

# Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 3.04.2018 einstimmig beschlossen:

## I. Spruch

T-Mobile Austria GmbH wird gemäß Art 16 Abs 5 und 6 iVm Art 6a Verordnung (EU) Nr 531/2012 idF 2017/920 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (Roaming-VO) aufgetragen, die Einhebung eines zusätzlichen Entgelts für die Möglichkeit der Nutzung von Datenroamingdiensten beim Tarif „MyNet2Go“ zu unterlassen.

## II. Begründung

### 1 Gang des Verfahrens

Am 27.11.2017 hat die Telekom-Control-Kommission ein Verfahren nach Art 16 Abs 5 Roaming-VO gegen T-Mobile Austria GmbH (T-Mobile) eingeleitet, da der Verdacht bestand, dass T-Mobile für die Möglichkeit der Nutzung von Datenroamingdiensten bei dem im Spruch genannten Tarif entgegen Art 6a Roaming-VO ein zusätzliches Entgelt verrechnet. Die Telekom-Control-Kommission hielt T-Mobile den Verdacht des Verstoßes vor (Schreiben vom 28.11.2017, ON 2) und forderte diese zur Stellungnahme bis zum 13.12.2017, sowie dazu auf, den Verstoß gegen die genannten Verpflichtungen abzustellen.

T-Mobile brachte am 13.12.2017 eine Stellungnahme ein und beantragte die Durchführung einer mündlichen Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission (ON 3). Diese fand am 8.01.2018 vor der Telekom-Control-Kommission statt. Am 26.02.2018 brachte T-Mobile eine weitere Stellungnahme ein (ON 9).

## 2 Festgestellter Sachverhalt

T-Mobile betreibt ein öffentliches Kommunikationsnetz und bietet öffentliche Kommunikationsdienste an (amtsbekannt).

T-Mobile bietet auf ihrer Website unter der Rubrik „Internet für unterwegs“ (ON 10) zwei Datentarife („MyNet2Go“ und „MySurfKLAX“) an. Bei dem Tarif mit Roaming („MyNet2Go“) wird ein höheres Entgelt als für den Tarif ohne Roaming („MySurfKLAX“) verrechnet. Gleichzeitig enthält der Tarif mit Roaming 1 GB weniger Datenvolumen (Stellungnahme vom 13.12.2017, ON 3).

Die Tarife stellen sich wie folgt dar:

	„MySurfKlax“	„MyNet2Go“
Tarifart	Prepaid Tarif	Vertragstarif
Preis	€ 15	€ 17,99
Inkludiertes Datenvolumen	16 GB	15 GB
Speed Download	Bis zu 50 Mbits	Bis zu 50 Mbits
Speed Upload	Bis zu 10 Mbits	Bis zu 10 Mbits
Bindungsdauer	Keine	24 Monate
Gültigkeit	30 Tage	1 Monat
Servicepauschale	Nein	€ 22 pro Jahr
Hardware	Nein	Ja
Roaming	Nein	Ja

Darüber hinaus ist bei „MyNet2Go“ fallweise ein einmaliges Aktivierungsentgelt idH von € 70,00 zu leisten, je nachdem, ob T-Mobile einen entsprechenden Aktionsnachlass gewährt oder nicht.

Selbst bei Berücksichtigung des höchsten Hardwaremarktpreises von € 90,00 (Niederschrift der mündlichen Anhörung von 22.01.2018, ON 7) sowie der Berücksichtigung eines Aktivierungsentgelts von € 70,00 bei „MyNet2Go“ ergibt sich, dass für den Tarif „MyNet2Go“ mit Roaming und weniger Leistung (1 GB weniger Datenvolumen) ein höheres Entgelt als für den Tarif „MySurfKlax“ ohne Roaming zu entrichten ist.

Selbst wenn das Aktivierungsentgelt für „MyNet2Go“ idH von € 70,00 entfallen sollte, wäre dieser Tarif teurer als der Tarif „MySurfKlax“.

T-Mobile bietet diese Tarife weiterhin auf ihrer Website an (ON 10).

### **3 Beweiswürdigung**

Die Feststellungen ergeben sich aus den in Klammer angeführten Beilagen und sind unstrittig.

Die Feststellung, dass der Tarif „MyNet2Go“ mit Roaming und 1 GB weniger Datenvolumen teurer ist als der Tarif ohne Roaming ergibt sich aus folgender Berechnung: das monatliche Grundentgelt von € 17,99 plus die anteilige Aktivierungsgebühr von € 2,92 (€ 70,00 dividiert durch 24 [Mindestvertragslaufzeit in Monaten]) plus der anteiligen Servicepauschale von € 1,83 (€ 22,00 dividiert durch 12) minus der anteiligen Hardwarestützung in Höhe von € 3,75 (ausgehend vom höchstmöglichen Marktwert von € 90,00 dividiert durch 24 [Mindestvertragslaufzeit in Monaten]), ergibt ein monatliches Entgelt von € 18,99. Im Vergleich zum „MySurfKLAX“ mit einem Entgelt von € 15,00 mit 16 GB, nutzbar nur im Inland, ergibt sich, dass für die Möglichkeit, Roaming zu nutzen, ein zusätzliches Entgelt verrechnet wird.

Für den Fall, dass kein Aktivierungsentgelt idH von € 70,00 zu leisten ist, reduziert sich das so berechnete monatliche Entgelt um € 2,92 und ist mit € 16,07 für „MyNet2Go“ nominell um € 1,07 höher als für „MySurfKlax“.

## **4 Rechtliche Beurteilung**

### **4.1 Rechtsgrundlagen**

Die einschlägigen Bestimmungen der Roaming-VO (Verordnung [EU] Nr 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union, VO [EU] Nr 531/2012, ABl 2012 L 172/10 idF VO [EU] 2017/920, ABl 2017 L 147/1) lauten:

*„Artikel 6a*

#### ***Abschaffung von Endkunden-Roamingaufschlägen***

*Roaminganbieter dürfen ihren Roamingkunden ab dem 15. Juni 2017, sofern der Gesetzgebungsakt, der infolge des in Artikel 19 Absatz 2 genannten Vorschlags zu erlassen ist, zu diesem Zeitpunkt anwendbar ist, vorbehaltlich der Artikel 6b und 6c, für die Abwicklung abgehender oder ankommender regulierter Roaminganrufe, für die Abwicklung versendeter regulierter SMS-Roamingnachrichten oder für die Nutzung regulierter Datenroamingdienste, einschließlich MMS-Nachrichten, im Vergleich mit dem inländischen Endkundenpreis in einem*

*Mitgliedstaat weder zusätzliche Entgelte noch allgemeine Entgelte für die Nutzung von Endgeräten oder von Dienstleistungen im Ausland berechnen.*

#### *Artikel 16*

##### **Überwachung und Durchsetzung**

*(1) Die nationalen Regulierungsbehörden beobachten und überwachen die Einhaltung dieser Verordnung in ihrem Gebiet.*

*Die nationalen Regulierungsbehörden beobachten und überwachen genau die Roaminganbieter, die von Artikel 6b, Artikel 6c und Artikel 6e Absatz 3 Gebrauch machen.*

*(2) Die nationalen Regulierungsbehörden stellen aktuelle Informationen über die Anwendung dieser Verordnung, insbesondere der Artikel 6a, 6b, 6c, 6e, 7, 9 und 12, in einer für Interessierte leicht zugänglichen Weise öffentlich bereit.*

*(3) Zur Vorbereitung der in Artikel 19 vorgesehenen Überprüfung beobachten die nationalen Regulierungsbehörden die Entwicklung der Entgelte, die Roamingkunden auf der Großkunden- und Endkundenebene für die Abwicklung von Sprach- und Datenkommunikationsdiensten, einschließlich SMS und MMS, berechnet werden, insbesondere auch in den Gebieten in äußerster Randlage der Union im Sinne von Artikel 349 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Die nationalen Regulierungsbehörden achten zudem gezielt auf den besonderen Fall des unbeabsichtigten Roamings in Grenzregionen benachbarter Mitgliedstaaten und überwachen, ob die Verkehrssteuerungstechniken zum Nachteil von Kunden eingesetzt werden. Die nationalen Regulierungsbehörden beobachten unbeabsichtigtes Roaming, sammeln Informationen darüber und treffen geeignete Maßnahmen.*

*(4) Die nationalen Regulierungsbehörden sind befugt, von den Unternehmen, die den Vorschriften dieser Verordnung unterliegen, die Bereitstellung aller für die Durchführung und Durchsetzung dieser Verordnung notwendigen Informationen zu verlangen. Diese Unternehmen übermitteln diese Informationen auf Anfrage umgehend sowie nach dem Zeitplan und in dem Detaillierungsgrad, die von der nationalen Regulierungsbehörde verlangt werden.*

*(5) Die nationalen Regulierungsbehörden können von sich aus tätig werden, um die Einhaltung dieser Verordnung sicherzustellen. Insbesondere machen sie nötigenfalls von den Befugnissen gemäß Artikel 5 der Zugangsrichtlinie Gebrauch, um Zugang und Zusammenschaltung in angemessenem Umfang sicherzustellen, so dass bei Roamingdiensten die durchgehende Konnektivität und Interoperabilität gewährleistet wird, zum Beispiel wenn Kunden keine regulierten SMS-Roamingnachrichten mit Kunden eines terrestrischen öffentlichen Mobilfunknetzes in einem anderen Mitgliedstaat austauschen können, weil keine Vereinbarung über die Zustellung solcher Nachrichten besteht.*

*(6) Stellt eine nationale Regulierungsbehörde einen Verstoß gegen Verpflichtungen aus dieser Verordnung fest, so kann sie die sofortige Abstellung des Verstoßes anordnen.“*

## 4.2 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß Art 16 Abs 5 Roaming-VO (EU) Nr 531/2012 kann die nationale Regulierungsbehörde dann, wenn sie einen Verstoß gegen Verpflichtungen aus dieser Verordnung feststellt, dessen sofortige Abstellung anordnen. Gemäß Art 16 Abs 6 Roaming-VO kann sie von sich aus tätig werden, um die Einhaltung dieser Verordnung sicherzustellen.

Ausgehend davon ergeben sich daher in Österreich nach den §§ 115, 117 und 120 TKG 2003 drei Regulierungsbehörden, die für das gegenständliche Verfahren dem Grunde nach zuständig sein könnten: Die Telekom-Control-Kommission, die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) und die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH).

§ 120 Abs 1 lit b) TKG 2003 ordnet an, dass eine Zuständigkeit der KommAustria abweichend von §§ 115, 117 TKG 2003 dann besteht, wenn sich eine Regulierungsmaßnahme auf einen Markt für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk oder Rundfunkzusatzdiensten bezieht. Abzustellen ist dabei auf eine Regulierungsmaßnahme, also auf die Vornahme einer hoheitlichen Handlung in Bezug auf den bezeichneten Markt. Die gegenständliche Regulierungsmaßnahme bezieht sich im konkreten Fall jedoch nicht auf einen Markt für die Verbreitung von Rundfunk im Sinne des BVG-Rundfunk; eine Zuständigkeit der Komm Austria besteht für das gegenständliche Verfahren daher nicht.

Das Verhältnis der Zuständigkeiten zwischen der RTR-GmbH und der Telekom-Control-Kommission ist in den §§ 115, 117 TKG 2003 wie folgt geregelt:

*„§ 115. (1) Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH hat sämtliche Aufgaben, die durch dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission (§ 117) oder die KommAustria zuständig ist.*

*(1a) Die RTR-GmbH ist Regulierungsbehörde gemäß der Verordnung über das GEREK (§ 3 Z 8a). In Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der KommAustria fallen, ist das Einvernehmen mit dieser herzustellen.*

*(...)“*

*„§ 117. Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:*

- 1. die Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 6, 6a, 6b Abs. 7, 7, 9, 9a Abs. 8, 11,*
- 1a. Entscheidungen über Sicherheitsüberprüfungen gemäß § 16a Abs. 4,*
- 2. Entscheidung in Verfahren gemäß § 18 Abs. 3,*
- 2a. Entscheidungen in Verfahren gemäß § 22,*
- 2b. Entscheidungen in Verfahren nach § 24a,*
- 3. Ausübung des Widerspruchsrechtes gemäß § 25,*
- 4. Ermittlung des aus dem Universaldienstfonds zu leistenden finanziellen Ausgleichs gemäß § 31,*
- 5. Feststellung des an den Universaldienstfonds zu leistenden Betrages gemäß § 32,*
- 6. Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte sowie die Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist und die Aufhebung, Beibehaltung,*

*Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen gemäß § 36 bis 37a,  
7. Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 23 Abs. 2, 38, 41, 42, 47, 47a, 47b Abs. 2, 48 und 49 Abs. 3  
sowie Anträge an die Europäische Kommission gemäß § 47 Abs. 1,  
7a. Entscheidungen in Verfahren gemäß § 50,  
8. Genehmigung von Geschäftsbedingungen und Entgelten sowie Ausübung des  
Widerspruchsrechtes gemäß §§ 26 und 45,  
9. Zuteilung von Frequenzen, hinsichtlich derer im Frequenznutzungsplan eine Festlegung gemäß §  
52 Abs. 3 getroffen wurde, gemäß § 54 Abs. 3 Z 2,  
10. Entscheidung über die Überlassung von Frequenzen gemäß § 56,  
11. Änderung der Frequenzzuteilung gemäß § 57 und Widerruf der Frequenzzuteilung gemäß § 60,  
12. Entscheidung über das Recht Kommunikationsnetze oder -dienste bereit zu stellen gemäß § 91  
Abs. 3,  
13. Entscheidung über einstweilige Verfügungen gemäß § 91 Abs. 4,  
13a. Entscheidungen in Verfahren nach § 91a,  
14. Feststellung und Antragstellung gemäß § 111,  
15. Antragstellung an das Kartellgericht gemäß § 127,  
16. Entscheidungen gemäß § 130 Abs. 1.“*

Einleitend ist hierzu festzuhalten, dass der nationale Gesetzgeber in § 115 Abs 1 TKG 2003 die Zuständigkeiten der RTR-GmbH expressis verbis auf Aufgaben beschränkt hat, die ihr durch „dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen“ übertragen worden sind. Weder findet sich in § 115 Abs 1 TKG 2003 selbst noch in den Materialien hierzu ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber hiermit (implizit) auch eine Zuständigkeit für den Vollzug unionsrechtlicher Vorschriften begründen wollte. Anderslautende Literaturmeinungen (zB Müller in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016) § 117 Rz 6) zur aus § 115 TKG 2003 entspringenden „subsidiären Generalkompetenz“ der RTR-GmbH sind im Hinblick auf direkt unionsrechtliche Kompetenzen abzulehnen bzw nicht stichhaltig, da das vorgeschlagene Konzept dieser „subsidiären Generalkompetenz“ (Müller aaO, § 115 Rz 16) bei Aufgaben, die nicht aus dem TKG 2003 oder dessen Verordnungen entspringen, im klar gefassten gesetzlichen Wortlaut des § 115 Abs 1 TKG 2003 keine Deckung findet. Daher kann die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission angenommen werden:

Auch höchstgerichtliche Judikatur spricht für eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Fall: Der VwGH (19.04.2012, 2009/03/0170) hat im Hinblick auf die Aufsichtsbestimmungen der Verordnung (EG) Nr 544/2009, unter Verweis auf seine eigene Judikatur eine solche bejaht. In dieser Vorjudikatur (VwGH 15.12.2003, 99/03/0423 = VwSlg 16241 A/2003) kommt der VwGH wiederum unter Verweis auf das Erkenntnis des VfGH vom 28. November 2001, VfSlg. 16369/2001, zum Ergebnis, dass die Telekom Control-GmbH (als „Vorgängerin“ der RTR-GmbH) mangels Tribunalqualität iSd EMRK aufgrund ihrer Weisungsgebundenheit nicht für Anordnungen iSd § 34 TKG (1997) (Stammfassung: BGBl I Nr 100/1997) zuständig sei. Die in diesem Judikat des VwGH erwähnte „Generalklausel“ des § 109 Abs 1 TKG (1997), der weitgehend dem § 115 TKG 2003 idgF ähnlich ist, bezog sich aber schon in dieser Fassung des TKG (1997) nur auf Aufgaben, „[...] die im Telekommunikationsgesetz und in den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen der Regulierungsbehörde übertragen sind, wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission (§ 111) zuständig ist[...]“.

Vor diesem Hintergrund entschied der VwGH im erstzitierten Erkenntnis (2009/03/0170) zu den Bestimmungen der Roaming-VO: *„Ausgehend von der grundsätzlichen innerstaatlichen Zuständigkeitsverteilung der Regulierungsbehörden (§§ 115, 117 TKG 2003) und dem Gebot, für die Entscheidung über Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne des Art 6 EMRK (dass es sich im Beschwerdefall um solche handelt, ist nicht strittig) die Zuständigkeit eines Tribunals vorzusehen, kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie (im Einklang mit dem hg Erkenntnis vom 15. Dezember 2003, Zl 99/03/0423) ihre Zuständigkeit für die getroffenen Anordnungen angenommen hat.“*

Zur Frage der Zuständigkeitsverteilung zwischen RTR-GmbH und Telekom-Control-Kommission bei Verfahren unmittelbar aufgrund von unionsrechtlichen Vorschriften stellt der VwGH daher neben der Frage, ob über „civil rights“ iSd Art 6 EMRK entschieden wird, auch ausdrücklich auf das Verhältnis von §§ 115, 117 TKG 2003 ab. Folgt man diesem vom VwGH zitierten Verhältnis der innerstaatlichen Zuständigkeiten, zeigt sich, wie oben dargestellt, dass der innerstaatliche Gesetzgeber die Zuständigkeit der RTR-GmbH nach § 115 Abs 1 TKG 2003 - mangels anderslautender gesetzlicher Anordnung – eben ausdrücklich auf Verfahren beschränken wollte, die sich aus dem TKG 2003 oder dessen Verordnungen ergeben. Die Aufzählung der Zuständigkeiten der Telekom-Control-Kommission in § 117 Abs 1 TKG 2003 mag zwar in Bezug auf das TKG 2003 taxativ sein, eine ausdrückliche Einschränkung der Zuständigkeiten auf das TKG 2003 bzw dessen Verordnungen, wie in § 115 Abs 1 leg cit, findet sich darin jedoch nicht. Schon aus diesem Grund ist – dem zitieren Judikat des VwGH folgend - eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission anzunehmen.

T-Mobile hat vorgebracht, dass die Roaming-VO selbst keine Verfahrensregeln enthalten würde. Daher habe zu allererst eine Verfahrensführung nach den Grundsätzen und Regelungen des § 91 Abs 1 und 2 TKG 2003 zu erfolgen, nach welchen die RTR-GmbH zuständig sei. Dabei übersieht T-Mobile, dass § 91 TKG 2003 keine Aussagen über die Zuständigkeiten der RTR-GmbH bzw der Telekom-Control-Kommission trifft. Diese sind in §§ 115 und 117 TKG 2003 geregelt. Je nachdem, welche Materie betroffen ist, ist für ein Verfahren nach § 91 TKG 2003 die RTR-GmbH bzw die Telekom-Control-Kommission zuständig.

Weiters führt T-Mobile in ihrer Stellungnahme vom 26.02.2018 (ON 9) aus, dass die im Bescheid zu R5/17-11 der Telekom-Control-Kommission vom 18.12.2017 angeführte Ansicht, dass die Zuständigkeit der RTR-GmbH expressis verbis auf Aufgaben, die ihr durch „dieses Bundesgesetz und durch die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen“ übertragen worden sind, auch auf die Zuständigkeiten der Telekom-Control-Kommission in § 117 TKG 2003 zutreffen würde. Wie oben ausgeführt findet sich – auch wenn die Zuständigkeitsregelung des § 117 TKG 2003 taxativ sein mag – keine ausdrückliche Einschränkung im Wortlaut des § 117 TKG 2003 wie in § 115 TKG 2003. Daher ist davon auszugehen, dass die Telekom-Control-Kommission zuständig ist.

Zudem ist T-Mobile der Ansicht, dass die Eingriffsintensivität einer Regulierungsentscheidung für die Anwendung des § 117 TKG nicht maßgeblich und somit auch keine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission geboten sei. Dies ergebe sich auch aus dem Wortlaut des § 91 Abs 1 und 2 TKG 2003, wonach die RTR-GmbH zuständig sei.

Überdies können RTR-Bescheide gemäß Art 130 Abs 1 Z 1B-VG direkt beim Bundesverwaltungsgericht, welches ein Tribunal gemäß Art 6 EMRK sei, angefochten werden (Stellungnahme der T-Mobile, ON 9).

Dass bei der Verrechnung zusätzlicher Entgelte für Roaming ein Eingriff in zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne des Art 6 EMRK vorliegt, ist offenkundig. Auch wenn nach der jüngeren Judikatur des VfGH (28.06.2011, ZI B 254/11, B 824/11) selbst im Kernbereich der civil rights eine nachprüfende Kontrolle durch ein Tribunal iSd EMRK als ausreichend angesehen wird, spricht aus grundrechtlichen Erwägungen letztlich nichts dafür, die nach § 18 Abs 3 KommAustria-Gesetz (KOG, idF BGBl I Nr 50/2016) in diesem Zusammenhang zweifelsfrei weisungsgebundene RTR-GmbH als zuständig anzusehen. Es macht daher keinen Unterschied, ob mit Einführung des Bundesverwaltungsgerichts gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 (iVm § 121a Abs 1 TKG 2003) gegen Bescheide der RTR-GmbH Beschwerde an das BVwG erhoben werden kann, das zweifelsfrei die Voraussetzungen eines Tribunals iSd Art 6 EMRK erfüllt. Letztlich adressiert § 117 TKG 2003 für die innerstaatlichen Zuständigkeiten auch grundrechtliche Bedenken und sieht für die (iSd EMRK) besonders eingriffsintensiven Verfahren eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission vor, die unstrittig Tribunalqualität besitzt.

Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission in Verfahren nach der Roaming-VO nicht bemängelt (VwGH 19.4.2012, ZI 2009/03/0170); die Telekom-Control-Kommission geht somit davon aus, dass die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission gegeben ist.

### **4.3 Verrechnung allgemeiner Entgelte für die Nutzung von Datenroamingdiensten**

Gemäß Art 6a Roaming-VO dürfen weder zusätzliche Entgelte – im Vergleich mit dem inländischen Endkundenpreis in einem Mitgliedstaat für die Abwicklung abgehender oder ankommender regulierter Roaminganrufe, für die Abwicklung versendeter regulierter SMS-Roamingnachrichten oder für die Nutzung regulierter Datenroamingdienste – noch allgemeine Entgelte für die Nutzung von Endgeräten oder Dienstleistungen im Ausland berechnet werden.

Dies wird auch in den Leitlinien des GEREK zu Roaming klar zum Ausdruck gebracht (BEREC Guidelines on Regulation [EU] No 531/2012, as amended by Regulation [EU] 2015/2120 and Commission Implementing Regulation [EU] 2016/2286 [Retail Roaming Guidelines], BoR [17] 56 vom 27.03.2017, Guideline 9): *“9. According to Article 6 a Roaming Regulation, roaming providers are not allowed to levy any general charge to enable roaming services to be used abroad. BEREC understands this provision to mean that roaming providers cannot add a direct or indirect/quasi surcharge for enabling roaming in the EEA. An example of an indirect/quasi surcharge for enabling roaming would be if two otherwise identical tariff plans of a roaming provider differ only in the fixed periodic fee and the ability to roam with the roaming-enabled plan being more expensive than the non-roaming-enabled plan. In consequence, two different prices for the same tariff plan with and without roaming service are not allowed. A further example could be a home network surcharging its customer for domestic calls made from the home network’s Member State to a customer in a roaming situation. Finally, it should be noted that customers on a non-roaming enabled tariff will not become entitled to receive roaming services at their existing domestic tariff.”*



Gemäß Art 3 Abs 3 Verordnung (EG) Nr 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation („GEREK-VO“) haben nationale Regulierungsbehörden und die Europäische Kommission allen von GEREK verabschiedeten Stellungnahmen, Empfehlungen, Leitlinien und Ratschlägen oder bewährten Regulierungspraktiken weitestgehend Rechnung zu tragen.

T-Mobile bringt vor, dass es sich bei den Tarifen um Tarife aus ganz „unterschiedlichen Produktwelten“ und Produkt-Portfolios handle, welche sich in zahlreichen Produktmerkmalen unterscheiden würden und dass es sich deshalb bei den verfahrensgegenständlichen Tarifen „MySurfKLAX“ und „MyNet2Go“ nicht um zwei unterschiedliche Preise für denselben Tarifplan mit und ohne Roamingdienste iSv Art 6a Roaming-VO und den BEREC-Guidelines handeln würde (Stellungnahme der T-Mobile vom 13.12.2017 und vom 26.02.2018).

Dem ist zu entgegnen, dass die Roaming-VO nicht darauf abstellt, ob idente Tarifpläne vorliegen. Ausschlaggebend ist demgegenüber, ob es sich um Tarife mit vergleichbaren Leistungen handelt. Gemäß Art 6a Roaming-VO ist die Berechnung von zusätzlichen Entgelten und allgemeinen Entgelten für die Nutzung von Endgeräten oder Dienstleistungen im Ausland nicht zulässig. Die zitierte BEREC-Guideline führt den Fall der identen Tarifpläne lediglich als Beispiel an („An example“). Die Hauptleistung beider Tarife ist die zur Verfügungstellung von Datendiensten; einer dieser Tarife bietet die Möglichkeit, Roaming zu nutzen an, der andere nicht. Im vorliegenden Fall – auch wenn die gegenständlichen Tarifpläne nicht ident, sondern lediglich sehr ähnlich sind – geht daher klar hervor, dass das wesentliche Unterscheidungsmerkmal beider Tarife, die Nutzung von Roaming ist. Für diese wird, wenn auch nicht explizit, ein zusätzliches Entgelt verrechnet.

Wie aus den Feststellungen betreffend die Leistungsmerkmale beider Tarife ersichtlich ist, enthält der Tarif mit Roaming sogar weniger Datenvolumen (siehe Tabelle oben).

Zudem ist davon auszugehen, dass für den Endkunden eines der Hauptentscheidungsmerkmale bei der Auswahl eines entsprechenden Datentarifs ist, ob dieser nur im Inland verwendet werden kann oder auch die Nutzung von Roamingdiensten inkludiert. Das von T-Mobile vorgebrachte Argument, dass es dem Kunden bei der Entscheidung für einen Tarif vorrangig darum gehen würde, ob Hardware inkludiert ist oder nicht, ist schon deshalb nicht stichhaltig, da auch der SIM-only Tarif „MySurfKLAX“ über die Website von T-Mobile mit Hardware erworben werden kann (vgl Screenshot der Website von T-Mobile vom 20.03.2018, ON 10). Dies kann somit kein ausschlaggebendes Argument dafür sein, dass sich der Kunde für den teureren Tarif entscheidet.

Der Tarif „MyNet2Go“ unterscheidet sich zwar auch hinsichtlich der Servicepauschale, der Mindestvertragsdauer und der Endgerätestützung vom Tarif „MySurfKLAX“. Jedoch ergibt sich selbst bei Berücksichtigung dieser Unterschiede, dass der Tarif „MyNet2Go“ teurer ist als der Tarif „MySurfKLAX“.

Die längere Bindungsdauer des Tarifs „MyNet2Go“ ist außerdem im Vergleich zum Tarif „MySurfKLAX“ sogar nachteiliger, da die monatlichen Kosten trotz Vertragsbindung höher sind.

Indem T-Mobile den Tarif „MySurfKLAX“ ohne Roaming und einen teureren Tarif „MyNet2Go“ mit Roaming und geringerer Leistung (1 GB weniger) anbietet, wird Art 6a Roaming-VO verletzt. Dies kommt einer Verrechnung eines zusätzlichen Entgelts für Roaming gleich.

#### **4.4 Antrag auf Erstellung eines Gutachtens**

Dem Antrag der T-Mobile auf Erstellung eines Gutachtens wird nicht stattgegeben, da dies aufgrund der klaren Sachlage nicht erforderlich ist. Dass bei dem Tarif „MyNet2Go“ im Vergleich zu „MySurfKLAX“ ein zusätzliches Entgelt verrechnet wird, kann, wie oben dargelegt (vgl Pkt 3.), durch die Telekom-Control-Kommission selbst durch eine einfache Rechnung ermittelt werden, sodass es keiner näheren Prüfung durch Amtssachverständige bedarf.



### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 3.04.2018

**Telekom-Control-Kommission**

Mag. Nikolaus Schaller  
Der Vorsitzende