

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Hofrätin Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in ihrer Sitzung vom 17.03.2008 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 idgF 133/2005 (im Folgenden „TKG 2003“) wird mobilkom austria AG untersagt, von Teilnehmern, die im Sinne des § 23 Abs. 1 TKG 2003 den Wechsel des Telefondiensteanbieters unter Beibehaltung der Rufnummer in Anspruch nehmen, ein „abschreckendes“ Entgelt, welches einen Gesamtbetrag in Höhe von € 19,00 (inklusive USt und inklusive dem Betrag in Höhe von € 4,00 für die NÜV-Information und NÜV-Bestätigung gemäß § 3 Abs. 2 Nummernübertragungsverordnung BGBl II Nr. 512/2003) übersteigt, zu verlangen.

II. Begründung

1. Feststellungen

a) mobilkom ist Betreiber eines öffentlichen Telefondienstes iSd § 3 Z 16 TKG 2003.

b) Am 23.01.2008 zeigt die mobilkom der Regulierungsbehörde gemäß § 25 Abs. 1 TKG 2003 an, dass Teilnehmern, die den Wechsel des Telefondiensteanbieters unter Beibehaltung ihrer Rufnummer durchführen, nunmehr ein Portierentgelt in Höhe von € 25,00 (zuzüglich € 4,00 für die NÜV-Info und NÜV-Bestätigung) verrechnet wird.

c) Die Höhe der durchschnittlichen Grundentgelte wurde anhand des „AK Tarifwegweisers Mobiltelefonie“ (Stand: 11.1.2008) ermittelt. Dabei handelt es sich um eine Übersicht über die aktuellen Standardtarife und langfristige Aktionen der Mobilfunkbetreiber. Die Tarifübersicht sieht wie folgt aus und enthält 18 Prepaid- sowie 49 Vertragstarife.

So viel kostet Sie das Telefonieren mit dem Handy....

Tarifvariante	Hauptzeit	Monatliche Kosten in Euro	Frei-minuten	eigenes Netz GZ/FZ Cent/Min.	zum Festnetz GZ/FZ Cent/Min.	anderes Netz GZ/FZ Cent/Min.	Mobil-Box GZ/FZ Cent/Min.	SMS Cent	MMS Cent	Taktung (Mind./folgend)
FAIRPLAY 20 ¹	0-24 Uhr	Wertkarte € 20,00 ¹		0	0 ²	0/25	20	20	40/60	60/30
FAIRPLAY 25 ¹	0-24 Uhr	Wertkarte € 25,00 ¹		0	0 ²	0/25	20	25	40/60	60/30
A1 SPECIAL ZERO	0-24 Uhr	€ 10,00 ⁴		0	25	25	0	25	40/60	60/30
A1 ZERO 1	0-24 Uhr	€ 20,00 ⁴		0	25	25	0	0 ³	40/60	60/30
A1 ZERO 2	0-24 Uhr	€ 30,00 ⁴		0	0 ³	0/25	0	0 ³	40/60	60/30
A1 ZERO 3	0-24 Uhr	€ 40,00 ⁴		0	0 ³	0/25	0	0 ³	40/60	60/30
A1 ZERO 4	0-24 Uhr	€ 50,00 ⁴		0	0 ³	0/25	0	0 ³	40/60	60/30
A1 ZERO 5	0-24 Uhr	€ 60,00 ⁴		0	0 ³	0/25	0	0 ³	40/60	60/30
A1 EASY 5	0-24 Uhr	€ 20,00 ⁴		5	5	5	5	20	40/60	60/30
A1 EASY 10	0-24 Uhr	€ 12,00 ⁴		10	10	10	10	20	40/60	60/30
A1 SECONDS ZERO	0-24 Uhr	€ 25,00		0	30	30	0	25	40/60	1/1
A1 XCITE EASY 5	0-24 Uhr	€ 0,00 (MU € 15) ⁵		5	5	5	5	5	40/60	60/30
A1 XCITE ZERO	0-24 Uhr	€ 0,00 (MU € 15) ⁵		0	25	25	0	0 ³	40/60	60/30
A1 XCITE EASY	0-24 Uhr	€ 0,00 (MU € 15) ⁵		10	10	10	10	10	40/60	60/30
TOP-BOB	0-24 Uhr	Wertkarte € 3,90		3,9	3,9	3,9	3,9	3,9	-	60/30
bob siebener	0-24 Uhr	€ 0,00		7	7	7	7	15	-	60/30
bob funfer	0-24 Uhr	€ 0,00		5	5	5	5	15	-	60/30
bob viereuner	0-24 Uhr	€ 0,00 (MU € 4,9) ¹⁰		4,9	4,9	4,9	4,9	15	-	60/30
Klex Nichtstop ¹¹	0-24 Uhr	€ 10,00 Wertkarte		15(0)	5(0)	20	20	10	60/30/10	60/30
Klex Club ¹¹	0-24 Uhr	€ 15,00 Wertkarte		15	9	30	6	20	60/30/10	60/30
Klex Start ¹¹	0-24 Uhr	€ 20,00 Wertkarte		15	9	30	6	20	60/30/10	60/30
FAIRPLAY Young ¹²	0-24 Uhr	€ 7,00	(1000) ¹²	0 (20) ¹²	0 (20) ¹²	20	5	0 (20) ¹²	40/60/90	60/30
FAIRPLAY Basic ¹²	0-24 Uhr	€ 9,00	(2000) ¹²	0 (20) ¹²	0 (20) ¹²	20	5	20	40/60/90	60/30
FAIRPLAY Smart ¹²	0-24 Uhr	€ 19,00	(3000) ¹²	0 (25) ¹²	0 (25) ¹²	0 (25) ¹²	5	20	40/60/90	60/30
FAIRPLAY ¹²	0-24 Uhr	€ 25,00	(4000) ¹²	0 (20) ¹²	0 (20) ¹²	0 (20) ¹²	0 (5) ¹²	20	40/60/90	60/30
FAIRPLAY PLUS ¹²	0-24 Uhr	€ 35,00	(4000) ¹²	0 (20) ¹²	0 (20) ¹²	0 (20) ¹²	0 (5) ¹²	20	40/60/90	60/30
Relax Sekundenakt	0-24 Uhr	€ 25,00	(1000) ¹²	0 (20) ¹²	25	25	5	20	40/60/90	1/1
Relax 60 ¹³	0-24 Uhr	€ 10,00	50	20	20	20	5	20	40/60/90	60/30
Relax 100 ¹³	0-24 Uhr	€ 18,00	100	20	20	20	5	20	40/60/90	60/30
Relax 200 ¹³	0-24 Uhr	€ 28,00	200	15	15	15	5	20	40/60/90	60/30
Relax 400 ¹³	0-24 Uhr	€ 35,00	400	15	15	15	5	20	40/60/90	60/30
TAKE ONE AKTIV ¹⁴	0-24 Uhr	Wertkarte		2	30	30	4	30	30/50	60/30
TAKE ONE NET ¹⁴	0-24 Uhr	Wertkarte		2	30	30	4	30	30/50	60/30
4 IMMER YOUNG ¹⁶	0-24 Uhr	€ 4,00		4	4	4	4	0 (25) ¹⁶	30/50	60/60
KLEINE PLAUDERTASCHE	0-24 Uhr	€ 4,00		4	4	4	4	25	30/50	60/60
4 zu 0 ¹⁵	0-24 Uhr	€ 15,00		0	0	25 (0)	0	25	30/50	60/30
1 zu 0 ¹⁵	0-24 Uhr	€ 9,-		9	0/9	9	9	9/0	30/50	60/30
Option Festnetz/Option SMS ¹⁶			(4000) ¹⁵	0 (20) ¹⁵	0 (20) ¹⁵	0 (20) ¹⁵	0 (5) ¹⁵	25	30/50	60/30
GROSSE PLAUDERTASCHE ¹⁵	0-24 Uhr	€ 25,-	(4400) ¹⁵	0 (9) ¹⁵	0 (9) ¹⁵	0 (9) ¹⁵	0 (9)	9	30/50	60/30
9 zu 0 ¹⁶	0-24 Uhr	€ 69,-		0 (9) ¹⁶	0 (9) ¹⁶	0 (9) ¹⁶	0 (9)	9	30/50	60/30

So viel kostet Sie das Telefonieren mit dem Handy....

Tarifvariante	Hauptzeit	Monatliche Kosten in €	Frei- minuten	eigenes Netz GZ/FZ Cent/Min.	zum Festnetz GZ/FZ Cent/Min.	anderes Netz GZ/FZ Cent/Min.	Mobil-Box GZ/FZ Cent/Min.	SMS Cent	MMS Cent	Taktung (Mind./ folgend)
tele.ring Wstl.E.cent ¹	0-24 Uhr	Wertkarte € 5,00		21 (0) ¹	19/21	19/21	13/21 (0)	18	30/50	60/30
tele.ring Wstl.15	0-7:30 Uhr	Wertkarte € 2,60		5 (30) ¹	5 (30)	5 (30)	15 (30)	15 (30)	30/50	60/30
tele.ring Wstl.2	0-24 Uhr	Wertkarte € 10,00		6,9	6,9	6,9	6,9	15	30/50	60/60
tele.ring Wstl.3	0-24 Uhr	Wertkarte € 15,00		3	3	3	3	9	40	60/30
tele.ring Gntal	0-24 Uhr	€ 0,00 (MU € 15) ²		0	19	19	5	20	40	60/60
tele.ring Schnipp mal 1	0-24 Uhr	€ 2,60		0	19	19	5	20	40	60/60
tele.ring Schnipp mal 1 - SIM-Only	0-24 Uhr	€ 10,00	(1000) ¹⁸	0	0 (19) ¹⁸	0 (19) ¹⁸	5	20	40	60/60
tele.ring Schnipp mal 2	0-24 Uhr	€ 5,00	(1000) ¹⁸	0	0 (19) ¹⁸	0 (19) ¹⁸	5	20	40	60/60
tele.ring Schnipp mal 2 - SIM-Only	0-24 Uhr	€ 15,00	(1000) ¹⁸	0	0 (19) ¹⁸	0 (19) ¹⁸	5	0 ²⁶	40	60/60
tele.ring Schnipp mal 3	0-24 Uhr	€ 7,60	(1000) ¹⁸	0	0 (19) ¹⁸	0 (19) ¹⁸	5	20	40	60/60
tele.ring Schnipp mal 3 - SIM-Only	0-24 Uhr	€ 5,00		5	5	5	5	20	40	60/30
tele.ring Alsdh	0-24 Uhr	€ 3,90		3,9	3,9	3,9	3,9	20	40	60/60
tele.ring Alsdh - SIM-Only	0-24 Uhr	Wertkarte € 5,00		18	18	18	18	18	40	60/60 (60/60)
tele.ring Champion	0-24 Uhr	Wertkarte € 24,00		5	5	5	5	18	40	60/30 (60/30)
tele.ring Champion Opt. 9 Cent	0-24 Uhr	Wertkarte € 24,00		20	20	20	20	20	35/55	60/60
3Reload 10 ²⁴	0-24 Uhr	Wertkarte € 24,00	(3000) ²⁸	0 (10) ²⁵	0 (10) ²⁵	0 (10) ²⁵	0 (10) ²⁵	25	15	60/60
3Reload Basic ²⁴	0-24 Uhr	€ 6,00 ²⁷		6	6	6	6	15	15	60/60
3NoLimits ²⁴	0-24 Uhr	€ 12,00 ^{28,27}	150	10	10	10	10	15	15	60/60
3SixBack 150 ²⁵	0-24 Uhr	€ 18,00 ^{28,27}	300	10	10	10	10	15	15	60/60
3SixBack 300 ²⁵	0-24 Uhr	€ 27,00 ^{28,27}	600	10	10	10	10	15	15	60/60
3SixBack 600 ²⁵	0-24 Uhr	€ 70,00 ^{28,27}	2000	10	10	10	10	15	15	60/60
3SixBack 2000 ²⁵	0-24 Uhr	€ 5,00 ²⁸	(50) ³⁰	15	15	15	15	15	30/60	1/1
3Priority ²⁷	0-24 Uhr	Wertkarte € 0,00 (MU € 4,9)		4,9	4,9	4,9	4,9	15	k. Ang.	60/30
YESSS	0-24 Uhr	Wertkarte € 0,00 (MU € 4,9)		4,9	4,9	4,9	4,9	15	k. Ang.	60/30
YESSS Vertragsoption ³⁰	0-24 Uhr	€ 0,00 (MU € 4,9)		4,9	4,9	4,9	4,9	15	k. Ang.	60/30

Aus den vorliegenden Tarifen wurde die Höhe der durchschnittlichen Grundgebühr (und Mindestumsätze) unter Berücksichtigung sämtlicher Vertragstarife errechnet, dies ergibt rund € 18,03. Bei vielen Tarifen sind bereits Verbindungsleistungen inkludiert. Das günstigste monatliche Grundentgelt bei den Vertragstarifen beträgt € 0,00. Als Beispiel kann hier z.B. der Tarif „bob siebener“ der mobilkom genannt werden. 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.

In höheren monatlichen Grundentgelten sind oftmals auch Verbindungsminuten enthalten. So zum Beispiel auch der Tarif „A1 Zero_5“ mit einem monatlichen Grundentgelt in Höhe von € 80,00. Bei diesem Tarif sind unbegrenzte Verbindungen in das Netz der mobilkom, 1.100 Minuten zum Festnetz (mit Ausnahme der privaten Netze (05) und anderer Dienste- und Mehrwertnummern), 1.100 Minuten in andere Mobilfunknetze pro Monat inkludiert.

d) Im Rahmen der nachfrageseitigen Erhebung durch die RTR-GmbH wurden 2000 Privatkunden in face-to-face Interviews und 1000 Geschäftskunden in telefonischen Interviews befragt. Jenen Befragten, die ein Mobiltelefon besitzen, und welche angaben, beim Betreiberwechsel in den letzten 1 bis 2 Jahren die Rufnummernportierung nicht beantragt zu haben, wurde die Frage gestellt, warum die Rufnummernportierung nicht in Anspruch genommen worden sei. 34 % der Privatkunden und 11 % der Geschäftskunden teilten mit, dass die Portierung nicht in Anspruch genommen worden sei, weil diese Leistung zu teuer sei. Im Zeitraum der Umfrage (Herbst 2007) haben sämtliche Mobilfunkbetreiber einheitlich € 15,00 (zuzüglich € 4,00 für die NÜV-Info und NÜV-Bestätigung) für die Rufnummernportierung verlangt. Bei der Frage 4 (Würden Sie/würde Ihr Unternehmen bei einem zukünftigen Wechsel die Rufnummer portieren?) gaben 78 % der Privatkunden und 92 % der befragten Geschäftskunden, die ein Mobiltelefon besitzen, an, zukünftig die Dienstleistung der Portierung in Anspruch nehmen zu wollen. Bei der Frage 6 (Welchen Betrag halten Sie/hält Ihr Unternehmen für eine Portierung der Rufnummer für angemessen?) gaben 97% der Privatkunden und 80% Geschäftskunden eine Betrag in Höhe von unter € 20,00 an.

e) Die mobilkom hat im Zeitraum vom 06.04.2007 bis 22.04.2007 bei Erstanmeldung der Tarife ZERO_1-5, SPECIAL ZERO, SECOND ZERO, EASY_5, EASY 10, XCITE ZERO, XCITE EASY, und READ ME UNLIMITED auf das Aktivierungsentgelt verzichtet.

Ebenso wurde im Zeitraum vom 5.10.2007 bis 14.02.2008 bei den Tarifmodellen ZERO_1, ZERO_2, ZERO_3, ZERO_4, ZERO_5, XCITE ZERO, XCITE EASY, XCITE EASY_5, EASY_5, EASY_10, SPECIAL ZERO, README UNLIMITED und SECONDS ZERO den Teilnehmern kein Aktivierungsentgelt verrechnet. Dies bedeutet, dass die mobilkom über einen durchgehenden Zeitraum von beinahe 5 Monaten bei den bedeutendsten Einzeltarifen auf die Verrechnung des Aktivierungsentgeltes verzichtet hat.

f) Mit 15.02.2008 hat die mobilkom ein Deaktivierungsentgelt bei sämtlichen Tarifen (ausgenommen: B-FREE Tarife, A1 Network, A1 Total, A1 COMPANY LINE, A1 CORPORATE Tarife“ A1 COMPANY Tarife, Tarife A1 DATA und A1 MATIK) in Höhe von € 9,90 eingeführt, jedoch in weiterer Folge rückwirkend und

pro futuro auf die Einführung dieses Entgeltes (sowohl für Bestandskunden als auch für Neukunden) verzichtet.

In der Pressemitteilung (APA0565 5 WI 0400 WB/CI) vom 18.02.2008 teilte mobilkom mit, dass auf die Einführung des Deaktivierungsentgeltes verzichtet wird. Die Pressesprecherin der mobilkom Mattes führte dazu aus: „*Es gilt, dem, was der Kunde nicht will vorzubeugen. Die mehreren hundert Kunden, die sich bei uns gemeldet haben, nehmen wir als repräsentativ.*“ Am 21.02.2008 zeigte die mobilkom der Regulierungsbehörde gemäß § 25 TKG 2003 die Zurücknahme des Deaktivierungsentgeltes rückwirkend mit 15.2.2008 und pro futuro an.

g) Die Grundentgelte sind im Mobilfunkbereich vom Jahr 2006 auf 2007 um 12,7 % gesunken.

h) Die Durchschnittserlöse pro Minute (bestehend aus sämtlichen für Sprachdienste relevanten Endkundenentgelten) sind auf 60 % der Niveaus von 2004 gefallen.

III. Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen gründen auf der Anzeige der mobilkom vom 23.01.2008 (ON 01) sowie auf dem Vorbringen der mobilkom in der Stellungnahme vom 26.2.2008 (ON 15), wonach das Verlangen und die Verrechnung des genannten Entgeltes gegenüber den Teilnehmern bestätigt wird, und die Kosten für die Portierung in Höhe von € 25,00 (zuzüglich € 4,00 für NÜV-Info und NÜV-Bestätigung) als nicht „abschreckend“ iSd § 23 Abs. 2 TKG 2003 eingestuft werden.

Die Feststellung der durchschnittlichen monatlichen Grundgebühr wurde auf Grund des „AK Tarifwegweisers Mobiltelefonie“ mit Stand vom 18.1.2008 getroffen, da es sich dabei um die Darstellung der aktuellen Standardtarife und langfristigen Aktionen handelt. Diese von der Arbeiterkammer erstellte Tarifübersicht eignet sich für die Feststellung der durchschnittlichen monatlichen Grundentgelte, da hier von einer unabhängigen Stelle eine umfassende Darstellung der aktuellen Standardtarife als auch der langfristigen Aktionen vorgenommen wurde. Die Tarifübersicht sowie das Ergebnis der Untersuchung der durchschnittlichen monatlichen Grundentgelte wurden der mobilkom als Beilage zum Schreiben vom 08.02.2008 übermittelt und sind daher auch der mobilkom bekannt. An Hand der vorliegenden Tarifübersicht ist nicht das Mengengerüst der tatsächlichen Inanspruchnahme der einzelnen Tarife festzustellen, die Übersicht stellt jedoch die auf dem Markt von den Betreibern angebotenen Tarifmodelle dar, welche von den österreichischen Mobilfunkbetreibern offenbar als konkurrenzfähig erachtet wurden und deswegen der Öffentlichkeit angeboten werden.

Die Feststellung, dass die Durchschnittserlöse pro Minute auf 60 % der Niveaus von 2004 gefallen sind, wurde auf Grund der Ergebnisse der Berechnungen aus den von den auskunftspflichtigen Unternehmen gemäß § 4 Abs. 2 Kommunikations-Erhebungs-Verordnung (KEV) übermittelten Daten getroffen und der mobilkom mit Schreiben vom 30.01.2008 zur Kenntnis gebracht worden.

Die Ergebnisse der nachfrageseitigen Erhebung vom Herbst 2007 wurden der mobilkom, ebenfalls mit Schreiben vom 30.1.2008, zur Kenntnis gebracht. Den Ausführungen der mobilkom, dass es lediglich 3,74 % der ursprünglich befragten

Privatkunden und 0,346 % der Geschäftskunden zu teuer gewesen sei und daher nur 75 der 2000 Privatkunden und 3 der 1000 Geschäftskunden die Portierung nicht durchführen haben lassen, kann nicht zugestimmt werden, da die Frage, warum die Dienstleistung der Portierung nicht in Anspruch genommen wurde, nicht sämtlichen Befragten gestellt wurde, sondern nur jenen, die innerhalb der letzten 1 bis 2 Jahre den Mobilfunkbetreiber wechselten und angaben, dabei die Dienstleistung der Rufnummernportierung nicht in Anspruch genommen zu haben.

Als Grundgesamtheit war daher nicht auf 2000 Privat- und 1000 Geschäftskunden, sondern jedenfalls nur auf jene Teilnehmer abzustellen, die angegeben haben, den Mobilfunkbetreiber (in den letzten 1 bis 2 Jahren) gewechselt zu haben, da für jene Befragten, die diese Frage verneinten, überhaupt nicht die Möglichkeit bestand, die Dienstleistung der Portierung in Anspruch zu nehmen. Daher stellte sich für diese Teilnehmer nicht die Frage, ob die Kosten der Portierung abschreckend seien oder nicht und deshalb wurden sie auch nicht gefragt. Im vorliegenden Fall war nicht auf die Höhe der absoluten Zahlen, sondern vielmehr darauf, dass 34 % der Privat- und 11 % der Geschäftskunden auf die Dienstleistung der Portierung auf Grund der Kosten verzichtet haben, abzustellen.

Aus dem Ergebnis zur Frage 6 (Welchen Betrag halten Sie/hält ihr Unternehmen für eine Portierung der Rufnummer für angemessen?) kann jedenfalls abgeleitet werden, dass die Grenze für die Höhe des Portierentgeltes für einen erheblichen Teil der Befragten bei einem Betrag unter € 20,00 liegt.

Die Feststellung, dass die mobilkom im Zeitraum vom 06.04.2007 bis 22.04.2007 sowie vom 5.10.2007 bis 14.02.2008 das Aktivierungsentgelt in Höhe von € 49,00 nicht verrechnet hat, erfolgte auf Grund der vorliegenden Anzeigen der mobilkom vom 05.04.2007, 5.10.2007, 31.10.2007, 31.10.2007, 30.11.2007, 28.12.2007 und 31.01.2008, mit denen die mobilkom der Regulierungsbehörde immer wieder die Verlängerung der Aktion anzeigte, mit der bei Neukunden auf die Verrechnung der Aktivierungsentgelte verzichtet wurde.

Die Feststellungen im Zusammenhang mit dem Versuch, ein Deaktivierungsentgelt in Höhe von € 9,90 einzuführen, ergeben sich auch den Anzeigen gemäß § 25 TKG 2003 der mobilkom vom 11.2.2008 (als ON 17 zum Akt genommen), sowie aus der Pressemeldung der mobilkom.

Die Feststellung, dass die Grundentgelte im Mobilfunkbereich von 2006 auf 2007 um 12,7 % gesunken sind, wurde auf Grund der von der Statistik Austria veröffentlichten Werte zum Verbraucherpreisindex (VPI) getroffen (APA 04071601 vom 18.1.2008).

IV. Rechtliche Beurteilung

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

Gemäß § 117 Z 7 TKG 2003 ist es Aufgabe der Telekom-Control-Kommission, eine Entscheidung in Verfahren gemäß § 23 Abs. 2 TKG 2003 zu treffen. Hieraus ergibt sich, dass sich die Zuständigkeit 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.

In diesem Zusammenhang kann auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes 2003/03/216 vom 25.11.2004 verwiesen werden. Der Verwaltungsgerichtshof führte im genannten Erkenntnis aus, dass „...*unabhängig und außerhalb von einem Zusammenschaltungsverfahren – eine gegebenenfalls im Aufsichtsverfahren nach § 91 TKG 2003 wahrzunehmende Zuständigkeit der belangten Behörde für die Prüfung, ob durch die Höhe der vom portierenden Endkunden verlangten Entgelte gegen § 23 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003 verstoßen wurde, bestehe*“.

Im Rahmen eines Zusammenschaltungsverfahrens besteht daher gemäß den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes keine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission, die Höhe der vom portierenden Endkunden verlangten Entgelte festzusetzen. Im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens gemäß § 91 TKG 2003 besteht jedoch eine Zuständigkeit der Behörde zu prüfen, ob die Höhe der vom Endkunden verlangten Portierentgelte „abschreckend“ iSd. § 23 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003 ist.

Die Ausführungen der mobilkom, dass es sich bei diesem Verweis des Verwaltungsgerichtshofes lediglich um ein „obiter dictum“ handeln würde und dieser die Zuständigkeit auch nur „gegebenenfalls“ bejahen würde, ändern grundsätzlich nichts an der Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission. Das Wort „gegebenenfalls“ ist im Zusammenhang mit den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes in der oben genannten Entscheidung dahingehend zu verstehen, dass die Zuständigkeit nur in jenen Fällen wahrzunehmen ist, bei denen von Betreibern den Endkunden ein „abschreckendes“ Portierentgelt vorgeschrieben wird.

Den Ausführungen der mobilkom, dass lediglich hinsichtlich für § 23 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission gegeben sei, kann nicht gefolgt werden.

Art. 30 der Universaldienstrichtlinie sieht 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 die europarechtlich konforme Interpretation ergibt somit die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde für die Regelung der von den Endkunden verlangten Entgelte.

Ebenso ist auch aus Art. 30 Abs. 3 der Universaldienstrichtlinie auf die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission zu schließen, da diese wie folgt lautet:

„Die nationalen Regulierungsbehörden schreiben Endnutzertarife für die Nummernübertragung nicht auf einen Art und Weise vor, die den Wettbewerb verfälscht, etwa durch Festlegung besonderer oder gemeinsamer Endkundentarife“.

Dies zeigt sich umso deutlicher, dass 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 (auch) 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).

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

1.1. Das Aufsichtsverfahren nach § 91 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 zweiter Satz TKG 2003 darf vom portierenden Teilnehmer für die Übertragung der Rufnummer kein abschreckendes Entgelt verlangt werden.

Mobilkom ist Betreiber eines öffentlichen Telefondienstes iSd § 3 Z 16 TKG 2003 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. Weiters ist die mobilkom verpflichtet, für die Portierung vom Teilnehmer kein „abschreckendes“ Entgelt iSd § 23 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003 zu verlangen.

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 auf Grund der vorliegenden Anzeige vom 23.01.2008 und der Stellungnahme (ON 15) der mobikom festgestellt, dass der Verstoß gegen § 23 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003 immer noch besteht, da nach Angaben der mobikom weiterhin ein Portierentgelt in Höhe von € 25,00 (zuzüglich € 4,00 für die NÜV-Info und NÜV-Bestätigung) verrechnet wird, weshalb die rechtlichen Voraussetzungen für die Erlassung des gegenständlichen Bescheides gegeben sind.

2. Zur abschreckenden Wirkung des Portierentgeltes

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 einerseits vor, dass die Regulierungsbehörden dafür sorgen, dass die Preise für die Zusammenschaltung im Zusammenhang mit der Nummernübertragbarkeit kostenorientiert sind und andererseits, dass etwaige direkte Gebühren für 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. Zu hohe Entgelte führen dazu, dass Teilnehmer auf Grund 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 wettbewerbsorientierten Telekommunikationsumfeld bedeuten würde.

Weder in § 23 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 noch an einer anderen Stelle des TKG 2003 wird der Begriff des "abschreckenden Entgelts" näher definiert. Auch die Gesetzesmaterialien zum TKG 2003 (RV 128 sowie AB 184 XXII. GP) enthalten 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.

Den Ausführung der mobilkom dahingehend, dass der Begriff des abschreckenden Entgeltes keinesfalls mit kostenorientierten Entgelten gleichzusetzen sei, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission grundsätzlich zuzustimmen. Die Kostenorientierung wird lediglich von § 23 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 für die zwischen den Betreibern vereinbarten Entgelte bei einer Rufnummernübertragung vorgesehen. Die Frage der Kostenorientierung ist für die Beurteilung, ob das dem Teilnehmer in Rechnung gestellte Portierentgelt abschreckend iSd § 23 Abs. 2 zweiter Satz ist, nicht zwingend maßgeblich. Hinsichtlich der Feststellung der mobilkom, dass es auf die „Angemessenheit“ der Höhe des Portierentgeltes nicht ankomme, ist eine differenzierte Betrachtungsweise zu wählen. Es wird zwar nicht auf die individuelle Beurteilung durch den einzelnen Teilnehmer, ob er persönlich die Höhe des Portierentgeltes als angemessen erachtet oder nicht, abgestellt werden können, jedoch kann die Angemessenheit insofern eine Rolle spielen, als Entgelte in unangemessener Höhe „abschreckend“ iSd. § 23 Abs. 2 TKG 2003 auf die Teilnehmer wirken können. Für das Vorliegen der abschreckenden Wirkung des Portierentgeltes ist eine relevante Menge an Endkunden erforderlich, die auf Grund der Höhe des Entgeltes auf die Dienstleistung der Portierung verzichtet, und daher eine den Wettbewerb und die Auswahlmöglichkeiten des Kunden beeinträchtigende Wechselbarriere entsteht.

Unter Anwendung der teleologischen Interpretation bei § 23 Abs. 2 TKG 2003 wird 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.

Die Telekom-Control-Kommission hat die vorliegenden Indizien (Charakter des Portierentgeltes, durchschnittlichen Grundentgelte, APRU, Ergebnisse der nachfrageseitigen Erhebung, Bedeutung der Einmalentgelte, Höhe des Portierentgeltes der Mitbewerber, Höhe der Durchschnittserlöse) in die Beurteilung, ab welcher Höhe ein „abschreckendes Entgelt“ iSd. § 23 Abs. 2 zweiter Satz TKG 2003 vorliegt, einbezogen. Die Heranziehung von Gesprächsentgelten erscheint hingegen nicht geeignet, da diese vielfach in ein Paket von Leistungen eingebunden sind und von dem individuellen Telefonieverhalten des Teilnehmers abhängen.

2.1. Zum Charakter des Portierentgeltes

Das Portierentgelt kommt im Falle des Betreiberwechsels unter Beibehaltung der Rufnummer zur Verrechnung. In der Regel wählt der Teilnehmer einen neuen Mobilfunkbetreiber in Erwartung von Vorteilen (auch finanzieller Natur) und soll durch das Portierentgelt nicht am Wechsel gehindert und an seinen alten Betreiber gebunden werden. Ein überhöhtes Portierentgelt stellt nicht nur eine Wechselbarriere dar, sondern eröffnet dem Barriere errichtenden Unternehmen

einen weiteren preislichen Spielraum, da der Teilnehmer durch ein abschreckendes Portierentgelt an seinen Betreiber gebunden ist und allfällige andere Preiserhöhungen zu akzeptieren hat. Daher ist der Erhöhung des Portierentgeltes ein anderer Bedeutungsgehalt beizumessen als der Erhöhung anderer Entgelte. Dies galt es daher bei der Beurteilung der vorliegenden Frage zusätzlich zu beachten.

Weiters ist auf die kumulative Natur des Portierentgeltes hinzuweisen. Es ist daher immer ein Entgelt, welches zusätzlich zu den genannten Entgelten wie Aktivierungsentgelt oder auch Grundentgelt zu bezahlen ist. Umso mehr ist bei der Beurteilung der abschreckenden Wirkung besondere Vorsicht anzulegen, da kostenbewusste Nutzer, die ohnehin erheblichen Wechselkosten gegenüber stehen, zusätzlichen und auch nicht zwingenden Entgelten besonders leicht eine abschreckende Wirkung zuerkennen werden.

2.2. Das monatliche Grundentgelt und die durchschnittlichen monatlichen Ausgaben (ARPU)

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission kann für die Ermittlung der abschreckenden Wirkung eines Entgeltes die Höhe der durchschnittlichen monatlichen Grundentgelte als ein Indiz herangezogen werden.

Das Grundentgelt weist einen Betrag aus, den ein Teilnehmer ganz offensichtlich jedenfalls bereit ist monatlich allein für die Möglichkeit Mobiltelefonie in Anspruch zu nehmen - unabhängig von dazukommenden Gesprächsentgelten - zu bezahlen.

Das durchschnittliche monatliche Grundentgelt beträgt, selbst wenn der Durchschnittsbetrag aus sämtlichen Vertragstarifen errechnet wird (und nicht nur jene zu Grunde gelegt werden, die keine Verbindungsleistungen enthalten), €18,03.

Die mobilkom führte in der Stellungnahme vom 26.02.2008 (ON 15) aus, dass die Telekom-Control-Kommission beim Vergleich der Grundentgelte von einem ungeeigneten Vergleich wiederkehrender Entgelte mit einmaligen Entgelten ausgehen würde. 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 die Möglichkeit Mobiltelefonie in Anspruch zu nehmen, ohne Berücksichtigung der Gesprächsentgelte, zu bezahlen.

Der von mobilkom angeregte Vergleich mit dem ARPU Index für mobilkom in Höhe von *[auf die Angabe der Höhe des blended ARPU von Kunden der mobilkom wird verzichtet, da dies ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der mobilkom darstellt]* ist nicht zum Vergleich geeignet, da dieser Index auch Gesprächsentgelte beinhaltet, die erfahrungsgemäß je Teilnehmer unterschiedlich hoch sind.

Weiters ist der von der mobilkom angeregte Vergleich mit dem ARPU insofern widersprüchlich, da die mobilkom einerseits vorbringt, dass der Vergleich von wiederkehrenden Entgelten (wie die durchschnittlichen monatlichen Grundentgelte) mit einem Einmalentgelt (wie dem Portierentgelt) grundsätzlich ungeeignet sei, andererseits jedoch einen Vergleich mit den durchschnittlichen monatlichen Ausgaben eines Teilnehmers (ARPU) als angebracht erachtet.

Die Telekom-Control-Kommission hat im Schreiben vom 30.1.2008 darauf hingewiesen, dass der ARPU eines Prepaid-Teilnehmers nach Schätzungen der Regulierungsbehörde auf Grund der vorliegenden Daten aus den Marktanalyseverfahren und der KEV-Daten bei € 7,00 liegt und das Portierentgelt in Höhe von € 25,00 diesen Wert um das Dreifache übersteigt. Warum die mobilkom daraus ableitet, dass die Telekom-Control-Kommission auf die dreifachen monatlichen Grundentgelte abstellt und ausführt, dass der ARPU eines *[auf die Darstellung des ARPU eines Prepaid-Kunden der mobilkom wurde verzichtet, da dies ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der mobilkom darstell]*.

Die Telekom-Control-Kommission hat im Schreiben vom 30.01.2008, in der Annahme, dass die mobilkom, wie im Aufsichtsverfahren R 01/04 zum Vergleich die monatlichen durchschnittlichen Ausgaben heranzieht, ausgeführt, dass selbst unter zur Grundlegung der durchschnittlichen monatlichen Ausgaben eines Prepaid-Teilnehmers das Portierentgelt diesen Wert um das Dreifache überschreiten würde.

Zusammengefasst war daher festzustellen, dass die Frage, ob die Höhe des zur Verrechnung gelangenden Portierentgeltes „abschreckend“ iSd. § 23 Abs. 2 TKG 2003 ist, nicht anhand der durchschnittlichen monatlichen Ausgaben eines Teilnehmers für Telefonieleistungen (ARPU) beurteilt werden kann. Die durchschnittlichen monatlichen Ausgaben umfassen auch variable Entgeltteile, wie z.B. Verbindungsentgelte, die von den Teilnehmern individuell beeinflussbar sind. Auf die Höhe des Portierentgeltes hat der Teilnehmer im Gegensatz zu seinen Verbindungsentgelten keinen Einfluss.

2.3. Das Ergebnis der nachfrageseitigen Erhebung

Weiters ist das Ergebnis der im Herbst 2007 durchgeführten nachfrageseitigen Erhebung in die Überlegungen der Telekom-Control-Kommission mitzubeziehen:

Aus dem vorliegenden Ergebnis der Umfrage ist abzuleiten, dass bereits bei einem Portierentgelt in Höhe von insgesamt € 19,00 (inklusive € 4,00 NÜV-Info und NÜV-Bestätigung) 34 % jener Privatkunden (die ein Mobiltelefon besitzen), die den Mobilfunkbetreiber in den letzten 1 bis 2 Jahren wechselten, auf die Rufnummernportierung verzichteten, weil die Portierung zu teuer sei. Ebenso bei 11 % der befragten Geschäftskunden. Eine Erhöhung des Portierentgeltes würde dazu führen, dass noch mehr Privat- bzw. Geschäftskunden auf die Dienstleistung der Portierung verzichten würden. Dies würde nach Ansicht der Regulierungsbehörde zur Errichtung einer Wechselbarriere führen und die Sicherstellung der in § 1 Abs. 2 lit b TKG 2003 normierten Zielsetzungen im Sinne der größtmöglichen Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer massiv beeinträchtigen.

Aus der Tatsache, dass 78 % der Privatkunden und 92 % der Geschäftskunden angegeben haben, zukünftig die Dienstleistung der Portierung in Anspruch nehmen zu wollen, kann die Bedeutung der Rufnummernportierung abgeleitet werden. Den Ausführungen der mobilkom, dass die überwiegende Mehrheit daher - unter Inkaufnahme der Portierkosten – die Rufnummernportierung in Anspruch nehmen möchte und daher das verrechnete Entgelt nicht abschreckend sei, ist entgegen zu halten, dass die Befragten von den damaligen Portierkosten in Höhe von € 19,00 ausgehen mussten.

Weiters geht aus dem Ergebnis zur Frage 6 der Umfrage hervor, dass die Grenze für die „Angemessenheit“ der Portierkosten bei einem Betrag in Höhe von unter € 20,00 liegt. Den Ausführungen der mobilkom, dass bei den vorgegebenen

Antwortmöglichkeiten und bei der Reihenfolge die Befragten zu € 0,0 tendieren hätten, ist zu entgegnen, dass, wie von der mobilkom übermittelten Folien zu den Ergebnissen der nachfrageseitigen Erhebung erkennbar war, keine Beträge vorgegeben waren, sondern die Befragten die Möglichkeit hatten, den Betrag, den sie maximal bereit wären zu bezahlen, einzutragen.

2.4. Die Bedeutung der Einmalentgelte

Die Telekom-Control-Kommission hat Folgendes zu den Ausführungen der mobilkom erwogen: Das Aktivierungsentgelt, welches wie das Portierentgelt ebenfalls ein Einmalentgelt darstellt, ist grundsätzlich bei der Beurteilung der Frage, ob ein Entgelt als „abschreckend“ iSd. § 23 Abs. 2 TKG 2003 einzustufen ist, nicht außer Acht zu lassen.

Die Ausführungen der mobilkom, dass trotz der Erhöhung des Aktivierungsentgeltes auf mittlerweile rund € 50,00 ein Wachstum bei den Neuanmeldungen vorliege, muss jedenfalls im Zusammenhang mit der Tatsache gesehen werden, dass im Rahmen von Aktionen Betreiber auf das Aktivierungsentgelt verzichten und daher den Teilnehmern überhaupt keine Aktivierungsgebühren verrechnet werden. Aus den vorliegenden Anzeigen der mobilkom (siehe II.1.e) geht hervor, dass die mobilkom über einen durchgehenden Zeitraum von beinahe 5 Monaten bei den bedeutendsten Einzeltarifen auf das Aktivierungsentgelt verzichtet hat: Daraus ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission darauf zu schließen, dass auch nach Einschätzung der Mobilfunkbetreiber das Aktivierungsentgelt sehr wohl eine abschreckende Wirkung für die Teilnehmer hat. Dies kann, entgegen den Ausführungen der mobilkom, auch nicht lediglich als eine Vorweihnachtsaktion angesehen werden, da de facto für einen Zeitraum von beinahe 5 Monaten kein Aktivierungsentgelt (5.10.2007 bis 14.2.2008) verrechnet wurde. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Ausführung der mobilkom zu verweisen, dass durch den Verzicht auf das Aktivierungsentgelt neue Kunden gewonnen werden sollen, damit die Umsätze weiter gesteigert werden. Dies spricht auch dafür, dass jene Kunden zusätzlich gewonnen werden können, die das Aktivierungsentgelt als abschreckend ansehen und daher den Vertrag abschließen, wenn kein Aktivierungsentgelt verrechnet wird.

In Bezug auf die Frage der abschreckenden Wirkung waren auch die massiven Kundenreaktionen gegen das eingeführte Deaktivierungsentgelt in Höhe von € 9,90, beachtlich. Die Entgeltanzeige sah ein Deaktivierungsentgelt in Höhe von € 9,90 für sämtliche Tarife (ausgenommen: B-FREE Tarife, A1 Network, A1 Total, A1 COMPANY LINE, A1 CORPORATE Tarife“ A1 COMPANY Tarife, Tarife A1 DATA und A1 MATIK) vor. Dieses neue Einmalentgelt hätte für Neukunden mit 15.2.2008 und für Bestandskunden mit 18.04.2008 in Kraft treten sollen.

Die Reaktion der Kunden auf die Einführung dieses Deaktivierungsentgeltes ist als Indiz für die „abschreckende“ Wirkung eines Entgeltes bereits in Höhe von lediglich € 9,90 zu werten. Ein Unterschied besteht jedoch insofern, als der Teilnehmer für das Portierentgelt die Dienstleistung der Portierung, für das Deaktivierungsentgelt jedoch keine zusätzliche Dienstleistung erhalten hätte. Daher ist die Grenze für die abschreckende Wirkung nicht zwingend bereits bei einem Betrag in Höhe von € 9,90 zu ziehen.

Nicht zugestimmt werden kann daher den Ausführungen, dass die Kunden das Aktivierungsentgelt oder gar das Deaktivierungsentgelt akzeptieren würden und daher keine abschreckende Wirkung vorliege. Vielmehr ist davon auszugehen,

dass sowohl dem Aktivierungsentgelt als auch dem Deaktivierungsentgelt eine „abschreckende Wirkung“ enthalten. Insbesondere werden „Einmalentgelte“ auch immer entscheidungsrelevanter für die Teilnehmer, da die Durchschnittserlöse (bestehend aus sämtlichen für Sprachdienste relevanten Endkundenentgelten) pro Minute auf 60 % des Niveaus von 2004 gefallen sind. Die Entscheidungsrelevanz der Einmalentgelte wird auch durch die Ausführungen der mobilkom bestätigt, sowie durch den von der mobilkom vorgelegten Artikel „AK Analyse Handyanbieter: Günstiger Plaudern, aber teurer anmelden als noch vor drei Jahren“ von der Website der Arbeiterkammer vom 30.01.2008, gemäß denen die Aktivierungsentgelte seit 2004 bei allen Betreibern um 20 % gestiegen, gleichzeitig jedoch die Gesprächskosten gesunken seien.

2.5. Die Höhe des Portierentgeltes der Mitbewerber

Es ist weiters zu berücksichtigen, dass die mobilkom der größte österreichische Mobilfunkbetreiber ist und als einziger Betreiber in Österreich ein Portierentgelt in Höhe von € 25,00 (zuzüglich € 4,00 für die NÜV-Info und für die NÜV-Bestätigung) den Teilnehmern in Rechnung stellt. Die von der mobilkom durchgeführte Erhöhung des Portierentgeltes führt offensichtlich zu einer Wechselbarriere und eröffnet in Folge einen weiteren preislichen Spielraum für die mobilkom.

Vor dem Hintergrund, dass die anderen Mobilfunkbetreiber seit den gegenüber diesen durch die Regulierungsbehörde eingeleiteten Aufsichtsverfahren gemäß § 91 TKG 2003 ein Portierentgelt in Höhe von insgesamt € 19,00 in Rechnung stellen, ist davon auszugehen, dass nach Einschätzung der Telekom-Control-Kommission auch diese Betreiber wohl die Ansicht vertreten, dass ein Betrag von € 19,- für die gegenständliche Leistung rechtskonform im Sinne des § 23 Abs. 2 TKG 2003 ist.

3. Das Ergebnis auf Grund der vorliegenden Überlegungen

Die Telekom-Control-Kommission ist daher der Ansicht, dass zur Beurteilung der abschreckenden Wirkung des Entgeltes für die Inanspruchnahme der Portierung der Durchschnitt der monatlichen Grundentgelte herangezogen werden kann, ist dieser Wert doch als Indiz dafür anzusehen, dass der Teilnehmer diesen Betrag monatlich als Basisbetrag für die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Produktes „Mobiltelefonie“ zu bezahlen bereit ist. In welcher Höhe der Teilnehmer zusätzlich Verbindungsleistungen in Anspruch nimmt, ist einzig und allein vom Willen des Teilnehmers abhängig.

Ebenso waren die Ergebnisse der nachfrageseitigen Erhebung in die Überlegungen der Telekom-Control-Kommission miteinzubeziehen. Bereits bei einem Portierentgelt in Höhe von insgesamt € 19,00 haben 34 % der befragten Privatkunden (die ein Mobilfunktelefon besitzen) und 11 % der befragten Geschäftskunden (die ein Mobilfunktelefon besitzen), die in den letzten 1 bis 2 Jahren einen Betreiberwechsel durchgeführt haben, angegeben, auf die Dienstleistung der Portierung verzichtet zu haben, da diese zu teuer sei. Eine weitere Erhöhung des Portierentgeltes würde zu einem starken Anstieg jener Teilnehmer führen, die die Dienstleistung der Portierung auf Grund der hohen Kosten nicht in Anspruch nehmen. Diese Entwicklung würde nicht zur Verwirklichung der Zielsetzungen des TKG 2003, insbesondere des § 1 Abs. 2 lit. a und b TKG 2003 beitragen. Ebenso geht aus dem Ergebnis der Umfrage vor, dass die Grenze für die „Angemessenheit“ der Portierkosten unter € 20,00 liegt, da 97 % der Privatkunden und 80 % der Geschäftskunden einen Betrag von unter € 20,00 angegeben haben.

Insbesondere war im Zusammenhang mit der Erhöhung des Portierentgeltes ebenfalls zu beachten, dass vom Jahr 2006 auf das Jahr 2007 die monatlichen Grundentgelte im Bereich Mobilfunkbereich um 12,7 % sanken und die Durchschnittserlöse pro Minute auf 60 % des Niveaus von 2004 gefallen sind.

Das oben festgestellte durchschnittliche Grundentgelt beträgt EUR 18,03 (brutto). Diese Grundentgelte enthalten zum Teil bereits inkludierte Verbindungsleistungen, jedoch fällt das Grundentgelt unabhängig davon an, ob der Teilnehmer diese Verbindungsleistungen tatsächlich in Anspruch nimmt.

Die Telekom-Control-Kommission ist unter Einbeziehung der vorangegangenen Überlegungen der Ansicht, dass ein Entgelt, welches im Bereich der Höhe der durchschnittlichen monatlichen Grundentgelte für Mobiltelefonie liegt und auch von den anderen Mobilfunkbetreibern - außer mobilkom - verrechnet wird, dem Maßstab des § 23 Abs. 2 zweiter Satz entspricht.

Berücksichtigt man weiters, dass die für den Teilnehmer (zwingende) Einholung der NÜV-Information und der NÜV-Bestätigung im Sinne des § 3 NÜV bereits mit einem Betrag von EUR 4,-, verbunden ist, so ergibt sich im Zusammenhalt mit obigen Ausführungen ein Portierentgelt in Höhe von € 15,00 (zuzüglich € 4,00 für die NÜV-Info und NÜV-Bestätigung) als obere Grenze.

Ein höheres Entgelt als EUR 19,- (inklusive Ust.) würde die Schwelle der Abschreckung überschreiten und dem Erfordernis des § 23 Abs. 2 TKG 2003 nicht mehr 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 17.03.2008

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung

i.V. Dr. Wolfgang Feiel
Leiter Abteilung Recht