

Bescheid

I. Spruch

- 1 Gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Hutchison Drei Austria GmbH folgende Bestimmungen des TKG 2003 verletzt:
 - a) Hutchison Drei Austria GmbH verletzt § 25d Abs 1 TKG 2003 dadurch, dass sie ihre Endkundenverträge im Zusammenhang mit einer „Geräteteilzahlungsvereinbarung“ derart gestaltet, dass die nach § 25d Abs 1 TKG 2003 für Verträge mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG vorgeschriebene maximale anfängliche Mindestvertragsdauer von 24 Monaten in jenen Fällen überschritten wird, in denen mit dem Verbraucher eine Geräteteilzahlungsvereinbarung mit 36-monatiger Laufzeit abgeschlossen wird.
 - b) Hutchison Drei Austria GmbH verletzt § 25d Abs 2 TKG 2003, indem sie durch die in Spruchpunkt 1a) genannte vertragliche Gestaltung der Endkundenverträge im Zusammenhang mit einer „Geräteteilzahlungsvereinbarung“ gleichzeitig eine Bedingung für die Vertragskündigung vorsieht, die für den Teilnehmer als negativer Anreiz für einen Betreiberwechsel iSd § 25d Abs 2 TKG 2003 wirkt.
- 2 Gegenüber Hutchison Drei Austria GmbH werden gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 folgende Maßnahmen angeordnet:
 - a) Hutchison Drei Austria GmbH wird hinsichtlich des in Spruchpunkt 1a) festgestellten Mangels aufgetragen, sich gegenüber ihren Teilnehmern, die Verbraucher iSd § 1 KSchG sind, nicht auf die Möglichkeit einer sofortigen Fälligestellung der allenfalls noch ausstehenden Restkaufpreisforderung aus der Geräteteilzahlungsvereinbarung bei ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages durch den Verbraucher nach Ablauf von 24 Monaten zu berufen und dem Verbraucher die Erfüllung der Ratenzahlungsverpflichtungen aus dem Titel der „Geräteteilzahlungsvereinbarung“ bis zum 36. Monat zu ermöglichen. Die betroffenen Verbraucher sind bis zum 31.07.2017 über diese Möglichkeit zumindest in einer § 25 Abs 3 TKG 2003 entsprechenden Form zu informieren.

- b) Hutchison Drei Austria GmbH wird hinsichtlich des in Spruchpunkt 1b) festgestellten Mangels aufgetragen, sich gegenüber ihren Teilnehmern nicht auf die Möglichkeit einer sofortigen Fälligestellung der allenfalls noch ausstehenden Restkaufpreisforderung aus der Geräteteilzahlungsvereinbarung bei ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages durch den Teilnehmer nach Ablauf von 24 Monaten zu berufen und dem Teilnehmer die Erfüllung der Ratenzahlungsverpflichtungen aus dem Titel der „Geräteteilzahlungsvereinbarung“ bis zum 36. Monat zu ermöglichen. Die betroffenen Teilnehmer sind bis zum 31.07.2017 über diese Möglichkeit zumindest in einer § 25 Abs 3 TKG 2003 entsprechenden Form zu informieren.
- 3 Hutchison Drei Austria GmbH wird gemäß § 91 Abs 2 TKG 2003 aufgetragen, der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH bis spätestens 07.08.2017 über die erfolgten Umsetzungsmaßnahmen der Spruchpunkte 2a) und 2b) schriftlich zu berichten.
- 4 Gemäß § 91 Abs 5 TKG 2003 wird festgestellt, dass der Mangel, der darin bestand, dass Hutchison Drei Austria GmbH ihren Verträgen über Telekommunikationsdienste standardisiert Vertragsbedingungen zu einer „Geräteteilzahlungsvereinbarung“ zu Grunde gelegt hatte, die der Regulierungsbehörde nach § 25 TKG 2003 nicht angezeigt wurden, nicht mehr gegeben ist.

II. Begründung

1 Verfahrensablauf

Auf Grund der Mitteilung eines Kunden samt Vorlage von Bestellunterlagen (Bestellprozess Tarif „Hallo 2016 XS 0616“ vom 24.06.2016; ON 1) bestanden für die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (im Folgenden: „RTR-GmbH“) Anhaltspunkte dafür, dass Hutchison Drei Austria GmbH (im Folgenden: „Hutchison“) systematisch ihren Mobilfunkverträgen Vertragsklauseln zu Grunde legt, ohne diese in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen aufzunehmen und nach § 25 Abs 1 bzw 2 TKG 2003 zur Anzeige zu bringen.

Mit Schreiben vom 25.11.2016 (ON 1) wurde Hutchison darüber in Kenntnis gesetzt, dass auf Grund der Gestaltung des der RTR-GmbH vorliegenden Anmeldeformulars beim Teilnehmer der Eindruck entstehen könnte, dass zwei voneinander unabhängige Verträge bestünden (Mobilfunkvertrag einerseits und Geräteteilzahlungsvereinbarung andererseits). Weiters wurde Hutchison darauf hingewiesen, dass die vorgenommene Gestaltung der Vertragsunterlagen infolge eines untrennbaren Konnexes eine 24 Monate überschreitende und damit gemäß § 25d Abs 1 TKG 2003 unzulässige anfängliche Mindestvertragsdauer darstellen könnte. Unter anderem könnte die von Hutchison gewählte Vertragskonstruktion einen negativen Anreiz für einen Betreiberwechsel und somit einen Verstoß gegen § 25d Abs 2 TKG 2003 darstellen. Hutchison wurde auf die nach § 25 Abs 1 bzw 2 TKG 2003 bestehende Verpflichtung zur Anzeige von Vertragsbedingungen hingewiesen.

Hutchison übermittelte am 30.12.2016 (ebenfalls ON 1) eine Stellungnahme und bestritt das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 25d Abs 1 bzw 2 TKG 2003 durch die gegenständliche

Vertragsgestaltung. Auf die fehlende Anzeige nach § 25 Abs 1 bzw 2 TKG 2003 wurde im Schreiben nicht eingegangen.

Auf Grund der vorgenannten Unterlagen bestanden weiterhin Anhaltspunkte für die RTR-GmbH, dass Hutchison die Bestimmungen § 25 Abs 1 bzw 2 sowie § 25d Abs 1 bzw 2 TKG 2003 verletzt.

Die RTR-GmbH hat daher ein Aufsichtsverfahren nach § 91 TKG 2003 eingeleitet (ON 2) und Hutchison Gelegenheit nach § 91 TKG 2003 eingeräumt, den Mangel abzustellen bzw eine Stellungnahme nach § 45 Abs 3 AVG abzugeben (ON 3).

Am 6.4.2017 erstattete Hutchison eine Stellungnahme und ersuchte zugleich um Fristerstreckung für die Anzeige der Vertragsbedingungen nach § 25 TKG 2003 (ON 4). Das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 25d Abs 1 bzw 2 TKG 2003 wurde weiterhin bestritten. Am 12.4.2017 zeigte Hutchison die Vertragsbedingungen für die Geräteteilzahlungsvereinbarung nach § 25 TKG 2003 an (ON 5).

2 Festgestellter Sachverhalt

1. Allgemeine Feststellungen:

Hutchison betreibt ein öffentliches Kommunikationsnetz und bietet öffentliche Kommunikationsdienste an (amtsbekannt).

Hutchison bietet in Kombination mit Telekommunikationsdienstleistungen auch Geräteteilzahlungsvereinbarungen an (ON 1): Der Teilnehmer kann anlässlich des Abschlusses eines Mobilfunkvertrages auch ein Endgerät kaufen. Entscheidet sich der Teilnehmer dabei für eine Teilzahlung, bietet Hutchison für das Endgerät eine zinsfreie Kaufpreisstundung von bis zu 36 Monaten an (Informationen über die Monatszahlung, <https://www.drei.at/portal/de/privat/services-und-apps/inkludierte-services/monatszahlung/> Screenshot vom 22.11.2016; ON 1). Die vom Teilnehmer zu entrichtenden Teilbeträge für das Endgerät werden auf der monatlichen Rechnung für den Mobilfunkvertrag ausgewiesen.

Die Endgeräte werden preisgestützt veräußert. Bei der von Hutchison vorgenommenen Festsetzung des Verkaufspreises für das Endgerät werden die voraussichtlichen Entgelteinnahmen aus dem Mobilfunkvertrag jedenfalls teilweise miteinberechnet. Dadurch ergibt sich ein geringerer Verkaufspreis als jener, der gewöhnlich am Markt erzielbar wäre. Zu diesem, durch das Mobilfunkentgelt gestützten Preis werden die Endgeräte im Geschäftsverkehr in Kombination mit einem Mobilfunkvertrag angeboten. Die Kunden haben in den Preisfestsetzungsprozess von Hutchison keinen Einblick.

Nicht festgestellt werden konnte, dass – wie von Hutchison behauptet (Stellungnahme vom 06.04.2017; ON 4) – selbst beim Abschluss eines Mobilfunkvertrages mit dem günstigsten monatlichen Grundentgelt der von Hutchison angebotene Verkaufspreis für das Endgerät immer noch EUR 48,-- unter dem gewöhnlich am Markt erzielbaren Endgerätepreis liegen würde.

Die abgeschlossene Geräteteilzahlungsvereinbarung wird gleichzeitig mit dem von Hutchison so bezeichneten „Servicevertrag“ wirksam. Hutchison kann bei qualifiziertem Zahlungsverzug des gestundeten Restbetrages für das Endgerät den Servicevertrag mit sofortiger Wirksamkeit

beenden. Ebenso kann Hutchison die gesamte noch offene Restkaufpreisforderung fällig stellen, wenn der Kunde den Servicevertrag ordentlich (nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit des Mobilfunkvertrages von 24 Monaten) kündigt oder dieser durch Hutchison aus einem vom Kunden verschuldeten wichtigen Grund außerordentlich gekündigt wird. Die Geräteteilzahlungsvereinbarung kann nur bei gleichzeitigem Abschluss eines Mobilfunkvertrages abgeschlossen werden.

2. Feststellungen im Zusammenhang mit der Verletzung der Anzeigepflicht:

Hutchison legte ihren Mobilfunkverträgen, die auch eine „Geräteteilzahlungsvereinbarung“ beinhalten, systematisch vertragliche, von ihren AGB und Entgeltbestimmungen abweichende Regelungen (im Anmeldeformular) zu Grunde, ohne die Vertragsbedingungen der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

Am 12.4.2017 (nach Aufforderung der RTR-GmbH) nahm Hutchison die Anzeige der Vertragsbedingungen für die Geräteteilzahlungsvereinbarung vor.

3. Feststellungen zum Inhalt der „Geräteteilzahlungsvereinbarung“:

In der ursprünglichen Version wurden folgende den Mobilfunkvertrag betreffende Regelungen im Anmeldeformular (ON 1, Bestellprozess Tarif „Hallo 2016 XS 0616“ datiert mit 24.06.2016) auf der Rückseite von Seite 1 mit der Überschrift „Monatszahlung Gerät Teilzahlungsvereinbarung“ vorgesehen:

„Der oben angeführte Gerätepreis gilt ausschließlich in Kombination mit dem ausgewählten Tarif.

Der von Ihnen abgeschlossene Teilzahlungskauf wird gleichzeitig mit dem Servicevertrag wirksam. Die Stundung des Restkaufpreises ist mit keinerlei Verzinsung oder sonstigen Kosten verbunden. Sie haben jederzeit die Möglichkeit, die Teilzahlungsvereinbarung zu beenden und den aushaftenden Restkaufpreis mit einer Einmalzahlung zum Ende ihres nächsten Rechnungslaufs abzubezahlen.

Wenn Sie mit einer Teilzahlung aufgrund dieser Vereinbarung trotz Mahnung und Androhung der Fälligkeitstellung des gestundeten Restbetrages sowie der Setzung einer Nachfrist von mindestens 14 Tagen in Zahlungsverzug sind, kann Hutchison Drei Austria GmbH („Drei“), die gesamte noch offene Restkaufpreisforderung fällig stellen, und, sofern dies gleichzeitig angedroht wurde, auch den Servicevertrag mit sofortiger Wirkung beenden. Ebenso kann Drei die gesamte noch offene Restkaufpreisforderung mit dem Endigungszeitpunkt des Servicevertrages fällig stellen, wenn der Servicevertrag ohne zugrunde liegendes Verschulden von Drei von ihnen ordentlich gekündigt oder durch Drei aus einem von ihnen verschuldeten wichtigen Grund außerordentlich gekündigt wird.

Wenn Sie den Teilzahlungskauf bei einem Vertragspartner von Drei abschließen, geht der Vertrag im unmittelbaren Anschluss an sein Wirksamwerden mit sämtlichen Rechten und Pflichten sowie schuldbefreiender Wirkung vom Vertriebspartner auf Drei über (eine allfällige Garantie durch den Hersteller bleibt unberührt).

Im Übrigen gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Drei (Service AGB gültig ab 19.8.2013), der Hutchison Drei Austria GmbH, abrufbar unter www.drei.at/aqb und in den 3Shops sowie bei deren Vertriebspartnern aufliegend.“

Diesen Regelungen vorangehend finden sich auf derselben Seite Angaben zum Endgerät samt der ausgewählten Laufzeit der Teilzahlungsvereinbarung sowie dem Hinweis, dass die monatlichen Teilbeträge auf der monatlichen „3Rechnung“ ausgewiesen werden.

Seite 1 der Bestellunterlagen (ON 1, Bestellprozess Tarif „Hallo 2016 XS 0616“ datiert mit 24.06.2016) besteht aus dem „Serviceantrag“, der neben Angaben über Kundendaten, gewähltem Tarif und Zusatzpaketen auch einen Abschnitt mit Angaben zum Endgerät enthält. In diesem Abschnitt befinden sich Angaben zur Teilzahlungsvereinbarung, bei denen die Inanspruchnahme der Teilzahlungsvereinbarung durch Ankreuzen des jeweiligen vorangestellten Kästchens („ja“ bzw „nein“) ausgewählt werden kann.

Seite 2 bis einschließlich 4 der Bestellunterlagen (ON 1, Bestellprozess Tarif „Hallo 2016 XS 0616“ datiert mit 24.06.2016) bestehen aus den „Eckdaten der Vertragsbedingungen“.

Im Rahmen des Verfahrens änderte Hutchison die Vertragsbedingungen wie folgt ab:

Am 12.4.2017 zeigte Hutchison die Vertragsbedingungen für die Geräteteilzahlungsvereinbarung nach § 25 Abs 1 TKG 2003 an (ON 5; amtsbekannt).

In der am 12.4.2017 angezeigten Version wurden folgende den Mobilfunkvertrag betreffende Regelungen vorgesehen:

„Der oben angeführte Gerätepreis gilt ausschließlich in Kombination mit dem ausgewählten Tarif.

Der von Ihnen abgeschlossene Teilzahlungskauf wird gleichzeitig mit dem Servicevertrag wirksam. Die Stundung des Restkaufpreises ist mit keinerlei Verzinsung oder sonstigen Kosten verbunden. Sie haben jederzeit die Möglichkeit, die Teilzahlungsvereinbarung zu beenden und den aushaftenden Restkaufpreis mit einer Einmalzahlung zum Ende ihres nächsten Rechnungslaufs abzubezahlen.

Wenn Sie mit einer Teilzahlung aufgrund dieser Vereinbarung trotz Mahnung und Androhung der Fälligkeitstellung des gestundeten Restbetrages sowie der Setzung einer Nachfrist von mindestens 14 Tagen in Zahlungsverzug sind, kann Hutchison Drei Austria GmbH („Drei“), die gesamte noch offene Restkaufpreisforderung fällig stellen, und, sofern dies gleichzeitig angedroht wurde, auch den Servicevertrag mit sofortiger Wirkung beenden. Ebenso kann Drei die gesamte noch offene Restkaufpreisforderung mit dem Endigungszeitpunkt des Servicevertrages fällig stellen, wenn der Servicevertrag ohne zugrunde liegendes Verschulden von Drei von ihnen ordentlich gekündigt oder durch Drei aus einem von ihnen verschuldeten wichtigen Grund außerordentlich gekündigt wird (dementsprechend begründet z.B. eine Sonderkündigung des Servicevertrages durch Sie wegen Vertragsänderungen im Sinne des § 25 Abs. 3 TKG kein solches Recht von Drei).

Wenn Sie den Teilzahlungskauf bei einem Vertragspartner von Drei abschließen, geht der Vertrag im unmittelbaren Anschluss an sein Wirksamwerden mit sämtlichen Rechten und Pflichten sowie schuldbefreiender Wirkung vom Vertriebspartner auf Drei über (eine allfällige Garantie durch den Hersteller bleibt unberührt).

Im Übrigen gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Drei (Service AGB gültig ab 19.8.2013), der Hutchison Drei Austria GmbH, abrufbar unter www.drei.at/aqb und in den 3Shops sowie bei deren Vertriebspartnern aufliegend.“

Diesen Regelungen vorangehend finden sich auf derselben Seite Angaben zum Endgerät samt der ausgewählten Laufzeit der Teilzahlungsvereinbarung sowie dem Hinweis, dass die monatlichen Teilbeträge auf der monatlichen „3Rechnung“ ausgewiesen werden.

3 Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen hinsichtlich der von Hutchison für Mobilfunkverträge zur Anwendung gebrachten Klauseln, die im Zusammenhang mit einer Endgerätefinanzierung durch eine Teilzahlungsvereinbarung abgeschlossen werden, ergeben sich aus dem vorliegenden Anmeldeformular (ON 1), aus den Stellungnahmen von Hutchison vom 30.12.2016 (ON 1) und vom 06.04.2017 (ON 4) sowie aus den auf der Homepage von Hutchison abrufbaren Informationen über die Monatszahlung (<https://www.drei.at/portal/de/privat/services-und-apps/inkludierte-services/monatszahlung/> , Screenshot vom 22.11.2016; ON 1). Dass Hutchison die Vertragsbedingungen zur Geräteteilzahlungsvereinbarung systematisch ihren Verträgen zu Grunde gelegt hat, ergibt sich bereits daraus, dass die Anmeldeformulare für eine Vielzahl von Kunden zur Anwendung gebracht werden.

Die Feststellungen im Zusammenhang mit der Anzeige der Vertragsbedingungen nach § 25 TKG 2003 ergeben sich aus der Anzeige der Hutchison vom 12.04.2017 (ON 5; amtsbekannt).

Die Feststellung, dass eine Mindestvertragsdauer von 24 Monaten nur dann gilt, wenn der Teilnehmer ein preisgestütztes Endgerät in Anspruch nimmt, geht implizit aus der Stellungnahme von Hutchison vom 30.11.2016 (ON 1) sowie vom 06.04.2017 (ON 4) hervor. Umstände, die Zweifel an dieser Ausführung von Hutchison begründen könnten, sind nicht hervorgetreten.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Zuständigkeit der RTR-GmbH

Gemäß § 25d Abs 4 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei einem Verstoß gegen § 25d TKG 2003 im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens nach § 91 TKG 2003 einschreiten. 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 (§ 120 TKG 2003) zuständig ist.

Eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission liegt im gegenständlichen Fall nicht vor, da der Telekom-Control-Kommission lediglich das Widerspruchsrecht nach § 25 TKG 2003 zukommt. Eine Zuständigkeit der KommAustria liegt ebenfalls nicht vor, da die Voraussetzungen nach § 120 Abs 1 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.

4.2 Aufsichtsverfahren

Hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmen gegen die Vorschriften des TKG 2003, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund

dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid verstößt, teilt sie dies gemäß § 91 TKG 2003 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.

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie nach § 91 Abs 2 TKG 2003 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.

Gemäß § 91 Abs 5 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde, wenn sie feststellt, dass die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, tatsächlich nicht vorliegen bzw innerhalb der gesetzten Frist abgestellt wurden, mit Bescheid festzustellen, dass die Mängel nicht bzw nicht mehr gegeben sind.

4.3 Anzeigepflicht nach § 25 TKG 2003

§ 25 Abs 1 und Abs 2 TKG 2003 lauten wie folgt:

„§ 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.“

Betreiber von Telekommunikationsdiensten und -netzen sind nach § 25 Abs 1 TKG 2003 zur Erstellung, Kundmachung und Anzeige von AGB und Entgeltbestimmungen verpflichtet. In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass „Abweichungen“ von AGB und Entgelten in Einzelvereinbarungen grundsätzlich möglich sind. Sobald allerdings „standardisierte“ Abweichungen von AGB oder Tarifen vorkommen, handelt es sich um eigene AGB oder Tarife, die wiederum nach § 25 TKG 2003 kundzumachen und anzuzeigen sind (siehe *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003, Praxiskommentar zum TKG 2003 [2004] 94).

Im gegenständlichen Fall geht – wie oben festgestellt – hervor, dass Hutchison standardisiert abweichende Vereinbarungen mit Teilnehmern trifft, die einen Mobilfunkvertrag und eine Geräteteilzahlungsvereinbarung abschließen. Diese Vereinbarungen sind in den nach § 25 TKG 2003 bereits von Hutchison angezeigten Vertragsbedingungen nicht enthalten.

Nach § 25 TKG 2003 sind sämtliche Vertragsbedingungen (AGB, EB), dh Vertragsklauseln, die standardisiert gegenüber Teilnehmern zur Anwendung gebracht werden sollen, in die AGB und EB aufzunehmen und zur Anzeige zu bringen. Auf Grund der von Hutchison gewählten konkreten Ausgestaltung bestehen nicht zwei voneinander unabhängige Verträge. Der Anzeigepflicht nach

§ 25 TKG 2003 unterliegen auch jene Vertragsbedingungen, welche mit dem Mobilfunkvertrag im untrennbaren Zusammenhang stehen.

Die Verbindung der Geräteteilzahlungsvereinbarung mit dem Telekommunikationsvertrag wird bei Betrachtung der in Punkt 2.2. festgestellten Vertragsbedingungen offenkundig. Aus den in der Teilzahlungsvereinbarung enthaltenen Vertragsbedingungen geht hervor, dass Hutchison beim qualifizierten Zahlungsverzug des gestundeten Restbetrages für das Endgerät den Mobilfunkvertrag mit sofortiger Wirksamkeit beenden kann. Ebenso kann Hutchison die gesamte noch offene Restkaufpreisforderung fällig stellen, wenn der Kunde den Servicevertrag ordentlich (nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit des Mobilfunkvertrages von 24 Monaten) kündigt oder dieser durch Hutchison aus einem vom Kunden verschuldeten wichtigen Grund außerordentlich gekündigt wird.

Die Geräteteilzahlungsvereinbarung enthält somit Vertragsbedingungen, die auch den Telekommunikationsvertrag betreffen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nicht ausschließlich Regelungen, die eine konkrete Telekommunikationsdienstleistung betreffen, Gegenstand von AGB bzw EB sind, sondern sämtliche Regelungen, die dem Vertragsverhältnis über eine Telekommunikationsdienstleistung zu Grunde gelegt werden sollen.

Die Geräteteilzahlungsvereinbarung ist daher als anzeigepflichtig nach § 25 TKG 2003 anzusehen, da sie direkten Einfluss auf den jeweiligen Telekommunikationsvertrag hat und diesen modifiziert.

Die Anzeige der gegenständlichen Vertragsbedingungen wurde von Hutchison am 12.04.2017 vorgenommen.

Der Mangel der fehlenden Anzeige von Vertragsbedingungen wurde daher abgestellt. Somit war nach § 91 Abs 5 TKG 2003 mit Spruchpunkt 4 auszusprechen, dass der Mangel nicht mehr besteht.

4.4 Überschreitung einer anfänglichen Mindestvertragsdauer nach § 25d Abs 1 TKG 2003

§ 25d Abs 1 TKG 2003 lautet wie folgt:

„Verträge über Kommunikationsdienste zwischen Betreibern und Verbrauchern im Sinne des KSchG dürfen eine anfängliche Mindestvertragsdauer von 24 Monaten nicht überschreiten. Jedem Teilnehmer ist die Möglichkeit einzuräumen, je Kommunikationsdienst einen Vertrag mit einer Mindestvertragsdauer von maximal zwei Monaten abzuschließen.“

§ 25d Abs 1 erster Satz TKG 2003 sieht eine maximale Obergrenze für die anfängliche Mindestvertragsdauer vor. Hutchison verletzt § 25d Abs 1 TKG 2003 dadurch, dass sie ihre Endkundenverträge im Zusammenhang mit der „Geräteteilzahlungsvereinbarung“ derart gestaltet, dass die nach § 25d Abs 1 TKG 2003 für Verträge mit Verbrauchern vorgeschriebene maximale anfängliche Mindestvertragsdauer von 24 Monaten in jenen Fällen überschritten wird, in denen mit dem Verbraucher eine Geräteteilzahlungsvereinbarung mit 36-monatiger Laufzeit abgeschlossen wird. Hierbei wird zwar nicht explizit vertragsrechtlich, jedenfalls aber im wirtschaftlichen Verband mit dem Mobilfunkvertrag eine anfängliche Mindestvertragsdauer von 36 Monaten begründet. Der Verstoß besteht darin, dass für den Kunden entgegen

§ 25d Abs 1 leg cit eine wirtschaftliche Mindestbindung im Ausmaß von 36 Monaten realisiert wird. Die Geräteteilzahlungsvereinbarung ist mit dem Mobilfunkvertrag verknüpft, kündigt der Kunde den Servicevertrag, muss er auch die restlichen Entgeltern für das Endgerät in Einem begleichen. Für den Kunden entsteht damit schon ab Vertragsabschluss der wirtschaftliche „Zwang“, 36 Monate Vertragspartner zu bleiben.

Entgegen der von Hutchison vertretenen Ansicht stellt § 25d Abs 1 TKG 2003 jedenfalls nicht nur auf eine vertragsrechtlich explizit vereinbarte Mindestvertragsdauer ab, sondern soll als Schutznorm zu Gunsten von Verbrauchern sicherstellen, dass sich Verbraucher nicht auf überlange Vertragsbindungen einlassen müssen, um preislich attraktive Kommunikationsdienste beziehen zu können. Dies steht auch im Zusammenhang damit, dass der Verbraucher bei längeren Vertragsbindungen oftmals keine angemessene Gegenleistung für diese lange Bindung erhält. Es muss für die Länge der Mindestvertragsdauer daher nicht nur die Bindefrist des „reinen“ Mobilfunkvertrags, sondern auch die Ausgestaltung der damit in untrennbarem Zusammenhang stehenden Zusatzleistungen betrachtet werden. Wenn der Kunde in den vollen Genuss einer 36-monatigen Abzahlungsmöglichkeit für das bei Vertragsabschluss erworbene Endgerät kommen möchte, muss er faktisch schon beim Vertragsabschluss für den Mobilfunkvertrag eine wirtschaftliche Mindestvertragsdauer von 36 Monaten akzeptieren.

Dem von Hutchison vorgebrachten Einwand, § 25d Abs 1 TKG 2003 sei nicht anwendbar, weil § 25d Abs 2 TKG 2003 einen Auffangtatbestand darstelle und somit für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise des § 25d Abs 1 TKG 2003 kein Raum bleibe, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr kann ein Sachverhalt zugleich den Tatbestand des § 25d Abs 1 TKG 2003 als auch jenen des § 25d Abs 2 TKG 2003 verwirklichen. Eine Interpretation von § 25d Abs 1 TKG 2003, bei der nur die vertragsrechtlich vereinbarte Mindestvertragsdauer des Mobilfunkvertrages für die Feststellung einer Verletzung von § 25d Abs 1 TKG 2003 maßgeblich wäre, hätte jedenfalls zur Folge, dass diese Bestimmung durch „Auslagerung“ der zusätzlichen Vertragslaufzeiten in Zusatzleistungen, wie der gegenständlichen Geräteteilzahlungsvereinbarung, leicht umgangen werden könnte. Auch ist der Hinweis darauf, die Behörde habe in ihrem Bescheid vom 30.03.2015 in Sachen T-Mobile Austria GmbH (RAUF 03/2013-18) lediglich § 25d Abs 2 TKG 2003 herangezogen, nicht zielführend. Der gegenständliche Sachverhalt ist mit jenem im Verfahren zu RAUF 03/2013 deshalb nicht vergleichbar, da T-Mobile Austria GmbH weder für den Hardwarefinanzierungsvertrag noch für den Mobilfunkvertrag eine über 24 Monate hinausgehende Vertragslaufzeit vorgesehen hatte. Aus diesem Grund hat sich die Frage nach der Überschreitung der in § 25d Abs 1 TKG 2003 vorgesehenen maximalen Obergrenze im Ausmaß von 24 Monaten nicht gestellt.

4.5 Negativer Anreiz für einen Betreiberwechsel nach § 25d Abs 2 TKG 2003

§ 25d Abs 2 TKG 2003 lautet wie folgt:

„Unbeschadet etwaiger Mindestvertragslaufzeiten dürfen Verträge von Unternehmen, die Kommunikationsdienste erbringen, keine Bedingungen und Verfahren für die Vertragskündigung vorsehen, die für Teilnehmer als negativer Anreiz für einen Betreiberwechsel wirken.“

Die von Hutchison gewählte vertragliche Gestaltung verletzt neben § 25d Abs 1 TKG 2003 auch § 25d Abs 2 TKG 2003, indem sie eine Bedingung für die Vertragskündigung, die für den Teilnehmer als negativer Anreiz für einen Betreiberwechsel wirkt, vorsieht. Kündigt der Kunde den Mobilfunkvertrag nach Ablauf der Mindestvertragsdauer von 24 Monaten ordentlich, wird auch

die Teilzahlungsmöglichkeit nicht mehr eingeräumt und die noch offene Restkaufpreisforderung fällig gestellt. Der Kunde wird bei Vertragsabschluss dazu bewogen, sich für ein Endgerät zu entscheiden, welches er beispielsweise aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage nur bei Gewährung einer Ratenzahlungsvereinbarung mit einer Laufzeit von 36 Monaten finanzieren könnte. Kommt er aber nach ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages nicht mehr in den Genuss, das Entgelt für ein Endgerät auch in den verbleibenden 12 Monaten in Raten zu entrichten, wirkt sich dies negativ auf seine Bereitschaft aus, den Betreiber zu wechseln.

Die Materialien zu § 25d Abs 2 TKG 2003 sehen zwar vor, dass verhältnismäßige und sachlich gerechtfertigte Klauseln, die sich auf Nebenleistungen beziehen, nicht als negativer Anreiz zu verstehen sind, wie etwa kostenlose Mobiltelefone, welche nach vorzeitiger Beendigung des Vertrages ganz oder teilweise bezahlt werden müssen. Bei der von Hutchison gewählten vertraglichen Konstruktion wird jedoch kein kostenloses Endgerät zur Verfügung gestellt und der Mobilfunkvertrag seitens des Teilnehmers gerade nicht vor Ablauf der für den Mobilfunkvertrag vorgesehenen Mindestvertragslaufzeit beendet. Vielmehr werden die restlichen Entgeltraten für das Endgerät bei ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages sofort fällig gestellt.

Der von Hutchison vorgebrachte Einwand, dass neben dem in den Materialien angeführten Beispiel auch andere zulässige Konstellationen denkbar wären, ist zutreffend. Diese müssen aber sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Den Ausführungen im Zusammenhang mit der Vergleichbarkeit des vorliegenden Falles mit sonstigen Vergünstigungen, wie etwa, dass in jenen Fällen, in denen der Kunde einen Tag bevor sich sein im Rahmen eines „Treueprogramms“ entstandenes Anwartschaftsrecht, zB auf ein kostenloses Smartphone (samt neuer Vertragsbindung), in ein Vollrecht verwandeln würde, den Mobilfunkvertrag aufkündigt, der negative Anreiz unstrittig größer sei, kann nicht gefolgt werden. Während bei dieser Konstellation ein Vollrecht erst mit Ablauf einer bestimmten Zeit entsteht, wird bei der von Hutchison im gegenständlichen Verfahren gewählten Vertragsgestaltung ein dem Kunden bereits zustehender Anspruch auf Teilzahlung nachträglich entzogen bzw verkürzt. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass der Teilnehmer bei ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages nach Ablauf von 24 Monaten die gesamten noch aushaftenden Entgeltraten für sein Endgerät entrichten muss. Hierbei muss berücksichtigt werden, dass nicht jeder Teilnehmer die finanziellen Mittel zur sofortigen Begleichung der restlichen Entgeltraten aufbringen kann. Diesen Teilnehmern wird ein Betreiberwechsel nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit des Mobilfunkvertrages jedenfalls erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Ein Verzicht auf ein neues Endgerät samt einer damit im Regelfall einhergehenden Verpflichtung zu einer neuerlichen Mindestvertragsdauer führt zwar zum Verlust von etwaigen Treuerabatten, ist jedoch für den Kunden nicht mit unmittelbaren Ausgaben und damit möglicherweise einhergehenden Liquiditätsproblemen verbunden.

Der Einwand, dass der Kunde die Entgeltraten jederzeit und somit auch mit Ablauf der Mindestvertragslaufzeit des Mobilfunkvertrages vollständig begleichen könne, berücksichtigt nicht den Umstand, dass der Kunde sich für die Teilzahlungsvereinbarung gerade deswegen entscheidet, weil er den gesamten Entgeltbetrag für das Endgerät nicht sofort und auch nicht vorzeitig begleichen kann bzw möchte.

Aus diesen Gründen muss dem Teilnehmer im Falle einer durch ihn ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Mobilfunkvertrages nach Ablauf von 24 Monaten die Erfüllung der Ratenzahlungsverpflichtungen aus dem Titel der Geräteteilzahlungsvereinbarung bis zum 36.

Monat ermöglicht werden. Die von Hutchison in diesem Zusammenhang vorgebrachten Ausführungen, dass eine getrennte Verwaltung jener Geräteteilzahlungsvereinbarungen, die nach ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages noch für weitere 12 Monate bestehen würden, auf Grund enormen Programmierungsaufwandes unwirtschaftlich wäre, können nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden. Ein Unternehmen muss bei der Vertragsgestaltung sowie der internen Verwaltung im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen handeln. Wie das rechtskonforme Verhalten sichergestellt wird, bleibt grundsätzlich dem Unternehmen überlassen. Dass das gesamte Kundenverwaltungssystem am Bezugspunkt einer aktiven SIM-Karte beruht, führt auch nicht zur Unmöglichkeit der getrennten Erfassung und Verwaltung der Geräteteilzahlungsvereinbarung nach ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages. So würde etwa die Möglichkeit bestehen, eine zusätzliche SIM-Karte zu aktivieren und die Verwaltung der Geräteteilzahlungsvereinbarung an diese zu knüpfen. Dem Unternehmen steht es frei, bereits bei der Angebotsgestaltung abzuwägen, ob die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen unwirtschaftlich ist und sich entweder für die Einführung einer Dienstleistung im gesetzlich zulässigen Rahmen zu entscheiden oder von der Einführung einer unzulässigen Dienstleistung Abstand zu nehmen.

4.6 Zu den Umsetzungsmaßnahmen

Wenn nach Ablauf der nach § 91 Abs 1 TKG 2003 gesetzten Frist jene Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht oder nicht vollständig behoben wurden, hat die Regulierungsbehörde gebotene und angemessene Maßnahmen anzuordnen, um die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherzustellen. Die mit den Spruchpunkten 2a) und 2b) gegenüber Hutchison aufgetragenen Maßnahmen sind zur Herstellung des rechtskonformen Zustandes notwendig, weil sie ein Abstellen der in den Spruchpunkten 1a) und 1b) festgestellten Mängel bewirken. Sie sind angemessen, da sie das gelindeste Mittel darstellen. Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

4.7 Zur Form und Frist der Mitteilung

In Spruchpunkt 2a) wird Hutchison aufgetragen, die betroffenen Teilnehmer, die Verbraucher iSd KSchG sind, über die Möglichkeit der Erfüllung der Ratenzahlungsverpflichtungen aus dem Titel der Geräteteilzahlungsvereinbarung bis zum 36. Monat auch im Falle einer durch den Verbraucher ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Mobilfunkvertrages nach Ablauf von 24 Monaten zumindest in einer § 25 Abs 3 TKG 2003 entsprechenden Form zu informieren. In Spruchpunkt 2b) wird angeordnet, dass sämtliche betroffene Teilnehmer über diese Möglichkeit in derselben Weise zu informieren sind. Diese Maßnahmen sind notwendig, um die in den Spruchpunkten 1a) und 1b) festgestellten Mängel zu beseitigen und um den betroffenen Teilnehmern ein transparentes Bild über ihre vertragliche Position zu vermitteln.

Dass die Mitteilung an alle betroffenen Teilnehmer in einer § 25 Abs 3 TKG 2003 entsprechenden Form ergehen soll, bezieht sich lediglich auf die Form, nicht jedoch auf den in § 25 Abs 3 TKG 2003 vorgesehenen Inhalt oder die dort geregelten Fristen samt den mit diesen einhergehenden Folgen. Die betroffenen Teilnehmer können etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung informiert werden. Die Teilnehmer sind in transparenter Weise und vollumfänglich über die in den Spruchpunkten 2a) und 2b) angeordneten Maßnahmen und ihre sich daraus ergebende vertragliche Position zu unterrichten.

Die bis zum 31.07.2017 eingeräumte Umsetzungsfrist ist angemessen, weil Hutchison ein ausreichender Zeitraum zur Implementierung des Prozesses zur Sicherstellung des rechtskonformen Zustandes zugestanden werden muss. Dabei wurde insbesondere der Rechnungszyklus berücksichtigt. Eine über den festgelegten Zeitpunkt hinausgehende Umsetzungsfrist wäre im Hinblick auf das Erfordernis einer zeitnahen Reaktion gegenüber den betroffenen Teilnehmern überschießend gewesen.

4.8 Zur Berichtspflicht

Die in Spruchpunkt 4 vorgesehene Frist bis zum 07.08.2017 ist angemessen, da zur Erfüllung der Berichtspflicht lediglich ein Schreiben an die Regulierungsbehörde zu richten ist, in dem über die erfolgte Umsetzung der aufgetragenen Maßnahmen von Hutchison berichtet wird.

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, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten ist. 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 12.05.2017

Mag. Johannes Gungl
Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation und Post