazu *W. Stratil/Lust*, Kohärenz und Inkohärenz zwischen Kartellgerichten und Regulierungsbehörden, in *Lichtenberger/Ruhle* (Hrsg), Die Regulierung der österreichischen Telekommunikationsmärkte im neuen Rechtsrahmen (2005) 205 (223 f), sowie VwGH 28. 4. 2004, 2002/03/0129, und 17. 6. 2004, 2000/03/0287 (wobei die dort gebilligte, verzögerte Weitergabe von Kostenvorteilen zeigt, dass die höchstgerichtliche Prüfung von Parteianträgen das dem Verwaltungsrecht innewohnende öffentliche Interesse der betroffenen Kunden nicht hinreichend berücksichtigt). Die vor einigen Jahren in Medien und Recht geführte Diskussion zwischen *Potacs* und *Lehofer* (*Potacs*, Parallele Anwendung von sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht im TK-Sektor? MR 2009, 335; *Lehofer*, Dynamische Derogation des KartG? MR 2009, 392; *Potacs*, Nochmals zum „Parallelitätsgrundsatz“ im TK-Sektor, MR 2010, 54) konnte hier auch keine Klarheit schaffen: Der Ansatz von *Potacs* wurde durch die TKG-Novelle BGBl I 2011/102 überholt. *Lehofer*

von Marktmacht *ex post* abstellen, sondern nach §§ 35 ff TKG bereits *ex ante* die Möglichkeit von Missbrauch verhindern.²⁵⁾

Die meisten Instrumente nach §§ 38 ff TKG bezwecken die Schwächung starker Anbieter zugunsten anderer Anbieter („Vorleistungsregulierung“).²⁶⁾ Nützt ein Anbieter hingegen seine Marktmacht, um allein oder in abgestimmtem Verhalten mit anderen Anbietern seine Preise zulasten der Endkunden anzuheben, sind diese Maßnahmen nicht zielführend, da er seinen Konkurrenten damit ohnehin hilft. In einem funktionierenden Markt hätte der Anbieter die Möglichkeit nämlich gar nicht, ohne dabei überproportional Kunden zu verlieren. Für das aktuell zu beobachtende Phänomen struktureller Wettbewerbsdefizite, die zu parallelen Endkundenpreissteigerungen führen, kommt zur Disziplinierung der Marktmacht nur die Festsetzung von Obergrenzen für zulässige Endkundenpreise nach § 43 TKG infrage.²⁷⁾

In diesem Zusammenspiel kann sogar die Ausnahme „*nomineller Entgelte*“ bei der Prüfung nach § 25 Abs 6 TKG Sinn machen. Auch wenn die Regulierungsbehörde weiterhin in Passivität und Hoffnung auf künftige virtuelle Mobilfunkanbieter ohne eigenes Netz verharret, so wäre die Entgeltfrage gemäß TKG nämlich ohnehin über die Vorschriften zur sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung zu lösen:

Über die Meldungen geplanter AGB- und Tarifänderungen erfährt die Regulierungsbehörde von den Plänen der Anbieter. Kommt es zu unausgewogenen Angeboten oder Angebotsverschlechterungen bei einem Anbieter (sowohl unangemessen teure Neukundenangebote als auch benachteiligende Änderungsansprüche bei bestehenden Verträgen), so stellen diese Indizien für Marktmacht dar; freilich können im Einzelfall sachliche und legitime Gründe (wie gesteigerte Vorleistungskosten gemäß Verfügungen der Regulierungsbehörde) vor-

geht aufgrund des spezifischen Fokus im Regulierungsrecht davon aus, dass die Regulierungsbehörde nur im Vorfeld, nicht jedoch nach getätigtem Missbrauch eingreifen könne. In der Realität wird das der im Vorfeld übermäßig passiven Haltung der Regulierungsbehörde im Zusammenspiel mit stark eingeschränkten verfassungsrechtlichen Überwachungsmöglichkeiten und Verantwortlichkeiten der ausgelagerten Regulierungsbehörden nicht gerecht. Auch dogmatisch wäre schwer zu verstehen, wieso eine etwas zu spät reagierende Regulierungsbehörde dann gar nicht mehr eingreifen könnte. Auch wird ein beschränkter, getätigter Verstoß regelmäßig auch die Drohung möglicher künftiger, schlimmerer Missbrauchsmöglichkeiten enthalten und ist durch die Verwirklichung eines Marktmachtmissbrauchs das Potenzial weiterer Marktmachtmissbräuche keineswegs gebannt. Vor allem ist ähnlich wie für *Potacs mE* jedoch kein wesensmäßiger Unterscheid zwischen „*Förderung von Wettbewerb*“ und „*Schutz vor Marktmachtmissbrauch*“ zu erkennen, solange man Ersteres und die Ziele des TKG nicht als Bereicherungsauftrag für die Anbieter der Branche versteht. Vielmehr müsste sich bei fairem Wettbewerb, den sektorspezifisches ebenso wie generelles Wettbewerbsrecht (nicht jedoch die bisherige Regulierungspraxis) anzustreben scheinen, der Schnittpunkt aus Angebot und Nachfrage immer auf ähnlichem, von zwei Seiten beeinflussbarem Niveau treffen.

25) Insoweit wird bereits bloße Marktmacht aufgrund ihres Missbrauchspotenzials sanktioniert; siehe zB *Lust*, Telekommunikationsrecht (2003) 47.

26) Siehe aktuell zB *Lust*, JRP 2014, 161 f, oder detailliert und dogmatisch abstrakt *Lust*, Telekommunikationsrecht (2003) 68 ff. Im Mobilfunk wurden derartige Netzzugangsmaßnahmen noch nicht verfügt. Anderes gilt nur für den Sonderfall der wechselseitigen bzw gegenseitigen (EuGH 12. 11. 2009, C-192/08, *TeliaSonera*, Slg 2009, I-10717, Rz 33) Zusammenschaltung im Rahmen der Anrufzustellung („*Terminierung*“) zwecks Erreichbarkeit von Teilnehmern anderer Netzbetreiber; dieser Fall ist zwar in § 3 Z 25 TKG begrifflich als Sonderfall des Netzzugangs definiert, hat sonst jedoch materiell nichts mit einseitigem Zugang iSv § 3 Z 23 TKG gemein. Entsprechend wird ein freiwillig zugelassener „*Untermieter*“ im Netz der drei Mobilfunkanbieter als „*virtueller Mobilfunknetzbetreiber*“ noch weniger zu realem Wettbewerb führen, als es die Vorleistungsregulierung im Festnetz geschafft hat (nur der Anbieter „*Drei*“ hat im Rahmen der Übernahme von „*Orange*“ Auflagen zur Gewährung von Wiederverkäufern akzeptieren müssen).

27) Siehe *Lust*, JRP 2014, 164. Das „*Vorrangverhältnis*“ der Regulierungsinstrumente scheint dahin zu gehen, dass Marktmacht in erster Linie mittelbar durch Wettbewerbsförderung („*horizontal*“) abgebaut werden soll. Erst in zweiter Linie – bspw bei kartellähnlichem Verhalten auf Anbietersseite, wo diese Maßnahmen nicht wirken – sollen unmittelbar kundenschützende Maßnahmen („*vertikal*“) eingesetzt werden.

liegen, die die Marktmacht-Indizien entkräften. Entsprechend legen derart geäußerte Wünsche des Anbieters eine Regulierungsverpflichtung der TCK nach § 43 TKG nahe, da ein entsprechendes Wettbewerbsproblem nur so gelöst werden kann. Insoweit ist eine parallele Untersagungsmöglichkeit überhöhter Tarife nach § 25 TKG mitunter entbehrlich. Auch ging der Gesetzgeber im Jahr 2003 wohl davon aus, dass starker Wettbewerbsdruck besteht. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass eine Untersagung nach § 25 TKG wegen deutlich geringerer Verfahrensvoraussetzungen wesentlich rascher umsetzbar wäre.²⁸⁾ Entsprechend ist der Einschluss „*nomineller Entgelte*“ in den Prüfungsauftrag von § 25 TKG rechtspolitisch weiterhin wünschenswert.

Sollten die Marktmacht-Indizien aufgrund angezeigter Tarifverschlechterungen nach § 25 TKG im Einzelfall noch nicht hinreichend sein, können sie mit geringem zeitlichen Verzug regulierungsbehördlich verifiziert werden, indem die Angebotsverteuerung den damit einhergehenden geänderten Marktanteilen²⁹⁾ und Umsätzen gegenübergestellt wird. Damit kann schlussendlich entsprechend den herkömmlichen und allgemein gültigen kartellrechtlichen Regeln überprüft werden, inwieweit durch ungünstigere Angebote aufgrund effektiver Marktmaachtausnutzung tatsächlich mehr verdient werden konnte oder sich der Anbieter aufgrund der Überschätzung seines Marktmachtspotenzials *ex post* ins eigene Fleisch geschnitten hat. Das sektorspezifische TKG setzt jedoch bereits eine Stufe früher, bei der Möglichkeit von Marktmachtmissbrauch an.

Freilich sind nachvollziehbare Änderungen aufgrund unerwarteter Kostenverschiebungen hierbei ggf herauszurechnen. Bei den aktuellen Preiserhöhungen sowie denen der letzten Jahre ist jedoch zu erwähnen, dass derartige Gründe bislang nicht vorlagen: Die Vorleistungskosten auf Großhandelsebene sinken seit der Marktöffnung in den späten 90er-Jahren regelmäßig³⁰⁾ und allfällige Kostensteigerungen bei neuen Technologien (zB „*ultraschnelles*“ Breitband) betreffen zulässigerweise nur die darauf aufbauenden, neuen und besseren Produkte, nicht jedoch die davon getrennten, bestehenden Standardleistungen. Der Wachstumsbereich „*Internet*“ wird hingegen gerade im Mobilfunk ohnehin regelmäßig nach Volumeneinheiten gestaffelt verrechnet.

8. Schlussfolgerung

Das Ausklammern nomineller Entgelte bei der regulierungsbehördlichen Vorabprüfung von Telefongeschäftsbedingungen kann im Rahmen des TKG durchaus systematisch gerechtfertigt werden. § 25 TKG wirkt insoweit als Indikator für Markt-

28) Bei den Wettbewerbsregulierungsverfahren ist auch auf das Verfahren zur Marktanalyse nach § 36 TKG hinzuweisen, das korrekterweise „*im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts*“ zu erfolgen hat. Gleichzeitig besteht jedoch durch allzu starre „*Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Union*“ samt den jeweiligen Mitteilungen und Empfehlungen der Europäischen Kommission eine Tendenz zu recht schematischen Marktabgrenzungen; dazu trägt auch das „*Koordinationsverfahren*“ nach § 129 TKG bei.

29) Bei parallelem, oligopolartigen Verhalten mehrerer Anbieter werden sich die Marktanteile freilich kaum ändern.

30) Siehe die grafischen Darstellungen bei *Lust*, JRP 2014, 158 f, bzw die entsprechenden Zusammenschaltungsbescheide der TCK, deren Ergebnisse im Überblick unter <https://www.rtr.at/de/tk/Marktinfos> zusammengefasst werden. Einzige Ausnahme ist der zwar spät, aber grundsätzlich in die richtige Richtung gehende Bescheid TCK 30. 9. 2013, M 1.9/12-81, zu einem höheren Tarif bei Originierung, der gleichzeitig mit dem Bescheid zu günstigerer Terminierung TCK 30. 9. 2013, M 1.8/2012-148, „*kompensiert*“ wurde (siehe bereits *Lust*, Netzzugang im neuen EU-Telekomrecht, ÖZW 2002, 33 [36 f], oder *ders*, Telekommunikationsrecht [2003] 113 ff).

macht, die von der Regulierungsbehörde nach den Wettbewerbsbestimmungen im TKG (insb § 43) zu neutralisieren ist.

In der aktuellen Regulierungspraxis zeigt die Regulierungsbehörde jedoch gerade gegenüber Mobilfunkanbietern übermäßige Nachsicht und Passivität,³¹⁾ die nicht mehr mit dem Ermessen der ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben in Einklang zu stehen scheint. Dabei wird die Benachteiligung von Millionen Kunden am österreichischen Telekommunikationsmarkt in Kauf genommen, um zusätzliche Profite bei einer sehr überschaubaren Anbieterzahl zu ermöglichen. Die aktuelle Situation im heimischen „liberalisierten“ Telekommunikationssektor ist mE derzeit leider weniger als „freier Wettbewerb“, denn als „ungestörtes Oligopol“ zu charakterisieren. Mögen die Regulierungsbehörden ihre Talente³²⁾ endlich zum Vollzug

31) Siehe Lust, JRP 2014, 155, 164 und 168.

32) *Feiel* spricht als Leiter der RTR-Rechtsabteilung in seiner teils persönlichen Replik (Pacta sunt servanda – aber nicht im Mobilfunk, Presse 8. 9. 2014, 15) auf die in der Zeitung geäußerte Meinung des Autors (Einseitige Tarifanhebung unzulässig? Presse, 1. 9. 2014, 15, zuvor ausführlicher in MR 2014, 163) die juristischen Talente an. Gleichzeitig beweist die Replik die Ignoranz des Regulators gegenüber Fachliteratur, die offenbar kaum zur Kenntnis genommen wird (wobei in seinem in FN 3 zitierten Buch noch die

ihres gesetzlichen Auftrages statt zum Schutz „ihrer“ Branche einsetzen!

mangelnde Rechtfertigung für ein Anbieterprivileg hervorgehoben wurde). Kritik in der Fachliteratur findet nur selten und dann regelmäßig stillschweigend und mit jahrelanger Verzögerung Eingang in neue Entscheidungen der Regulierungsbehörde (siehe zB FN 30), wobei in der Zwischenzeit regelmäßig Bereicherungen bei gewissen Anbietern durch überhöhte Endkundenpreise eintreten. Auch die spitzfindig anbieterfreundliche Interpretation *Feiels* zur Judikatur des OGH ist hervorzuheben, wonach *obiter dicta* nicht als vom Fall losgelöste Meinungsäußerungen des Gerichts, sondern als auf eng verstandene Einzelfälle beschränkte Aussagen verstanden werden wollen.

Der Autor:

Dr. Philipp Lust, LL.M. (Brügge), arbeitet im Bundesministerium für Finanzen. Zuvor war er Assistent und Lehrbeauftragter an der Universität Wien und hat das Buch Telekommunikationsrecht im Überblick (2003) verfasst. Für weitere Informationen zur Regulierung in der Telekommunikation siehe auch <http://www.lust.wien/recht>.