

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 20.12.2004 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 91 Abs. 2 in Verbindung mit § 117 Z 7, § 23 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr. 70/2003 (im Folgenden „TKG 2003“) wird Mobilkom Austria AG & Co KG (im Folgenden „Mobilkom“) ab Zustellung dieses Bescheides untersagt, von Teilnehmern, die im Sinne des § 23 Abs. 1 TKG 2003 den Wechsel des Telefondiensteanbieters unter Beibehaltung der Rufnummer in Anspruch nehmen, ein Entgelt zu verlangen, welches einen Gesamtbetrag von EUR 19,- (inklusive Ust.) übersteigt. Dieser Gesamtbetrag kann einen Höchstbetrag von EUR 4,- (inklusive Ust.) für die Information (NÜV-Information und NÜV-Bestätigung) gemäß § 3 Abs. 2 Nummernübertragungsverordnung BGBl II Nr. 513/2003 (im folgenden „NÜV“) beinhalten.

II. Begründung

II. 1. Zum Verlauf des Verfahrens

Die Telekom-Control-Kommission hat mit Bescheid vom 30.07.2004 gemäß §§ 48 Abs. 1, 50 Abs.1 iVm § 117 Z 7 TKG 2003 zu Z 24/03 eine Zusammenschaltungsanordnung zwischen Mobilkom und Hutchison 3G Austria GmbH erlassen und damit nähere Bedingungen zur Übertragung mobiler Rufnummern angeordnet. Mit Bescheid vom 27.10.2004 hat die Telekom-Control-Kommission eine weitere, materiell gleichlautende Entscheidung zwischen Mobilkom und tele.ring Telekom Service GmbH zu Z 05/04 erlassen.

Mobilkom hat am 15.10.2004 gemäß § 25 Abs. 1 TKG 2003 Entgelte für die Inanspruchnahme der Rufnummernübertragung in Höhe von EUR 35,- pro zu übertragender Rufnummer bei der Regulierungsbehörde angezeigt. Die Telekom-Control-Kommission hat darauf hin in ihrer Sitzung vom 18.10.2004 einstimmig beschlossen, amtswegig ein Verfahren gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 zu R 01/04 einzuleiten und Mobilkom gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 mitzuteilen, dass die Telekom-Control-Kommission ein Verlangen eines Betrages für die Inanspruchnahme der Übertragung der mobilen Rufnummer in dieser Höhe als

abschreckend im Sinne des § 23 Abs. 2 TKG 2003 ansieht und Mobilkom die Gelegenheit eingeräumt, zum genannten Vorhalt bis 19.11.2004 Stellung zu nehmen.

Mobilkom brachte am 19.11.2004 eine Stellungnahme ein, in der sie im Wesentlichen vorbrachte, dass durch Implementierung der Mobile Number Portability Mobilkom Kosten in verschiedenen Bereichen entstünden, die insgesamt Kosten in Höhe von EUR 96,75 pro „Port-Out“ eines Endkunden mit sich brächten. Mit dem von Mobilkom vorgesehenen Portierentgelt in Höhe von EUR 29,17 zuzüglich 20 % Umsatzsteuer, brutto sohin EUR 35,-, solle zumindest eine teilweise Abdeckung dieser genannten Kosten durch den Endkunden mit Wechselwunsch erreicht werden. Dabei sei Mobilkom davon ausgegangen, dass zumindest ein Betrag von EUR 25,- brutto, wie in Deutschland weitgehend festgelegt, keinesfalls als abschreckend im Sinne der europäischen Richtlinie sein könne.

Weiters sei der Betrag von EUR 35,- nicht mit der Höhe von monatlichen Grundentgelten vergleichbar, da diese wiederkehrend zu bezahlen seien, das Portierentgelt hingegen nur einmalig für eine komplexe technisch aufwändige Leistung zu entrichten sei, weswegen das Portierentgelt für den Teilnehmer nicht abschreckend sein könne.

Auch liege keine Vergleichbarkeit mit einer normalen Vertragsbeendigung vor, da der Vertrag bei einer Portierung nicht beendet werde und durch die Portierung der Rufnummer eine Übertragung der Rufnummer in das Netz des aufnehmenden Betreibers vorgenommen werde, was mit nicht unerheblichen Kosten verbunden sei.

Weiters sei der Vergleich mit anderen Mitgliedstaaten der EU nicht zielführend, da nicht Gleiches mit Gleichem verglichen werde. Beispielsweise seien in einigen Staaten ursprünglich Entgelte vom Teilnehmer für die Inanspruchnahme der Portierung verrechnet worden, was nachträglich aufgehoben wurde, während in anderen Staaten anfänglich keine Entgelte vom Teilnehmer für die Inanspruchnahme der Portierung, jedoch zu einem späteren Zeitpunkt Entgelte verrechnet worden seien.

Weiters komme der Regulierungsbehörde keine Berechtigung zu, den Begriff des „abschreckenden Entgeltes“ zu interpretieren. Die Telekom-Control-Kommission sei nach Ansicht der Mobilkom nur für den Fall der Nichteinigung hinsichtlich der Entgelte zwischen den Betreibern zuständig und nicht (auch) für die Auslegung der Rechtsfrage, ob Entgelte, die dem Endkunden verrechnet würden, abschreckend seien. Dies sei ausschließlich Sache der Zivilgerichte. Weiters sei seitens tele.ring ein Antrag beim Handelsgericht Wien hinsichtlich Unterlassung eines UWG-widrigen Verhaltens eingebracht worden, wonach behauptet worden sei, dass EUR 39,- ein abschreckendes Entgelt im Sinne des § 23 Abs. 2 TKG 2003 darstelle. Es würde eine Rechtsunsicherheit bedeuten, wenn nunmehr eine Verwaltungsbehörde und ein Zivilgericht über denselben Sachverhalt absprechen. Der Endkundenmarkt unterliege weiters keiner Regulierung. Auch sei keine generelle oder individuelle Norm geschaffen, mit der die Höhe des Portierentgeltes verbindlich festgelegt worden wäre, weswegen § 91 Abs. 1 TKG 2003 keine Anwendung finde.

Im Laufe der Monate November und Dezember 2004 fanden zahlreiche Bemühungen statt, im Rahmen derer sämtliche Mobilbetreiber bestrebt waren, eine multilaterale Einigung auch hinsichtlich der vom Teilnehmer verlangten

Entgelte herbeizuführen. Diese Gespräche brachten bis zum 20.12.2004 kein der Telekom-Control-Kommission bekanntes einheitliches Ergebnis.

Tele.ring, One und T-Mobile zeigten am 16.12.2004 bzw. 17.12.2004 gemäß § 25 Abs. 1 TKG 2003 Entgelte in der Höhe von EUR 4,- für die NÜV-Information und NÜV-Bestätigung sowie EUR 15,- als Portierentgelt für Endkunden, sohin in Summe EUR 19,- (jeweils einschließlich Ust.) an, weswegen die Telekom-Control-Kommission mit Beschluss vom 20.12.2004 die wegen des Verlangens abschreckender Entgelte gemäß § 91 Abs. 1, § 23 Abs. 2 TKG 2003 eingeleiteten Aufsichtsverfahren gegen T-Mobile Austria GmbH und One GmbH zur Einstellung brachte.

II. 2. Feststellungen

a) Gemäß § 14 Abs. 4 PoststrukturG, BGBl Nr. 201/1996, wurde der gesamte Unternehmensbereich Mobilkommunikation der früheren Post- und Telegrafverwaltung (PTV) in die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Mobilkom Austria AG eingebracht (mit Rückwirkung auf 1.5.1996). Durch zwei Feststellungsbescheide vom 6.11.1996 (GZ 120637/IV-JD/96; GZ 120641/IV-JD/96) wurde die Berechtigung der Mobilkom zur Erbringung des mobilen Sprachtelefondienstes mittels des analogen Mobilfunknetzes im 900 MHz-Bereich (D-Netz) bzw. mittels des digitalen Mobilfunknetzes (GSM-Netz), welcher zuvor von der PTV erbracht worden war, klargestellt. Die ursprüngliche Konzessionsnehmerin Mobilkom Austria AG wurde mit Wirkung ab 5.4.2001 (Eintragung in das Firmenbuch beim Handelsgericht Wien) durch eine errichtende Umwandlung im Sinne des § 5 Umwandlungsgesetz in die Mobilkom Austria AG & Co KG umgewandelt. Diese Umwandlung wurde der Telekom-Control-Kommission mit Schreiben vom 13.3.2001 und vom 11.4.2001 angezeigt. Weiters war Mobilkom auch Betreiberin des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes (vgl. Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 7.2.2000, K 5/2000). Mobilkom betreibt derzeit unter anderem öffentliche Telefondienste im Sinne des § 3 Z 16 TKG 2003.

b) Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 30.07.2004 zu Z 24/03 sowie Bescheid vom 27.10.2004 zu Z 05/04 wurde die Höhe des Entgeltes für die Ausstellung der NÜV-Information und der NÜV-Bestätigung im Sinne des § 3 Abs. 2 NÜV mit maximal EUR 4,- (einschließlich Ust.) festgelegt.

c) Am 15.10.2004 zeigt Mobilkom der Regulierungsbehörde gemäß § 25 Abs. 1 TKG 2003 an, dass von Teilnehmern, die das Leistungsmerkmal mobile Rufnummernportierung in Anspruch nehmen wollen und den Wechsel des Telefondiensteanbieters unter Beibehaltung ihrer Rufnummer durchführen wollen und dabei das Netz der Mobilkom verlassen, Mobilkom einen Betrag von EUR 35,- verlangt und verrechnet.

d) Der mit 18.10.2004 durch die Telekom-Control-Kommission festgestellte und der Mobilkom mitgeteilte Mangel iSd § 91 Abs. 1 TKG 2003, wonach Mobilkom ein entgegen § 23 Abs. 2 TKG 2003 abschreckendes Entgelt verlangt, ist nach Ablauf der mit 19.11.2004 gesetzten Frist bis 20.12.2004 nicht abgestellt worden.

e) Tele.ring, One und T-Mobile zeigten am 16.12.2004 bzw. 17.12.2004 gemäß § 25 Abs. 1 TKG 2003 Entgelte in der Höhe von EUR 4,- für die NÜV-Information und NÜV-Bestätigung sowie EUR 15,- als Portierentgelt für Endkunden, sohin in Summe EUR 19,- (jeweils einschließlich Ust.) an.

f) Bei den Mobilbetreibern werden per 20.12.2004 folgende monatliche Grundentgelte den Teilnehmern verrechnet:

Kursiver Text = Tarife, welche Freiminuten beinhalten

Betreiber	Monatliche Marge der Grundentgelte in EURO
Mobilkom	10 – 35
A1-Start	10
A1-Easy	15
A1- Classic	15
A1-Business Classic	25
A1-Business Easy	35
A1-Xcite Pure	10
A1-Xcite Remix	10
T-Mobile	9,50 – 34
T-Mobile Relax Light	9,50
T-Mobile Relax	17
T-Mobile Relax Plus	34
<i>T-Mobile Relax 100</i>	27
<i>T-Mobile Relax 200</i>	34
T-Mobile Perfect Business	29
T-Mobile Euro Profi	25
One	14,90 – 44,90
Professional One	25
All in One 1	14,90
All in One 2	19,90
All in One 3	29,90
All in One 4	39,90
<i>All in One Business 200</i>	34,90
<i>All in One Business 400</i>	44,90
One Young 1	14,90
One Young 2	19,90
Tele.ring	14,45 – 33
<i>Tele.ring mobil 60</i>	14,45
<i>Tele.ring mobil 90</i>	25
<i>Tele.ring mobil 180</i>	33
Tele 2 Mobil	14,90
<i>Tele2 Mobil Vertragstarif</i>	14,90
Hutchison	10 -55
<i>3Deal 30</i>	10
<i>3Deal 180</i>	25
<i>3Deal 300</i>	35
<i>3Deal 600</i>	55

Aus diesen monatlichen Grundentgelten aller Betreiber ergibt sich somit ein arithmetisches Mittel von EUR 24,26 über alle Tarife gerechnet.

III. Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die Tarifierung der Mobilkom vom 15.10.2004 (ON 1) sowie auf das Vorbringen der Mobilkom im Schriftsatz vom 19.11.2004 (ON 8), wonach das Verlangen und die Verrechnung des genannten Entgeltes gegenüber den Teilnehmern bestätigt wird. Die genannten Tarife der Mobilbetreiber sind amtsbekannt nach Tarifierungen gemäß § 25 Abs. 1 TKG 2003 sowie Veröffentlichungen gemäß § 25 Abs. 2 TKG 2003 auf der Homepage der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (www.rtr.at), sowie auf den Homepages der jeweiligen Betreiber.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV. 1. Zum Verfahren gemäß § 91 TKG 2003

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 des TKG 2003 erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund des TKG 2003 erlassenen Bescheid verstößt, teilt sie dies gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 dem Unternehmen mit und räumt gleichzeitig Gelegenheit ein, zu dem Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen. Diese Frist darf ein Monat nur dann unterschreiten, wenn das betreffende Unternehmen zustimmt oder bereits wiederholt gegen einschlägige Bestimmungen verstoßen hat.

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

Die Telekom-Control-Kommission hat festgestellt, dass der oben in II.2.d festgestellte Mangel noch besteht, weshalb die rechtlichen Voraussetzungen für die Erlassung des gegenständlichen Bescheides gegeben sind.

IV. 2. Zur Verpflichtung nach § 23 TKG 2003

Gemäß § 23 Abs. 1 TKG 2003 haben Betreiber öffentlicher Telefondienste sicherzustellen, dass ihren Teilnehmern die Möglichkeit des Wechsels des Telefondiensteanbieters unter Beibehaltung der Rufnummern ohne Änderung der für den betreffenden Rufnummernbereich spezifischen Nutzungsart und bei geografisch gebundenen Rufnummern die Möglichkeit des Wechsels des Standortes innerhalb des für den Rufnummernbereich festgelegten geografischen Gebietes eingeräumt wird. Gemäß § 23 Abs. 2 TKG 2003 haben Betreiber die Höhe der aus Anlass einer Nummernübertragung entstehenden Entgeltansprüche kostenorientiert zu vereinbaren. Vom portierenden Teilnehmer darf für die Übertragung der Nummer kein abschreckendes Entgelt verlangt werden.

Mobilkom ist Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes und somit zur Sicherstellung der Möglichkeit ihrer Teilnehmer zum Wechsel des

Telefondiensteanbieters unter Beibehaltung der Rufnummer ohne Änderung der für den betreffenden Rufnummernbereich spezifischen Nutzungsart im Sinne des § 23 Abs. 1 TKG 2003 verpflichtet.

IV. 3. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission gemäß § 117 Z 7 TKG 2003

Es ist Aufgabe der Telekom-Control-Kommission, gemäß § 117 Z 7 TKG 2003 eine Entscheidung in Verfahren gemäß § 23 Abs. 2 TKG 2003 zu treffen. Hieraus ergibt sich, dass sich die Anordnungszuständigkeit der Telekom-Control-Kommission auf den gesamten Umfang des § 23 Abs. 2 TKG 2003 bezieht und daher die Telekom-Control-Kommission auch über die Frage der abschreckenden Wirkung allfälliger dem portierenden Teilnehmer zu verrechnenden Entgelte zu entscheiden hat. Art. 30 der Universaldienstrichtlinie schreibt weiters explizit vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden dafür sorgen, dass „etwaige direkte Gebühren für die Verbraucher diese nicht abschrecken, diese Dienstleistung in Anspruch zu nehmen“. Auch diese Vorschrift deutet auf die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde für die Regelung der von den Endkunden verlangten Entgelte hin. Dies zeigt sich umso deutlicher, als durch §§ 117 Z 7 und 23 Abs. 2 TKG 2003 in Umsetzung dieser europarechtlichen Bestimmung die Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, diesfalls der Telekom-Control-Kommission klar festgelegt wird.

Gegen die Zuständigkeit nach § 23 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 anderer Behörden oder Gerichte spricht auch die Vollziehungsklausel des § 136 TKG 2003, der die Vollziehung von § 23 TKG 2003 dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (und damit der in seinen Wirkungsbereich fallenden Telekom-Control-Kommission zuweist). Des Weiteren ist der Europäischen Kommission seitens der Republik Österreich in Entsprechung von Art. 3 Abs. 6 der Rahmenrichtlinie (RL 2002/21/EG) am 09.08.2004 die Telekom-Control-Kommission als für die Vollziehung des § 23 Abs. 2 TKG 2003 zuständige Regulierungsbehörde notifiziert worden.

Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang völlig unstrittig, dass Materien iSd. Art. 6 Abs. 1 EMRK („civil rights“) – wie etwa das Festlegen von (Zusammenschaltungs-) Entgelten – durch Verwaltungsbehörden, denen Tribunalqualität zukommt, verfassungsrechtlich unbedenklich vollzogen werden können (für die Telekom-Control-Kommission etwa VfSlg. 15.427/1999).

Wenn vom portierenden Teilnehmer für die Übertragung der Rufnummer ein abschreckendes Entgelt verlangt wird, so ist für die Durchführung eines Aufsichtsverfahrens gemäß § 117 Z 7, § 23 Abs. 2, § 91 Abs. 1 und 2 TKG 2003 die Telekom-Control-Kommission zuständig.

IV. 4. Zur abschreckenden Wirkung des Entgeltes

In Erwägungsgrund 40 der Universaldienstrichtlinie (RL 2002/22/EG) wird ausgeführt, dass die Nummernübertragbarkeit einer der Hauptfaktoren für die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher und einen wirksamen Wettbewerb in einem wettbewerbsorientierten Telekommunikationsumfeld ist. Art. 30 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie sieht vor, dass die Regulierungsbehörden dafür sorgen, dass die Preise für die Zusammenschaltung im Zusammenhang mit der Nummernübertragbarkeit kostenorientiert sind und etwaige direkte Gebühren für die Verbraucher diese nicht abschrecken, diese Dienstleistung in Anspruch zu

nehmen. Diese gemeinschaftsrechtliche Vorgabe wurde in Österreich durch § 23 Abs. 2 TKG 2003 umgesetzt.

Für die Telekom-Control-Kommission ist es im Sinne der Überlegungen des Erwägungsgrundes 40 der Universaldienstrichtlinie von essentieller Bedeutung, dass auf dem Markt keine direkten Gebühren bzw. Entgelte dem Verbraucher in Rechnung gestellt werden, die die Inanspruchnahme des Dienstes der Nummernübertragung gefährden könnte. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass zu hohe Entgelte dazu führen könnten, dass Teilnehmer wegen der dadurch entstehenden Unattraktivität der Nummernübertragbarkeit diese nicht in Anspruch nehmen. Dies würde dazu führen, dass somit einer der Hauptfaktoren für die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher (Erwägungsgrund 40 der Universaldienstrichtlinie) nicht oder in einem zu geringen Ausmaß in Anspruch genommen werden würde, was eine Beschränkung der Wahlmöglichkeiten in einem wettbewerbsorientiertem Telekommunikationsumfeld bedeuten würde.

Weder aus § 23 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 noch aus einer anderen Stelle des TKG 2003 wird der Begriff des "abschreckenden Entgelts" definiert. Des Weiteren findet sich auch in den Gesetzesmaterialien zum TKG 2003 (RV 128 sowie AB 184 XXII. GP) keine Auslegungshilfe für die Begrifflichkeit des "abschreckenden Entgelts". Die gemäß § 23 Abs. 3 TKG 2003 erlassene Nummernübertragungsverordnung (BGBl II Nr. 513/2003, NÜV) setzt sich ebenfalls nicht mit dem Begriff des abschreckenden Entgelts auseinander. Darüber hinaus ist auch aus der einschlägigen Fachliteratur nichts für die Auslegung von § 23 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 zu gewinnen (*Stratil*, Telekommunikationsgesetz 2003; *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003; *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick; *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht). Zwar meint *Vartian* (Telekommunikationsrecht, 46 FN 98), dass der Begriff „abschreckendes Entgelt“ „im Sinne einer Kostenorientierung auszufüllen sein“ wird, doch bleibt sie genau jenen Beleg dafür schuldig, weswegen der Gesetzgeber die in § 23 Abs. 2 Satz 1 TKG 2003 angeordnete Kostenorientierung (im Verhältnis der Betreiber untereinander) auch auf Satz 2 leg. cit. – trotz unterschiedlichen Wortlautes – ausgedehnt wissen hätte wollen.

Unter Anwendung der teleologischen Interpretation des § 23 Abs. 2 TKG 2003 wird hingegen deutlich, dass der Zweck der genannten Bestimmung, keine „abschreckenden Entgelte“ vom Teilnehmer verlangen zu dürfen, ein besonderes Ziel im Sinne des § 1 Abs. 2 TKG 2003 für Nutzer von Telekommunikationsleistungen verfolgt. Der Teilnehmer soll davor geschützt werden, für eine wesentliche Einrichtung wie die Nummernübertragung so hohe Entgelte bezahlen zu müssen, dass er auf diese Einrichtung verzichtet. Diesbezüglich ist also auf die Bestimmung des § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003 besonders Wert zu legen, der als Auslegungshilfe für § 23 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 heranzuziehen ist. Da sich jedoch hinsichtlich der absoluten Höhe des genannten Entgeltes keine Definition herleiten lässt, ist es offensichtlich, dass der Gesetzgeber der Telekom-Control-Kommission einen Ermessensspielraum einräumen will, der insbesondere an § 1 TKG 2003 orientiert ist. Zur näheren Wertausfüllung ist es daher zulässig, vergleichbare Werte für vergleichbare Leistungen heranzuziehen. Ein in diesem Zusammenhang gut geeigneter Wert erscheint daher jener Betrag zu sein, den der Teilnehmer bereit ist, für die Erreichbarkeit durch Mobiltelefonie monatlich zu bezahlen. Die Heranziehung von Gesprächsentgelten erscheint hingegen nicht geeignet, da diese vielfach in ein

Paket von Leistungen eingebunden ist und deswegen eine Vergleichbarkeit nicht gegeben ist.

IV. 4.1. Das monatliche Grundentgelt als Obergrenze für die Nichtabschreckung

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission kann für die Ermittlung der abschreckenden Wirkung eines Entgeltes als ein Indiz herangezogen werden, wie hoch die von den Mobilfunkbetreibern verrechneten monatlichen Grundentgelte liegen. Das günstigste monatliche Grundentgelt liegt derzeit bei EUR 9,50. Prepaid-Teilnehmern wird keine monatliche Grundgebühr verrechnet, weswegen deren „Grundentgelte“ in Höhe von EUR 0,- nicht in die Überlegungen mit einbezogen werden, da bei Prepaid-Teilnehmern primär Faktoren wie die passive Erreichbarkeit bzw. Kostenkontrolle im Vordergrund stehen. Das Grundentgelt weist einen Betrag aus, den ein Teilnehmer ganz offensichtlich jedenfalls bereit ist, jeden Monat für das Produkt Mobiltelefonie unabhängig von dazukommenden Gesprächsentgelten zu bezahlen.

Hervorstreichen ist jedoch, dass in höheren monatlichen Grundentgelten oftmals auch Verbindungsminuten enthalten sind. So erklärt sich beispielsweise der mit 55 EUR höchste Tarif „3Deal 600“ von Hutchison dadurch, dass darin 600 Minuten Sprachtelefonie (in alle Netze) und Videotelefonie (in das eigene Netz von Hutchison) pro Monat beinhaltet sind. Berücksichtigt man somit die gewährten Verbindungsleistungen bei der Berechnung der durchschnittlichen monatlichen Grundgebühr sämtlicher Mobilfunkbetreiber, ist somit von einem deutlich niedrigeren Betrag als den oben festgestellten EUR 24,26 auszugehen.

Mobilkom führt in der Stellungnahme ON 8 aus, dass die Telekom-Control-Kommission beim Vergleich der Grundentgelte von einem ungeeigneten Vergleich wiederkehrender Entgelte mit einmaligen Entgelten ausgehe. Hiezu ist auszuführen, dass es für die Beurteilung der abschreckenden Wirkung ohne Belang ist, ob diese Entgelte wiederkehrend oder einmalig fällig sind, geht es doch beim hier herangezogenen Vergleich lediglich um ein Indiz, welchen Betrag der Teilnehmer bereit ist, monatlich für das Produkt Mobiltelefonie zu bezahlen ohne Berücksichtigung der Gesprächsentgelte. Der diesbezüglich von Mobilkom angeregte Vergleich mit dem ARPU Index für Mobilkom in Höhe von EUR 37,20 ist aus diesen Gründen nicht zum Vergleich geeignet, da dieser Index auch Gesprächsentgelte beinhaltet, die erfahrungsgemäß je Teilnehmer unterschiedlich hoch sind.

IV. 4.2. Zum Vergleich: Die kostenlose Vertragsbeendigung

Mobilkom und alle anderen in Österreich tätigen Mobilfunkbetreiber verrechnen dem Teilnehmer kein Entgelt, wenn der Teilnehmer den Vertrag ohne Übertragung der Rufnummer zur Aufkündigung bringt. Der diesbezügliche Hinweis der Mobilkom in ON 8, dass die Portierung den Vertrag nicht automatisch beendet, geht ins Leere, da Gegenstand der Betrachtung nicht die Verpflichtung des Teilnehmers, seine Grundentgelte bis zum Ende der Vertragslaufzeit zu bezahlen, sondern vielmehr der Umstand ist, dass bei tatsächlicher Beendigung der Vertragsbeziehung die Rufnummer des Teilnehmers aus dem System der Mobilkom ausgerichtet und auf inaktiv gestellt werden muss, woraus ein gewisser Aufwand entsteht.

Die Durchführung einer Rufnummernübertragung bedeutet aber im Regelfall eine Beendigung des Vertrages zu einem gewissen Stichtag nach Kündigung durch den Teilnehmer. Auch hier muss anstelle der Ausrichtung bzw. Inaktivschaltung

der Rufnummer ein Eintrag erfolgen, nämlich der, dass die Rufnummer nunmehr im Netz des aufnehmenden Betreibers zu erreichen ist. Es liegt nahe, dass der Aufwand, der dem abgebenden Betreiber entsteht, durchaus aus sachlichen Gesichtspunkten ähnlich mit dem Aufwand der Ausrichtung bzw. Inaktivschaltung der Rufnummer ist.

Für den Fall der einfachen Beendigung des Vertrages ohne Übertragung der Rufnummer wird dem Teilnehmer keinerlei Entgelt verrechnet, für den Fall der Beendigung des Vertrages mit Übertragung der Rufnummer werden dem Teilnehmer EUR 35,- verrechnet. Dies erscheint der Telekom-Control-Kommission vor dem Hintergrund vergleichbarer Aufwände nicht nur nicht nachvollziehbar, sondern vielmehr dahingehend motiviert, dem Teilnehmer die Beendigung des Vertrages unter Mitnahme der Rufnummer möglichst unattraktiv zu gestalten. Selbst wenn man argumentieren würde, dass im Falle einfacher Vertragsbeendigung die Aufwände der Ausrichtung der Rufnummer bzw. deren Inaktivschaltung bereits durch die in der Kündigungsfrist bezahlten Grundgebühren abgedeckt seien, so muss dies auch für die vergleichbaren Aufwände des Eintrages des aufnehmenden Betreibers gelten.

IV. 4.3 Zum Vergleich: Angezeigte Entgelte für die Übertragung mobiler Rufnummern von One, T-Mobile und tele.ring

Es ist weiters zu berücksichtigen, dass wie oben festgestellt, andere Mobilfunkbetreiber zunächst Portierentgelte in Höhe von EUR 35,- verlangt haben und die Telekom-Control-Kommission wegen der abschreckenden Wirkung dieser Entgelte Aufsichtsverfahren gegen diese Unternehmen eingeleitet hat. Diese Unternehmen haben sodann Portierentgelte in der Höhe von EUR 15,- angezeigt, so dass sich inklusive der Entgelte für die NÜV-Information und die NÜV-Bestätigung eine Gesamtsumme von EUR 19,- ergibt. Die Telekom-Control-Kommission hat sodann die Aufsichtsverfahren eingestellt, da dieser Betrag nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht als abschreckend anzusehen ist.

Vor dem Hintergrund der Anzeigen dieser Betreiber geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass auch diese Betreiber wohl davon ausgehen, dass ein Betrag von EUR 19,- für die gegenständliche Leistung rechtskonform im Sinne des § 23 Abs. 2 TKG 2003 ist.

V. 4.4. Zum Vergleich: Entgelte in anderen Mitgliedstaaten der EU

Zum Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten ist entgegen den Ausführungen der Mobilkom in ON 8 zunächst anzumerken, dass Mobile Number Portability auch in Österreich nicht erst mit 16.10.2004 umzusetzen gewesen wäre, sondern gemäß den europäischen und nationalen Vorgaben erheblich früher. Die von Mobilkom vorgebrachte Argumentation, dass in einigen Staaten zwar kein Entgelt für die Portierung verrechnet werde, dafür aber die Entgelte für SIM-Unlock gestiegen sind und deswegen ein Vergleich von Ungleichem mit Gleichem vorliegen würde, vermag nicht zu überzeugen. Dies insbesondere deswegen, da es Faktum ist, dass in praktisch allen Mitgliedstaaten der EU bis auf zwei Ausnahmen dem Teilnehmer für die Inanspruchnahme der Portierung kein Entgelt verrechnet wird. Die Telekom-Control-Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in Deutschland vom 29.11.2004 zu BK3c-04/018, wonach deutschen Mobilbetreibern untersagt wird, vom Teilnehmer ein Entgelt, welches EUR 29,95 (einschließlich Ust.) übersteigt, für die Inanspruchnahme der

Portierung zu verlangen. Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten der EU vom Teilnehmer für die Inanspruchnahme der Portierung mobiler Rufnummern kein Entgelt verlangt wird. Selbst wenn man dem Einwand der Mobilkom folgt, wonach in anderen Ländern kein Entgelt für die Portierung an sich verrechnet wird, jedoch ein erhöhtes SIM-Unlock Entgelt verrechnet wird, so ist primär davon auszugehen, dass es die Intention ist, für die Portierung an sich kein Entgelt zu verlangen. Wenn von einzelnen Betreibern in den betroffenen Ländern tatsächlich für das Leistungsmerkmal der SIM-Karten Entsperrung erhöhte Entgelte zur Verrechnung gebracht werden, so ist dies eine Festlegung in einem nicht regulierten Bereich, die betreiberindividuell zu sehen ist und überdies abhängig davon ist, ob und in welchem Umfang Teilnehmer über subventionierte Endgeräte mit SIM-Lock verfügen, so dass sich daraus argumentativ für die Verrechnung von direkten Entgelten an die Teilnehmer nichts gewinnen lässt. Darüber hinaus ist der Vergleich mit SIM-Unlock Entgelten untauglich, da die Leistung des SIM-Unlock keine zwingende Notwendigkeit für einen Betreiberwechsel ist.

IV. 4.5. Zur Zulässigkeit nicht abschreckender Entgelte

Auch der weiters von der Mobilkom ausgeführte Vergleich, wonach der Wechsel der Rufnummer mit teils erheblichen Kosten verbunden war, vermag in diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen, war es doch gerade das Argument dafür, das durch die Beseitigung dieser nicht unbeträchtlichen Hürde letztlich zur Einführung von Mobile Number Portability geführt hat. Eben genau diese dem Teilnehmer entstehenden Kosten (beispielsweise für Bekanntgabe der Rufnummernänderung, Neudruck von Visitenkarten, Änderung des Briefpapiers, etc.) waren in der Vergangenheit eine Hürde, die den Teilnehmer in den meisten Fällen davon abgehalten hat, einen Wechsel vorzunehmen. Ähnliches gilt für die Zuteilung einer Wunschrufnummer. Es mag durchaus sein, dass, wie Mobilkom ausführt, eine Wunschrufnummer mit EUR 200,- manchen Teilnehmern nicht zu teuer erscheinen mag oder diese auch „nicht abschrecke“, eine solche zu erwerben. Für die Vergleichbarkeit der hier vorliegenden Frage vermag dies jedoch keinen Rückschluss zu geben. Dies insbesondere deswegen, da Wunschrufnummern letztlich in Form von „golden numbers“ oder „Vanity Nummern“ oftmals Teil einer Geschäftsidee sind, für die ein Teilnehmer durchaus zu investieren bereit ist. Für die hier zu beurteilende Frage kommt es aber darauf an, dass dem Teilnehmer nicht in Form eines hohen Entgeltes die Möglichkeit der Rufnummernmitnahme möglichst erschwert werden soll bzw. dieser durch die entsprechende Höhe davon überhaupt abgehalten werden soll, die Portierung in Anspruch zu nehmen.

Es ist der Telekom-Control-Kommission durchaus bewusst, dass den Betreibern durch die Übertragung der Rufnummer Kosten entstehen. Diese Kosten sollten jedoch größtenteils durch die zwischen den Betreibern kostenorientiert zu vereinbarenden Entgelte abgegolten werden, da es letztlich auch der aufnehmende Betreiber ist, der den Teilnehmer gewinnen konnte. Es ist nicht Anliegen der Telekom-Control-Kommission und auch nicht europäischer oder gesetzlicher Auftrag, dass die Inanspruchnahme des Leistungsmerkmals der Rufnummernübertragung kostenlos zu erfolgen hat, sondern in Anwendung der europäischen und nationalen gesetzlichen Bestimmungen zu einem nicht abschreckenden Entgelt.

IV. 4.6. Ergebnis

Die aus den herangezogenen Vergleichen sich ergebenden Werte belaufen sich unter Berücksichtigung des Durchschnittswertes der monatlichen Grundentgelte

auf einen Durchschnittsbetrag von EUR 24,26, wobei dieser Wert durch hohe Grundgebühren, in denen Gesprächsminuten inkludiert sind, erhöht ist, weswegen von einem geringeren Durchschnittswert für die „reine Grundgebühr“ (d.h. ohne Gesprächsminuten) auszugehen ist. Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass zur Beurteilung der abschreckenden Wirkung des Entgeltes für die Inanspruchnahme der Portierung der Durchschnitt der monatlichen Grundentgelte als Obergrenze herangezogen werden kann, ist dieser Wert doch als Indiz anzusehen, dass der Teilnehmer diesen Betrag monatlich als Basisbetrag für die Inanspruchnahme des Produktes „Mobiltelefonie“, unabhängig von zusätzlich entstehenden Gesprächsentgelten zu bezahlen bereit ist.

Gestützt wird diese Auffassung dadurch, dass die Vertragsbeendigung ohne Rufnummernübertragung seitens der Betreiber kostenfrei erfolgt, diese aber vergleichsweise ähnliche Tätigkeiten hinsichtlich der Ausrichtung bzw. Inaktivschaltung der Rufnummer mit sich bringen, wie etwa der Eintrag der Erreichbarkeit der exportierten Rufnummer beim aufnehmenden Betreiber. Dieser Vergleich lässt die Verrechnung weiterer Entgelte für die Portierung ebenfalls als wenig angemessen erscheinen.

Zieht man weiters die Werte anderer Mitgliedstaaten heran, zumal in den meisten Mitgliedstaaten der EU dem Teilnehmer keinerlei Entgelte für die Inanspruchnahme der Portierung verrechnet werden, so erscheint die Verrechnung von Entgelten in Höhe von EUR 35,- im europäischen Vergleich abschreckend.

Weiters können die durch die Portierung entstehenden Kosten durch die zwischen den Betreibern kostenorientiert zu vereinbarenden Entgelte weitestmöglich zur Abdeckung gebracht werden.

Wie bereits ausgeführt, haben andere Mobilfunkbetreiber zunächst Portierentgelte in Höhe von EUR 35,- verlangt, weswegen die Telekom-Control-Kommission wegen der abschreckenden Wirkung dieser Entgelte Aufsichtsverfahren gegen diese Unternehmen eingeleitet hat. Diese Unternehmen haben sodann Portierentgelte in der Höhe von EUR 15,- angezeigt, so dass sich inklusive der Entgelte für die NÜV-Information und die NÜV-Bestätigung eine Gesamtsumme von EUR 19,- (inklusive Ust.) ergibt. Die Telekom-Control-Kommission hat sodann die Aufsichtsverfahren eingestellt. Auch diese Betreiber gehen offenbar davon aus, dass dieser Betrag dem Erfordernis des § 23 Abs. 2 TKG 2003 Rechnung trägt.

Gemäß § 1 Abs. 1 TKG 2003 ist es erklärtes Ziel, durch die Förderung des Wettbewerbs im Bereich der elektronischen Kommunikation die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten. Dadurch sollen unter anderem die Ziele der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten durch Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer erreicht werden (§ 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003). Diese Ziele werden auch durch Art. 8 Abs. 2 lit. a der Rahmenrichtlinie (RL 2002/21/EG) statuiert.

Das oben festgestellte durchschnittliche Grundentgelt beträgt EUR 24,26. Da der Nummernübertragungsprozess in Österreich durch die Vorgaben des § 3 NÜV die verpflichtende Einholung einer NÜV-Information und einer NÜV-Bestätigung als untrennbaren Bestandteil des Nummernübertragungsprozesses beinhaltet,

hat die Telekom-Control-Kommission für diesen Bereich mit Bescheid vom 30.07.2004 zu Z 24/03 ein Entgelt in Höhe von EUR 4,- (inklusive Ust.) festgelegt. Dieses Entgelt in Höhe von EUR 4,- (einschließlich Ust) stellt den Höchstbetrag dar, der einem Teilnehmer für die Einholung der NÜV-Information und der NÜV-Bestätigung in Rechnung gestellt werden darf.

Die Telekom-Control-Kommission geht daher davon aus, dass ein Entgelt, welches unter dem Schnitt der monatlichen Grundentgelte für Mobiltelefonie liegt und auch von anderen Mobilbetreibern außer Mobilkom angezeigt wurde, den Maßstab einer „nicht abschreckenden Wirkung“, insbesondere im Zusammenhalt mit dem europäischen Vergleich erfüllen kann. Berücksichtigt man weiters, dass die (zwingende) Einholung der NÜV-Information und der NÜV-Bestätigung im Sinne des § 3 NÜV mit einem Betrag von EUR 4,- festgelegt wurde, so ergibt sich im Zusammenhalt mit obigen Ausführungen, dass ein Gesamtbetrag von EUR 19,- (inklusive Ust.) dem Erfordernis der nicht abschreckenden Wirkung noch Rechnung trägt. Die Telekom-Control-Kommission verkennt nicht, dass die Höhe eines abschreckenden Entgeltes rechnerisch nicht exakt festgelegt werden kann. Ein höheres Entgelt als EUR 19,- (inklusive Ust.) würde aber die Schwelle der Abschreckung überschreiten und dem Erfordernis des § 23 Abs. 2 TKG 2003 nicht Rechnung tragen. Aus diesen Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

V. Rechtsmittelbelehrung

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

VI. Hinweise

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von € 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 20. Dezember 2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

i. V. Dr. Wolfgang Feiel
Leiter Recht