

# TE Bwvg Erkenntnis 2019/11/26 W219 2164791-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.11.2019

## Entscheidungsdatum

26.11.2019

## Norm

ABGB §1052

ABGB §879

B-VG Art. 133 Abs4

TKG 2003 §25d

TKG 2003 §91

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W219 2164791-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. Walter TOLAR über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mathias Görg, Museumstraße 5/14, 1070 Wien, gegen den Bescheid der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH vom 12.05.2017, Zl. RAUF 01/2017, betreffend Aufsichtsmaßnahmen iZm den Bestimmungen des TKG 2003 über die Mindestvertragsdauer nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 15.11.2019 zu Recht:

A)

I. Der Beschwerde wird in folgendem Umfang stattgegeben:

a. Gemäß § 91 Abs. 5 TKG 2003 wird festgestellt, dass der von der Regulierungsbehörde angenommene Mangel, die beschwerdeführende Partei verletze § 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 werde, in denen mit dem Verbraucher eine Geräteteilzahlungsvereinbarung mit 36-monatiger Laufzeit abgeschlossen wird, tatsächlich nicht vorliegt.

b. Der bekämpfte Bescheid wird in seinen Spruchpunkten 1., 2. und 3. dahin abgeändert, dass diese lauten:

"1. Gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass [die beschwerdeführende Partei] § 25d Abs. 2 TKG 2003 verletzt,

indem sie ihre Endkundenverträge im Zusammenhang mit einer "Geräteteilzahlungsvereinbarung" derart gestaltet, dass eine ordentliche Kündigung des Mobilfunkvertrages ("Servicevertrages") durch den Teilnehmer nach Ablauf der Mindestvertragsdauer von 24 Monaten in jenen Fällen, in denen eine Geräteteilzahlungsvereinbarung mit 36-monatiger Laufzeit abgeschlossen wird, zur sofortigen Fälligestellung der noch ausstehenden Restkaufpreisforderung führt, 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 [der beschwerdeführenden Partei] werden gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 folgende Maßnahmen angeordnet:

[Der beschwerdeführenden Partei] wird hinsichtlich des in Spruchpunkt 1. 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. [Der beschwerdeführenden Partei] wird gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 aufgetragen, der [belangten Behörde] bis spätestens 07.08.2017 über die erfolgten Umsetzungsmaßnahmen des Spruchpunkts schriftlich zu berichten."

II. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

### **Text**

#### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

I. Verfahrensgang:

1.1. Mit dem bekämpften Bescheid sprach die belangte Behörde insbesondere Folgendes aus:

"1. Gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass [die beschwerdeführende Partei] folgende Bestimmungen des TKG 2003 verletzt:

a) [Die beschwerdeführende Partei] 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) [Die beschwerdeführende Partei] verletzt § 25d Abs. 2 TKG 2003, indem sie durch die im Spruchpunkt 1.a) 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 [der beschwerdeführenden Partei] werden gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 folgende Maßnahmen angeordnet:

a) [Der beschwerdeführenden Partei] wird hinsichtlich des in Spruchpunkt 1.a) 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) [Der beschwerdeführenden Partei] wird hinsichtlich des in Spruchpunkt 1.b) 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. [Der beschwerdeführenden Partei] wird gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 aufgetragen, der [belangten Behörde] bis spätestens 07.08.2017 über die erfolgten Umsetzungsmaßnahmen der Spruchpunkte 2.a) und 2.b) schriftlich zu berichten.

[...]"

1.2. In der Begründung des bekämpften Bescheides stellte die belangte Behörde insbesondere folgenden Sachverhalt fest:

"Allgemeine Feststellungen:

[Die beschwerdeführende Partei als Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes] bietet in Kombination mit Telekommunikationsdienstleistungen auch Geräteteilzahlungsvereinbarungen an [...]: Der Teilnehmer kann anlässlich des Abschlusses eines Mobilfunkvertrages auch ein Endgerät kaufen. Entscheidet sich der Teilnehmer dabei für eine Teilzahlung, bietet [die beschwerdeführende Partei] für das Endgerät eine zinsfreie Kaufpreisstundung von bis zu 36 Monaten an [...]. 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 [der beschwerdeführenden Partei] 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 [der beschwerdeführenden Partei] keinen Einblick.

Nicht festgestellt werden konnte, dass - wie von [der beschwerdeführenden Partei] behauptet [...] - selbst beim Abschluss eines Mobilfunkvertrages mit dem günstigsten monatlichen Grundentgelt der von [der beschwerdeführenden Partei] angebotene Verkaufspreis für das Endgerät immer noch XXXX unter dem gewöhnlich am Markt erzielbaren Endgerätepreis liegen würde.

Die abgeschlossene Geräteteilzahlungsvereinbarung wird gleichzeitig mit dem von [der beschwerdeführenden Partei] so bezeichneten "Servicevertrag" wirksam. [Die beschwerdeführende Partei] kann bei qualifiziertem Zahlungsverzug des gestundeten Restbetrages für das Endgerät den Servicevertrag mit sofortiger Wirksamkeit beenden. Ebenso kann [die beschwerdeführende Partei] 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 [die beschwerdeführende Partei] aus einem vom Kunden verschuldeten wichtigen Grund außerordentlich gekündigt wird. Die Geräteteilzahlungsvereinbarung kann nur bei gleichzeitigem Abschluss eines Mobilfunkvertrages abgeschlossen werden.

[...]

Feststellungen zum Inhalt der "Geräteteilzahlungsvereinbarung":

[...]

Am 12.4.2017 zeigte Hutchison die Vertragsbedingungen für die Geräteteilzahlungsvereinbarung nach § 25 Abs. 1 TKG 2003 an [...].

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 abzubehalten.

Wenn Sie mit einer Teilzahlung aufgrund dieser Vereinbarung trotz Mahnung und Androhung der Fälligkeit des gestundeten Restbetrages sowie der Setzung einer Nachfrist von mindestens 14 Tagen in Zahlungsverzug sind, kann [die beschwerdeführende Partei] die gesamte noch offene Restkaufpreisforderung fällig stellen, und, sofern dies gleichzeitig angedroht wurde, auch den Servicevertrag mit sofortiger Wirkung beenden. Ebenso kann [die beschwerdeführende Partei] die gesamte noch offene Restkaufpreisforderung mit dem Endigungszeitpunkt des Servicevertrages fällig stellen, wenn der Servicevertrag ohne zugrunde liegendes Verschulden [der beschwerdeführenden Partei] von Ihnen ordentlich gekündigt oder durch [die beschwerdeführende Partei] 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 [der beschwerdeführenden Partei]).

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

Im Übrigen gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen [der beschwerdeführenden Partei] [...]

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 Rechnung [der beschwerdeführenden Partei] ausgewiesen werden."

1.3. Die Feststellung einer Verletzung des § 25d Abs. 1 TKG 2003 (Spruchpunkt 1.a.) begründet die belangte Behörde wie folgt:

Durch die in Spruchpunkt 1.a. geschilderten Umstände werde zwar nicht explizit vertragsrechtlich, jedenfalls aber im wirtschaftlichen Verband mit dem Mobilfunkvertrag eine anfängliche Mindestvertragsdauer von 36 Monaten begründet. Die Geräteteilzahlungsvereinbarung sei mit dem Mobilfunkvertrag verknüpft, kündige der Kunde den Servicevertrag, müsse er auch die restlichen Entgeltraten für das Endgerät in Einem begleichen. Für den Kunden entstehe damit schon ab Vertragsabschluss der wirtschaftliche "Zwang", 36 Monate Vertragspartner zu bleiben. § 25d Abs. 1 TKG 2003 stelle nicht nur auf eine vertragsrechtlich explizit vereinbarte Mindestvertragsdauer ab, sondern solle als Schutznorm zu Gunsten von Verbrauchern sicherstellen, dass sich Verbraucher nicht auf überlange Vertragsbindungen einlassen müssen, um preislich attraktive Kommunikationsdienste beziehen zu können. Dies stehe auch im Zusammenhang damit, dass der Verbraucher bei längeren Vertragsbindungen oftmals keine angemessene Gegenleistung für diese lange Bindung erhalte. Es müsse für die Länge der Mindestvertragsdauer daher nicht nur die Bindefrist des "reinen" Mobilfunkvertrages, 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, müsse er faktisch schon beim Vertragsabschluss für den Mobilfunkvertrag eine wirtschaftliche Mindestvertragsdauer von 36 Monaten akzeptieren. Dem Einwand der beschwerdeführenden Partei, § 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, könne nicht gefolgt werden. Vielmehr könne 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 dieser Verletzung maßgeblich wäre, hätte jedenfalls zur Folge, dass diese Bestimmung durch "Auslagerung" der zusätzlichen Vertragslaufzeiten in Zusatzleistungen leicht umgangen werden könnte.

1.4. Zur Feststellung einer Verletzung des § 25d Abs. 2 TKG 2003 (Spruchpunkt 1.b.) führt die belangte Behörde in der Begründung des bekämpften Bescheides aus, die in Rede stehende vertragliche Gestaltung sehe eine Bedingung für die Vertragskündigung vor, die für den Teilnehmer als negativer Anreiz für einen Betreiberwechsel wirke. Kündige der Kunde den Mobilfunkvertrag nach Ablauf der Mindestvertragsdauer von 24 Monaten ordentlich, werde auch die Teilzahlungsmöglichkeit nicht mehr eingeräumt und die noch offene Restkaufpreisforderung fällig gestellt. Der Kunde werde 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. Komme 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, wirke sich dies negativ auf seine Bereitschaft aus, den Betreiber zu wechseln.

Die Materialien zu § 25d Abs. 2 TKG 2003 würden zwar vorsehen, dass verhältnismäßige und sachlich gerechtfertigte Klauseln, die sich auf Nebenleistungen beziehen, nicht als negativer Anreiz zu verstehen seien, wie etwa kostenlose Mobiltelefone, welche nach vorzeitiger Beendigung des Vertrages ganz oder teilweise bezahlt werden müssen. Bei der hier gewählten vertraglichen Konstruktion werde jedoch kein kostenloses Endgerät zur Verfügung gestellt und der Mobilfunkvertrag seitens des Teilnehmers gerade nicht vor Ablauf der für den Mobilfunkvertrag vorgesehenen Mindestvertragslaufzeit beendet. Der Einwand, dass neben dem in den Materialien angeführten Beispiel auch andere zulässige Konstellationen denkbar wären, sei zutreffend. Diese müssten aber sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Der von der beschwerdeführenden Partei ins Treffen geführte Vergleich mit dem Fall, dass ein 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, wobei der negative Anreiz unstrittig größer als im vorliegenden Fall sei, überzeuge nicht. Während bei dieser Konstellation ein Vollrecht erst mit Ablauf einer bestimmten Zeit entstehe, werde bei der hier in Rede stehenden Vertragsgestaltung ein dem Kunden bereits zustehender Anspruch auf Teilzahlung nachträglich entzogen bzw. verkürzt. Außerdem müsse hier der Teilnehmer bei ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages nach Ablauf von 24 Monaten die gesamten noch ausstehenden Entgeltraten für sein Endgerät entrichten, wobei berücksichtigt werden müsse, dass nicht jeder Teilnehmer die finanziellen Mittel zur sofortigen Begleichung der restlichen Entgeltraten aufbringen könne. Diesen Teilnehmern werde 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 führe zwar zum Verlust von etwaigen Treuerabatten, sei 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, berücksichtige nicht den Umstand, dass der Kunde sich für die Teilzahlungsvereinbarung gerade deswegen entscheide, weil er den gesamten Entgeltbetrag für das Endgerät nicht sofort und auch nicht vorzeitig begleichen könne bzw. möchte.

Daher müsse 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. Der Einwand, dass eine getrennte Verwaltung jener Geräteteilzahlungsvereinbarungen, die nach ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages noch für weitere 12 Monate bestehen würden, auf Grund enormen Programmieraufwandes unwirtschaftlich wäre, könne dem nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Ein Unternehmen müsse bei der Vertragsgestaltung sowie der internen Verwaltung im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen handeln. Wie das rechtskonforme Verhalten sichergestellt wird, bleibe grundsätzlich dem Unternehmen überlassen. Dass das gesamte Kundenverwaltungssystem auf dem Bezugspunkt einer aktiven SIM-Karte beruhe, führe 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 stehe 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.

2. Gegen die Spruchpunkte 1. bis 3. dieses Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde.

2.1. Beantragt wird, das BVwG möge in der Sache selbst erkennen und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass festgestellt werde, dass der ursprünglich angenommene Mangel in Gestalt eines Verstoßes gegen § 25d Abs. 1 TKG 2003 nicht vorliege, sowie dass der ursprünglich angenommene Mangel in Gestalt eines Verstoßes

gegen § 25d Abs. 2 TKG 2003 nicht (hilfsweise: im Hinblick auf unternehmerische Teilnehmer nicht) vorliege, in eventu den angefochtenen Bescheid aufheben und die Sache zur Verfahrensergänzung an die belangte Behörde zurückverweisen. Außerdem wird ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gestellt.

2.2. In ihrer Begründung weist die Beschwerde zunächst darauf hin, dass für die Anwendung sowohl des § 25d Abs. 1 TKG 2003, als auch des Abs. 2 dieser Bestimmung schon vor folgendem Hintergrund kein Raum bleibe:

Abweichend vom Zug-um-Zug-Prinzip gemäß § 1052 Satz 1 ABGB gewähre die beschwerdeführende Partei dem Teilnehmer für das bereits bei Übergabe in sein Eigentum übertragene Endgerät die Möglichkeit, den Kaufpreis in Teilzahlungen auf 12, 24 oder eben 36 Monate zu entrichten. Dabei handle es sich um eine Stundung mit der Besonderheit, dass den Teilnehmer keine wie immer geartete weitergehende Zahlungspflicht (Zinsen oder sonstige Kosten) treffe. Gleichzeitig mit der kostenlosen Stundung werde dem Teilnehmer das Recht eingeräumt, den Restkaufpreis jederzeit völlig unabhängig von der Teilzahlungsvereinbarung zu begleichen. Allerdings werde diese Vergünstigung dem Teilnehmer vereinbarungsgemäß nicht unbeschränkt, sondern von vornherein nur unter bestimmten Bedingungen (weiter-)gewährt, von denen eine eben darin bestehe, dass der Kunde den parallel abgeschlossenen Mobilfunkvertrag nicht von sich aus ordentlich kündige. Könne nun der Teilnehmer diese Vergünstigung infolge Kündigung des Mobilfunkvertrages künftig nicht mehr in Anspruch nehmen, sodass er den verbleibenden Kaufpreis nunmehr in einem zu bezahlen habe, so komme es im Ergebnis lediglich zu einer Wiederherstellung des vertraglichen Synallagmas durch nachträgliche - aber nicht etwa rückwirkende - Anpassung an den gesetzlichen Ausgangszustand. Denn der verbleibenden Einmalzahlung stehe ja eine echte Gegenleistung in Gestalt des vorab übereigneten, aber noch nicht zur Gänze bezahlten Endgerätes gegenüber, wobei noch dazu der Gesamtkaufpreis infolge Subventionierung unterhalb des Marktniveaus liege. Anders als bei einer Abschlagszahlung odgl. müsse sich somit der Teilnehmer im vorliegenden Fall gerade nicht von der vertraglichen Beziehung "freikaufen".

2.3. Dass die mit Spruchpunkt 1.a. festgestellte Verletzung speziell des § 25d Abs. 1 TKG 2003 nicht vorliege, begründet die Beschwerde wie folgt:

Die belangte Behörde halte (auch) § 25d Abs. 1 TKG 2003 für verletzt, obwohl im vorliegenden Fall eine rechtliche Bindung an den Mobilfunkvertrag über 24 Monate hinaus unstrittig nicht bestehe. Was zunächst die befürchtete Umgehung betreffe, würden diese Bedenken schon deshalb als unbegründet erscheinen, weil in Gestalt von § 25d Abs. 2 TKG 2003 ohnehin ein Auffangtatbestand zur Verfügung stehe, der gerade auf "wirtschaftliche" Sachverhalte abstelle. Die belangte Behörde übersehe aber auch, dass § 25d Abs. 2 TKG 2003 Mindestvertragslaufzeiten im Sinne des Abs. 1 vom eigenen Anwendungsbereich ausdrücklich ausnehme (arg.: "Unbeschadet etwaiger Mindestvertragslaufzeiten ..."). Daraus folge, dass eine Erfüllung des Tatbestandes von Abs. 2 eine gleichzeitige Anwendung von Abs. 1 (lex specialis) ausschließe. Das Gesetz unterscheide deutlich zwischen einer "Mindestvertragsdauer" nach Abs. 1 leg.cit. und "sonstigen Kündigungsbeschränkungen" gemäß Abs. 2 leg.cit.. Schließlich setze Art. 30 Abs. 5 Universaldienstrichtlinie 2009/136/EG unzweifelhaft das Vorliegen einer rechtlichen Bindung voraus; ganz in diesem Sinne sprächen auch die EB-RV zum TKG (144/ME XXV. GP, S 4) davon, dass sich der Teilnehmer einer Mindestvertragsdauer "unterwirft".

2.4. Was Spruchpunkt 1.b. (Feststellung einer Verletzung des § 25d Abs. 2 TKG 2003) betrifft, führt die Beschwerde Folgendes aus:

Der Verweis der belangten Behörde darauf, dass der Umstand, dass der Teilnehmer nach ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages nicht mehr in den Genuss der Teilzahlung komme, sich negativ auf seine Bereitschaft auswirke, den Betreiber zu wechseln, weil "nicht jeder Teilnehmer" die finanziellen Mittel zur sofortigen Begleichung der restlichen Kaufpreistraten habe, gehe schon allein deshalb ins Leere, weil der Bescheid keinerlei Tatsachensubstrat zur Höhe des - angeblich nicht auf einmal leistbaren - Restkaufpreises für das Endgerät enthalte. Diese Geräte würden sämtlich unter Marktpreis verkauft. Was die von der beschwerdeführenden Partei vorgebrachte Mindestsubventionierung mit einem Betrag von XXXX betreffe, habe die Behörde den dafür angebotenen Zeugenbeweis nicht aufgenommen. Freilich könne es ohnehin nicht darauf ankommen, dass "nicht jeder" Teilnehmer über die erforderlichen finanziellen Mittel verfüge. Jedenfalls bei dem auf Basis des sog. Europäischen Verbraucherleitbildes (bzw. Unternehmerleitbildes) maßgeblichen Durchschnittsverbraucher bzw. -Unternehmer sei davon auszugehen, dass ihm die Mittel für eine solche Einmalzahlung zu Gebote stünden, schon weil er bereits bei Vertragsabschluss davon in Kenntnis gesetzt worden sei, dass der entsprechende Betrag unter bestimmten Voraussetzungen (insb. eben bei ordentlicher Kündigung durch ihn) fällig gestellt werden könne.

Der von der belangten Behörde gezogene Umkehrschluss daraus, dass in den EB-RV lediglich "kostenlose Mobiltelefone", welche "nach vorzeitiger Beendigung" des Vertrages bezahlt werden müssen, Erwähnung fänden, sei nicht zulässig. Es handle sich hier ausdrücklich nur um ein Beispiel, bei dem die gebotene Interessenabwägung jedenfalls zugunsten des Betreibers ausfalle. Augenscheinlich beabsichtige der Gesetzgeber, die Abgrenzung ansonsten vom Einzelfall abhängig zu machen und insoweit der Rechtsprechung zu überlassen. In concreto gehe es gerade nicht um ein außertourlich anfallendes Entgelt für das Endgerät (EB-RV), sondern nur um die Bezahlung des regulären Kaufpreises. Nach EG 24 der Universaldienstrichtlinie komme eine Kostenanlastung für das Endgerät gerade auch für den Fall in Betracht, dass die Kündigung des Telekommunikationsvertrages nicht vorzeitig stattfindet (arg.:

"... unabhängig davon, ob die Kündigung vor oder zu dem vereinbarten Vertragsende erfolgt"). Weshalb dessen ungeachtet § 25d Abs. 2 TKG sogar einer Regelung entgegenstehen sollte, die ohnehin lediglich auf eine Wiederherstellung des vertraglichen Synallagmas im Kündigungsfall hinauslaufe, sei nicht einzusehen.

Der bekämpfte Bescheid lasse nicht erkennen, inwieweit die belangte Behörde die nach der Rechtsprechung (zB 10 Ob 54/13h, 3 Ob 121/06z) unabdingbare Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne einer umfassenden Interessenabwägung nach § 879 Abs. 3 ABGB vorgenommen habe. Eine solche Abwägung könne ausweislich von § 25d Abs. 1 TKG lediglich (gegenüber Verbrauchern) bei Mindestvertragslaufzeiten im eigentlichen Sinn unterbleiben, wenn sie die Dauer von 24 Monate überstiegen. Hingegen könne bei Abs. 2 gerade keine starre Grenze von 24 Monaten angenommen werden, was insofern nur folgerichtig sei, als ja ein bloßer "negativer Anreiz" im Sinne dieser Bestimmung für den Teilnehmer naturgemäß weniger belastend sei als eine rechtliche Bindung an den Telekommunikationsvertrag. Dementsprechend würden auch die EB-RV zu Abs. 2 betonen, dass verhältnismäßige und sachlich gerechtfertigte Klauseln nicht als negativer Anreiz im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen seien. Sie würden dabei auch ausdrücklich auf die OGH-Entscheidung 3 Ob 121/06z verweisen, wo von einem "beweglichen System" ausgegangen und eine "umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenprüfung" verlangt werde. Die von der Behörde vorgenommene kategorische Grenzziehung bei 24 Monaten sei damit nicht zu vereinbaren. Dies gelte umso mehr, als ja § 25d Abs. 2 TKG im Gegensatz zu § 25d Abs. 1 TKG auch im Verhältnis zu Unternehmern zur Anwendung gelange. Wenn gegenüber Unternehmern (sogar) eine rechtliche Mindestbindung nicht auf 24 Monate beschränkt sei, so dürfe diese Wertung nicht dadurch unterlaufen werden, dass eine solche Beschränkung über die Hintertür des Abs. 2 eingeführt werde. In der genannten Entscheidung halte der OGH zudem fest, dass insoweit "auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen" sei. Auch nach EG 47 der Universaldienstrichtlinie müssten die Verbraucher lediglich in der Lage sein, "in voller Sachkenntnis ihre Wahl zu treffen". Im Lichte der demnach anzustellenden ex-ante-Betrachtung könne aber hier von einer gröblichen Benachteiligung bzw. einem "erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis" im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB keine Rede sein. Anknüpfungspunkt dieser Bestimmung wäre nämlich grundsätzlich das Vorliegen einer Abweichung vom dispositiven Recht wie zB durch eine Abschlagszahlung, wohingegen es sich im vorliegenden Fall um eine Rückkehr zum gesetzlichen Ausgangsfall handle. Es gehe also lediglich darum, dass ein Teilnehmer, der nach Lukrierung einer bestimmten Vergünstigung (=Teilzahlungsmöglichkeit während 24 Monaten) noch eine weitere Vergünstigung (=Teilzahlungsmöglichkeit ab 25 bis 36 Monate) lukrieren möchte, dies grundsätzlich nur dann könne, wenn er nicht aus eigenem Antrieb den parallel zur Vergünstigung bestehenden Mobilfunkvertrag ordentlich kündige. Ein Verstoß gegen § 25d Abs. 2 TKG sei vor diesem Hintergrund auch gegenüber Verbrauchern - und erst recht gegenüber Unternehmern - auszuschließen.

Die genannte OGH-Entscheidung betone weiters, dass das Anbot einer vertraglichen Alternative - hier: in Gestalt einer sofortigen Bezahlung oder einer Teilzahlungsvereinbarung auf 12 oder 24 Monate (oder rein faktisch vollständige Bezahlung zu irgendeinem sonstigen Zeitpunkt während des Teilzahlungszeitraumes) - das Vorliegen der für eine Anwendung von § 879 Abs. 3 ABGB erforderlichen "verdünnten Willensfreiheit" grundsätzlich ausschliesse. Auch hierauf gehe die belangte Behörde nicht ein. Zwecks Abgrenzung erörtere die belangte Behörde lediglich den - offenbar selbst nach ihrem Dafürhalten unproblematischen - Fall eines bei ordentlicher Kündigung entfallenden "bloßen" Anwartschaftsrechts. Der Hinweis, wonach bei einem Anwartschaftsrecht das Vollrecht im Kündigungszeitpunkt noch nicht entstanden sei, entspreche einer rein formalrechtlichen Argumentation und laufe im Ergebnis auf eine völlige Verleugnung der Werthaltigkeit eines Anwartschaftsrechtes, zB auf ein mehrere hundert Euro teures neues Smartphone, hinaus. Noch dazu habe der Teilnehmer im vorliegenden Fall einen Großteil - nämlich eben zumindest zwei Drittel (24 von 36 Monaten) - des in Aussicht genommenen Vorteils bereits unwiderruflich lukriert, wohingegen ein Anwartschaftsrecht rückwirkend und zur Gänze entfalle. Wenn die Behörde weiters betone, dass den

Teilnehmer im vorliegenden Fall eine Zahlungspflicht treffe, so verfange dies schon deshalb nicht, weil eine solche Verpflichtung ohnehin nur genau jenen Betrag betreffe, den der Teilnehmer unter allen Umständen schulde (Gesamtkaufpreis), wohingegen er, um das Anwartschaftsrecht in ein Vollrecht zu verwandeln, typischer Weise eine gänzlich neue zusätzliche Verpflichtung (in Gestalt einer weiteren Mindestvertragsdauer) akzeptieren müsse.

Dass die beschwerdeführende Partei durchaus ein von Bindungsgesichtspunkten völlig unabhängiges praktisches Interesse daran habe, die Verrechnung des Kaufpreises für ein Endgerät mit der Verrechnung des Telekommunikationsvertrages zu verknüpfen, stelle die belangte Behörde gar nicht in Abrede. Insb. werde im bekämpften Bescheid auch nicht bestritten, dass eine getrennte Verwaltung der von einer ordentlichen Kündigung des Mobilfunkvertrages betroffenen Geräteteilzahlungsvereinbarungen für die beschwerdeführende Partei wirtschaftlich untunlich wäre. Allerdings halte die belangte Behörde diesen Umstand für nicht berücksichtigungswürdig, da es nach ihrer Ansicht an der beschwerdeführenden Partei gelegen wäre, "abzuwägen, ob die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen unwirtschaftlich ist" und verneinendenfalls die Produkteinführung zu unterlassen. Damit blende die belangte Behörde aus, dass eine Gesetzeswidrigkeit gerade das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung (§ 879 Abs. 3 ABGB) voraussetze. Dies erfordere eine Abwägung sämtlicher involvierter Interessen anhand des Einzelfalls und im Rahmen eines "beweglichen Systems". Dementsprechend könne es nicht angehen, den Aspekt des Verwaltungssystems beim betroffenen Anbieter von einer solchen Gesamtbeurteilung von vornherein auszunehmen. Die Argumentation der belangten Behörde mute innovations- und wettbewerbsfeindlich an. Gerade durch die Einführung neuer Produkte sowie Produktdifferenzierungen werde ja auch der Wettbewerb als Ganzes gefördert. Das gelte nicht zuletzt für die Endgeräte.

Offenbar vorsorglich führe die Behörde auch ins Treffen, dass ohnehin die "Möglichkeit" bestehe, eine zusätzliche SIM-Karte zu aktivieren und die Geräteteilzahlungsvereinbarung unter Anknüpfung an diese getrennt zu erfassen und zu verwalten. Der belangten Behörde könne hier nicht gefolgt werden: Es handle sich um eine unsubstantiierte und einseitige Spekulation, die auch deshalb nicht nachvollziehbar erscheine, weil die belangte Behörde keinen Gebrauch von dem von der beschwerdeführenden Partei zur Dartyung der wirtschaftlichen Untunlichkeit angebotenen Beweismittel (Einvernahme zweier Zeugen) gemacht habe. Bezugsfaktor jeder Interaktion mit Kunden sei die aktive SIM-Karte, also nicht etwa eine laut Behörde neu zu schaffende zusätzliche "Fake"-SIM-Karte für einen bloßen Teilzahlungsschuldner, der ja kein Kunde mehr sei. Der von der Behörde eingemahnte "Workaround" würde nachhaltig alle Systemwelten belasten und Prozesse verändern sowie zB auch Reports durch das gesamte Unternehmen verzerren. An jeder SIM-Karte hingen zahlreiche automatisierte Prozesse, die bei einer "Fake"-SIM-Karte, welche ausschließlich für die Bezahlung von Hardwareraten kreiert würde, beeinträchtigt wären. Folglich müssten sämtliche Kundenprozesse, die an der SIM-Karte hängen, dahingehend überprüft werden, ob sie im Zusammenhang mit der "Fake"-SIM-Karte angegriffen und/oder verändert werden müssen.

Aus den dargestellten Gründen scheidet auch ein Verstoß gegen § 25d Abs. 2 TKG 2003 aus und wäre daher das Aufsichtsverfahren insoweit einzustellen gewesen. Hilfsweise werde geltend gemacht, dass zumindest bei unternehmerischen Vertragspartnern ein Verstoß gegen diese Bestimmung zu verneinen gewesen wäre.

3. Die belangte Behörde legte dem BVwG am 30.05.2017 die Beschwerde samt den Verwaltungsakten vor, wies darauf hin, dass die Beschwerde einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung enthielt, und behielt sich die Erlassung einer Beschwerdeentscheidung ausdrücklich vor.

4. Mit Beschluss vom 02.06.2017, W219 2159451-1/2E, gab das BVwG dem Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, nicht statt. Der Akt wurde an die belangte Behörde zur allfälligen Erlassung einer Beschwerdeentscheidung retourniert.

5. Mit Schriftsatz vom 19.07.2017 legte die belangte Behörde den Akt wiederum dem BVwG vor und teilte mit, von einer Beschwerdeentscheidung abzusehen. Außerdem erstattete die belangte Behörde in diesem Schriftsatz Bemerkungen zur Beschwerde.

6. Das Bundesverwaltungsgericht räumte der beschwerdeführenden Partei die Möglichkeit ein, zu diesen Bemerkungen Stellung zu nehmen, woraufhin die beschwerdeführende Partei die Äußerung vom 11.09.2017 erstattete. Diese Äußerung wurde der belangten Behörde mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung übermittelt.

7. Am 15.11.2019 fand vor dem BVwG eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, während derer insbesondere auf Antrag der beschwerdeführenden Partei hin zwei Zeugen einvernommen wurden.



## II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

### 1. Feststellungen:

Folgender rechtserheblicher Sachverhalt steht fest:

1.1. Das Bundesverwaltungsgericht sieht grundsätzlich den bereits von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt (vgl. oben Pkt. I.1.2.) als bestätigt an.

#### 1.2. Zusätzlich wird festgestellt:

1.2.1. Nach den IT-Abläufen im Unternehmen der beschwerdeführenden Partei ist die Telefonnummer (bzw. SIM-Karte) eines Kunden der wichtigste Bezugspunkt für sämtliche Interaktionen mit dem Kunden. Ab dem Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung eines Mobilfunkvertrages nach 24 Monaten fehlt dieser Bezugspunkt. Für die weitere Verrechnung der ausstehenden Monatsraten für ein Endgerät, das aufgrund einer 36-monatigen Geräteteilzahlungsvereinbarung erworben wurde, können die bestehenden IT-Prozesse nicht verwendet werden.

1.2.2. Nach Erlassung des bekämpften Bescheides wurden die Abläufe dahin angepasst, dass ein Kunde, der den Mobilfunkvertrag nach 24 Monaten kündigt, informiert wird, dass er die Möglichkeit hat, entweder den gesamten Restbetrag für das Gerät auf einmal oder weiterhin die noch aushaftenden Raten zu bezahlen. Entscheidet sich ein Kunde für die weitere Ratenzahlung, wird er telefonisch informiert, wie er die Raten bezahlen soll. Bei Nichtzahlung erfolgt erst nach Ablauf der verbleibenden 12 Monate eine Mahnung, weil eine monatliche Vorgangsweise einen großen Implementierungsaufwand darstellen würde.

1.3. Feststellungen über das genaue Ausmaß der Subventionierung der Gerätekaufpreise durch die Mobilfunktarife waren nicht zu treffen, da es darauf rechtlich nicht ankommt (vgl. unten Pkt. II.3.4.).

### 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Inhalt des Verwaltungsaktes und aus den (Zeugen-)Aussagen während der mündlichen Verhandlung, insbesondere aus der Befragung einer Person, die im Unternehmen der beschwerdeführenden Partei als Juristin angestellt ist (Z 1), und eines Abteilungsleiters im IT-Bereich des Unternehmens der beschwerdeführenden Partei (Z 2).

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) teilweise Stattgabe der Beschwerde

3.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern - wie im vorliegenden Fall - nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist (§ 121a Abs. 2 TKG 2003 sieht nur für Beschwerden in jenen Fällen, in denen die Telekom-Control-Kommission belangte Behörde ist, eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts durch Senate vor).

3.2.1. § 25d und § 91 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011 (TKG 2003), lauten auszugsweise wie folgt:

"Mindestvertragsdauer

§ 25d. (1) 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 zwölf Monaten abzuschließen.

(2) 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.

[...]

(4) Bei einem Verstoß gegen Vorschriften nach diesen Bestimmungen kann die Regulierungsbehörde auch gemäß § 91 einschreiten.

[...]

## Aufsichtsmaßnahmen der Regulierungsbehörde

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

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

[...]

(5) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, tatsächlich nicht vorliegen bzw. innerhalb der gesetzten Frist abgestellt wurden, stellt sie mit Bescheid fest, dass die Mängel nicht bzw. nicht mehr gegeben sind.

(6) Partei im Aufsichtsverfahren ist jedenfalls das Unternehmen, bei dem die Regulierungsbehörde Anhaltspunkte gemäß Abs. 1 hat.

[...]"

3.2.2. Die Regelung des § 25d TKG 2003 geht zurück auf die TKG-Novelle BGBl. I Nr. 102/2011. Die Materialien zu dieser Novelle, RV 1389 BlgNR 24. GP, lauten auszugsweise:

"Mit dieser Bestimmung wird Art. 30 Abs. 5 und 6 UniversaldienstRL umgesetzt. Der Intention Richtlinie ist zu entnehmen, dass diese Bestimmung nur für auf Dauer gerichtete Vertragsverhältnisse abzielt und daher Prepaid-Karten nicht als Vertrag im Sinne dieser Bestimmung gelten. Verhältnismäßige und sachlich gerechtfertigte Klauseln, insbesondere solche, die sich auf Nebenleistungen beziehen, sind jedoch nicht als negativer Anreiz im Sinne des Abs. 2 zu verstehen, etwa kostenlose Mobiltelefone, welche nach vorzeitiger Beendigung des Vertrages ganz oder teilweise bezahlt werden müssen. Zu berücksichtigen ist auch die bisherige Judikatur des OGH zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei langen Vertragsbindungen im Sinne einer beidseitigen Interessensabwägung (siehe OGH 30.05.2006 3 Ob 121/06z, OGH 20.03.2007 4 Ob 227/06w, OGH 10.06.2008 4 Ob 91/08y)."

3.2.3. Art. 30 der insoweit durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 geänderten Universaldienstrichtlinie (im Folgenden: UniversaldienstRL) lautet auszugsweise wie folgt:

"Art 30

Erleichterung des Anbieterwechsels

[...]

(5) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste erbringen, keine anfängliche Mindestvertragslaufzeit beinhalten, die 24 Monate überschreitet. Die Mitgliedstaaten stellen ferner sicher, dass die Unternehmen den Nutzern die Möglichkeit anbieten, einen Vertrag mit einer Höchstlaufzeit von 12 Monaten abzuschließen.

(6) Unbeschadet etwaiger Mindestvertragslaufzeiten stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Bedingungen und Verfahren für die Vertragskündigung für die Verbraucher nicht als negativer Anreiz für einen Anbieterwechsel wirken."

Die Erwägungsgründe (EG) dieser Änderung der UniversaldienstRL lauten auszugsweise:

"[...]

(24) Was die Endeinrichtungen betrifft, so sollten im Kundenvertrag die vom Anbieter auferlegten Beschränkungen bei der Nutzung der Endeinrichtungen, wie beispielsweise die Sperrung von Mobiltelefonen für SIM-Karten anderer Anbieter - sofern solche Beschränkungen nicht nach den nationalen Rechtsvorschriften untersagt sind - und die bei Vertragskündigung anfallenden Gebühren - unabhängig davon, ob die Kündigung vor oder zu dem vereinbarten Vertragende erfolgt - einschließlich der anfallenden Kosten, wenn der Kunde das Gerät behält, angegeben werden.

[...]

(47) Damit die Verbraucher in den vollen Genuss der Vorteile eines wettbewerbsorientierten Umfelds kommen, sollten sie in der Lage sein, in voller Sachkenntnis ihre Wahl zu treffen und den Anbieter zu wechseln, wenn dies in ihrem Interesse ist. Dabei muss unbedingt dafür gesorgt werden, dass sie davon nicht durch rechtliche, technische oder praktische Hindernisse wie Vertragsbedingungen, Verfahren oder Gebühren abgehalten werden. Die Festlegung zumutbarer Mindestlaufzeiten in Verbraucherverträgen wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Die Übertragbarkeit der Rufnummern ist ein entscheidender Faktor für die Wahlfreiheit der Verbraucher und einen wirksamen Wettbewerb in den Wettbewerbsmärkten der elektronischen Kommunikation und sollte mit geringstmöglicher Zeitverzögerung erfolgen, so dass die Rufnummer innerhalb eines Arbeitstags funktionell aktiviert wird und der Nutzer eine Unterbrechung des Dienstes nicht länger als einen Arbeitstag lang hinnehmen muss. Die zuständigen nationalen Behörden können unter Berücksichtigung des nationalen Vertragsrechts und der technischen Entwicklung das Globalverfahren für die Übertragung von Rufnummern vorschreiben. Wie die Erfahrung in einigen Mitgliedstaaten gezeigt hat, besteht die Gefahr, dass Verbraucher ohne ihre Einwilligung auf einen anderen Anbieter umgestellt werden. Auch wenn dies in erster Linie eine Angelegenheit für die Vollzugsbehörden sein sollte, sollten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, in Bezug auf den Wechsel des Anbieters jenes Mindestmaß an verhältnismäßigen Maßnahmen zu treffen - einschließlich der Auferlegung angemessener Sanktionen -, das erforderlich ist, um diese Gefahren zu minimieren und den Verbraucherschutz im Übertragungsverfahren zu gewährleisten, ohne dass der Wechsel für die Verbraucher an Attraktivität verliert."

### 3.3. Zu Spruchpunkt 1.a des bekämpften Bescheides - Verletzung des § 25d Abs. 1 TKG 2003

Das Bundesverwaltungsgericht teilt die Ansicht der beschwerdeführenden Partei, dass im vorliegenden Fall § 25d Abs. 1 TKG 2003 nicht verletzt wird.

Auch nach der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts stellt § 25d Abs. 1 TKG 2003 mit der Anordnung, Verträge über Kommunikationsdienste zwischen Betreibern und Verbrauchern dürften eine anfängliche Mindestvertragsdauer von 24 Monaten nicht überschreiten, eindeutig auf die Dauer einer rechtlichen Bindung an den Mobilfunkvertrag selbst ab. Im vorliegenden Fall ergibt sich unstrittig aus dem Mobilfunkvertrag selbst keine rechtliche Bindung für mehr als 24 Monate.

Die belangte Behörde argumentiert, eine 36 Monate laufende Geräteteilzahlungsvereinbarung, die mit dem Mobilfunkvertrag in der Weise verknüpft ist, dass der Kunde bei ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages nach 24 Monaten die restlichen Entgeltraten für das Endgerät auf einmal begleichen muss, bewirke, dass für den Kunden schon ab Vertragsabschluss der "wirtschaftliche Zwang" bestehe, 36 Monate Vertragspartner zu bleiben. Aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts übergeht die Behörde damit den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, das in § 25d Abs. 1 TKG 2003 eine Regelung betreffend die maximale anfängliche "Mindestvertragsdauer" von "Verträgen über Kommunikationsdienste" trifft. Die Geräteteilzahlungsvereinbarung ist selbst kein Vertrag über einen Kommunikationsdienst, sondern ein Kaufvertrag betreffend ein Telekommunikations-Endgerät, für den überdies keine "Mindestvertragsdauer", sondern eben die Zahlung in Raten vereinbart wird. Auch die Verknüpfung zwischen Mobilfunkvertrag und Geräteteilzahlungsvereinbarung bewirkt eindeutig und unstrittig keine rechtliche Bindung an den Mobilfunkvertrag für mehr als 24 Monate.

Die belangte Behörde beruft sich weiters auf den Charakter des § 25d Abs. 1 TKG 2003 als Schutznorm zugunsten von Verbrauchern, die sicherstellen solle, dass sich Verbraucher nicht auf überlange Vertragsbindungen einlassen müssen, um preislich attraktive Kommunikationsdienste beziehen zu können, dies vor dem Hintergrund, dass der Verbraucher bei längeren Vertragsbindungen oftmals keine angemessene Gegenleistung für diese lange Bindung erhalte, weshalb für die Länge der Mindestvertragsdauer nicht nur die Bindefrist des "reinen" Mobilfunkvertrages, sondern auch die damit in untrennbarem Zusammenhang stehenden Zusatzleistungen betrachtet werden müssten; wenn der Kunde im vorliegenden Fall in den vollen Genuss einer 36-monatigen Abzahlungsmöglichkeit für das bei Vertragsabschluss erworbene Endgerät kommen wolle, müsse er faktisch schon beim Vertragsabschluss für den Mobilfunkvertrag eine "wirtschaftliche Mindestvertragsdauer" von 36 Monaten akzeptieren.

Damit nennt die belangte Behörde aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts keine überzeugenden Argumente, die eine vom eindeutigen Wortlaut des § 25d Abs. 1 TKG 2003 abweichende Auslegung dieser Bestimmung im Sinne eines Abstellens auf eine (wie es die belangte Behörde nennt) "wirtschaftliche" Mindestvertragsdauer des Vertrages über

Kommunikationsdienste gebieten würden. Die Befürchtung der belangten Behörde, dass aufgrund einer auf die Dauer der rechtlichen (und nicht auch "wirtschaftlichen") Bindung an den Mobilfunkvertrag abstellenden Auslegung die Bestimmung des § 25d Abs. 1 TKG 2003 durch "Auslagerung" der zusätzlichen Vertragslaufzeiten in Zusatzleistungen wie durch die hier in Rede stehende Geräteteilzahlungsvereinbarung leicht umgangen werden könnte, trifft aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts angesichts der Regelung des § 25d Abs. 2 TKG 2003, die gerade solche Konstellationen - keine überlangen rechtlichen Bindungen, jedoch Setzung entsprechender Anreize - bedenkt (vgl. gleich unten), nicht zu.

Der Beschwerde war daher insoweit stattzugeben, als gemäß § 91 Abs. 5 TKG 2003 festzustellen war, dass der Mangel eines Verstoßes gegen § 25d Abs. 1 TKG 2003 nicht vorliegt, und der Spruch des bekämpften Bescheides entsprechend abzuändern (der Inhalt des im bekämpften Bescheid als "1.a." bezeichneten Spruchpunktes zu tilgen) war.

#### 3.4. Zu Spruchpunkt 1.b. des bekämpften Bescheides - Verletzung des § 25d Abs. 2 TKG 2003

Die belangte Behörde hat nach der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zu Recht festgestellt, dass die beschwerdeführende Partei entgegen § 25d Abs. 2 TKG 2003 mit der in Rede stehenden Geräteteilzahlungsvereinbarung über 36 Monate, die mit einem Mobilfunkvertrag mit einer Mindestvertragsdauer von 24 Monaten dergestalt verknüpft ist, dass bei ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages nach 24 Monaten der gesamte ausständige Gerätepreis auf einmal fällig gestellt wird, eine Bedingung für die Vertragskündigung vorgesehen hat, die für Teilnehmer als negativer Anreiz für einen Betreiberwechsel wirkt.

Die Beschwerde tritt dieser Feststellung mit dem Argument entgegen, in den Materialien zu § 25d Abs. 2 TKG 2003 werde betont, dass verhältnismäßige und sachlich gerechtfertigte Klauseln, die sich auf Nebenleistungen beziehen, nicht als negativer Anreiz im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen seien. Der in den Materialien genannte Fall ("kostenlose Mobiltelefone, welche nach vorzeitiger Beendigung des Vertrages ganz oder teilweise bezahlt werden müssen") sei nur ein Beispiel einer solchen gerechtfertigten Klausel. Im vorliegenden Fall gehe es gerade nicht um ein außertourlich anfallendes Entgelt für das Endgerät, sondern nur um die Bezahlung des regulären, überdies durch die Mobilfunktarife subventionierten Kaufpreises unter Wiederherstellung des vertraglichen Synallagmas (Entfall der weiteren kostenlosen Stundung). Aus dem Verweis der Materialien auf Entscheidungen des OGH gehe hervor, dass eine umfassende, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Interessenabwägung durchzuführen sei. Der Teilnehmer habe bei ordentlicher Kündigung des Mobilfunkvertrages nach 24 Monaten und Fälligkeit der ausständigen Raten für das Endgerät zwei Drittel des in Aussicht gestellten Vorteils einer kostenlosen Stundung bereits unwiderruflich lukriert. Eine getrennte Verwaltung der von einer solchen ordentlichen Kündigung des Mobilfunkvertrages betroffenen Teilzahlungsvereinbarungen zur Ermöglichung einer weiteren Ratenzahlung wäre - wie im Einzelnen unter Darstellung der im Unternehmen der beschwerdeführenden Partei verwendeten IT-Anwendungen beschrieben wird - für die beschwerdeführende Partei wirtschaftlich untunlich. Die gebotene Interessenabwägung müsse daher zu Gunsten der beschwerdeführenden Partei ausgehen.

Aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts haben die Materialien mit dem angesprochenen Beispiel ("kostenlose Mobiltelefone, welche nach vorzeitiger Beendigung des Vertrages ganz oder teilweise bezahlt werden müssen") für eine "verhältnismäßige und sachlich gerechtfertigte Klausel, die sich auf Nebenleistungen bezieht", erkennbar den Fall vor Augen, dass ein Mobilfunkvertrag vor Ablauf einer gesetzeskonform ausgestalteten Mindestvertragslaufzeit beendet wird. Dass in einem solchen Fall ein kostenlos überlassenes Mobiltelefon ganz oder teilweise bezahlt werden muss, halten die Materialien wohl gerade deshalb für sachlich gerechtfertigt, weil eine - gesetzeskonform ausgestaltete - Mindestvertragslaufzeit des Mobilfunkvertrages bei der Vertragsbeendigung nicht eingehalten wurde. Der vorliegende Fall unterscheidet sich davon ganz wesentlich, da es um eine Beendigung des Mobilfunkvertrages nach Ablauf der (was Verbraucher iSd KSchG betrifft: maximalen, für andere Teilnehmer: der vertraglich festgelegten) Mindestvertragsdauer von 24 Monaten (durch eine ordentliche Kündigung des Teilnehmers) geht, die eine Fälligkeit der Restkaufpreisforderung aus einem über eine längere Dauer (nämlich 36 Monate) laufenden Teilzahlungskauf gemäß der Geräteteilzahlungsvereinbarung zur Folge hat.

Aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts liegt es auf der Hand, dass damit dem Teilnehmer ein Anreiz geboten wird, bis zum Ablauf auch der 36 Monate dauernden Geräteteilzahlungsvereinbarung eben keine ordentliche Kündigung des Mobilfunkvertrages (also keinen Betreiberwechsel) vorzunehmen - egal, ob es sich beim Teilnehmer um einen Verbraucher im Sinne des KSchG handelt oder nicht. Die Fälligkeit des gesamten Restkaufpreises kann

weitere nicht wie das gänzliche oder teilweise Bezahlen eines zunächst kostenlos überlassenen Mobiltelefons als verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt gelten, eben weil es sich nicht um die Folge einer "vorzeitigen" Beendigung des Mobilfunkvertrages, sondern einer Beendigung des Mobilfunkvertrages nach Ablauf der (für Verbraucher iSd KSchG: maximalen) Mindestvertragslaufzeit des Mobilfunkvertrages handelt. Der hier gesetzte negative Anreiz läuft also insgesamt auf ein Aufweichen der für Verbraucher iSd KSchG geltenden maximalen Mindestvertragsdauer von 24 Monaten (bzw. - wenn es sich um Teilnehmer handelt, die keine Verbraucher iSd KSchG sind - der im Mobilfunkvertrag vereinbarten Mindestvertragsdauer) hinaus.

Dass diese Vertragsgestaltung insgesamt nicht als verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt angesehen werden kann, ergibt sich schließlich auch aus folgenden Erwägungen:

Als Interessen, die durch eine weitere Verrechnung von Monatsraten für das Endgerät gegenüber Kunden, die ihren Mobilfunkvertrag gekündigt haben, verletzt würden, führt die beschwerdeführende Partei lediglich ins Treffen, dass sie ihre IT-Anwendungen (die Verrechnungslogiken würden an eine aktive SIM-Karte bzw. Telefonnummer anknüpfen; nach Kündigung des Mobilfunkvertrages sei keine aktive SIM-Karte und damit kein Bezugspunkt zur Kommunikation mit dem entsprechenden Kunden mehr im IT-System vorhanden) in wirtschaftlich untunlicher Weise anpassen müsste.

Das Bundesverwaltungsgericht teilt die Ansicht der belangten Behörde, dass interne IT-Prozesse bzw. Anpassungsbedürfnisse dieser Art nicht als Rechtfertigungsgrund für das Setzen negativer Anreize für einen Betreiberwechsel iSd § 25d Abs. 2 TKG 2003 herangezogen werden können. Eine solche Beeinträchtigung der Interessen des Betreibers muss aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts schon ihrer Art nach hinter das von § 25d Abs. 2 TKG 2003 anerkannte Schutzbedürfnis des Teilnehmers im Hinblick auf das Vermeiden negativer Anreize für einen Betreiberwechsel zurücktreten. Denn dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass er das Interesse der Betreiber von Kommunikationsdiensten am Beharren auf unveränderten IT-Lösungen (hier: auf Verrechnungslogiken, die keine weitere Verrechnung von Geräteteilzahlungen nach Kündigung eines Mobilfunkvertrages zulassen) höher gewichtet als das erwähnte Schutzbedürfnis der Teilnehmer, die bei einer Kündigung des Mobilfunkvertrages nach Ablauf der Mindestvertragsdauer alle noch ausstehenden Monatsraten gemäß der gleichzeitig mit dem Mobilfunkvertrag abgeschlossenen Geräteteilzahlungsvereinbarung auf einmal bezahlen müssen. Auf das genaue Ausmaß des Aufwandes zur Adaptierung der internen Verrechnungsabläufe des Unternehmens auf der einen Seite und der Vorteilhaftigkeit des (unstrittig durch den Mobilfunktarif subventionierten) Erwerbs eines Endgeräts durch den Teilnehmer auf der anderen Seite kommt es für die Beurteilung der Angemessenheit und sachlichen Rechtfertigung der in Rede stehenden Vertragsgestaltung gemäß § 25d Abs. 2 TKG 2003 nach der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht an.

Die Feststellung einer Verletzung des § 25d Abs. 2 TKG 2003 erfolgte im bekämpften Bescheid also zu Recht. Die Beschwerde war daher insoweit abzuweisen.

3.5. Gegen die Spruchpunkte 2.a., 2.b. und 3. wurden keine speziellen Bedenken vorgebracht. Wegen Entfalls der Feststellung einer Verletzung des § 25d Abs. 1 TKG 2003 hatte jedoch Spruchpunkt 2. a. zu entfallen und Spruchpunkt 3. entsprechend angepasst zu werden.

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)