

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. Dr. DI Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über den Antrag der mobilkom austria AG & Co KG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, auf Genehmigung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelten für das Festnetzservice „A1-Convergence“

in ihrer Sitzung vom 23.01.2006 einstimmig beschlossen:

Spruch

- I. Gemäß § 18 Abs. 4 des Bundesgesetzes betreffend die Telekommunikation (Telekommunikationsgesetz – TKG, BGBl I Nr. 100/1997 idF BGBl I Nr. 134/2002) in Verbindung mit § 133 Abs. 7 des Bundesgesetzes, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idgF 133/2005) und § 45 Abs. 6 TKG 2003 in Verbindung mit § 37 Abs. 2 Satz 1 TKG 2003 iVm § 43 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 TKG 2003 iVm dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 21.02.2005 zu M 3/03 iVm § 45 TKG 2003 wird dem Antrag der mobilkom austria AG & Co KG vom 8.11.2005 (in der Fassung der Antragsänderung vom 16.12.2005 samt den Änderungen vom 10.1.2006) auf Genehmigung der Leistungsbeschreibung des Produktes „A1-Convergence“, die als Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheides bilden, stattgegeben.
- II. Gemäß § 18 Abs. 6 und 7 TKG 1997 in Verbindung mit § 133 Abs. 7 TKG 2003 und § 45 Abs. 6 des Bundesgesetzes, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idgF 133/2005) in Verbindung mit § 37 Abs. 2 Satz 1 TKG 2003 iVm § 43 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 TKG 2003 iVm dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 21.02.2005 zu M 3/03 iVm § 45 TKG 2003 wird dem Antrag der mobilkom Austria AG & Co KG vom 8.11.2005 (in der Fassung der Antragsänderung vom 16.12.2005 samt den Änderungen vom 10.1.2006) auf Genehmigung der Entgeltbestimmungen des Produktes „A1-Convergence“, die als

Anlage einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheides bilden, stattgegeben.

- III. Für diesen Bescheid sind gemäß § 1 in Verbindung mit Punkt E Z 7 des 2. Abschnittes der Telekommunikationsgebührenverordnung, BGBl II Nr. 29/1998 idF BGBl II Nr. 161/2004 Euro 49,05 an Gebühren binnen zwei Wochen ab Zustellung an das BMVIT, Kontonummer 5040003, PSK, zu entrichten.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 8.11.2005 brachte die mobilkom austria AG & Co KG (in Folge: mobilkom) einen Antrag auf Genehmigung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelten für das Festnetzprodukt „A1-Convergence“ ein (ON 1). Mit Schreiben vom 29.11.2005 (ON 3) wurde der mobilkom mitgeteilt, dass der vorliegende Genehmigungsantrag nicht genehmigungsfähig erscheint. Gleichzeitig wurde der mobilkom die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Mit Schreiben vom 16.12.2005 (ON 4) brachte die mobilkom folglich eine Antragsänderung ein und nahm mit Schreiben vom 10.1.2006 (ON 6) noch Änderungen der Leistungsbeschreibung vor.

2. Festgestellter Sachverhalt

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den beantragten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen, die als Anlage einen integrierenden Bestandteil dieses Bescheides bilden.

2.1. Zum Produkt A1-Convergence:

Die zur Genehmigung vorgelegten Geschäftsbedingungen (Leistungsbeschreibung) und Entgelten schaffen ein neues Produkt (A1-Convergence). Mit A1-Convergence Produkt werden Rufe zu einer geografischen Festnetznummer, über welche der Teilnehmer verfügungsbefugt ist (und welche in das Festnetz der mobilkom portiert wurde), auf eine Einrichtung, mit welcher ein fester Netzabschlusspunkt hergestellt wird, zugestellt. Gegen ein monatliches Serviceentgelt von 38 € brutto (31,67 € netto), kann der Kunde am festen Netzabschlusspunkt ankommende Passivgespräche zu anderen Anschlüssen weiterleiten. Im Serviceentgelt inkludiert ist die Leistung von 300 Minuten Rufweiterleitung vom festen Netzabschlusspunkt zu einem eigenen A1-Mobilfunkanschluss, sodass hierfür kein zusätzliches verkehrsabhängiges Entgelt anfällt. Bei Überschreitung der 300 Minuten erfolgt jedoch eine verkehrsabhängige Vergebühung

entsprechend dem Tarif „A1 Company Line“. Die monatliche Servicegebühr fällt pro genutzter A1-Sim-Karte (nicht jedoch für die SIM-Karte im festen Netzabschlusspunkt) an. Für A1-Convergence wird eine Mindestvertragsdauer im Ausmaß von 24 Monaten vereinbart.

2.2. Kosten / Erlöse:

In ihrem Antrag vom 16.12.2005 geht die mobilkom von Kosten für die Rufweiterleitung in das A1-Mobilfunknetz in Höhe von 10,32 €/min sowie für die Originierung im Festnetz in Höhe von 1 €/min (Durchschnitt zwischen peak und off-peak) aus. An Erlösen gibt die mobilkom die Terminierung am festen Netzabschlusspunkt in Höhe von 1 €/min an.

Die Abdeckung der Vorleistungskosten (Mobilterminierung) des Produktes A1-Convergence ist gewährleistet, da dem zusätzlichen Serviceentgelt von 31,67 € netto (38 € brutto) maximale Aufwendungen in Höhe von 30,96 € gegenüberstehen. Diese ergeben sich aus den maximal betroffenen 300 Minuten multipliziert mit den Mobilterminierungsentgelten, welche von mobilkom in ihrem Antrag vom 16.12.2006 mit 0,1032 € pro Minute angenommen wurden. In der zwischenzeitig ergangenen Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2/05 ff wurden die Mobilterminierungsentgelte für mobilkom ab dem 1.1.2006 mit 0,0934 € festgelegt, woraus sogar ein zusätzlicher Spielraum für eine eventuelle Nachbildung durch Mitbewerber resultieren würde bzw. ein etwas höheres Maximalminutenkontingent (ca. 339 Min) als das von mobilkom beantragte, möglich wäre.

3. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem ursprünglichen Antrag der mobilkom vom 8.11.2005 (ON 1), dem Änderungsantrag der mobilkom vom 16.12.2005 (ON 4) und dem Schreiben der mobilkom vom 10.1.2006 (ON 6), und ist unbestritten.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zur Genehmigungspflicht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelte:

4.1.1. Genehmigungspflicht wegen der die Telekom Austria AG als Konzernmutter treffenden Verpflichtungen

Die im gegenständlichen Bescheid relevierten ex ante-Genehmigungspflichten für Retail-Entgelte im Festnetzbereich und den korrelierenden AGB ergeben sich daraus, dass die Telekom Austria AG als Konzernmutter der mobilkom diesen spezifischen Verpflichtungen unterliegt.

Dieser Grundsatz entspricht nach der Rechtslage des TKG (1997), wie zuletzt im Verfahren G 26/04 festgestellt (vormals bereits festgestellt in den Verfahren

G 12/00, G 39/00 und G 10/02 und vom VwGH in seinem Erkenntnis ZI. 2000/03/0361/-8 vom 29.1.2003 bestätigt), der gängigen Spruchpraxis der TKK und ist auf Grund des Prinzips der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gemäß § 1 und 20 KartG 2005 (der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes sind maßgeblich) auch auf das TKG 2003 umzulegen. Das führt zu dem Ergebnis, dass die ex-ante Genehmigungspflichten für Entgelte und AGB, die für die Telekom Austria AG zur Anwendung gelangen, auch von mobilkom als deren Konzerntochter zu beachten sind. Das Produkt „A1-Convergence“ als Festnetzprodukt unterliegt somit der Genehmigungspflicht.

Die entsprechenden Verpflichtungen der Telekom Austria selbst ergeben sich entweder aus den spezifischen gemäß dem § 45 TKG 2003 auferlegten Verpflichtungen oder materiell aus dem TKG (1997) in Zusammenhang mit der in § 133 Abs. 7 TKG 2003 enthaltenen Übergangsbestimmung. Das Produkt A1-Convergence enthält sowohl Leistungen, die, wie im Folgenden noch ausgeführt wird, unterschiedlich entweder nach TKG 2003 oder nach den Maßstäben des TKG (1997) zu beurteilen sind. Diese Differenzierung ergibt sich aus den verschiedenen Märkten, denen die Leistungen des Produktes der mobilkom zuzuordnen sind.

4.1.2. Markt für Inlandsverbindungen von Nichtprivatkunden

Mit Erkenntnis vom 22.11.2005 hat der VwGH (ZI. 2005/03/0112) den Marktanalysebescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 4/03 vom 21.2.2005 (Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Telekom Austria AG auf dem Endkundenmarkt für Inlandsverbindungen von Nichtprivatkunden) aufgehoben. Zur Beurteilung der Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelten, welche dem Markt für Inlandsverbindungen von Nichtprivatkunden zuzurechnen sind, gelangt somit die Rechtslage vor Erlass des aufgehobenen Bescheides zur Anwendung.

Das Telekommunikationsgesetz 2003, welches mit 20.08.2003 in Kraft getreten ist, sieht keine generelle Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelten eines marktbeherrschenden Betreibers vor; die Regelung des § 133 Abs. 7 TKG 2003 bestimmt jedoch Folgendes: Soweit die Regulierungsbehörde vor Inkraft-Treten dieses Bundesgesetzes (d.h. des TKG 2003) festgestellt hat, dass ein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne von § 33 TKG (1997) ist, gelten die sich aus dem TKG (1997) ergebenden Pflichten für marktbeherrschende Unternehmen solange weiter, bis für das betreffende Unternehmen ein Bescheid nach § 37 Abs. 2 TKG 2003 ergangen ist oder die Aufhebung der Verpflichtungen nach § 37 Abs. 3 TKG 2003 wirksam wird.

Da ein entsprechender Bescheid nach § 37 Abs. 2 TKG 2003 betreffend Telekom Austria AG für den Markt Inlandsgespräche für Nichtprivatkunden zwar zwischenzeitig ergangen ist (M 4/03 vom 21.2.2005), jedoch durch VwGH-Erkenntnis vom 22.11.2005 aufgehoben wurde, gelangt die Rechtslage vor Erlass des aufgehobenen Bescheides zur Anwendung gelangt. Vor Inkrafttreten des TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission zuletzt mit

Bescheid M 1/02 vom 20.09.2002 festgestellt (dies wurde vom VwGH mit Erkenntnis ZI. 2002/03/0284-6 vom 18.11.2003 bestätigt), dass die Konzernmutter der mobilkom, die Telekom Austria AG, auf dem Markt für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, und für die Beurteilung der AGB und Entgelte die Bestimmung des § 18 TKG 1997 einschlägig ist. § 18 TKG (1997) regelt unter anderem die Genehmigungspflicht von Geschäftsbedingungen und Entgelten für den Sprachtelefondienst über ein festes Netz eines marktbeherrschenden Betreibers.

4.1.3. Markt für Inlandsgespräche von Privatkunden:

Mit Bescheid M 3/03 vom 21.2.2005 wurde gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 festgestellt, dass die Telekom Austria AG auf dem Markt Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt) gemäß § 1 Z 3 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt. Aufgrund der festgestellten marktbeherrschenden Stellung wurde der Telekom Austria AG im Verfahren M 3/03 gemäß Punkt I.2.1. des Bescheides M 3/03 iVm § 43 Abs. 1 iVm Abs. 2 iVm Abs. 3 TKG 2003 die Verpflichtung auferlegt, ihre Geschäftsbedingungen sowie ihre Endkundenentgelte der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung vorzulegen.

Für allgemeine Geschäftsbedingungen und Endkundenentgelte die dem vom Bescheid M 3/03 erfassten Markt zuzurechnen sind, ist daher § 37 Abs. 2 Satz 1 TKG 2003 iVm § 43 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 TKG 2003 iVm dem Bescheid M 3/03 iVm § 45 TKG 2003 heranzuziehen.

4.2. Zu Spruchpunkt I. (Genehmigung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen):

Zur Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit gelangt hinsichtlich des Marktes Inlandsverbindungen von Nichtprivatkunden die Bestimmung des § 18 TKG (1997) zur Anwendung (siehe hierzu bereits die Ausführungen unter Punkt 4.1.2.) § 18 Abs. 4 erster Satz TKG (1997) regelt hierbei unter anderem die Genehmigungspflicht von Geschäftsbedingungen für den Sprachtelefondienst über ein festes Netz eines marktbeherrschenden Anbieters. Diese Bestimmung unterscheidet nicht zwischen der ersten Genehmigung von Geschäftsbedingungen und der Genehmigung späterer Änderungen. Es sind daher die Erlassung von Geschäftsbedingungen eines marktbeherrschenden Anbieters als auch alle Änderungen derselben genehmigungspflichtig. Dass die Konzernmutter der mobilkom, die Telekom Austria AG, auf dem Markt für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wurde von der Telekom-Control-Kommission zuletzt mit Marktanalysebescheid zu M 01/02 vom 20.09.2002 (in einem Genehmigungsverfahren zuletzt mit Bescheid zu G 26/04 vom) festgestellt und steht außer Zweifel (VwGH 2002/03/0284 v. 18.11.2003).

Wie die Telekom-Control-Kommission bereits im Bescheid G 11/99 vom 29.06.1999 unter Punkt 4 ausgeführt hat, ist anders als beim Widerspruch

gegen Geschäftsbedingungen in § 18 Abs. 4 letzter Satz TKG (1997) bei der Genehmigung von Geschäftsbedingungen nicht nur auf das TKG, die auf Grund des TKG erlassenen Verordnungen und die relevanten Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften abzustellen, sondern auf die Gesamtrechtsordnung. Neben dem TKG, den auf Grund des TKG erlassenen Verordnungen und den relevanten Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften, sind auch die allgemeinen vertragsrechtlichen Rahmenbedingungen wie das Konsumentenschutzgesetz – soweit es offenkundige Verstöße betrifft – zu berücksichtigen, dies unbeschadet des Umstands, dass die telekommunikationsrechtliche Genehmigung die zivilrechtliche Inhaltskontrolle von Geschäftsbedingungen durch die ordentlichen Gerichte nicht berührt.

Die Überprüfung der von der mobilkom zur Genehmigung beantragten Allgemeinen Geschäftsbedingungen („LB A1-Convergence“) hat ergeben, dass diese dem oben angeführten Prüfungsmaßstab entsprechen.

Zur Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit gelangt hinsichtlich des Marktes Inlandsverbindungen von Privatkunden die Bestimmung des § 45 TKG 2003 zur Anwendung (siehe hierzu bereits die Ausführungen unter Punkt 4.1.3.). Nach § 45 Abs. 6 TKG 2003 ist die Genehmigung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu versagen, wenn sie Bestimmungen des TKG 2003 oder den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und § 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG nicht entsprechen.

Die Überprüfung der von der mobilkom zur Genehmigung beantragten Allgemeinen Geschäftsbedingungen („LB A1-Convergence“) hat ergeben, dass die AGB auch diesem Prüfungsmaßstab entsprechen.

Die beantragten Allgemeinen Geschäftsbedingungen waren daher entsprechend Spruchpunkt I. zu genehmigen.

4.3. Zu Spruchpunkt II. (Genehmigung von Entgelten):

Die von mobilkom zur Genehmigung vorgelegten Entgeltbestimmungen enthalten teilweise Leistungen die dem Markt für Inlandsverbindungen von Nichtprivatkunden zuzurechnen sind. Wie bereits ausgeführt, gelangt hinsichtlich des Marktes Inlandsverbindungen von Nichtprivatkunden die Bestimmung des § 18 TKG (1997) zur Anwendung. § 18 Abs. 6 TKG (1997) bestimmt hierbei, dass genehmigungspflichtige Entgelte „unter Bedachtnahme auf die jeweils zugrundeliegenden Kosten, die zu erfüllenden Aufgaben und die Ertragslage festzulegen sind. Innerhalb einer Gebührenzone müssen die Entgelte einheitlich sein. Rabattregelungen bleiben davon unberührt. Eine Quersubventionierung zwischen einzelnen Gebührenzonen ist unzulässig.“

Wie die Telekom-Control-Kommission schon im Bescheid G 11/99-65 vom 29.06.1999 ausgesprochen hat, stellt die Festlegung der Entgelte unter Bedachtnahme auf die jeweils zugrundeliegenden Kosten einen wichtigen Prüfungsmaßstab bei der Genehmigung von Entgelten dar. Die Tarife müssen also die zugrundeliegenden Kosten widerspiegeln.

Die von mobilkom zur Genehmigung vorgelegten Entgeltbestimmungen enthalten teilweise auch Leistungen, die dem vom Bescheid zu M 3/03 erfassten Markt für Inlandsverbindungen von Privatkunden zuzurechnen sind. Auf einzelne Leistungen in den zur Genehmigung vorgelegten Entgeltbestimmungen ist daher § 37 Abs. 2 Satz 1 TKG 2003 iVm § 43 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 TKG 2003 iVm mit dem Bescheid zu M 3/03 iVm § 45 TKG 2003 anzuwenden. Gemäß Punkt I.2.1. des Bescheides zu M 3/03 hat die Telekom Austria (und folglich mobilkom als deren Konzerntochter) gemäß § 43 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 TKG 2003 ihre Endkundenentgelte, ausgenommen Aktionsangebote bis zu einer Dauer von drei Monaten, der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung vorzulegen. Die Endkundenentgelte müssen dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen.

Dem Marktanalysebescheid M 3/03 (vgl. S 55) entsprechend hat ein Tarif, welcher dem Markt für Inlandsverbindungen von Privatkunden zuzurechnen ist, um genehmigungsfähig zu sein, nachstehende 3 Kriterien zu erfüllen (Tarifmatrix):

Kriterium 1: Jede angebotene Tarifzone muss, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen (z.B. Werbeaktionen), über alle Tarifoptionen hinweg kostendeckend sein.

Kriterium 2: Je Tarifoption müssen die Tarifzonen in Summe, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen, kostendeckend sein.

Kriterium 3: Die Entgelte für einzelne Tarifzonen innerhalb einzelner Tarifoptionen sowie die Entgelte für Grundentgelte einzelner Tarifoptionen müssen sich hinsichtlich ihrer Untergrenze an den Vorleistungskosten für das entsprechende Produkt orientieren.

Die ersten beiden Kriterien wurden bezüglich des Tarifes A1-Company line bereits im Verfahren G 26/04 geprüft und genehmigt (Bescheid der TKK vom 21.6.2004; dort jedoch mit dem Arbeitstitel „A1-Fixline“) und sind somit im gegenständlichen Verfahren nicht mehr relevant. Bezüglich der sonstigen Entgelte ist – wie bereits festgestellt (vgl. Punkt 2.2. dieses Bescheides) – das dritte Kriterium der Tarifmatrix erfüllt.

Da die beantragten Entgeltbestimmungen somit kostenorientiert sind bzw. der Tarifmatrix entsprechen, waren sie entsprechend Spruchpunkt II. zu genehmigen.

4.4. Zu Spruchpunkt III. (Gebührenpflicht):

Die Gebührenpflicht gründet sich auf §§ 1 und 3 Abs. 1 der Telekommunikationsgebührenverordnung.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gem. § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweise

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung der Beschwerde ist eine Gebühr von Euro 180,- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 23.01.2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann