

An die
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

Mariahilferstraße 77-79
A – 1060 Wien

Per Mail: konsultationen@rtr.at

05.08.2004

Betreff: Konsultationsdokument – Streitbeilegungsverfahren gem. § 122 Abs 1 TKG 2003 – Stellungnahme Telekabel Wien Ges.m.b.H.

Sehr geehrte Damen und Herren,

Telekabel Wien Ges.m.b.H. (nachfolgend „Telekabel“) nimmt mit diesem Schreiben binnen offener Frist die Gelegenheit wahr, zum gegenständlichen Entwurf der Verfahrensrichtlinien für die Streitbeilegung gem. § 122 Abs 1 TKG 2003 und § 15 Abs 4 SigG Stellung zu nehmen und führt aus wie folgt:

1. Allgemeine Anmerkung

§ 122 Abs 1 TKG 2003 dient unter anderem dazu, Nutzern von Kommunikationsnetzen oder –diensten eine kostengünstige Möglichkeit der Entgeltüberprüfung durch eine unabhängige Einrichtung zu ermöglichen. Dies wird von Telekabel ausdrücklich begrüßt.

2. Ausschluss des Streitschlichtungsverfahrens bei Zession der Forderung vom Kommunikationsdiensteanbieter an den Diensteanbieter/Dienstenetzbetreiber

Es ergeben sich aus Sicht der Telekabel zwei Hauptprobleme bezüglich des Ausschlusses des Streitschlichtungsverfahrens bei Zession der Forderung und zwar a) die Gesetzmäßigkeit einzelner Bestimmungen der zu konsultierenden Richtlinie und b) die verfassungsmäßige Problematik eben dieser.

a) Gesetzmäßigkeit

Aus dem Wortlaut des § 2 Abs 4 der Richtlinie ergibt sich - zusammenfassend beschrieben -, dass im Falle des Beitritts eines Kommunikationsdiensteanbieters zur „Deklaration der österreichischen Kommunikationsnetzbetreiber zur Bearbeitung netzübergreifender Einsprüche von Endkunden bei Mehrwert-Diensten“ der Nutzer/Kunde dann nicht mehr die Möglichkeit haben soll, mittels Anrufung der RTR-GMBH nach § 122 Abs 1 TKG 2003 gegen den Quellnetzbetreiber (KDB, der einen Vertrag für Telefoniedienstleistungen mit einem Endkunden geschlossen hat) ein Streitschlichtungsverfahren einzuleiten, wenn dieser die Forderung an den Diensteanbieter/Dienstenetzbetreiber abgetreten hat.

Völlig unberücksichtigt bleibt hierbei der Fall, dass der QNB die Zession anbietet, der Dienstenetzbetreiber die Zession jedoch ablehnt. Aus der relevanten Bestimmung und den EB zu § 2 (4) der Richtlinie geht hervor, dass allein bei Anbieten einer Zession die Einleitung eines Streitschlichtungsverfahrens gegen den QNB nicht mehr möglich ist. Die Folge aus dem Umstand, nämlich dass der Dienstenetzbetreiber die Zession ablehnt, wodurch die Forderung beim QNB verbleibt und der Nutzer/Kunde dadurch ein Streitschlichtungsverfahren nicht mehr einleiten könnte, ist offensichtlich das Ergebnis eines Formulierungskonfliktes. Anderenfalls der vorliegende Richtlinienentwurf jedem Quellnetzbetreiber die Möglichkeit eröffnet, allein durch das Anbieten der Forderungsabtretung, die wirksame und kundenschutzrechtliche Bestimmung des § 122 Abs 1 TKG 2003 auszuhebeln.

Weiters erläutern die EB zu § 2 (4), dass im Falle einer Zession der Forderung eines Quellnetzbetreibers an einen Diensteanbieter/Dienstenetzbetreiber generell – auch gegenüber dem Dienstenetzbetreiber – die Einleitung eines Streitschlichtungsverfahrens für den Kunden/Nutzer mehr möglich sein soll. Dies steht im Konflikt mit dem Wortlaut des § 2 (4) der gegenständlichen Richtlinie, wonach nur gegen den die Forderung abtretenden Anbieter von Kommunikationsdienstleistungen kein Verfahren mehr möglich sein soll. Keinesfalls ist nach diesem Wortlaut ein Streitschlichtungsverfahren zwischen dem Dienstenetzbetreiber und dem Nutzer/Kunden ausgeschlossen, solange der Dienstenetzbetreiber die abgetretene Forderung betreibt.

Darüber hinaus widerspricht die Überlegung in den EB zu § 2 (4) dem eindeutigen Wortlaut des § 122 Abs 1 Z 1 TKG 2003, der besagt, dass Nutzer/Kunden von Kommunikationsnetzen oder -diensten Streit- oder Beschwerdefälle insbesondere betreffend u.a. Zahlungsstreitigkeiten mit einem Betreiber der Regulierungsbehörde vorlegen können. Mit dieser Auslegung des § 122 Abs 1 Z 1 TKG 2003 versucht die Regulierungsbehörde dieser Bestimmung bzw. dem Begriff „Betreiber“ zu unterstellen, dass damit ausschließlich der Quellnetzbetreiber gemeint sei. Diese Auslegung widerspricht jedoch eindeutig der damit umgesetzten Bestimmung des Art 20 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („Rahmenrichtlinie“) vom 07.03.2002. Dem Art 20 der Rahmenrichtlinie ist eindeutig zu entnehmen, dass mit dem Begriff Betreiber sowohl

Kommunikationsnetz- als auch Kommunikationsdienstebetreiber gemeint sind und nicht etwa nur Quellnetze, was die Regulierungsbehörde offenbar annimmt. Daher kann schon allein aus diesem Aspekt dem Kunden aufgrund einer Forderungsabtretung zwischen Quellnetz und Kommunikationsdienstebetreiber keinesfalls das Recht nach § 122 Abs 1 Z1 TKG 2003 abgesprochen werden, ein Streitbeilegungsverfahren sowohl gegen einen Quellnetzbetreiber als auch gegen einen Kommunikationsdienstebetreiber einzuleiten. In diesem Punkt verletzt die gegenständliche Verfahrensrichtlinie jedenfalls nationale und europarechtliche Normen.

Aus Sicht der Telekabel ist – losgelöst von der grundsätzlichen Frage, ob § 122 Abs 1 Z 1 TKG 2003 unter dem Begriff auch den Kommunikationsdienstebetreiber erfasst - weiters anzumerken, dass ein Nutzer/Endkunde, dessen Quellnetzbetreiber die Forderung an den Dienstenetzbetreiber/Diensteanbieter zediert hat nach dem Wortlaut des § 122 Abs 1 TKG 2003 jedenfalls die Möglichkeit haben muss, die Regulierungsbehörde anzurufen, da eine Zession wohl nicht als „befriedigende Lösung“ im Sinne des TKG 2003 zu verstehen ist. Der Quellnetzbetreiber bietet nämlich durch die Zession keine inhaltliche Lösung an, sondern zediert die Forderung einfach weiter. Er müsste die Zession nicht anbieten, wie dies § 2 (4) der Richtlinie zu suggerieren versucht, da er nach den geltenden Bestimmungen dazu nicht verpflichtet ist. Nach den vorliegenden Bestimmungen würde es überhaupt ausreichen, den Endkunden nur über die Zession zu informieren. Damit erklärt der Quellnetzbetreiber (implizit), dass seiner Meinung nach die Forderung zu Recht besteht. Andernfalls müsste er ja dem Kunden die Forderung ausbuchen ohne diese dann zu zedieren (siehe auch die Anmerkungen unten zu § 3 der Richtlinie). Dies ist wohl nicht als „befriedigende Lösung“ im Sinne des TKG 2003 zu verstehen. Daher müsste ein Nutzer/Kunde bei Zession der gegen ihn bestehenden Forderung – und zwar unabhängig davon, ob er einer Datenweitergabe zugestimmt hat, oder nicht – auch nach diesem Verständnis des Wortlauts des § 122 TKG 2003 die Möglichkeit haben, die Regulierungsbehörde anzurufen.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die Bestimmung des § 1396 ABGB hingewiesen, wonach der Schuldner die Möglichkeit hat, alle Einwendungen, die er gegen den Altgläubiger gehabt hätte auch gegen den Neugläubiger geltend zu machen. Dies muss aus Sicht der Telekabel wohl auch für die Möglichkeit der Einleitung eines Streitschlichtungsverfahrens nach § 122 TKG 2003 gelten. Daher ist unseres Erachtens nach schon aus diesem Grund die Möglichkeit gegeben, als Kunde die Einleitung eines Streitschlichtungsverfahrens zu begehren, selbst wenn die Forderung vom Diensteanbieter/Dienstenetzbetreiber betrieben wird. Unabhängig davon wäre es wünschenswert, bei der nächsten TKG-Novellierung den § 122 TKG 2003 dahingehend zu ergänzen, dass schon nach dem TKG 2003 Streitschlichtungsverfahren möglich sind, wenn dem IDA die Forderung letztlich vom Quellnetzbetreiber zediert wurde, ohne den argumentativen Umweg über § 1396 ABGB gehen zu müssen. Dies ist aus konsumentenschutzrechtlicher Sicht der einzig wünschenswerte Ansatz. Der derzeit einzig gesetzeskonforme Schluss kann nur der sein, dass auf Grund einer Forderung, die ursprünglich von einem Quellnetzbetreiber betrieben wurde, der Nutzer/Kunde zur Einleitung eines Streitschlichtungsverfahrens berechtigt ist.

Auch die Überlegungen, die die Regulierungsbehörde in den EB zu § 2 (4) der Richtlinie bezüglich der Forderung und der Entkoppelung von der Kommunikationsleistung und bezüglich der Zession der Forderung angestellt hat, kann die Telekom nur zum Teil nachvollziehen. Richtig ist, dass bei Zession der Forderung die Gefahr einer Dienstesperre/Kündigung durch den QNB nicht mehr gegeben ist, da dieser die Forderung nicht mehr betreibt. Nicht nachvollziehen kann die Telekom aber, dass die Regulierungsbehörde offensichtlich die Probleme übersieht, die durch die vorgeschlagene Richtlinie dadurch entstehen könnten, dass ein – auf der letzten Ebene der Zessionen stehender – Informationsdiensteanbieter die abgetretene Forderung nun gegenüber dem Nutzer/Kunden betreiben kann, ohne dass sich letzterer mit Hilfe eines Verfahrens nach § 122 Abs 1 Z 1 TKG 2003 zur Wehr setzen kann. Dieses Ungleichgewicht der Kräfte wollte aber der Gesetzgeber gerade durch ein derartiges Streitbeilegungsverfahren hintan halten und es kann weder die Aufgabe noch die Kompetenz der Regulierungsbehörde sein, dies für den Kunden/Nutzer nachteilig zu ändern.

Die EB zu § 2 (4) der Richtlinie scheinen auch überhaupt nicht auf die Möglichkeit einzugehen, dass Kunden/Nutzer auch Beschwerden nach § 122 Abs 1 Z 2 TKG 2003 erheben können, dann nämlich, wenn der Nutzer/Kunde (zumindest implizit) gleichzeitig mit einer Beschwerde nach § 122 Abs 1 Z 1 TKG 2003 einen Verstoß gegen das TKG 2003 selbst (z.B. ein Verstoß gegen die § 103 ff KEM-V) vorbringt. Dies lässt sich allenfalls aus dem § 2 (1) der Richtlinie entnehmen - § 2 (4) und die betreffenden EB gehen jedoch immer nur vom Fall des § 122 Abs 1 Z 1 TKG 2003 aus. Folgt man dem § 2 (4) und den EB der Richtlinie, dann wäre, wenn der Anbieter von Kommunikationsdiensten die Forderung an den Diensteanbieter/Dienstnetzbetreiber zediert hätte, die Regulierungsbehörde nicht zur Entscheidung über die behauptete Gesetzesverletzung, die ein Nutzer/Kunde geltend macht, berufen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass § 2 (4) der Richtlinien samt den EB hiezu jedenfalls § 122 Abs 1 Z 1 und Z 2 TKG 2003 widersprechen, zumal dem TKG 2003 keine Ausnahmetatbestand zu entnehmen ist, bei dem ein Nutzer/Kunde keinen Anspruch auf ein Streitschlichtungsverfahren haben sollte, wenn sich zwischen ihm und einem Betreiber ein Streit- bzw. Beschwerdefall ergibt, und somit die Anforderungen des § 122 TKG 2003 erfüllt sind. Daher erscheint § 2 (4) der Richtlinie nicht gesetzeskonform.

Schlussendlich ist noch festzuhalten, dass bei Kommunikationsnetzbetreibern, die dem „Mehrwertdienstekodex“ der WKÖ nicht beigetreten sind, der bisherige Verfahrensablauf völlig unverändert bleibt, und den aufrechten Zusammenschaltungsverträgen durch diese Richtlinie nicht derogiert wird. Gleichfalls kann diese Verfahrensrichtlinie dem TKG 2003 (inbs. § 122 TKG 2003) nicht derogieren.

b) Verfassungsrechtliche Überlegungen

Aus Sicht der Telekabel besteht die Möglichkeit, dass der Gleichheitssatz verletzt wird. Der VfGH erkennt in ständiger Judikatur, dass innerhalb eines rechtlichen Ordnungssystems einzelne Tatbestände nur dann auf nicht systemgerechte Art geregelt werden können, wenn dies aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Nun werden aber durch § 2 (4) und die EB der Richtlinie Endkunden unterschiedlich behandelt, je nachdem ob ihr Quellnetzbetreiber dem „Mehrwertdienstekodex“ der WKÖ beigetreten ist und somit die Forderung an den Dienstnetzbetreiber/Diensteanbieter abtritt oder nicht.

Da bei dem „Mehrwertdienstekodex“ eine Überprüfung, ob die Verbindung rechtmäßig (v.a. KEM-V) geführt wurde, nicht stattfindet, ist die Differenzierung jedenfalls unsachlich und erscheint aus diesem Grund verfassungswidrig.

Darüber hinaus hat die Regulierungsbehörde durch § 122 Abs 2 TKG 2003 zwar die gesetzliche Ermächtigung zur Erlassung von Richtlinien für die Durchführung des in Absatz 1 leg. cit. vorgesehenen Verfahrens erhalten, keinesfalls aber ist sie gesetzlich dazu legitimiert worden, das Verfahren nach § 122 Abs 1 TKG 2003 durch einen Verweis auf einen ausschließlich privatrechtlichen Verhaltenskodex gänzlich auszuhebeln. Dies scheint im Anbetracht des Art 18 B-VG mehr als nur rechtlich fragwürdig.

Die Telekabel hält es für rechtlich äußerst bedenklich, wenn es nur vom Willen des Quellnetzbetreibers abhängt, ob dem Nutzer/Kunden ein Streitschlichtungsverfahren nach TKG 2003 zustehen soll oder nicht. Damit würde aus Sicht der Telekabel der § 122 TKG 2003 völlig ausgehebelt werden, ohne dass Nutzer/Kunden die Möglichkeit einer vergleichbaren Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Forderungen aus dem Telekommunikationsbereich haben. Der „Mehrwertdienstekodex“ sieht schließlich keinerlei inhaltliche Überprüfung vor.

3. Weitere Anmerkungen

Ad § 1 Abs 4)

Dem TKG 2003 ist nicht zu entnehmen warum nur Nutzer antragsberechtigt sein sollen, nicht jedoch Teilnehmer, wenn sie nicht Nutzer im gegenständlichen Streitschlichtungsverfahren waren.

Ad § 3)

Nach dieser Bestimmung ist eine Beschwerde gemäß § 122 Abs 1 Z 1 TKG 2003 nur dann zulässig, wenn der Endkunde zuvor Beschwerde beim Quellnetzbetreiber erhoben hat, und dieser der Beschwerde nicht vollinhaltlich stattgegeben hat. Eine Zession (auch im Rahmen des „Mehrwertdienstekodex“ der WKÖ) wird nicht als „befriedigende Lösung“ im Sinne dieser Bestimmung verstanden werden können. Nur ein komplettes Ausbuchen der

Forderung ohne Forderungsweitergabe wird dieser Voraussetzung entsprechen. Wird der Streit- oder Beschwerdefall nicht befriedigend gelöst, muss ein Endkunde selbst im Falle der Zession der Forderung gem. § 122 TKG die Möglichkeit auf Einleitung eines Streitschlichtungsverfahrens haben. Daher widersprechen einander § 2 (4) und § 3 dieser Richtlinie.

Ad § 4 Abs 1)

In dieser Bestimmung ist u.a. geregelt, dass Einwendungen der Endkunden auch per Fax und per Email zulässig sind. Diese Bestimmung kann jedoch mit den AGB einzelner Quellnetzbetreiber in Widerspruch stehen. Daraus ergibt sich die Frage, ob AGB oder diese Bestimmung Vorrang haben, oder ob AGB dahingehend anzupassen sind.

Ad § 4 Abs 3)

Der Verweis im letzten Satz dieser Bestimmung sollte nicht auf § 9 sondern auf § 10 lauten.

Ad § 8 Abs 2)

Wenn die Regulierungsbehörde aus Billigkeit von der Vorschreibung des Kostenersatzes durch den Beschwerdeführer absieht, ist aus Sicht der Telekabel klarzustellen, dass keinesfalls eine Verrechnung an die gegnerische Partei im Verfahren erfolgen kann, sondern die Regulierungsbehörde die Kosten übernimmt.

Ad § 10 Abs 2 iVm Abs 5)

Aus Sicht der Telekabel ist nicht klar, ob die „Mitteilung“ aus Abs 2 ident mit dem Einspruch aus Abs 5 ist. Eine Klarstellung diesbezüglich wäre wünschenswert.

Ad § 10 Abs 3)

Die Formulierung des ersten Satzes scheint wenig geglückt zu sein. „Auf Verlangen des Telekommunikationsanbieters....“ sollte durch „Der Anbieter des Telekommunikationsdienstes kann.....fällig stellen, wobei der jedoch ausdrücklich auf die Regelung des § 71 Abs 2 TKG 2003 Bezug zu nehmen hat“ ersetzt werden.

Ad § 10 Abs 5)

Der Verweis auf § 10 Abs 1 erscheint unschlüssig, die Verweisung müsste an § 10 Abs 2 erfolgen.

Ad § 11)

Die Minimalfrist sollte 2 Wochen nicht unterschreiten.

Ad §13 Abs 3)

Diese Bestimmung sollte um Zumutbarkeit- und Angemessenheitsklauseln erweitert werden.

Ad § 13 Abs 4 iVm Abs 1)

In Abs 1 wird von „Beurteilung“ gesprochen, daher sollte in Abs 4 das „des Gutachtens nach Abs1 “ durch „ der Beurteilung nach Abs 1“ ersetzt werden.

Ad §15 Abs 1)

Es stellt sich die Frage, ob die Beurteilung in rechtlicher und technischer Hinsicht während der mündlichen Verhandlung oder danach schriftlich erfolgt, ebenso stellt sich diese Frage beim Lösungsvorschlag.

Ad § 15 Abs 2)

Im letzten Satz dieses Absatzes wird von „AGBG“ gesprochen, offensichtlich ist aber „ABGB“ gemeint.

Ad § 17 Abs 1)

Die Verweisung auf die §§ 12-15 der Richtlinie greift zu kurz, aus Sicht der Telekabel sollte auf die §§ 11-15 verwiesen werden.

4. Schlussbemerkung

Wie von der Telekabel oben dargelegt, bestehen massive Bedenken gegen die Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit von Teilen der Konsultation. Wir ersuchen Sie, diese unter Berücksichtigung gegenständlicher Stellungnahme auszuräumen.

Mit freundlichen Grüßen

Telekabel Wien Ges. m.b.H