

FINANZPROKURATUR

1011 Wien, Singerstraße 17 - 19

Tel. 711 67 / 4021 DW

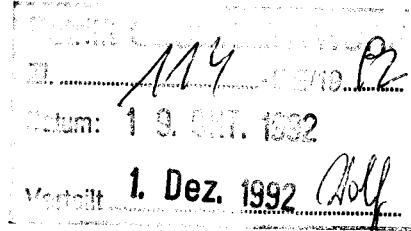
Fax.: 512 90 85

PSK-Kto.Nr.: 5500.017 DVR: 0057169

VIII/35304

An das

Präsidium des Nationalrates

1010 Wien

Betreff: Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend
das Fernmeldewesen
(Fernmeldegesetz 1993)
24 Durchschriften

Die Finanzprokuratur hat die Republik Österreich und damit auch die Post- und Telegraphenverwaltung als Partei oder sonst Beteiligte vor allen Gerichten und auf besonderes Verlangen auch vor den Verwaltungsbehörden zu vertreten sowie in allen Rechtsangelegenheiten zu beraten. Insbesondere hat sie Rechtsgutachten zu erstatten sowie beim Abschluß von Rechtsgeschäften und bei der Abfassung von Rechtsurkunden mitzuwirken. Die Stellungnahme der Finanzprokuratur zum vorliegenden Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend das Fernmeldewesen (Fernmeldegesetz 1993) beschränkt sich daher im wesentlichen auf eine Erörterung jener Bestimmungen, die bei Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben unmittelbar von Bedeutung sind und zu denen sie fachliche Erfahrung einbringen kann.

Zu § 35 Abs. 1:

§ 35 des vorliegenden Entwurfes bestimmt, daß die Rechtsbeziehung zwischen der Post- und Telegraphenverwaltung und ihren Kunden privatrechtlicher Natur ist. Ein einfachgesetzliches Abgehen von der bisherigen öffentlich - rechtlichen Regelung ist zulässig, verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht. (Mit Entscheidung des OGH vom 26.7.1984, EvBl. 1985/19, wurde zwar die Zugehörigkeit des Fernmeldewesens zur Hoheitsverwaltung aus Art. 23 Abs. 5 und Art. 102 Abs. 2 B-VG abgeleitet, doch überzeugt die Argumentation nicht.) Konsequenz aus der beabsichtigten privatrechtlichen Natur der Rechtsbeziehung ist, daß offene Forderungen der Post- und Telegraphenverwaltung nicht mehr auf dem Verwaltungsrechtwege geltend zu machen, sondern bei den Zivilgerichten einzuklagen sind.

Während Gesetze und Verordnungen mit Wirkung ex nunc geändert werden können, ist eine privatrechtliche Rechtsbeziehung nicht einseitig abänderbar. Vertragsinhalt wird grundsätzlich die bei Vertragsabschluß geltende Fassung. Änderungen von Allgemeinen Geschäftsbestimmungen wirken somit auf danach abgeschlossene neue Verträge, in laufende Verträge greifen Änderungen nur mit Zustimmung des Vertragspartners oder einer besonderen gesetzlichen Regelung ein. Ob die Formulierung in § 35 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfes "die Geschäftsbedingungen in ihrer jeweils geltenden Fassung" für eine solche besondere gesetzliche Regelung im Sinne einer dynamischen Verweisung mit Geltung der Änderungen der Geschäftsbedingungen für alle, auch bestehende Verträge ausreicht, ist aus Sicht der Finanzprokurator fraglich. Nebeneinander bestehende verschiedene Fassungen von Massenverträgen sind für alle Beteiligten unbefriedigend; da Fernmeldeanschlüsse oft Jahrzehnte bestehen wäre dies ohne dynamische Verweisung aber unvermeidlich. Eine Klarstellung zumindest im Ausschlußbericht wäre vorteilhaft.

Zu § 35 Abs. 2:

Die nähere Ausgestaltung der wechselseitigen Rechte und Pflichten bleibt den noch zu erlassenden Geschäftsbedingungen vorbehalten. Diese haben gem. § 35 Abs. 2 des Entwurfes "auf objektiven Maßstäben zu beruhen und sind von der Post- und Telegraphenverwaltung in geeigneter Form kundzumachen". Eine inhaltliche Determinierung findet somit nicht statt. Ob damit dem Legalitätsprinzip - soweit es für die Privatwirtschaftsverwaltung gilt - entsprochen wird, muß die Finanzprokurator dahingestellt lassen.

Daß die Geschäftsbedingungen "in geeigneter Form kundzumachen" sind, ist eine Leerformel, weil eine ungeeignete Form sicher nicht ausreicht. Eine nähere Bestimmung über die Veröffentlichung (z.B. Wiener Zeitung) fehlt, der dabei verwendete Ausdruck "kundzumachen" ist zwar nicht unrichtig, die Diktion verät aber das Verharren in hoheitlichen Begriffen (siehe hiezu unten).

Bis zu drei Jahre nach Inkrafttreten des Fernmeldegesetzes 1993 gelten die Fernmeldeordnung und die anderen im § 41 Abs. 2 genannten Rechtsvorschriften als Geschäftsordnung. Es ist aber zu bedenken, daß die dann von der Post- und Telegraphenverwaltung zu formulierenden Geschäftsbedingungen keine wesentlichen Verschlechterungen gegenüber den bisherigen Regelungen aufweisen dürfen.

Zu § 36 Abs. 1:

Art. 54 B-VG spricht von Post- und Fernmelde"gebühren", doch wurde dies schon bisher (VfSlg. 5994) nicht als Gebühr im abgabenrechtlichen Sinn, sondern als Preis und Entgelt für die Benützung von Fernmeldeanlagen verstanden. In der genannten

Entscheidung wurde unter Bezugnahme auf das Gesetz vom 13. April 1920, StGBI. Nr. 180, ausdrücklich ausgesprochen, daß u.a. für Fernmeldegebühren eine privatrechtliche Lösung zulässig ist.

Zu § 36 Abs. 2:

Hier ist der Wechsel zu einer privatrechtlichen Rechtsbeziehung zwischen Post- und Telegraphenverwaltung und Kunden nicht wirklich berücksichtigt. Die inhaltliche Regelung, aber auch die Wortwahl ("Antrag") entsprechen klar einer hoheitlichen Konzeption, der lediglich ein Satz über die Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges durch den Kunden beigefügt ist. Der Entwurf schränkt das Recht des Kunden, den Rechtsweg zu beschreiten, aber ein, indem er vorsieht, daß dies erst nach Abschluß der Prüfung bzw. nach Ablauf von 6 Monaten geschehen kann. Eine entsprechende negative Feststellungsklage wird zwar nicht häufig eingebracht werden, die vorgesehene Beschränkung ist jedoch nicht erforderlich.

Die vorgesehene Regelung erscheint aus zivilrechtlicher Sicht nicht durchdacht. Die Forderung entsteht mit Inanspruchnahme der von der Post- und Telegraphenverwaltung angebotenen und tatsächlich erbrachten Leistung. Durch eine Rechnung wird sie entsprechend erbrachter Leistung und bekanntgegebenen Leistungsentgelt (Tarif) bemessen und zu dem in der Rechnung anzuführenden Zeitpunkt fällig gestellt. Wie in der Privatwirtschaft üblich, kann jeder Kunde gegen eine Rechnung reklamieren (Einspruch erheben) und jeder Unternehmer wird gut daran tun, begründeten Einwänden nachzugehen. Danach wird der Unternehmer dem Kunden mitteilen, inwieweit den Einwänden entsprochen wird. Erfolgt dennoch keine Zahlung, wird die (Mahn) Klage eingebracht und ein Exekutionstitel (Zahlungsbefehl, Urteil) beantragt werden. Die im vorliegenden Entwurf zwingend vorgesehene Behandlung von Überprüfungsanträgen entspricht nicht dem Wesen einer privatrechtlichen Rechtsbeziehung. Ihr Ergebnis kann auch ein später angerufenes Zivilgericht nicht binden. Da an Überprüfungsanträge keine Kostenfolgen (etwa Deckung der aufgewendeten Personal- und Rechnerzeiten) geknüpft sind, ergibt sich für zahlungsunwillige Kunden geradezu die Einladung, solche Anträge zu erheben. Diese hätten zwar keine aufschiebende Wirkung, es fände aber in der Öffentlichkeit und auch bei Gericht wenig Verständnis, wenn vor Abschluß der zwingend vorgeschriebenen Erhebungen geklagt würde. Im Ergebnis käme es also in keineswegs seltenen Fällen zu einem mißbräuchlich erwirkten Zahlungsaufschub.

Da die Post- und Telegraphenverwaltung in Zukunft privatwirtschaftlich zu agieren hat, sollte ihr also auch eine zivilrechtlich angemessene Vorgangsweise eingeräumt werden. Der Abs. 1 des § 36 sollte daher lauten: "Die Entgelte sind in den

Geschäftsbedingungen zu regeln, mit Fernsprechkostenrechnungen geltend zu machen und auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen". Abs. 2 sollte entfallen.

Zu § 37 und § 38:

Der Entwurf enthält Haftungsbestimmungen, die vom allgemeinen Schadenersatzrecht wesentlich abweichen. Für die Besorgung der reservierten Fernmeldedienste und die Überlassung von Übertragungswegen wird nicht gehaftet (abgesehen vom Entfall der Grundgebühren nach 14 Tagen entsprechend der bisherigen Regelung). Bei anderen Fernmeldediensten und "in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Erbringung von Fernmeldediensten stehenden sonstigen Leistungen" haftet der Erbringer für die Besorgung eingeschränkt.

Der Abgrenzung der Anwendungsbereiche von §§ 37 u. 38 zueinander und zum allgemeinen Schadenersatzrecht kommt daher große Bedeutung zu. Aus der Sicht des Anwenders unterbleibt im Entwurf aber eine in der Praxis handhabbare Abgrenzung, die erläuternden Bemerkungen helfen auch nicht weiter. Wohl sind die reservierten Fernmeldedienste in § 18 Abs. 1 definiert, doch bleibt der dabei verwendete Begriff "Telefoniedienst" seinerseits unklar. Das im Vorblatt der Erläuterungen genannte Ziel, neuen Technologien und neuen Diensten mit ausreichend flexiblen Normen Rechnung zu tragen ist, verständlich, doch sollte die Flexibilität nicht soweit gehen, daß eine Zuordnung bestehender Techniken und Dienste unterbleibt. Das Problem liegt darin, daß viele dieser Dienste das Fernsprechnet und dessen Teilnehmereinrichtungen benötigen und benutzen, die mit Hilfe von Fernmeldeinrichtungen bewirkte Übertragung von Nachrichten aber nicht die Hauptfunktion darstellt, sodaß die Einordnung schwierig ist (für BTX :VfSlg. 11924). Umgekehrt ist beim Mobiltelefon wohl die Telephoniefunktion das Wesentliche und die Funkstrecke von untergeordneter Bedeutung.

Nach § 19 Abs. 1 kann das Fernmeldebüro Konzessionen zur Erbringung von reservierten Fernmeldediensten erteilen. Nach dem Wortlaut des Entwurfes gilt für die Haftung der Konzessionsinhaber aber weder § 37 (nur für die PTV) noch § 38 (nur für nicht reservierte Dienste). Es stellt sich nun die Frage, ob Konzessionsinhabern so wie der Post- und Telegraphenverwaltung ebenfalls die Haftungsfreiheit zukommen sollte. Dabei sind auch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Wettbewerbsverzerrung zu berücksichtigen.

Weshalb diese Haftungsbestimmungen mit Beweislastumkehr und Haftungsbegrenzung eingeführt werden, ist nicht einsichtig, die Erläuterungen verweisen nur auf Kostengründe. Näher erörtert werden die Haftungsbestimmungen auch darin nicht. Ein Haftungsausschluß ist hinsichtlich der Besorgung der Fernmeldedienstes auch im derzeitigem Fernmeldegesetz (§ 22 Abs. 1) enthalten. Durch § 22 Abs. 2 ist aber die Abgrenzung zum allgemeinen Schadenersatzrecht deutlicher. Schäden die durch einen

Mangel der Anlage oder bei Herstellung, Instandhaltung u.s.w. der Anlage verursacht wurden, sind darin von der "Besorgung" eindeutig unterschieden. Im vorliegenden Entwurf fehlt nicht nur eine solche Gegenüberstellung, es gibt zusätzlich auch einen Haftungsausschluß für "sonstige Leistungen, die mit der Erbringung von Fernmeldediensten in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen".

Die vorgesehenen Haftungsbestimmungen würden somit bei der Abwicklung von Schadenersatzansprüchen wegen ihrer Unklarheit größte Schwierigkeiten bereiten. Eine klare und verständliche Gesetzesbestimmung wäre im Interesse der Anspruchswerber und der Betreiber von Fernmeldediensten (aber auch der Gerichte) wünschenswert.

zu § 39:

Mit Inkrafttreten des Fernmeldegesetzes 1993 tritt das derzeitige Fernmeldegesetz und damit auch dessen § 10 über die Fernmeldebehörden außer Kraft. Die Fernmeldebehörden I. und II. Instanz existieren somit dann nicht mehr. Deren Aufgaben und Befugnisse gehen gemäß § 40 Abs. 1 nur bezüglich der Amateurfunkverordnung, der Rundfunkverordnung und der Funker- Zeugnisverordnung auf die Fernmeldebüros und das Fernmeldezentralbüro über. Dies bedeutet aber, daß in anderen Normen vorgesehene Verfahren, für die bisher die Fernmeldebehörden oder Telegraphenbehörden zuständig waren, nicht anwendbar sind. Der sachliche Wirkungsbereich der Zulassungsbüros und der Fernmeldebüros ist in § 25 und § 26 genau bestimmt, dabei fehlt nach h. Ansicht die Kompetenz gemäß § 29. Eine allgemeine Klausel ist aber nicht vorgesehen (siehe im Vergleich dazu "insbesondere" in § 11 des derzeitigen Fernmeldegesetzes).

Dem Bund und den öffentlichen Telegraphenanstalten stehen nach § 1 Telegraphenwegegesetz (BGBl. 1929/435) Leitungsrechte zu. Die Handhabung dieses Gesetzes liegt gemäß § 18 Telegraphenwegegesetz bei den Telegraphenbehörden. In der taxativen Aufzählung der Aufgaben der Fernmeldebüros (§ 26) kommt der Vollzug des Telegraphenwegegesetzes systematisch durchaus richtig (!) nicht vor, da die Bereitstellung und der Ausbau des öffentlichen Fernmeldenetzes Aufgabe der Post- und Telegraphenverwaltung ist. Ohne Regelung, wer die Aufgaben und Befugnisse der "Telegraphenbehörde" wahrzunehmen hat, ist aber das Telegraphenwegegesetz nicht anwendbar. Die Post- und Telegraphenverwaltung steht daher in Zukunft vor der nahezu unlösbaren Aufgabe, ohne rechtliche Möglichkeiten ein öffentliches Fernmeldenetz auszubauen zu müssen. Entweder räumt man den Fernmeldebüros die Kompetenz des § 18 Telegraphenwegegesetzes ein und macht das Telegraphenwegegesetz anwendbar oder man gibt der Post- und Telegraphenverwaltung ähnliche Möglichkeiten wie den Stromversorgungsunternehmen.

In diesem Zusammenhang sei auch auf § 1 Abs. 3 des Entwurfes verwiesen. Der erste Satz stellt eher eine Bestätigung bestehenden Rechtsgutes, wobei allerdings der Schutz von Sachen nicht erwähnt ist. Der zweite Satz stellt Erfordernisse des Umweltschutzes über die bestehenden Regelungen hinaus einseitig in den Vordergrund und überhöht sie. Durch das eher aufgesetzte Betonen dieses Gesichtspunktes unter Weglassen der Erwähnung von wirtschaftlichen Aspekten wird die Regelung unausgewogen und kann bei der Errichtung von Fernmeldeanlagen Ansatzpunkt für erhebliche Schwierigkeiten sein. Da z.B. eine Kabelverlegung auf Wiesen um ein Vielfaches billiger kommt als auf öffentlichen Verkehrsflächen, wird die im Vorblatt erwähnte Kostenneutralität nicht zu erreichen sein. Andererseits werden in § 13 Abs. 1 die Erfordernisse des Umweltschutzes nicht erwähnt !

Zu § 40 Abs. 2:

Ob diese Regelung sich nur auf die Verfahren nach dem vorangegangenen Abs. 1 oder auch auf Verfahren nach den in § 39 aufgehobenen Bestimmungen (Fernmeldegesetz u.a.) bezieht, bleibt unklar. Bleiben die Fernmeldebehörden nach Inkrafttreten des Fernmeldegesetzes 1993 bis zur Beendigung der anhängigen Verfahren bestehen, obwohl § 39 das Gegenteil erwarten läßt ? In der taxativen Aufzählung der Kompetenzen der nachgeordneten Fernmeldebüros und des Fernmeldezentralbüros fehlt die Kompetenz zur Weiterführung dieser anhängigen Verfahren.

Mit Inkrafttreten des Fernmeldegesetzes 1993 geht das bisher hoheitliche Verhältnis von Post- und Telegraphenverwaltung zu ihren Kunden in ein privatrechtliches über. Konsequenterweise müßten die Gebühren, die in Zeiträumen vor Inkrafttreten des Gesetzes aufgelaufen sind, im Verwaltungsweg bescheidmäßig vorgeschrieben werden, Entgelte für Zeiträume ab Inkrafttreten jedoch gerichtlich tituiert werden. Mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes ändert die Forderung ihren Rechtscharakter. Der vorliegende Entwurf stellt aber darauf ab, ob Verwaltungsverfahren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens anhängig sind. Die Erstellung und Versendung von Fernmeldegebührenrechnungen macht aber noch nicht ein Verwaltungsverfahren anhängig. Nach dem derzeitigen Entwurf kann über in solchen Rechnungen enthaltenen Gebühren niemand entscheiden, da die Fernmeldebehörde I. Instanz jedenfalls hierfür nicht mehr existiert (siehe oben), die Fernmeldebüros laut Entwurf nur die sich aus § 40 ergebenden Aufgaben und Befugnisse der Fernmeldebehörde I. Instanz übernehmen und die Gerichte schon wegen der Trennung von Justiz und Verwaltung darüber nicht absprechen können !

Zu § 41 Abs. 3:

In Abschnitt XI. der Fernmeldegebührenordnung (Anlage zum Fernmeldegebührengesetz) sind die Befreiungsbestimmungen geregelt, die nicht als Geschäftsbedingungen übernommen werden. Gemäß § 47 Fernmeldegebührenordnung gibt es Befreiungen von der Fernsprechgrundgebühr einschließlich der Gesprächsgebühr für eine Gebührenstunde pro Monat sowie von der Rundfunk- und Fernsehgebühr. Die Fernsprech"gebühren" sind nach § 36 des Entwurfes aber ein privatrechtliches Entgelt.

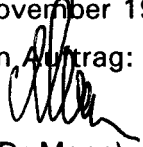
Die Befreiungsbestimmungen werden aber in § 41 Abs. 3 1.Satz nicht als Geschäftsbestimmungen im Sinne des § 41 Abs. 1 übernommen ! In § 41 Abs. 3 2. Satz ist aber vorgesehen, daß über Einsprüche gegen die Entscheidung über Befreiungsanträge sowie über die Entziehung einer Gebührenbefreiung (§ 52 der Fernmeldegebührenordnung) die nachgeordneten Fernmeldebüros entscheiden. Zwischen Fernmeldegebühren einerseits und Rundfunk- und Fernsehgebühren andererseits wird dabei nicht unterschieden. Das bedeutet, daß in verfassungswidriger Weise eine Verwaltungsbehörde für zivilrechtliche Angelegenheiten zuständig sein soll. Bezüglich der behängenden Verfahren kann auf die Ausführungen zu § 40 Abs. 2 verwiesen werden.

Schlußbemerkung:

Die vorstehenden Ausführungen, die sich lediglich auf den 7. bis 9. Abschnitt des Entwurfes beziehen, machen deutlich, daß hinsichtlich der zivilrechtlichen Bestimmungen eine gründliche Überarbeitung erforderlich ist, wenn das Gesetz verfassungsgemäß und in der Praxis anwendbar sein soll. Es erscheint jedoch der gesamte Entwurf unsystematisch (z.B. wird § 18 Abs. 2 in § 34 Abs.3 wiederholt). Er ist ungenau (z.B. in § 18 Abs. 2 fehlt "vorbehaltlich § 19"), entspricht nicht heutiger Gesetzestchnik (z.B. "kann" und "abgelehnt" statt "ist abzuweisen" in § 12) und enthält bedenkliche Bestimmungen (z.B. § 21 Abs. 3, § 24 Abs. 2). Vor allem aber werden die unverständlichen Bestimmungen durch die "Erläuterungen" nicht erläutert.

18. November 1992

Im Auftrag:


(Dr. Mann)