

Bescheid

I. Spruch

- A) Gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass T-Mobile Austria GmbH den Mangel, der darin besteht, gegen ihre Verpflichtung gemäß § 25 Abs 1 TKG 2003 zu verstoßen, indem T-Mobile Austria GmbH hinsichtlich der Entgeltbestimmungen für ihren Dienst „JUHU!“ keine Anzeige vor Dienstaufnahme nach § 25 Abs 1 TKG 2003 erstattet hat, innerhalb der gemäß § 91 Abs 1 TKG 2003 gesetzten Frist nicht abgestellt hat und der Mangel weiterhin besteht.
- B) Gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 wird angeordnet, dass T-Mobile Austria GmbH binnen sieben Tagen ab Zustellung dieses Bescheides Entgeltbestimmungen für ihren Dienst „JUHU!“ gemäß § 25 Abs 1 TKG 2003 anzuzeigen hat.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Im April 2015 wurde T-Mobile Austria GmbH (in weiterer Folge: TMA) von der RTR-GmbH dazu aufgefordert, die von TMA verwendeten Teilnahmebedingungen und Entgeltbestimmungen (EB) für ihren Dienst „JUHU!“, abrufbar auf der Website von TMA unter dem Link http://www.t-mobile.at/juhu/Entgeltbestimmungen_JUHU.pdf, der Regulierungsbehörde iSd § 25 TKG 2003 anzuzeigen.

Mit Schreiben vom 30.04.2015 erstattete TMA hierauf eine Anzeige entsprechender EB nach § 25 Abs 1 TKG 2003, die zur GZ G 66/2015 protokolliert wurde. In weiterer Folge wurde TMA im Rahmen der Prüfung nach § 25 Abs 6 TKG 2003 von der RTR-GmbH schriftlich als auch in Gesprächen darauf hingewiesen, dass einige Klauseln nicht mit dem Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 leg cit in Einklang zu bringen seien. In weiterer Folge wurden TMA im Auftrag der Telekom-Control-Kommission vom 14.07.2015 die Widersprüche der EB zum Prüfungsmaßstab schriftlich vorgehalten und TMA wurde zur Stellungnahme aufgefordert. Am 22.07.2015 erstattete TMA eine Stellungnahme, in der sie unter anderem die Meinung vertritt, die in Rede stehenden Entgeltbestimmungen fielen nicht unter die Anzeigepflicht des § 25 Abs 1 TKG 2003. Am 30.07.2015 zog TMA die zu G 66/2015 protokollierte Anzeige der EB schließlich ersatzlos zurück.

Es bestand daher der Verdacht, dass für die gegenständlichen EB keine (aufrechte) Anzeige nach § 25 TKG 2003 von TMA vorliegt, weshalb von der RTR-GmbH das gegenständliche Verfahren nach § 91 TKG 2003 eingeleitet wurde und TMA der Mangel mit einer Abstellungsfrist bis 14.08.2015 vorgehalten wurde. TMA beantrage hierzu eine Erstreckung dieser Frist, die bis 24.08.2015 gewährt wurde. Am 21.08.2015 wurden TMA darüber hinaus noch zwei Aktenbestandteile des Aktes G 66/15 (der zum gegenständlichen Akt des Aufsichtsverfahrens genommen wurde) übermittelt, auf die TMA replizierte (ON 8). Mit Schreiben vom 24.08.2015 erstattete TMA eine Stellungnahme im gegenständlichen Verfahren und führte darin aus, dass die EB für den Dienst „JUHU!“ keiner Anzeigepflicht unterliegen würden (ON 9).

B. Festgestellter Sachverhalt

TMA betreibt ein öffentliches Kommunikationsnetz und bietet öffentliche Kommunikationsdienste über mobile terrestrische Netze an. In Verbindung mit einem Mobilfunkvertrag bietet TMA den Dienst „JUHU!“ an, wobei die Entgeltbestimmungen hierfür auf der Website der TMA abrufbar gehalten werden. Der Leistungsinhalt dieser „Option“ besteht darin, dass der Kunde die Möglichkeit hat, nach zwölf Monaten aufrechter und durchgehender Bezahlung der Paketgebühr von 4,99 €, ein neues Endgerät zu jenen Konditionen zu erwerben, zu denen dieses Endgerät auch Neukunden, die noch keinen Mobilfunkvertrag mit TMA geschlossen haben, angeboten wird. In diesem Zusammenhang erwirbt der Kunde durch Bezahlung der Paketgebühren eine Anwartschaft auf den Erwerb eines preisgestützten Endgerätes schon nach zwölf Monaten, anstatt der sonst branchenüblichen 18 bzw 24 Monate. Die Mindestvertragsdauer wird bei Ausübung dieser Option (Kauf eines günstigen Endgerätes) auf 24 Monate „zurückgesetzt“, das heißt, der Kunde ist jedenfalls weitere 24 Monate gebunden. Nach der Einlösung kann der Kunde diesen Vorgang nach neuerlicher Bezahlung von zwölf monatlichen Paketgebühren wiederholen. Der Kunde hat auch die Möglichkeit, sein bisheriges Endgerät einzutauschen und hierdurch den Ankaufspreis des neuen Endgerätes zu reduzieren. Der Abschluss der Option „JUHU!“ kann unmittelbar bei Vertragsabschluss des Mobilfunkvertrages, aber auch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Die Option weist keine Mindestvertragsdauer auf und ist jederzeit kündbar.

Weiters enthalten diese Entgeltbestimmungen (zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über diesen Bescheid) folgende Klauseln:

„Mit der Einlösung von JUHU! beträgt Ihre Mobilfunkvertrags-Laufzeit erneut 24 Monate. Restlaufzeiten aus Ihrem alten Vertrag werden nicht angerechnet“

[..]

„Für den Fall, dass Sie mit Zahlungen Ihres Mobilfunkvertrages bzw. Ihres Vertrages über eine Teilzahlung in Rückstand geraten sind und wir diese schon eingemahnt haben, behalten wir uns das Recht vor, das Einlösen des Zusatzpakets JUHU! bis zur vollständigen Begleichung der ausstehenden Beträge zu verweigern.“

TMA erstattete am 30.04.2015 eine Anzeige der gegenständlichen EB, zog diese nach Einwänden im Hinblick auf deren Inhalt am 30.07.2015 ersatzlos zurück (Konvolut ON 3) und stellte in ihren Stellungnahmen die Anzeigepflicht sowie eine Verletzung von § 25 TKG 2003

in Abrede. Weiters führte TMA hierin aus, die von der Regulierungsbehörde verwendete Bezeichnung des Dienstes „JUHU!“ als „Kundenbindungsprogramm“ oder „Bonusprogramm“ sei verfehlt, da es sich um eine vom Grundvertrag unabhängige Option handelt (ON 9).

Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über diesen Bescheid liegt keine Anzeige nach § 25 Abs 1 TKG 2003 für die Entgeltbestimmungen „JUHU!“ vor, obwohl dieser Dienst von TMA öffentlich angeboten wird. TMA hat den im Spruch bezeichneten Mangel nicht innerhalb der mit 24.08.2015 gesetzten Frist abgestellt.

C. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt zum Dienst „JUHU!“, dessen EB und der Anzeige sowie deren Zurückziehung gründet sich auf die oben angegebenen Akteninhalte des gegenständlichen Verfahrens sowie des Verfahrens G 66/15 und ist unstrittig. Die von TMA aufgeworfene Frage der korrekten Bezeichnung des gegenständlichen Dienstes ist lediglich eine Frage der sprachlichen Beurteilung. Strittig ist ausschließlich die Rechtsfrage ob die EB „JUHU!“ einen nach § 25 TKG 2003 anzeigepflichtigen Dienst darstellen.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

1.1. Aufsichtsverfahren nach § 91 TKG 2003

§ 91 TKG 2003 lautet auszugsweise:

„(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 dem 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

Gemäß § 115 Abs 1 TKG 2003 hat die RTR-GmbH sämtliche Aufgaben, die durch das TKG 2003 und durch die auf Grund dessen erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission (§ 117 TKG 2003) oder die KommAustria zuständig ist. Eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission liegt im gegenständlichen Fall nicht vor, da der Telekom-Control-Kommission lediglich das Widerspruchsrecht nach § 25 Abs 6 TKG 2003 zukommt. Eine Zuständigkeit der KommAustria liegt ebenfalls nicht vor, da die Voraussetzungen nach § 120 Abs 1 lit a bzw b TKG 2003 nicht gegeben sind. Daher ist die RTR-GmbH gemäß § 115 TKG 2003 für die Durchführung dieses Aufsichtsverfahrens nach § 91 TKG 2003 zuständig. Gemäß § 86 Abs 1 TKG 2003 unterliegen Kommunikationsdienste der Aufsicht der Regulierungsbehörde.

1.3. Aufforderung an die T-Mobile Austria GmbH gemäß § 91 Abs 1 TKG 2003

Die Zurückziehung der Anzeige durch TMA am 30.07.2015 im Verfahren G 66/15 unter Verweis auf die in gleichem Verfahren eingebrachte Stellungnahme, in der die Ansicht vertreten

wird, es läge kein anzeigepflichtiger Dienst vor und werde daher auch keine Anzeige nach § 25 TKG 2003 mehr erfolgen, begründete offensichtlich eine Verletzung von § 25 Abs 1 TKG 2003. Dieser Mangel wurde TMA nach Einleitung des Verfahrens mit Schreiben vom 31.07.2015 vorgehalten und eine Abstellungsfrist bis 14.08.2015 gesetzt, die über Antrag der TMA, dem nur teilweise entsprochen wurde, bis 24.08.2015, 12 Uhr erstreckt wurde.

1.4. Die Stellungnahmen der T-Mobile Austria GmbH

TMA erstatte am 21.08.2015 eine Stellungnahme und brachte hierin in Bezug auf das gegenständliche Verfahren vor, die „Zusatzoption JUHU!“ sei von Natur aus kein anzeigepflichtiger Kommunikationsdienst. „JUHU!“ sei völlig losgelöst vom Mobilfunkvertrag zu betrachten und es bilde diese Option keine wirtschaftliche Einheit mit dem Grundvertrag. Die Option ermögliche Kunden nur ein erleichtertes Hardwarebezugsrecht, indem der Kunde schon nach zwölf anstatt erst nach 24 Monaten ein neues preisgestütztes Endgerät beziehen könne. Nur weil diese Leistung von einem Kommunikationsdiensteanbieter angeboten werde, sei sie noch nicht nach § 25 TKG 2003 anzeigepflichtig. Es liege somit kein Verstoß gegen die Anzeigepflicht des § 25 TKG 2003 vor.

TMA erstatte in ihrer Stellungnahme noch weiteres Vorbringen, das sich jedoch materiell auf der TMA bereits im Verfahren G 66/15 vorgehaltenen Widersprüche einiger Klauseln zum Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 bezieht. Dieses Vorbringen ist für das gegenständliche Verfahren, in dem die Anzeigepflicht der Option „JUHU!“ zu klären ist, nicht von Relevanz.

2. Zur materiellen Rechtslage

§ 25 Abs 1 TKG 2003 idgF lautet:

„§ 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.“

Nach dieser Bestimmung haben Betreiber von Kommunikationsnetzen oder –diensten Allgemeine Geschäftsbedingungen bzw Entgeltbestimmungen (EB) zu erlassen sowie diese vor der Aufnahme des Dienstes bzw vor jeder Änderung der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

Zur Anzeigepflicht des Dienstes „JUHU!“ ist festzuhalten, dass TMA nicht entgegenzutreten ist, wenn sie vorbringt, ihre Eigenschaft als Kommunikationsdiensteanbieter mache nicht automatisch jede von ihr erbrachte Leistung zum Kommunikationsdienst. TMA übersieht aber, dass sich die Verpflichtung nach § 25 Abs 1 TKG 2003 grundsätzlich generell auf „Dienste“ bezieht. Umso mehr müssen somit Dienste der Anzeigepflicht unterliegen, die mit dem Grund(-mobilfunk)vertrag in untrennbarem Zusammenhang stehen. Von einem solchen ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn – wie im gegenständlichen Fall – eine „Option“ nicht ohne Abschluss eines entsprechenden Grund(-mobilfunk)vertrages erfolgen kann.

Im gegenständlichen Fall wird jedoch die Verbindung des Dienstes „JUHU!“ mit dem Telekommunikationsvertrag noch offenkundiger, sobald man die zu Punkt B. festgestellten und in den Entgeltbestimmungen „JUHU!“ enthaltenen Klauseln ins Kalkül zieht. Aus diesen ergibt sich ein untrennbarer Konnex zum Telekommunikationsvertrag, da dieser bei Inanspruchnahme der Vorteile der „Option“ wieder auf 24 Monate verlängert wird. Damit handelt es sich um Regelungen, die unmittelbaren Einfluss auf die Vertragsdauer des Mobilfunkvertrages haben. Der Zusammenhang ist auch an der weiteren Bedingung erkennbar, dass bei Zahlungsverzug beim Mobilfunkvertrag auch Leistungen aus dem „JUHU!“-Programm suspendiert werden können.

So ist auch, wenn etwa Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen betreffend Kündigungsfristen, Sperrern, Papierrechnungen etc, welche separat für sich betrachtet nicht als Telekommunikationsleistung im engen Sinn zu definieren sind, geändert werden, von einer Anzeigepflicht hinsichtlich der betroffenen Klauseln auszugehen. Darüber hinaus sieht das TKG 2003 ausdrücklich zwingende Mindestinhalte vor, die jedenfalls in die Vertragsbedingungen aufzunehmen sind.

§ 25 Abs 4 Z 3 TKG 2003 sieht als verpflichtenden Mindestinhalt von Vertragsbedingungen *„die Vertragslaufzeit und die Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Dienste und des Vertragsverhältnisses (a.) einschließlich der Mindestnutzung oder Mindestnutzungsdauer, die gegebenenfalls erforderlich ist, um in den Genuss von Werbemaßnahmen zu gelangen [...]“*, vor. Die Vertragsbedingungen für das „JUHU!“-Programm von TMA enthalten Bedingungen für eine Verlängerung sowie die Bedingungen für die Mindestvertragsdauer, welche erforderlich ist, um in den Genuss von vergünstigten Endgeräten zu einem früheren Zeitpunkt („Werbemaßnahmen“, § 25 Abs 4 Z 3 lit a leg cit) zu gelangen.

Der Dienst „JUHU!“ ist daher - unabhängig ob man ihn als „Bonusprogramm“, „Kundenbindungsprogramm“ oder als „Option“ bezeichnet - als anzeigepflichtig nach § 25 TKG 2003 anzusehen, da er direkten Einfluss auf den zu Grunde liegenden Telekommunikationsvertrag hat und diesen modifiziert.

Mit Schreiben vom 30.04.2015 erstattete TMA (ohne jeden Vorbehalt) offenbar in Entsprechung ihrer Verpflichtung zuerst eine Anzeige der bezughabenden EB nach § 25 Abs 1 TKG 2003. Erst am 22.07.2015 brachte TMA erstmals im Rahmen einer Stellungnahme vor, die in Rede stehenden Entgeltbestimmungen fielen nicht unter die Anzeigepflicht des § 25 Abs 1 TKG 2003. Am 30.07.2015 zog TMA die Anzeige der EB „JUHU!“ schließlich ersatzlos zurück. Da der Dienst (Option) „JUHU!“ nach dem 30.07.2015 und auch zum Zeitpunkt der Erlassung dieses Bescheides öffentlich von TMA angeboten wird, liegt jedenfalls ab diesem Datum eine Verletzung von § 25 Abs 1 TKG 2003 vor.

3. Aufsichtsmaßnahmen nach § 91 Abs 2 und 5 TKG 2003

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 dargelegt, hat TMA nach Ankündigung in ihrer Stellungnahme im Verfahren G 66/15 mit 30.07.2015 ihre Anzeige der Entgeltbestimmungen für den Dienst „JUHU!“ ersatzlos zurückgezogen, da sie die Ansicht vertritt, der Dienst falle nicht unter die Anzeigepflicht. Selbige Ansicht vertritt TMA auch nach Vorhalt des Mangels durch die Regulierungsbehörde in ihrer Stellungnahme vom 21.08.2015. Entsprechend dieser Ansicht hat TMA bis zum 24.08.2015 keine (Wieder-)Anzeige der Entgeltbestimmungen „JUHU!“ nach § 25 TKG 2003 vorgenommen.

Um die Einhaltung der verletzten Bestimmung sicherzustellen, war daher als gebotene und angemessene Maßnahme gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 die Anzeige der Entgeltbestimmungen für den Dienst „JUHU!“ gegenüber TMA anzuordnen. Die Frist von sieben Tagen ab Zustellung dieses Bescheides erscheint im Hinblick auf den Modus der elektronischen Anzeigenglegung per E-Mail an die RTR-GmbH als angemessen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten ist (BGBl II 387/2014). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Rundfunk und Telekom
Regulierungs-GmbH

Wien, am 28.08.2015

Mag. Johannes Gungl
Geschäftsführer Fachbereich
Telekommunikation und Post