

## Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder hinsichtlich der gemäß § 25 TKG 2003 am 26.09.2012 bzw am 12.11.2012 (in abgeänderter Version) angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer Sitzung vom 19.11.2012 beschlossen:

### I. Spruch

Gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 wird den am 26.09.2012 (in der Fassung der überarbeiteten Version vom 12.11.2012) gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Orange Austria Telecommunication GmbH, die als Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheids bilden, widersprochen.

### II. Begründung

#### 1. Festgestellter Sachverhalt

Mit E-Mail vom 26.09.2012 hat die Orange Austria Telecommunication GmbH (in Folge kurz „Orange“) Allgemeine Geschäftsbedingungen angezeigt. Am 12.11.2012 übermittelte Orange Austria Telecommunication GmbH zusammen mit einer Stellungnahme eine letztmalig überarbeitete Version der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Diese enthalten unter anderem folgende Klauseln (ohne Hervorhebung der Änderungen):

Punkte 12.1 und 12.2 der AGB lauten wie folgt:

*„12.1 Von Orange beabsichtigte Änderungen nicht individuell vereinbarter Vertragsbedingungen und Tarifbestimmungen (Entgelte und Gebühren) werden gemäß § 25 Abs. 2 TKG samt jeweiligem Zeitpunkt, zu dem sie in Kraft treten, durch Veröffentlichung in geeigneter Form, zB im Amtsblatt zur Wiener Zeitung oder im Internet unter [www.orange.at](http://www.orange.at), kundgemacht. Für solche Änderungen, die den Kunden nicht ausschließlich begünstigen, gilt dabei eine Kundmachungsfrist von zwei Monaten, wobei zumindest einen Monat vor Inkrafttreten solcher, den Kunden nicht ausschließlich*

*begünstigenden Änderungen in geeigneter schriftlicher Form, etwa auf einer periodisch erstellten Rechnung (§ 25 Abs. 3 TKG 2003), eine Benachrichtigung des Kunden über deren wesentlichen Inhalt und den Zeitpunkt des Inkrafttretens erfolgt. Bei anonymen Wertkarten-Kunden erfolgt eine solche Benachrichtigung jedenfalls per SMS. Der Kunde ist - auch gemäß Benachrichtigung - bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens solcher, ihn nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen berechtigt den Vertrag gemäß § 25 Abs. 3 TKG 2003 kostenlos zu kündigen, in welchem Fall das Vertragsverhältnis mit Inkrafttreten der Änderungen endet.*

*12.2 Orange kann Änderungen nicht individuell vereinbarter Vertragsbedingungen und Tarifbestimmungen (Entgelte und Gebühren) auch aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit dem Kunden vornehmen. Diesfalls wird dem Kunden das Änderungsangebot samt Zeitpunkt des Inkrafttretens der geplanten Änderungen zumindest sechs Wochen vor diesem Zeitpunkt in geeigneter schriftlicher Form, etwa auf einer periodisch erstellten Rechnung, übersandt. Bei anonymen Wertkarten-Kunden erfolgt eine solche Benachrichtigung jedenfalls per SMS. Das Änderungsangebot enthält sämtliche Änderungen und für den Fall, dass nur ein Teil eines Punktes geändert wird, den gesamten neuen Punkt. Darüber hinaus ist die Volltext-Version unter [www.orange/AGB](http://www.orange/AGB) abrufbar und kann - insb. bei der Orange-Serviceline - kostenlos angefordert werden. Das Angebot gilt als angenommen, wenn nicht bis zum Inkrafttreten der geplanten Änderungen ein – kostenlose – Widerspruch durch den Kunden erfolgt, wobei der Kunde im Angebot auch über die Widerspruchsfrist und die Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen wird.“*

Am 16.10.2012 teilte die RTR-GmbH als Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission der Orange erste Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit von Punkt 12.1 und 12.2 der AGB mit § 25 Abs 3 TKG 2003 mit. Am 05.11.2012 wurde Orange unter Hinweis der Telekom-Control-Kommission auf einen möglichen Widerspruch hinsichtlich der bedenklichen Klauseln eine Aufforderung zur Stellungnahme bis zum 12.11.2012 übermittelt. Dieser Aufforderung kam die Orange am 12.11.2012 – nunmehr rechtsfreundlich vertreten durch Hohenberg-Strauss-Buchbauer Rechtsanwälte, 8010 Graz – nach und erstattete eine Stellungnahme samt Neuanzeige einer überarbeiteten Version der AGB, welche die oben festgestellten Klauseln unverändert enthält.

## **2. Beweiswürdigung**

Der Sachverhalt ergibt sich aus den von der Orange bzw in deren Namen von ihrer rechtsfreundlichen Vertretung am 26.09.2012 bzw 12.11.2011 gemäß § 25 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ON 1, 6), dem Schreiben der RTR-GmbH vom 16.10.2012 (ON 2), der Aufforderung zur Stellungnahme an Orange (ON 4) sowie aus der von der rechtsfreundlichen Vertretung der Orange erstatteten Stellungnahme (ON 5).

### 3. Rechtliche Beurteilung

#### **Widerspruchsrecht und Prüfungskriterien nach § 25 TKG 2003 :**

Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen die angebotenen Dienste beschrieben werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen (inklusive Leistungsbeschreibungen) sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen (§ 25 Abs 1 TKG 2003). Nach § 25 Abs 2 TKG 2003 sind auch Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.

Die Telekom-Control-Kommission kann den gemäß § 25 Abs 1 und 2 TKG 2003 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Leistungsbeschreibungen) gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn diese dem TKG 2003 oder auf Grund des TKG 2003 erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen.

Die Rechtsfolge eines Widerspruches nach § 25 Abs 6 TKG 2003 besteht jedenfalls in der Untersagung der weiteren Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Entgeltbestimmungen.

Die Prüfung hat ergeben, dass die angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht den Kriterien des Prüfungsmaßstabes (§ 25 Abs 6 TKG 2003) entsprechen:

#### **Klauseln zur Vertrags-/Entgeltänderung Punkt 12.1 und 12.2 der gegenständlichen AGB:**

Die festgestellten Bestimmungen verstoßen zum Einen gegen § 25 Abs 3 TKG 2003 und widersprechen zum Andern §§ 4 Abs 5, 5 Abs 2 Mitteilungsverordnung (MitV, BGBl II Nr 239/2012).

§ 25 Abs 3 TKG 2003 lautet (auszugsweise) wie folgt:

*„§ 25 (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. [..]“*

§ 4 Abs 5 und § 5 MitV lauten wie folgt:

*§ 4 (5) Für den Fall, dass zwischen dem Betreiber und dem Teilnehmer eine Widerspruchsmöglichkeit des Teilnehmers gegen geplante Änderungen der*

*Vertragsbedingungen vereinbart wurde, ist die Verordnung sinngemäß anzuwenden und der Wortlaut von § 4 Abs. 1 und 3 anzupassen.*

*„§ 5. (1) Der Betreiber hat sicherzustellen, dass der Teilnehmer seine Mitteilung mindestens einen Monat vor dem In-Kraft-Treten der beabsichtigten Vertragsänderungen erhält.*

*(2) Die Mitteilung hat in ihrer Gestaltung folgenden Anforderungen zu entsprechen:*

*1. Die Schriftgröße hat zumindest der sonst in der Mitteilung für den Fließtext verwendeten Schriftgröße zu entsprechen und muss leicht lesbar sein.*

*2. Die Mitteilung ist zu umrahmen. Innerhalb des Rahmens darf ausschließlich der nach § 4 vorgegebene Text dargestellt werden.*

*3. Als Überschrift ist der Wortlaut „Wichtige Information“ zu verwenden. Die Überschrift muss zentriert sein.*

*4. Falls die Nachricht einen Betreff enthält, ist der Wortlaut „Wichtige Information über vertragliche Änderungen“ zu verwenden.*

*5. Jedenfalls ist die Mitteilung auf der ersten Seite darzustellen.“*

Zur Verletzung von § 25 Abs 3 TKG 2003 durch Punkt 12.1 der AGB:

Die gegenständlichen AGB der Orange möchten für die Mitteilung über nicht ausschließlich begünstigende Änderungen die Mitteilungsform per SMS vorsehen. Im Gegensatz hierzu legt jedoch § 25 Abs 3 TKG 2003 ausdrücklich zwingend die Schriftform für diese Art der Mitteilung fest. Nach hL (zB: *Rummel in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 886 Rz 1) und ständiger Rechtsprechung des OGH (zB: 7 Ob 571/95, 9 ObA 96/07v) erfordert die gesetzlich angeordnete Schriftform die Unterschriftlichkeit (bei Unternehmen iSe firmenmäßigen Zeichnung). Neben der geforderten Möglichkeit zur Unterschriftlichkeit zielt das durch die Novelle des TKG 2003 mit BGBl I Nr 102/2011 in § 25 Abs 3 leg cit eingeführte Schriftformgebot jedoch auch darauf ab, die Transparenz im Hinblick auf nicht ausschließlich begünstigende Änderungen zu erhöhen. Da es sich bei dem in § 25 Abs 3 TKG 2003 gesetzlich statuierten Änderungsrecht zugunsten eines Betreibers um eine seltene Ausnahme von dem zivilrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* handelt, sind spezielle Formvorschriften notwendig, um sicherzustellen, dass der Teilnehmer mit ausreichender Sicherheit der Kenntnisnahme transparent über die geplanten Änderungen und auch das Bestehen seines kostenlosen Kündigungsrechts informiert wird.

In diesem Zusammenhang stellen auch die Materialien zu § 25 Abs 3 TKG 2003 idF BGBl I Nr 102/2011 (1389 dB XXIV. GP) ausdrücklich darauf ab, dass *„[...] in der Vergangenheit [...] Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen oft nicht in ausreichend transparenter Form durchgeführt [...]“* wurden. Die Erweiterung des § 25 Abs 3 TKG 2003 durch ein gesetzliches Schriftformgebot verfolgt daher unmissverständlich das Ziel, die Art und Weise der Mitteilung über ausschließlich begünstigende Änderungen zukünftig ausschließlich in Schriftform zu ermöglichen, da nur durch diese Form, in der der Teilnehmer

iaR wichtige Informationen oder Mitteilungen zu Vertragsänderungen, wie zum Beispiel Kündigungsschreiben oä, erwartet, sichergestellt ist, dass der Teilnehmer über die für ihn nachteiligen Änderungen und sein kostenloses Kündigungsrecht rechtzeitig und ausreichend informiert wird.

Ein SMS als Mittel zur Mitteilung vermag weder den aus § 25 Abs 3 TKG 2003 abzuleitenden Transparenzanforderungen noch dem Schriftformgebot zu entsprechen. Zu Letzterem ist jedenfalls festzuhalten, dass die Frage der Schriftlichkeit eines SMS in Zusammenhang mit der gesetzlichen angeordneten Schriftform auch bereits höchstgerichtlich entschieden ist: In seinem Erkenntnis vom 07.02.2008 (9ObA 96/07v) führt der OGH in Zusammenhang mit der nach § 15 Abs 2 BAG geforderten Schriftlichkeit der Kündigung eines Lehrverhältnisses aus, dass ein SMS jedenfalls nicht dem Schriftformgebot entspricht: *„[...] Im vorliegenden Fall erfolgte die Beendigungserklärung des Beklagten mit einer „schlichten“ SMS, also einer reinen Textnachricht ohne eigenhändige Unterschrift. Wendet man hierauf die vorstehenden Grundsätze der Rechtsprechung und Lehre zur Schriftlichkeit im Sinne von Unterschriftlichkeit an, dann folgt daraus, dass eine Beendigungserklärung per SMS nicht der Schriftform des § 15 Abs 2 BAG genügt. Dass es sich bei SMS, wie der Revisionswerber betont, um ein bedeutendes, häufig verwendetes „Kommunikationsmittel“ handelt, wird vom Senat nicht verkannt. Dem Schluss des Revisionswerbers, dass dies im Hinblick auf den heutigen Stand der Technik und die damit verbundene Entwicklung bedeuten müsse, dass SMS der Schriftform genügen, kann jedoch nicht beigetreten werden. Mangels Unterschrift entspricht die schlichte SMS nicht der Schriftform im Sinne des herrschenden Verständnisses. Die vom Gesetzgeber schon in Bezug auf die Begründung des Lehrverhältnisses betonte Wichtigkeit des Lehrvertrags verlangt auch Sicherheit in der Frage, ob ein Lehrverhältnis allenfalls vor Fristablauf wieder aufgelöst wurde. Der Gesetzgeber wählte als Sicherheitsmaßstab die (einfache) Schriftform. An diesen Maßstab kommt die schlichte SMS mangels eigenhändiger Unterfertigung nicht heran.“*

Diese Grundsätze sind auch auf den gegenständlichen Fall anwendbar, da das nunmehrige Schriftformgebot in § 25 Abs 3 TKG 2003 ebenfalls nicht nur Ordnungsvorschrift sondern Wirksamkeitsvoraussetzung einer nach § 25 Abs 2 TKG 2003 vorgenommenen nicht ausschließlich begünstigenden Änderung der AGB bzw Tarife sein soll. Dies spiegelt auch den zuvor bereits dargestellten Charakter des Änderungsrechtes nach § 25 Abs 2 TKG 2003 als seltene Ausnahme vom Grundsatz *pacta sunt servanda* wieder, mit dessen Bestehen ein rechtlich uninformierter Durchschnittskunde auch im Allgemeinen nicht rechnet. Umso mehr Bedeutung kommt der formgerechten Mitteilung über die nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen zu, als nur diese sicherstellt, dass der Teilnehmer von den geplanten Änderungen, die für ihn weitreichende Folgen haben können (zB Tariferhöhungen, Verlängerung von Kündigungsfristen), und seinem Kündigungsrecht tatsächlich Kenntnis erlangt.

Eben diese Sicherheit bietet ein SMS als Mitteilungsform jedenfalls nicht, als zum Einen nicht sichergestellt ist, dass ein solches überhaupt oder zumindest rechtzeitig zugeht. Der SMS Dienst sieht in seiner Standardausprägung (nach 3GPP TS 23.040 V9.1.0) nämlich eine maximale Gültigkeitsdauer der Nachricht vor, nach deren Ablauf die Nachricht vom SMS-C (SMS Service Center) nicht mehr zugestellt wird. Insbesondere bei Prepaid- (Wertkarten)

Verträgen kommt es jedoch oftmals vor, dass die entsprechenden Tarife – mangels regelmäßigen Grundentgelts – eben auch nicht regelmäßig genutzt werden. Dies könnte daher leicht dazu führen, dass ein Teilnehmer, der einen solchen Tarif nutzt und sein Mobiltelefon während des Zeitraumes des Versandes der Mitteilung über die Änderungen per SMS für längere Zeit nicht in Betrieb nimmt, das SMS über die Vertrags-/Tarifänderung gar nicht erst erhält. Dass eine vertragliche Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung, ob neue Nachrichten vorhanden sind, auch rechtlich nicht vereinbart werden kann, muss nicht weiter erörtert werden. Das alleine diese plausible Möglichkeit des Nicht-Erhaltens der Mitteilung mit den Transparenzanforderungen von § 25 Abs 3 TKG 2003 in Widerspruch steht, liegt auf der Hand. Die Schriftform der Mitteilung in Form eines Rechnungsaufdruckes oder eines gesonderten Schreibens an den Teilnehmer hat jedenfalls die weit höhere Wahrscheinlichkeit von einem Teilnehmer entsprechend wahrgenommen zu werden.

Somit kann auch der Argumentation der Orange in Punkt 2 ihrer Stellungnahme nicht gefolgt werden, da es nicht nur auf die Frage der (nicht möglichen) Unterschriftlichkeit ankommt, sondern vor allem auch auf die Übermittlung der Mitteilung in einer Art und Weise, die die transparente und rechtzeitige Wahrnehmung der Mitteilung durch den Teilnehmer ermöglicht. Neben der mangelnden Unterschriftlichkeit vermag ein SMS aber auch letztere nicht zu erfüllen. Darüber hinaus hätte der Gesetzgeber auch die Möglichkeit gehabt in besonderen Einzelfällen, wie eben bei anonymen Wertkarten-Kunden, bewusst die Übermittlung in Textform genügen zu lassen. Da der Gesetzgeber hiervon keinen Gebrauch gemacht hat, kann ihm nicht – wie von Orange im Rahmen ihrer Interpretation vorgeschlagen – unterstellt werden, dass er in diesem Fall die Übermittlung in Textform genügen lassen wollte. Der Verweis auf die Materialien zu § 25 Abs 3 TKG 2003 geht ebenso ins Leere, als insbesondere der dort enthaltene Satz *„In der Vergangenheit wurden Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen oft nicht in ausreichend transparenter Form durchgeführt. [..]“* eben genau auf die bisherige teilweise Praxis der Betreiber, solche Änderungen in Form von unsignierten E-Mails und somit in Textform (meist überlagert von Werbebotschaften) mitzuteilen, abstellt. Selbst bei tatsächlicher Einhaltung der „strengerer“ Schriftform gab es sogar Fälle, in denen die Mitteilung wg. überbordender Werbung nicht als „geeignet“ (iSd der Rechtslage vor der Novelle BGBl I Nr. 102/2011) angesehen werden konnte. So wurde erst kürzlich eine entsprechende schriftliche Mitteilung der Tele2 aus diesem Grund gerichtlich sanktioniert (HG Wien v. 25.07.2012, 10 Cg 121/11s).

An den zuvor festgehaltenen Transparenzanforderungen ändert auch die von Orange in ihrer Stellungnahme vorgebrachte Argumentation nichts, es müsste hinsichtlich der Kriterien des § 25 Abs 3 TKG 2003 zwischen Prepaid und Postpaid Kunden interpretativ unterschieden werden, da der Prepaid Kunde einem geringeren „Gefährdungspotential“ durch die kürzere vertragliche Bindung von 12 Monaten ausgesetzt sei. Hierzu ist festzuhalten, dass sich § 25 Abs 3 TKG 2003 keinerlei Hinweise entnehmen lassen, dass der Gesetzgeber unterschiedliche Vertragsformen unterschiedlich behandeln wollte, weshalb für die von Orange vorgenommene interpretative Unterschreidung beider Vertragstypen bei einer Änderung nach § 25 Abs 2 TKG 2003 kein Raum bleibt. Auch kann die Telekom-Control-Kommission der

Bewertung der Orange, dass Prepaid Kunden ein geringeres „Gefährdungspotential“ hinsichtlich „übersehener“ nachteiliger Vertrags- oder Tarifänderungen hätten, nicht beipflichten. Wie zuvor dargelegt, besteht im Gegenteil gerade bei Prepaid Kunden die Gefahr, dass diese ein SMS aufgrund der potentiell längeren Nicht-Inbetriebnahme ihres Endgerätes nicht erhalten. Die Entgeltgefahr besteht daher für diesen Teilnehmer darin, dass er ohne sein Wissen dann zu höheren Tarifen telefoniert bzw bei Einführung von regelmäßigen Entgelten, wie zB der aktuell bei einigen Betreibern eingeführten „Aktivitätspauschale“ bei Nichtnutzung des Anschlusses über drei Monate, sein Guthaben „schleichend“ ohne sein Wissen aufgebraucht wird. Auch ist darauf hinzuweisen, dass nach § 25d TKG 2003 einem Verbraucher die Möglichkeit einer 12-monatigen (Postpaid-) Vertragsbindung je Kommunikationsdienst einzuräumen ist, wodurch diesfalls ein Unterschied zu Prepaid Kunden auch hinsichtlich der Vertragsbindung nicht mehr besteht.

Die weiters vorgebrachte Problematik, dass ein SMS bei anonymen Wertkartenkunden die einzig mögliche Kommunikationsform für den Betreiber sei und ansonsten eine Änderung nach § 25 Abs 2 TKG 2003 bei diesen Kunden unmöglich sei, mag zwar sein, ändert jedoch nicht nichts an den unmissverständlichen Anordnungen des § 25 Abs 3 TKG zur Schriftlichkeit. Letztlich ist es Sache des Betreibers seine Verträge in einer Form anzubieten und abzuschließen, die im Hinblick auf die zu Verfügung stehenden Kommunikationsformen mit dem Kunden die Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften sicherstellt.

Auch durch den von Orange angestellten Vergleich der Mitteilungsformen per Brief, Email oder SMS lässt sich abgesehen von dem bereits Gesagten für Orange nichts gewinnen, da bei der Darstellung der Vorteile der in Rede stehenden SMS als Mitteilungsform offenbar auf die Miteinbeziehung der Vorschriften der MitV vergessen wurde. Diese stellen nämlich durch ausdrückliche Anordnung von Form und Aussehen der Mitteilung sicher, dass ein Verstecken unter Werbebotschaften ebenso wenig möglich ist, wie ein undifferenziertes Eingliedern in einen langen Fließtext. Auch rechnen im Gegensatz zur Ansicht von Orange Prepaid Kunden gerade eben nicht mit der Mitteilung solcher bedeutsamer Erklärungen per SMS, da sie keine Rechnung und somit auch keine SMS über den Rechnungseingang erhalten. Im Gegenteil spricht das von Orange vorgebrachte Argument, Prepaid Kunden würden regelmäßig „Angebote“ von ihrem Betreiber per SMS erhalten, sogar gegen eine erhöhte Aufmerksamkeit des Teilnehmers gegenüber dieser Mitteilungsform, als der Teilnehmer diesfalls die Mitteilung über die Vertragsänderung vermutlich erst recht als Werbebotschaft ansieht und solche Nachrichten meist ungelesen löscht.

Schließlich übersieht Orange in ihrer Argumentation auch die Tatsache, dass ein SMS schon allgemein nicht geeignet ist, die Transparenzanforderungen des § 25 Abs 3 TKG 2003 zu erfüllen. Dies liegt darin begründet, als ein SMS nach derzeitigem technischem Standard auf 160 Zeichen beschränkt ist. Es erscheint daher selbst bei nur geringfügigen Änderungen ausgeschlossen, dass der von § 25 Abs 3 leg cit geforderte „wesentliche Inhalt der nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen“ (samt Vergleich der bisherigen und neuen Regelung) dem Teilnehmer in transparenter Art und Weise mitgeteilt wird. Als Beispiel sei genannt, dass allein die zum Verständnis der Änderung relevante Passage in Punkt 12.1 der angezeigten AGB (Von „Für

*solche Änderungen [...] jedenfalls per SMS*) 537 Zeichen lang ist. Allein die Mitteilung dieser Änderung würde (ohne Erklärung) daher mindestens vier SMS benötigen. Zwar unterstützen viele Geräte den Empfang sog. „überlanger SMS“ die prinzipiell nur aus zusammengesetzten Einzel-SMS bestehen; es ist hierbei mangels Fehlerkontrolle aber keinesfalls sichergestellt, dass diese SMS auch immer in richtiger Reihenfolge und korrekt formatiert beim Teilnehmer angezeigt werden.

Auch der von Orange angeregten teleologischen Reduktion von § 25 Abs 3 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission nicht folgen, als bei korrekter - wenn auch nicht dem Rechtsstandpunkt der Orange entsprechender - Auslegung von § 25 Abs 3 TKG 2003 keine Zweifel an der Intention des Gesetzgebers bestehen. Der Gesetzgeber hat in § 25 Abs 3 TKG 2003 bewusst keine Differenzierung zwischen den Vertragstypen bei der Mitteilungsform vorgenommen, da – wie oben dargelegt – vielmehr der Prepaid Kunde einer noch höheren Gefahr der Nicht-Kennntnisnahme von Mitteilungen nach § 25 Abs 3 TKG 2003 als der Postpaid Kunde ausgesetzt ist. Die Schriftform hat daher den Zweck, für alle Vertragstypen eine einheitlich transparente Mitteilungsform vorzusehen. Das hierbei die Tatsache, dass durch die Ausgestaltung des Tarifes die der Betreiber selbst in der Hand hat, dieser eventuell nur eine Kommunikationsmöglichkeit mit dem Teilnehmer hat, wohl im Hinblick auf den Teilnehmerschutz keine ausschlaggebende Determinante im Gesetzgebungsverfahren war, macht diese Bestimmung weder gleichheits- noch verfassungswidrig. Zusammengefasst ist es daher Sache des Betreibers sicherzustellen, dass ihm entweder zu § 25 Abs 3 TKG 2003 konforme Kontaktmöglichkeiten zur Verfügung stehen, oder er andererseits das Risiko auf sich nimmt, die entsprechenden Verträge/Tarife nicht nach § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 modifizieren zu können.

Worauf der Hinweis der Orange auf § 1 Abs 3 TKG 2003 in diesem Zusammenhang abzielt, für die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehbar, als sich dieser ausschließlich mit der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch Technologieneutralität von Maßnahmen zur Erreichung der Regulierungsziele des § 1 Abs 2 und 2a TKG 2003 beschäftigt. Da das Schriftformerfordernis des § 25 Abs 3 TKG 2003 aber nunmehr gerade für alle Betreiber gilt (unabhängig ob Festnetz- oder Mobilfunkbetreiber), wird hierdurch geradezu erst eine bisherige leichte Wettbewerbsverzerrung beseitigt, da Festnetzbetreiber bisher (mangels technischer Möglichkeit in Festnetzen zur kostengünstigen Mitteilung per SMS) gegenüber ihren Wettbewerbern im Mobilfunkbereich sogar leicht im Nachteil waren, als sie bisher schon auf die (teurere) Schriftform per Brief oder Rechnungsaufdruck zurückgreifen mussten.

Zusammengefasst vermag die von Orange vorgenommene Interpretation des Schriftlichkeitsbegriffs, als auch der möglichen Formen der Mitteilung über nicht ausschließlich begünstigende Änderungen nach § 25 Abs 2 u 3 TKG 2003 keinerlei Zweifel an der Unzulässigkeit eines SMS als Mitteilungsmittel aufzuwerfen. Auch bestehen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keine Bedenken an der Verfassungskonformität von § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003. Weder ist § 25 Abs 3 TKG 2003 zu weit gefasst noch überschießend, wenn er zum Schutz des Teilnehmers eine für alle Vertragsverhältnisse einheitliche Mitteilungsform für nicht ausschließlich begünstigende Änderungen vorsieht.



Zur Verletzung von § 4 Abs 5 und § 5 Abs 2 MitV durch Punkt 12.1 und 12.2 der AGB:

Einleitend ist festzuhalten, dass aus den bereits genannten Gründen eine „teleologische Reduktion“ bzw eine von Orange vorgebrachte „automatische Einschränkung“ des Anwendungsbereiches der MitV jedenfalls ausgeschlossen ist. Diese unterscheidet analog zur Verordnungsermächtigung des § 25 Abs 3 TKG 2003 nicht zwischen Prepaid und Postpaid Kunden, um für beide Vertragstypen aus Transparenzgründen für den Teilnehmer eine einheitliche und standardisierte Mitteilungsform über nicht ausschließlich begünstigende Änderungen vorzusehen.

§ 5 Abs 2 MitV normiert bestimmte Formerfordernisse, denen die Mitteilung über nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen gerecht werden muss. So ist die Mitteilung mit einem Rahmen zum versehen und die vorgegebene Überschrift ist zu zentrieren. Wie Orange im Rahmen ihrer Stellungnahme selbst zugesteht, erlaubt der technische Standard für SMS solche Formatierungsmaßnahmen schlichtweg nicht, weshalb eine SMS als Mitteilungsform ausscheidet. Dieses Ergebnis ist somit konsistent zum Schriftformgebot des § 25 Abs 3 TKG 2003, der, wie oben ausgeführt, ein SMS eben gerade nicht als zulässige Mitteilungsform vorsieht.

Selbiges gilt für Punkt 12.2 der AGB, der eine Möglichkeit zur einvernehmlichen Vertragsänderung durch Erklärungsfiktion vorsieht. Grundsätzlich sind solche einvernehmlichen Vertragsänderungen mit Widerspruchsrecht des Teilnehmers basierend auf einem Größenschluss aus § 25 Abs 2 und 3 TKG 2003 bei Einhaltung der Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG als zulässig anzusehen; dennoch sind auch diesfalls die Formvorschriften des § 25 Abs 3 TKG 2003 zwingend einzuhalten, um eine institutionalisierte Umgehung des § 25 Abs 3 TKG 2003 zu vermeiden.

Aus diesem Grund erfasst § 4 Abs 5 MitV auch einvernehmliche Vertragsänderungen zwischen Teilnehmer und Betreiber, wenn eine entsprechende Vereinbarung besteht. Hieraus folgt, dass bei solchen Änderungen auch § 5 Abs 2 MitV einzuhalten ist, was wiederum - wie oben ausgeführt – bei Mitteilung per SMS nicht möglich ist.

Es war den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Orange Austria Telecommunication GmbH daher auf Grund der oben dargelegten Widersprüche zu dem Prüfungsmaßstab des § 25 Abs 6 TKG 2003 zu widersprechen.

Inwiefern die weiteren Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Prüfungsmaßstab entsprechen, war im vorliegenden Fall nicht weiter zu prüfen.

### **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 an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung der Beschwerde ist eine Gebühr von Euro 220,- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 19.11.2012

Die Vorsitzende  
Dr. Elfriede Solé