

## Bescheid

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH hat am 14.09.2012 folgenden Bescheid beschlossen:

### I. Spruch

1. Gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass T-Mobile Austria GmbH § 25 Abs 3 TKG 2003 dadurch verletzt hat, dass sie sich auf eine einseitige nicht ausschließlich begünstigende Änderung des tele.ring Tarifes „Mücke“ zum 15.8.2012 beruft, ohne die von § 25 Abs 3 TKG 2003 normierten Voraussetzungen für einseitige nicht ausschließlich begünstigende Änderungen einzuhalten. Die Mitteilung nach § 25 Abs 3 TKG 2003 an die Teilnehmer erfolgte nicht in schriftlicher Form und hat keinen Hinweis auf das kostenlose Kündigungsrecht enthalten.
2. T-Mobile Austria GmbH wird gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 aufgetragen sich gegenüber ihren Teilnehmern nicht auf eine einseitige, nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Entgeltbestimmungen für den tele.ring Tarif „Mücke“ ab 15.08.2012, mit der das Entgelt für SMS auf € 0,20 erhöht werden sollte, zu berufen. Weiters wird T-Mobile gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 aufgetragen, bis längstens 12.10.2012 den seit 15.8.2012 bestehenden Mangel in einer Weise abzustellen, die ihre Teilnehmer so stellt, als ob die Verrechnung von SMS beim tele.ring Tarif „Mücke“ auch nach dem 15.8.2012 gemäß der vertraglichen Vereinbarung – also ohne die beabsichtigte Erhöhung auf € 0,20 - durchgeführt worden wäre. Allfällig zu viel abgebuchte Beträge sind auf das Guthabenskonto des jeweils betroffenen Teilnehmers gutzuschreiben. Die Teilnehmer sind gleichzeitig mit der Erteilung der Gutschrift per SMS zu informieren, dass keine Erhöhung der Entgelte für SMS zum 15.8.2012 stattgefunden hat und daher die Verrechnung richtiggestellt und eine entsprechende Gutschrift auf das Guthabenskonto vorgenommen wurde.
3. T-Mobile wird gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 aufgetragen, der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH bis spätestens am 25.10.2012 über die erfolgten Umsetzungsmaßnahmen des vorangegangenen Spruchpunktes 2 schriftlich zu berichten.

## II. Begründung

### A. Verfahrensablauf

Der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (im Folgenden: „RTR-GmbH“) wurde eine Beschwerde über die T-Mobile Austria GmbH (im Folgenden: „T-Mobile“) übermittelt. Gegenstand der Beschwerde war eine einseitig von T-Mobile durchgeführte Änderung der Entgeltbestimmungen für den tele.ring Tarif „Mücke“.

Der Beschwerdeführer brachte vor, am 11.7.2012 um 11.58 Uhr von T-Mobile folgende Information über eine nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Entgeltbestimmungen erhalten zu haben:

*„Lieber Mücke Kunde! Ab 15.8. werden pro gesendeter SMS 20 Ct. verrechnet. Guthabenauszahlung ist bis 14.8. möglich. Unser Tipp: Das SMS Paket von tele.ring. Um 5,- EUR pro Monat 100 SMS versenden (30 Tage gültig). Einfach mit `SMS Paket` antworten. Alle Infos unter: [www.telering.at](http://www.telering.at)“*

Von der RTR-GmbH wurde gegenüber T-Mobile in weiterer Folge am 22.08.2012 ein Aufsichtsverfahren gemäß § 91 Abs 1 TKG 2003 eingeleitet und T-Mobile mit Schreiben vom 23.08.2012 zu einer Stellungnahme aufgefordert. T-Mobile gab mit Schreiben vom 04.09.2012 eine Stellungnahme (samt Beilage) ab.

### B. Festgestellter Sachverhalt

T-Mobile betreibt ein öffentliches Kommunikationsnetz und bietet öffentliche Kommunikationsdienste an (amtsbekannt).

Die nicht ausschließlich begünstigende Änderung bestand in der Erhöhung des Entgeltes für SMS von € 0,15 auf € 0,20.

Kunden im tele.ring Tarif „Mücke“ wurden per SMS über eine Erhöhung des Entgeltes für SMS von € 0,15 auf € 0,20 mit dem folgenden Text informiert:

*„Lieber Mücke Kunde! Ab 15.8. werden pro gesendeter SMS 20 Ct. verrechnet. Guthabenauszahlung ist bis 14.8. möglich. Unser Tipp: Das SMS Paket von tele.ring. Um 5,- EUR pro Monat 100 SMS versenden (30 Tage gültig). Einfach mit `SMS Paket` antworten. Alle Infos unter: [www.telering.at](http://www.telering.at)“*

Seit dem 15.8.2012 werden von T-Mobile unter Berufung auf eine nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Entgeltbestimmungen nach § 25 Abs 3 TKG 2003 im tele.ring Tarif „Mücke“ für SMS nicht mehr € 0,15 sondern € 0,20 verrechnet.

Eine Anzeige der nicht ausschließlich begünstigenden Änderung nach § 25 Abs 2 TKG 2003 zwei Monate vor Inkrafttreten der geänderten Entgeltbestimmungen erfolgte nicht.

### C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der SMS-Information und deren Inhalt, die die Teilnehmer nach § 25 Abs 3 TKG 2003 über die nicht ausschließlich begünstigende Änderung des Tarifs „Mücke“ erhalten haben, sind unstrittig. Sie entspricht sowohl den Ausführungen von T-Mobile in ihrer Stellungnahme vom 04.09.2012 als auch den Angaben des Beschwerdeführers, der sich über die Entgelterhöhung beschwerte.

Unbestritten gilt die von T-Mobile vorgenommene Änderung nicht nur für den Beschwerdeführer, sondern wurde gegenüber sämtlichen betroffenen Teilnehmern im Tarif „Mücke“ in der festgestellten Form kommuniziert.

Die Feststellung, dass keine Anzeige der geänderten Entgeltbestimmungen nach § 25 Abs 2 TKG 2003 erfolgte, ist ebenfalls unstrittig und entspricht auch den Ausführungen von T-Mobile.

## **D. Rechtliche Beurteilung**

### **1. Allgemeines**

#### **1.1. Aufsichtsverfahren nach § 91 TKG 2003**

§ 91 TKG 2003 lautet auszugsweise:

*„§ 91. (1) Hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmen gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid verstößt, teilt sie dies dem Unternehmen mit und räumt gleichzeitig Gelegenheit ein, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen.*

*(2) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.“*

#### **1.2. Zuständigkeit der RTR-GmbH**

Nach § 115 Abs 1 TKG 2003 hat die RTR-GmbH sämtliche Aufgaben, die durch das TKG 2003 und durch die aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission (§ 117 TKG 2003) oder die KommAustria (§ 120 TKG 2003) zuständig ist. Da im vorliegenden Fall weder eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission gemäß § 117 TKG 2003 noch eine Zuständigkeit der KommAustria gemäß § 120 TKG 2003 besteht, ist für die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens gemäß § 91 TKG 2003 die RTR-GmbH zuständig.

Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission besteht nach § 117 Z 3 TKG 2003 nur im Zusammenhang mit der Ausübung des Widerspruchsrechtes nach § 25 Abs 6 TKG 2003.

#### **1.3. Aufforderung an T-Mobile Austria GmbH**

Aus der der RTR-GmbH vorliegenden Beschwerde ergaben sich ausreichende Anhaltspunkte, dass T-Mobile gegen die Bestimmung des § 25 Abs 3 TKG 2003 verstoßen haben könnte, weshalb das gegenständliche Verfahren amtswegig eingeleitet und T-Mobile mit Schreiben vom 23.08.2012 vom Verdacht der Verletzung der Bestimmung des § 25 TKG 2003 in Kenntnis gesetzt und diese gemäß § 91 Abs 1 TKG 2003 aufgefordert wurde, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel binnen eines Monats nach Erhalt dieses Schreibens abzustellen.

#### 1.4. Die Stellungnahmen der T-Mobile Austria GmbH

T-Mobile brachte zur fehlenden Anzeige der nicht ausschließlich begünstigenden Änderung der Vertragsbedingungen bei der Regulierungsbehörde nach § 25 Abs 2 TKG 2003 in der Stellungnahme vom 04.09.2012 (ON 3) zusammengefasst vor, dass die Anzeige der geplanten Tarifänderung nach § 25 Abs 2 TKG 2003 leider tatsächlich unterblieben sei. Durch entsprechende interne Kommunikation werde sichergestellt, dass künftig jedenfalls eine rechtzeitige Anzeige beabsichtigter Tarif- oder Vertragsänderungen erfolgen wird.

Zur Information der Teilnehmer nach § 25 Abs 3 TKG 2003 brachte T-Mobile zusammengefasst vor, dass die Teilnehmer unter Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Frist von einem Monat vor Inkrafttreten der Änderungen auf diese schriftlich per SMS hingewiesen worden seien. Folgende Information wurde nach Angaben von T-Mobile an die betroffenen Teilnehmer per SMS übermittelt:

*„Lieber Mücke Kunde! Ab 15.8. werden pro gesendeter SMS 20 Ct. verrechnet. Guthabenauszahlung ist bis 14.8. möglich. Unser Tipp: Das SMS Paket von tele.ring. Um 5,- EUR pro Monat 100 SMS versenden (30 Tage gültig). Einfach mit `SMS Paket` antworten. Alle Infos unter: [www.telering.at](http://www.telering.at)“*

Aus Sicht von T-Mobile könnten Prepaidkunden ihr Kündigungsrecht nur dadurch ausüben, dass sie sich ihr Guthaben auszahlen lassen. Der Hinweis auf die Möglichkeit der Guthabenauszahlung, ohne ausdrücklichen Hinweis auf das kostenlose Kündigungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG 2003, sei daher aus Sicht von T-Mobile ausreichend.

In der internen Kommunikation sei ausdrücklich festgehalten gewesen, dass den betroffenen Kunden ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht bzw diese Anspruch auf die kostenlose Auszahlung ihres bestehenden Restguthabens besitzen. Gemäß der internen Kommunikation sei auf Nachfrage von betroffenen Teilnehmern die Auszahlung bis zum 15.9.2012 zu verlängern.

Aus der Sicht von T-Mobile würde aus praktischen Gründen keine taugliche Alternative zur SMS als Kommunikationsinstrument gegenüber Kunden von Prepaid-Produkten geben. Von zahlreichen anonymen Prepaid-Kunden sei T-Mobile weder die physische noch die E-Mail-Adresse bekannt. Darüber hinaus verweist T-Mobile in ihrer Stellungnahme auf das Erkenntnis des Obersten Gerichtshofes 4 Ob 227/06w. Nach Ansicht von T-Mobile würde aus dem genannten Urteil folgen, dass der Oberste Gerichtshof SMS ausdrücklich als geeignete Form für Kundenkommunikation ansieht.

Weiters müssten einseitige Änderungen auch gegenüber Prepaid-Kunden möglich sein, da es gesetzlich keine entsprechende Ausnahme von der generellen Möglichkeit zur Durchführung von Änderungen der Vertragsbedingungen gäbe.

Zur Beseitigung des Mangels schlägt T-Mobile in ihrer Stellungnahme vor, die betroffenen Kunden erneut per SMS zu verständigen. Die Kommunikation würde den gesetzlich festgelegten Mindestinhalt, wie Darstellung der Tarifänderung und des Zeitraumes, in dem das Kündigungsrecht ausgeübt werden kann enthalten, und würde eine Woche vor Ablauf des Kündigungszeitraumes wiederholt werden. Darüber hinaus würde T-Mobile die Änderungen und das Kündigungsrecht auf ihrer Homepage publizieren. Von der zwischenzeitlichen Umstellung der betroffenen Kunden auf deren ursprünglichen Tarif ersucht T-Mobile jedoch auf Grund des damit verbundenen technischen Implementierungsaufwandes abzusehen.

## 2. Zur Rechtslage

### 2.1. Zur Regelung des § 25 Abs 3 TKG 2003

§ 25 TKG 2003 idgF lautet auszugsweise wie folgt:

*„Geschäftsbedingungen und Entgelte*

*§ 25. (1) Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.*

*(2) 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.*

*(3) Der wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen ist dem Teilnehmer mindestens ein Monat vor In-Kraft-Treten der Änderung in schriftlicher Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen. Gleichzeitig ist der Teilnehmer auf den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Änderungen hinzuweisen sowie darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen. Der Volltext der Änderungen ist den Teilnehmern auf deren Verlangen zuzusenden. Die Regulierungsbehörde kann mit Verordnung Detaillierungsgrad, Inhalt und Form der Mitteilung an die Teilnehmer festlegen, dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die Mitteilung für den Teilnehmer transparent erfolgt. Änderungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen von Betreibern von Kommunikationsnetzen oder -diensten, die allein infolge einer von der Regulierungsbehörde auf Grundlage dieser Bestimmung erlassenen Verordnung erforderlich werden und die Nutzer nicht ausschließlich begünstigen, berechtigen den Teilnehmer nicht zur kostenlosen Kündigung des Vertrages.“*

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErlRV 1389 der Beilagen XXIV. GP xx) führen zu § 25 Abs 3 TKG 2003 Folgendes aus:

*„In der Vergangenheit wurden Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen oft nicht in ausreichend transparenter Form durchgeführt. Die Regulierungsbehörde kann nunmehr die Form, den Detaillierungsgrad, Inhalte und Form der Mitteilung an die Teilnehmer mittels Verordnung festlegen. Damit wird auch Art. 20 Abs. 2 UniversaldienstRL umgesetzt. Gleichzeitig wird im Sinne der herrschenden Auffassung auch ausdrücklich klargestellt, dass Änderungen, die von den Betreibern infolge einer von der Regulierungsbehörde auf der Grundlage dieser Bestimmung erlassenen Verordnung umzusetzen sind, nicht von ihnen zu vertreten sind und daher auch kein kostenloses Kündigungsrecht für den Teilnehmer hervorzurufen vermögen, wenn daraus für den Teilnehmer in einzelnen Fällen Benachteiligungen gegenüber dem ursprünglich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. Entgeltbestimmungen vereinbarten Zustand eintreten.“*

Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 über den Universaldienst und Nutzungsrecht bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienst-RL) lautet wie folgt:

*„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Teilnehmer das Recht haben, bei der Bekanntgabe von Änderungen der Vertragsbedingungen, die von den Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, vorgeschlagen werden, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen. Den Teilnehmern werden diese*

*Änderungen mit ausreichender Frist, und zwar mindestens einen Monat zuvor, angezeigt; gleichzeitig werden sie über ihr Recht unterrichtet, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafe zu widerrufen, wenn sie neue Bedingungen nicht annehmen. Die Mitgliedstaaten stellen ferner sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden das Format für diese Mitteilung vorgeben können.“*

Die Mitteilungsverordnung nach § 25 Abs 3 TKG 2003 (MiTV), BGBl II Nr 239/2012, mit der die Regulierungsbehörde Detaillierungsgrad, Form und Inhalt der Mitteilung an den Teilnehmer näher festgelegt hat, ist auf die vorliegende Änderung der Entgeltbestimmungen nach § 25 Abs 3 TKG 2003 nicht anwendbar, weil sie gemäß § 6 MiTV erst für Mitteilungen, die ab dem 1.8.2012 beim Teilnehmer einlangen, gilt.

#### **a. Form der Mitteilung**

Mit der letzten TKG-Novelle (BGBl I 2011/102) hat der Gesetzgeber unter anderem die Form der Mitteilung an den Teilnehmer nach § 25 Abs 3 TKG 2003 geändert. Bis zur Novelle hatte die Mitteilung von nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen der Vertragsbedingungen nicht in schriftlicher, sondern lediglich in geeigneter Form an den Teilnehmer zu erfolgen. Mit der letzten TKG-Novelle normierte der Gesetzgeber ausdrücklich, dass die Mitteilung an den Teilnehmer in „schriftlicher Form“ zu erfolgen hat und nennt als Beispiel den Rechnungsaufdruck.

Zur „geeigneten Form“ nach § 25 Abs 2 TKG 2003 aF haben die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErlRV 128 d.B. XXII. GP 8) Folgendes ausgeführt:

*„Mit dieser Bestimmung soll die Möglichkeit der Mitteilung von Änderungen z. B. mittels SMS nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, doch sind die Änderungen dem Teilnehmer in einer Form bekannt zu geben, die eine deutliche Wahrnehmung ermöglicht und die dem abonnierten Dienst angemessenen ist.“*

Nach der alten Rechtslage wurden daher Mitteilungen in Form einer SMS, insbesondere bei nicht registrierten Prepaidkunden, grundsätzlich als zulässig erachtet. Mit der TKG-Novelle hat der Gesetzgeber eine strengere Vorschrift für die Form der Information eingeführt und verlangt seitdem, dass die Teilnehmer in „schriftlicher Form“ über nicht ausschließlich begünstigende Änderungen der Vertragsbedingungen informiert werden. Die Erläuternden Bemerkungen zum § 25 Abs 3 TKG 2003 enthalten keine Ausführungen zur Schriftform.

§ 886 ABGB führt zur Schriftform Folgendes aus:

*„§ 886. Ein Vertrag, für den Gesetz oder Parteiwille Schriftlichkeit bestimmt, kommt durch die Unterschrift der Parteien oder, falls sie des Schreibens unkundig oder wegen Gebrechens unfähig sind, durch Beisetzung ihres gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens oder Beisetzung des Handzeichens vor zwei Zeugen, deren einer den Namen der Partei unterfertigt, zustande.“*

Im vorliegenden Fall wird für die Mitteilung der nicht ausschließlich begünstigenden Vertragsänderungen durch § 25 Abs 3 TKG 2003 die Schriftform vorgesehen. Nach § 886 ABGB bedeutet Schriftlichkeit in der Regel Unterschriftlichkeit. Nach § 4 SigG kann eine qualifizierte elektronische Signatur das rechtliche Erfordernis der Schriftlichkeit iSd § 886 ABGB erfüllen, eine SMS-Nachricht kann dieses Erfordernis jedoch nicht erfüllen.

Die Erläuternden Bemerkungen zur Mitteilungsverordnung führen zum § 5 Abs 1 Folgendes aus: *„Aus § 25 Abs. 3 TKG 2003 ergibt sich, dass die Mitteilung in schriftlicher Form zu erfolgen hat. Nach § 4 SigG kann eine qualifizierte elektronische Signatur das rechtliche Erfordernis der Schriftlichkeit iSd § 886 ABGB erfüllen.“*

In der Stellungnahme führt T-Mobile aus, dass aus praktischen Gründen die betroffenen Kunden per SMS informiert worden seien. Von zahlreichen anonymen Prepaid-Kunden sei

T-Mobile weder die physische noch die E-Mail-Adresse bekannt. Aus Sicht der Regulierungsbehörde ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass T-Mobile nicht verpflichtet ist ihre bestehenden Verträge einseitig zu ändern. Durch § 25 Abs 3 TKG 2003 wird vom Gesetzgeber abweichend vom allgemeinen Zivilrecht eine besondere einseitige Vertragsänderungsmöglichkeit eingeräumt. Die Möglichkeit, wirksam einseitige Vertragsänderungen durchzuführen, besteht jedoch nur dann, wenn die normierten Voraussetzungen eingehalten werden. Sollte T-Mobile gegenüber gewissen Teilnehmern die Voraussetzungen aus welchen Gründen aus immer (zB weil keine Möglichkeit besteht den Teilnehmer in schriftlicher Form zu informieren) nicht erfüllen können, so besteht nicht die Möglichkeit, einseitige Vertragsänderungen nach § 25 Abs 3 TKG 2003 durchzuführen.

Die von T-Mobile zitierte Entscheidung 4 Ob 227/06w ist im Zusammenhang mit der Frage, was unter dem Schriftlichkeitserfordernis nach § 25 Abs 3 TKG 2003 zu verstehen ist, nicht einschlägig. In der genannten Entscheidung hat sich der Oberste Gerichtshof im Rahmen eines Verbandsverfahrens ua mit einer Verfallsklausel eines Mobilfunkbetreibers auseinandergesetzt. Der Oberste Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass der Betreiber über einen bevorstehenden Guthabensverfall den Wertkartenkunden zB per SMS informieren könnte, damit gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG das Schweigen des Verbrauchers als Verzicht auf die Auszahlung des Guthabens gewertet werden könne. Für den Hinweis auf einen bevorstehenden Guthabensverfall existiert jedoch keine Bestimmung, die die Schriftform für diese Information vorsehen würde.

Die von T-Mobile übermittelte SMS kann dem von § 25 Abs 3 TKG 2003 normierten Schriftformgebot nicht entsprechen, da Schriftlichkeit iSd § 25 Abs 3 TKG 2003 als Unterschriftlichkeit iSd § 886 ABGB zu verstehen ist und eine SMS-Nachricht dieses Erfordernis jedenfalls nicht erfüllen kann. Der Gesetzgeber wollte mit dem vorliegenden Schriftformgebot unter anderem sicherstellen, dass jedenfalls der Vertragsinhaber die Information über die nicht ausschließlich begünstigende Änderung erhält und nicht derjenige, der zum Zeitpunkt in dem die SMS-Nachricht übermittelt wird, gerade das Endgerät nutzt. Vertragsänderungen können nur mit dem Vertragspartner wirksam vereinbart werden. Daher hat der Gesetzgeber durch die letzte TKG-Novelle die alte Formulierung „in geeigneter Form“ durch „in schriftlicher Form“ ersetzt.

#### **b. Inhalt der Mitteilung**

Gemäß § 25 Abs 3 TKG 2003 ist der Teilnehmer nicht nur auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungen, sondern auch auf sein „kostenloses Kündigungsrecht“ hinzuweisen. Unter dem kostenlosen Kündigungsrecht wird verstanden, dass der Teilnehmer seinen Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen, wie zB Abschlagszahlung für ein gestütztes Endgerät, Bearbeitungsentgelt für die Auszahlung eines bestehenden Guthabens bei Wertkarten oder Zahlung von Restentgelten auf Grund einer bestehenden Mindestvertragsdauer, auflösen kann. T-Mobile hat in der SMS-Mitteilung nicht auf die Möglichkeit einer kostenlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses hingewiesen, sondern lediglich auf die Möglichkeit, das bestehende Restguthaben bis zum 14.8.2012 auszahlen zu lassen.

Der Hinweis, dass der Teilnehmer sein Guthaben auszahlen lassen kann, ist nicht mit der Mitteilung, dass dem Teilnehmer ein kostenloses Kündigungsrecht eingeräumt wird, gleichzusetzen. Die Auszahlung des bestehenden Restguthabens kann allenfalls als Folge der Ausübung des kostenlosen Kündigungsrechtes durch den Teilnehmer gesehen werden. Bei einem Postpaid-Vertrag würde der Hinweis, dass der Teilnehmer die Endabrechnung verlangen kann, ebenso wenig ausreichen, wie im Prepaidbereich der Hinweis, dass der Teilnehmer die Auszahlung des Guthabens verlangen kann.

Zu den Ausführungen von T-Mobile betreffend der internen Kommunikation, in der eindeutig festgehalten wurde, dass den Teilnehmern ein kostenloses Kündigungsrecht zusteht, ist festzuhalten, dass die interne Kommunikation keinen Einfluss auf die Beurteilung der Frage haben kann, ob die von § 25 Abs 3 TKG 2003 normierten Voraussetzungen gegenüber dem Teilnehmer eingehalten wurden. § 25 Abs 3 TKG 2003 regelt die Form und den Inhalt der

Mitteilung an die Teilnehmer, damit eine nicht ausschließlich begünstigende Änderung wirksam durchgeführt werden kann.

Weiters ist durch die von T-Mobile gewählte Formulierung „*Guthabenauszahlung ist bis 14.8. möglich.*“ jedenfalls nicht klargestellt, dass es sich um ein „kostenloses“ Kündigungsrecht handelt, also ohne Abzug einer Bearbeitungsgebühr für die Auszahlung des bestehenden Restguthabens. Die von T-Mobile gewählte Formulierung ist für Teilnehmer intransparent, da für diese nicht erkennbar ist, dass eine „kostenlose Beendigung“ des Vertragsverhältnisses möglich ist.

Der Inhalt der Mitteilung an die Teilnehmer entspricht daher auch nicht § 25 Abs 3 TKG 2003.

## **2.2. Zusammenfassung zur Verletzung der Bestimmung § 25 TKG 2003**

Die Mitteilung von T-Mobile an die Teilnehmer über nicht ausschließlich begünstigende Änderungen des tele.ring Tarifes „Mücke“ entspricht weder ihrem Inhalt (da kein Hinweis auf das kostenlose Kündigungsrecht in der Mitteilung enthalten war) noch ihrer Form nach (weil die Mitteilung nicht schriftlich erfolgt) den Vorgaben des § 25 Abs 3 TKG 2003.

Nur unter den in § 25 Abs 3 TKG 2003 genannten Voraussetzungen haben Betreiber die Möglichkeit, einseitig bestehende Verträge zu ändern. Als Ausgleich für das einseitige gesetzliche Änderungsrecht räumt § 25 Abs 3 TKG 2003 ein kostenloses Kündigungsrecht ein.

Werden die in § 25 Abs 3 TKG 2003 genannten Voraussetzungen nicht eingehalten, so können einseitig die Vertragsbedingungen nicht geändert werden, da das allgemeine Zivilrecht derartige Änderungen nicht erlaubt. Im vorliegenden Fall hat T-Mobile die von § 25 Abs 3 TKG 2003 genannten Vorgaben nicht eingehalten, sodass keine wirksame einseitige Vertragsänderung vorgenommen wurde.

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

Wie dargestellt, hat T-Mobile die von § 25 Abs 3 TKG 2003 normierten Voraussetzungen nicht eingehalten, beruft sich jedoch in den betroffenen Vertragsverhältnissen auf eine nicht ausschließlich begünstigende Änderung der Entgeltbestimmung und verrechnet den Teilnehmer ein höheres Entgelt (€ 0,20) als ursprünglich vereinbart für SMS-Nachrichten.

Die von T-Mobile „vorgeschlagene Lösung“, die betroffenen Teilnehmer erneut mittels einer SMS über die Änderung zu informieren, die zwischenzeitliche Umstellung der betroffenen Kunden auf den ursprünglichen Tarif jedoch nicht vorzunehmen und weiterhin das höhere Entgelt für SMS-Nachricht zu verrechnen, ohne, dass für dieses Entgelt eine vertragliche Grundlage bestehen würde, vermag den vorliegenden Mangel nicht zu beseitigen, da die Teilnehmer nicht rechtzeitig, dh einen Monat vor dem Inkrafttreten der Änderungen informiert werden würden, sondern lediglich nachträglich. Ungeachtet dessen entspricht die von T-Mobile vorgesehene Lösung auch nicht den Vorgaben des § 25 Abs 3 TKG 2003, weil die betroffenen Kunden nicht schriftlich über die Änderungen informiert werden würden.

Da der in der Verletzung des § 25 Abs 3 TKG 2003 liegende „Mangel“ iSd § 91 Abs 2 TKG 2003 dadurch noch andauert, dass sich T-Mobile auf die Vertragsänderung nach § 25 Abs 3 TKG 2003 beruft und den Teilnehmern das höhere Entgelt verrechnet, waren T-Mobile die gebotenen, angemessenen Maßnahmen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, spruchgemäß aufzutragen.



Um den Mangel abzustellen ist es geboten und angemessen, dass sich T-Mobile nicht mehr auf eine Änderung der Entgeltbestimmungen nach § 25 Abs 3 TKG 2003 beruft. Weiters ist es erforderlich, dass die seit dem 15.8.2012 ohne entsprechende vertragliche Grundlage verrechneten Entgelte den Teilnehmern wieder auf ihr Guthabenskonto (Wertkarte) gutgeschrieben werden. Die Information der Teilnehmer darüber, dass keine Erhöhung der Entgelte für SMS zum 15.8.2012 stattgefunden hat, ist notwendig, damit die Teilnehmer wieder ein transparentes Bild über ihre vertragliche Position haben und überprüfen können, ob die Verrechnung durch entsprechend der vertraglichen Vereinbarung erfolgt.

Die Frist von maximal vier Wochen (bis zum 12.10.2012) ist angemessen, da innerhalb der vorgesehenen Frist T-Mobile die Möglichkeit hat, die fehlerhafte Verrechnung von SMS-Nachrichten seit dem 15.8.2012 bei den betroffenen Kunden zu korrigieren. Einerseits ist eine zeitnahe Reaktion gegenüber den betroffenen Teilnehmern notwendig, andererseits ist T-Mobile auch ein ausreichender Zeitraum zur Implementierung des Prozesses zur Erteilung der Gutschriften erforderlich. Durch die Frist von vier Wochen können beide Kriterien erfüllt werden. Eine längere Frist wäre unangemessen, da die Gefahr bestehen würde, dass viele Kunden auf Grund der angeblichen Entgelterhöhung anderweitig Ersatzverträge abschließen.

Die in Spruchpunkt 3 vorgesehene Frist bis zum 25.10.2012 ist angemessen, da zur Erfüllung der Berichtspflicht lediglich ein Schreiben an die Regulierungsbehörde zu richten ist, in dem über die erfolgte Umsetzung der Maßnahme von T-Mobile berichtet wird.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

### **IV. Hinweis**

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

#### **RTR-GmbH**

Rundfunk und Telekom  
Regulierungs-GmbH

Dr. Georg Serentschy

Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation und Post