

Dr. Philipp Lust
1230 Wien

Wien, am 17. 9. 2015

An das
BMVIT, Sektion III (JD@bmvit.gv.at)
und das
Präsidium des Nationalrates (begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Betr.: Stellungnahme zum Begutachtungsverfahren 144/ME;
Telekommunikationsgesetz u.a.

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Entwicklungen der **Jahre 2013/2014** – als die **Mobilfunkpreise** betreiberübergreifend und ohne nachvollziehbaren Grund **um 30 % angehoben** wurden (siehe RTR Telekom Monitor 3/2015, S. 16; https://www.rtr.at/de/inf/TKMonitor_3_2015/TM3_2015.pdf) – zeigen, dass der **aktuelle Regulierungszugang nicht geeignet** ist, um die gebotenen **volkswirtschaftlichen Interessen der Allgemeinheit** hinreichend zu schützen.

Während die Bundeswettbewerbsbehörde immerhin den nahe liegenden Kartellverdacht prüft (das Ergebnis sollte demnächst vorliegen), haben die telekommunikationsrechtlich intensiv und auf mehreren Ebenen eingebundenen Regulierungsbehörden kaum ein Problem wahrgenommen. Stattdessen scheint die RTR-GmbH primär um das betriebswirtschaftliche Wohl „ihrer“ Branche besorgt zu sein und bei ihren Äußerungen zur „Wettbewerbsdynamik“ vom Auftritt der Mobilfunk-Wiederverkäufer (MVNO) geblendet zu sein. Diese sind als freiwillig zugelassene (und wohl zusätzlichen Profit abwerfende) Untermieter der drei Funknetzbetreiber auf deren Produkt angewiesen und können insoweit mangels eigenen Netzes keinen vollwertigen Wettbewerb sicherstellen.

Während der massive Preisanstieg bei der Regulierungsbehörde weitgehend untergegangen ist, wurden im Jahr 2015 vom hohen Preisniveau (130 %) ausgehend zuerst die mit 1 bis 2 % immerhin messbare Preissenkung und zwischenzeitig eine 7-%-ige Reduktion umso stärker medial verkündet, um scheinbar den Grundstein für weitere behördliche Untätigkeiten im aktuellen Marktmachtverfahren M 1/2015 zu setzen. Es sind somit aktuell „nur“ mehr

20 % Preissteigerung in zwei Jahren, obwohl technische Fortschritte im Bereich der Mikroelektronik und effizientere Funkübertragungstechnologien eigentlich zu klaren Kostensenkungen führen sollten!

Im Sinne der volkswirtschaftlichen Entwicklung wäre künftig eher auf günstige Angebote für die Allgemeinheit als auf für die drei Mobilnetzbetreiber angenehme Margen zu achten (siehe auch die Ziele in § 1 TKG). Hierbei spielt der bereits vielfach novellierte und nun erneut zur Anpassung geplante, aber weiterhin nicht klare § 25 TKG eine entscheidende Rolle.

Mittelfristig wären darüber hinausgehend auch **Schritte zu autonomem und selbsterhaltungsfähigem Wettbewerb** anstelle laufend verstärkter Informationspflichten und Regeln zur gemeinsamen Nutzung wünschenswert, da sie zwei Jahrzehnte nach der Marktöffnung in erster Linie bloß bürokratisch administrierten Scheinwettbewerb simulieren können. Dass die Anreize zu autonomem Netzausbau und regulierungsunabhängigem Wettbewerb paralleler Netze in der Vergangenheit keine hinreichende regulatorische Beachtung gefunden haben, zeigt sich daran, dass zuletzt eine staatliche Breitbandmilliarde zur Förderung der großen privaten Netzbetreiber zwecks zeitgemäßen Netzausbaus für nötig erachtet wurde. Darüber hinaus zeigen die massiven Preisanhebungen der letzten Jahre, dass weniger die Mobilfunkbranche vor der historischen Festnetzkonkurrenz zu schützen ist, sondern, dass die zahlreichen **Kunden vor Oligopol Tendenzen** der überschaubaren Anbieterzahl im Telekom-Sektor **zu schützen** sind. Insoweit wäre auch eine Revision des 5. Abschnittes zur Wettbewerbsregulierung mit realem wettbewerbsrechtlichen Fokus wünschenswert, während die geplante Verlängerung von Fristen in **§ 37 Abs. 2 TKG** dem Ziel einzelfallnahen Einschreitens klar zuwiderläuft.

1. § 25 TKG – Änderungsprivileg oder Kundmachungsvorschrift? Schriftlichkeit beibehalten!

Entsprechend wäre unmittelbar vor allem eine **Klarstellung in § 25 TKG** wünschenswert, ob er lediglich sondergesetzliche Vorschriften zur Kundmachung von Vertragsänderungswünschen normiert oder ob er den Kommunikationsanbietern ein einseitiges Vertragsänderungsprivileg bieten soll, damit die Anbieter den Kunden beliebige Vertragsverschlechterungen aufzwingen können (das „Sonderkündigungsrecht“ bringt bekanntlich nicht

nur Umstellungsaufwand mit sich, sondern v. a. regelmäßig keine Lösung, wenn sämtliche Anbieter parallel vorgehen). Aus ordnungspolitischer Sicht und auch gemäß Erläuterungen zur Norm kann letzteres niemals angedacht gewesen sein, auch wenn die Regulierungsbehörde die Zulässigkeit selbst einseitiger Vertragsverschlechterungen jenseits des Gesetzeswortlauts annimmt (siehe nun ausdrücklich im RTR Tätigkeitsbericht der Schlichtungsstelle 2014, 47, oder meine Ausführungen im Vorfeld „Zur Klauselkontrolle durch den Telekom-Regulator – § 25 TKG als Indikator für Marktmacht“ in RdW 2014, 694, <http://www.lust.wien/publikationen#rdw14>, sowie *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick² (2015), lxvi f mwH).

Selbst wenn entgegen aktueller Judikatur tatsächlich eine einseitige Bevorzugung der Anbieter gegenüber den Kunden intendiert sein sollte, so wäre das im Sinne der Verfassung zumindest ausdrücklich und verständlich zu normieren. Dabei wären auch die materielle Rechtfertigung ebenso wie deren inhaltliche Grenzen klarzustellen.

Vor diesem Hintergrund wird dringend davon abgeraten, gemäß Z 27 in § 25 Abs. 3 TKG die Wortfolge „in schriftlicher Form“ durch „in geeigneter Form“ umzuändern. Damit könnte – gerade über die Erläuterungen – nämlich erneut ein Hinweis entstehen, dass man die Bestimmung als betreiberseitiges Änderungsprivileg verstehen kann, anstatt endlich Klarheit über den Inhalt von § 25 TKG zu schaffen. Auch ist der Bedarf einer derartigen Änderung für mich nicht nachvollziehbar, da eine adäquate Vertragsänderung samt entsprechenden Vorteilen für den Kunden ohnehin auch aktiv durch den Kunden nach einem entsprechenden (annahmebedürftigen) Angebot des Anbieters (per SMS oder ähnlichem) durchgeführt werden könnte.

Schließlich sind die Vertragsinhalte ohnehin regelmäßig vom Anbieter und nicht vom Kunden formuliert und vorgegeben, sodass kaum erkennbar ist, wo die besondere Schutzwürdigkeit des Anbieters gegenüber seinen Kunden liegt. Außerdem läuft die Abschlusspflicht in § 69 Abs. 1 TKG leer, wenn sich der Anbieter seiner Kunden über § 25 TKG entledigen könnte. Über eine klare Neuformulierung von § 25 Abs. 2 und 3 TKG im Sinne verfassungsrechtlich unproblematischer verwaltungsrechtlicher Sonderformvorschriften für Vertragsänderungswünsche wäre auch der vermeintliche Änderungsbedarf bei § 25 d hinfällig und zugleich ein klarer Schritt in Richtung Markt und Wettbewerb getan.

2. § 3 – bitte redundante und unklare Begriffe vermeiden!

Auch wenn einige der neuen Begriffsvorschläge neuen europäischen Vorschriften entnommen sind, so hilft deren Normierung ohne zusätzliche Klarstellung wenig, wenn doch inhaltlich vergleichbare Legalbegriffe bereits bestehen. Das betrifft die Abgrenzung von Z 9a gegenüber Z 11 sowie von Z 30 und 33 gegenüber 13.

Angesichts der Anpassung in Z 25 könnte bei der „Zusammenschaltung“ im Sinne von EuGH 12. 11. 2009, C-192/08 (TeliaSonera), klargestellt werden, dass Zusammenschaltung im Gegensatz zum „Zugang“ nur den Sonderfall der „gegenseitigen“ bzw. wechselseitigen Netzverbindung umfasst.

Bei Z 27 zum „Hochgeschwindigkeitsnetz“ fehlt jegliche Vorgabe zur ebenfalls relevanten „Upstreamrichtung“. Darüber hinaus könnte klarer gestellt werden, ob die 30 Mbit/s als Minimum nur theoretisch oder auch real und dauerhaft übertragbar sein müssen. Nach aktuellem Vorschlag könnten auch klassische alte Kupferleitungen über moderne Modulationstechniken als „Hochgeschwindigkeitsnetz“ gelten (damit stellen sich immerhin bei den Verpflichtungen der Gebäudeeigentümer nach § 13c weniger Probleme, da die Bestimmung doch empfindliche Verwaltungsstrafen nach § 109 Abs. 2a TKG ermöglicht und gewissermaßen ein „Sonderopfer“ des Gebäudeeigentümers als Vorleistung für Kommunikationsanbieter normiert, ohne dass klar wäre, inwieweit das Endkundenangebot entsprechend verbilligt wird, wenn der Eigentümer insoweit für Anbieter und Nutzer in „Vorleistung“ tritt).

3. § 5 Abs. 1 Z 1 – bitte weiterhin keine Antennenmasten inkludieren!

Entgegen den Wünschen der Hutchison Drei Austria GmbH und der T-Mobile Austria GmbH sollte die Ausnahme von Antennenmasten bei Leitungsrechten in § 5 TKG – wie ohnehin gemäß Entwurf geplant – unverändert beibehalten werden. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Nachbarrechte bei der Errichtung von Mobilfunksendeanlagen noch weiter reduziert werden.

Schließlich können elektromagnetische Wellen negative gesundheitliche Folgen haben. Außerdem ist v. a. der breitbandige Ausbau der leitungsgebundenen und damit praktisch strahlungsfreien und regelmäßig verlässlicheren und nachhaltigeren Infrastruktur zu beschleunigen; darüber hinaus bestehen selbst im Funkbereich über lokale WLAN-Verbindungen vielfach strahlungsärmere drahtlose Übertragungsmöglichkeiten als über

klassische Mobilfunkfrequenzen. Ein gesetzlicher Freibrief sämtlicher Funkwege im Sinne eines generellen (Funk-) Leitungsrechts in § 5 TKG wäre daher nicht nur begrifflich unpassend, sondern auch inhaltlich kaum nachvollziehbar.

Im Rahmen der Novelle in § 5 TKG wird angeregt, ähnlich wie in § 8 Abs. 4 auch in § 5 Abs. 5 einheitlich eine „angemessene Abgeltung“ vorzuschreiben.

4. § 17 – Kompetenzverlagerung von BMVIT zu Regulierungsbehörde?

Angesichts der einleitend geschilderten Probleme der Regulierungsbehörde mit der objektiven Wahrnehmung ihrer Kompetenzen wird angeregt, eher verstärkt Kompetenzen zum **verfassungsrechtlich verantwortlichen BMVIT** zurück zu verlagern, als weitere Kompetenzen an die Regulierungsbehörden auszulagern. Das wäre gerade beim künftig wichtiger werdenden Thema der **Netzneutralität** sinnvoll (§ 17 TKG), da – teilweise bereits verwirklichte – Ideen zur Einschränkung des Internet seit Jahren herumgeistern.

Umgekehrt wäre auch in der Praxis bei „**over-the-top**“-Diensten anzuerkennen, dass das aktuelle – vielfach sehr weit gehende – Regelwerk des TKG diese regelmäßig mit erfasst, sodass insoweit gemäß dem Gesetzestext weitgehend „Waffengleichheit“ zwischen klassischen Telefonanbietern und modernen internetbasierten Datenvermittlern besteht (freilich nicht bei Inhalteanbietern; siehe § 3 Z 3 und 9 TKG sowie *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick² (2015), lv ff).

5. §§ 3, 24, 71 – Content-Dienste

Da mehr und mehr Dienste über das Internet abgewickelt werden, erschiene es im Sinne der Technologieneutralität sinnvoller, in § 24 Abs. 1 auf „**Kommunikationsparameter**“ nach § 61 TKG abzustellen, als umfangreiche Sonderregeln für „Dienste von Drittanbietern“ festzuschreiben.

Schließlich wären viele der aktuellen Probleme bei RTR-Schlichtungsverfahren über eine konsequente Berücksichtigung des **Datenschutzrechts** ohne weitere Normen lösbar: Die Beauskunftung internetbasierter Diensteanbieter über die Daten des Kunden durch den Mobilfunkbetreiber samt Abtretung der Forderung zum Inkasso durch letzteren setzt nämlich die ausdrückliche

Zustimmung im Einzelfall nach § 8 Abs. 1 Z 2 iVm § 4 Z 14 DSG 2000 voraus (siehe auch *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick² (2015), xv f).

Abgesehen vom zweifelhaften Regelungsbedarf wäre im Zusammenhang mit dem geplanten § 3 Z 4a lit. dd zumindest in den Erläuterungen ein Hinweis auf die datenschutzrechtliche Lage und deren Unberührtheit durch die Sonderbegriffsbestimmungen geboten.

6. § 100 – Rechnungen

§ 100 ist symptomatisch für die aktuelle Überregulierung in dem von sektorspezifischer Wirtschaftslenkung geprägten Telekommunikationsbereich: Während es (weiterhin) allgemein üblich ist, dass man Anspruch auf eine physische Rechnung für in Anspruch genommene Leistungen erhält, musste dieses Recht gegenüber den Anbietern des Kommunikationssektors erst höchstgerichtlich erstritten (OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 141/11f; OGH 17. 7. 2014, 4 Ob 117/14 f) und ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben werden (ähnliches gab es auch bei Zahlscheinentgelten).

In seriösen Geschäftsbereichen oder Bereichen, in denen realer Wettbewerb im Sinne von Angst, seine Kunden bei schlechter Behandlung an die Konkurrenz zu verlieren, spielt, sollten derartige Vorgehensweisen überflüssig sein. Dem Anbieter sollte abgesehen von der grundsätzlichen Papierrechnungspflicht die Möglichkeit offen stehen, seinen Kunden alternativ entsprechende elektronische Varianten schmackhaft zu machen. Das könnte beispielsweise durch attraktive technische Zusatzoptionen und dem verminderten Aufwand entsprechende Kostenvorteile für den Kunden geschehen (z.B. um 1 Euro reduzierte Grundgebühr).

Insoweit wären auch hier ähnlich wie in sonstigen Bereichen des TKG **weniger umfangreiche Sonderregeln wünschenswert, sondern eine aktive Aufsicht der Regulierungsbehörden**, um sicherzustellen, dass die **Kostenvorteile** im entsprechenden Ausmaß den **volkswirtschaftlich relevanten Kunden** zugute kommen, anstatt von der durch geringe Anbieterzahl geprägten „Telekom-Branche“ im Sinne höherer Margen vereinnahmt zu werden.

7. § 122 – Klarstellung zu „Verfahrensrichtlinien“ & Parteirechten

Auch wenn das bislang vielfach unbefriedigende Schlichtungsverfahren der RTR-GmbH im Zusammenhang mit dem AStG und aufgrund der bereits unmittelbar anwendbaren europarechtlichen Vorgabe ohnehin anzupassen sein wird (siehe meinen Beitrag „Zu Sinn und Unsinn der Verbraucherschlichtung am Beispiel Telekom“ im aktuellen Zak 2015/588, 328), wäre angesichts der geplanten Anpassungen in § 122 zumindest eine Klarstellung zu den „Verfahrensrichtlinien“ wünschenswert. Während sie nach dem Gesetz interne Richtlinien zu Verfahrensdauern enthalten sollten, werden sie in der Praxis ähnlich einer rechtswidrig kundgemachten Verordnung mit materiellen Einschränkungen für den Bürger gehandhabt.

Darüber hinaus könnte die geplante Novelle auch zum Anlass genommen werden, die europäische und nationale Judikatur zur Parteistellung in § 37a besser zu berücksichtigen (zu aktuellen Unklarheiten der TCK siehe <http://www.lust.wien/kuriositaeten.html#partei>).

8. Art. 2 – Finanzierung ausgelagerter Behörden

Anstelle zusätzlicher Mittel für die stetig wachsenden ausgelagerten Regulierungsbehörden sollten Einsparungspotentiale und Rückführungen im Sinne des Auspendelns sektorspezifischer Regulierung wahrgenommen werden (schließlich fühlt sich die Behörde bei den Anliegen von Millionen Kunden regelmäßig ziemlich unzuständig und vertraut dabei gerne auf Marktkräfte und „Wettbewerbsdynamiken“). Vielleicht könnte auch über eine stärkere ministerielle Aufsicht dafür gesorgt werden, dass die Aufgaben besser und günstiger wahrgenommen werden.

Ich hoffe, dass diese Anregungen Berücksichtigung im weiteren Gesetzwerdungsprozess finden, und verbleibe

mit freundlichen Grüßen,

Philipp Lust