

## **Bescheid**

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in ihrer Sitzung vom 22.12.2008 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

### **I. Spruch**

1. Gemäß § 91 Abs. 2 in Verbindung mit § 117 Z 7 und § 23 TKG 2003 wird mobilkom austria AG untersagt, von Teilnehmern, die im Sinne des § 23 TKG 2003 den Wechsel des Telefondiensteanbieters unter Beibehaltung der Rufnummer in Anspruch nehmen, ein Deinstallationsentgelt zu verlangen. Hiervon betroffen sind insbesondere jene Teilnehmer, die ein Tarifmodell aus A1 Network in Verbindung mit diversen Zusatzdiensten bereits gewählt haben oder künftig wählen wollen.
2. Die angeordnete Maßnahme ist in Bezug auf Neukunden innerhalb einer Frist von einem Monat ab Zustellung des gegenständlichen Bescheides von mobilkom austria AG umzusetzen. Für Bestandskunden hat die Umsetzung bis 6.2.2009 zu erfolgen.
3. mobilkom austria AG hat die Umsetzung der beiden vorangegangenen Spruchpunkte bis 13.2.2009 der Telekom-Control-Kommission schriftlich nachzuweisen.

### **II. Begründung**

#### **A. Festgestellter Sachverhalt**

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

Aufgrund des Anmeldeformulars „A1 NETWORK Zusatzdienste Anmeldung“ der mobilkom austria AG (im Folgenden: „mobilkom“) wird festgestellt, dass Businesskunden der mobilkom, die Tarifmodelle aus dem Bereich A1 NETWORK

im Zusammenhang mit bestimmten Zusatzpaketen in Anspruch nehmen, bei Vertragskündigung ein „Deinstallationsentgelt“ von EUR 250,- bzw. EUR 400,- (jeweils exkl. USt.) zu bezahlen haben. Bei diesen Zusatzdiensten handelt es sich insbesondere um „SMS PAKET 100, SMS PAKET 1000 und ZERO INTERN“, „CALL TRANSFER“, „A1 ZERO Optionen“, „UNLIMITED Optionen“ sowie „BUSINESS OPTIONS“.

Die Bestimmungen in dem Anmeldeformular verweisen indirekt auf ein außerordentliches Kündigungsrecht der mobilkom, wenn der Kunde seine Rufnummer portiert.

In dem Anmeldeformular heißt es hierzu bei den genannten Zusatzdiensten/Optionen auszugsweise:

*„... Endet der dahinter stehende NETWORK Vertrag gemäß § 33 Abs. 3 AGB Mobil [...] ist für die Option [...] zusätzlich zu einem allfälligen Restentgelt ein einmaliges Bearbeitungsentgelt (Deinstallationsentgelt) in der Höhe von [...] zu bezahlen ...“.*

Die Bestimmung in § 33 Abs. 3 der AGB Mobil lautet wie folgt:

*„Wird das Vertragsverhältnis durch außerordentliche Kündigung durch die mobilkom austria, fristlose Auflösung durch die mobilkom austria, durch Tod des Teilnehmers oder durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Teilnehmers vor Ablauf der Mindestvertragsdauer beendet, so ist mit Beendigung des Vertragsverhältnisses für die Zeit zwischen der Vertragsbeendigung und dem Ende der Mindestvertragsdauer ein Restentgelt zu bezahlen. Das Restentgelt beträgt – soweit in den Entgeltbestimmungen nichts anderes vereinbart ist – die Höhe des Grundentgeltes der für diesen Zeitraum anfallenden Grundentgelte. Für die Höhe des Grundentgeltes ist – soweit in den Entgeltbestimmungen nichts anderes vereinbart ist – der Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses maßgeblich.“*

§ 24 der AGB Mobil der mobilkom enthält Regelungen zur außerordentlichen Kündigung. In § 24 Abs. 2 der AGB mobil heißt es auszugsweise:

*„Das Vertragsverhältnis ist für die mobilkom austria kündbar, wenn [...] der Teilnehmer den Telefondienstanbieter unter Beibehaltung der Rufnummer wechselt, sodass eine Leistungserbringung durch die mobilkom austria unmöglich wird (Nummernübertragung). [...]“*

Die mobilkom kann ein Vertragsverhältnis gemäß § 24 der AGB Mobil außerordentlich kündigen, wenn der Kunde seine Rufnummer portiert. § 33 Abs. 3 der AGB Mobil enthält Regelungen zu „Einvernehmliche Auflösung, vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses“ und beinhaltet damit auch Bestimmungen betreffend die außerordentliche Kündigung.

Augrund der zitierten Bestimmungen der AGB Mobil sowie dem Anmeldeformular wird festgestellt, dass die mobilkom das Vertragsverhältnis außerordentlich

kündigen kann, wenn der Kunde seine Rufnummer portiert. Hat der Kunde einen Tarif aus dem Bereich NETWORK (Businessstarife) gewählt und endet dieser vorzeitig gemäß § 33 Abs. 3 der AGB Mobil, fällt bei bestimmten Zusatzdiensten („SMS PAKET 100, SMS PAKET 1000“ sowie „ZERO INTERN und CALL TRANSFER“), die bei Wegfall des zugrunde liegenden NETWORK-Vertrages als gekündigt gelten, ein Deinstallationsentgelt an.

## **B. Beweiswürdigung**

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf das Vorbringen der mobilkom in ihrer Stellungnahme vom 25.11.2008 (ON 28) bzw. sind amtsbekannt.

## **C. Rechtliche Beurteilung**

### **1. Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission**

Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission zur Durchführung des gegenständlichen Verfahrens beruht auf §§ 117 Z 7 iVm. 23 Abs. 2 TKG 2003.

### **2. Das Aufsichtsverfahren nach § 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 den 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.

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. Darüber hinaus 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.

### **3. Aufforderung an mobilkom**

Die in § 91 Abs. 1 TKG 2003 vorgeschriebene Frist zur Abstellung des Rechtsverstößes wurde mobilkom eingeräumt und ist ergebnislos verstrichen.

### **4. Zum Deinstallationsentgelt**

Businesskunden der mobilkom, die Tarifmodelle aus dem Bereich A1 NETWORK im Zusammenhang mit bestimmten Zusatzpaketen in Anspruch nehmen und deren NETWORK Vertrag u.a. vorzeitig gemäß § 33 Abs. 3 AGB Mobil endet, haben – je nach Zusatzdienst/Option – ein Deinstallationsentgelt in der Höhe von EUR 250,- bzw. EUR 400,- (jeweils exkl. USt.) zu bezahlen.

§ 33 Abs. 3 AGB Mobil verweist indirekt aufgrund der Nennung der Vertragsauflösung durch außerordentliche Kündigung durch die mobilkom auf § 24 Abs. 2 AGB Mobil. Diese Bestimmung enthält Regelungen, unter welchen Voraussetzungen mobilkom ein Vertragsverhältnis außerordentlich kündigen kann. Eine solche ist u.a. dann zulässig, wenn der Kunde seine Rufnummer zu einem anderen Betreiber portieren möchte.

Dies hat unter anderem zur Folge, dass der A1 NETWORK-Kunde der mobilkom, der bestimmte Zusatzdienste/Optionen gewählt hat, bei der Inanspruchnahme der Rufnummernportierung ein Deinstallationsentgelt an mobilkom zu bezahlen hat.

Dem Vorbringen von mobilkom in ihrem Schriftsatz vom 25.11.2008 (ON 28), dass es sich bei dem Deinstallationsentgelt um einen pauschalierten Ersatzbetrag für vorzeitige Vertragsauflösung handelt, kann insofern nicht gefolgt werden, als der Kunde gemäß § 33 Abs. 3 AGB Mobil mit Beendigung des Vertragsverhältnisses für die Zeit zwischen der Vertragsbeendigung und dem Ende der Mindestvertragsdauer ohnedies zusätzlich Restentgelte zu bezahlen hat. Diese Restentgelte berechnen sich nach der Höhe des Grundentgeltes der für den noch offenen Zeitraum anfallender Grundentgelte.

Die Verrechnung solcher Restentgelte ist insofern nachvollziehbar, als der Kunde eine bestimmte Mindestvertragsdauer vereinbart hat und mobilkom hierfür auch eine Gegenleistung erbringt. Abgesehen davon kalkuliert mobilkom zumindest mit dem Anfall der Grundentgelte, weswegen es auch als gerechtfertigt erscheint, wenn mobilkom bei vorzeitiger Vertragsauflösung diese bis zum ursprünglich vereinbarten Ende der Vertragslaufzeit einfordert.

Demgegenüber nicht nachvollziehbar ist hingegen die Verrechnung eines Deinstallationsentgeltes, welches – wie mobilkom selbst ausführt – als pauschalierter Ersatz für die vorzeitige Vertragsauflösung verrechnet wird. Der Kunde muss nämlich zusätzlich zu den Restentgelten auch noch einen pauschalierten Ersatz für die vorzeitige Vertragsauflösung bezahlen. Im Gegensatz zu den Restentgelten ist das Deinstallationsentgelt nicht flexibel, d.h. die Summe bleibt immer die gleiche, gleichgültig ob der Vertrag einen Tag vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Mindestvertragsdauer oder beispielsweise

neun Monate vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Mindestvertragsdauer gekündigt wird.

Darüber hinaus erhält der Kunde für das Deinstallationsentgelt keinen Gegenwert. Selbst wenn der Kunde aufgrund des Kündigungsverzichts günstige Konditionen eingeräumt bekommt, muss er ohnedies bei vorzeitiger Vertragsauflösung Restentgelte bezahlen. Hat der Kunde beispielsweise ein gestütztes Mobilfunkendgerät (Handset) bei der mobilkom in Anspruch genommen und kündigt er den zugrunde liegenden Vertrag vor Ablauf der Mindestvertragsdauer, muss er auch hierfür einen Teil des gestützten Entgelts zurückbezahlen. Als Gegenwert erhält er jedoch das Handset. Eine solche Gegenleistung ist beim Deinstallationsentgelt jedoch nicht vorgesehen und konnte von mobilkom auch nicht dargestellt werden.

Der deutsche Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 18.4.2002 – III ZR 199/01 ausgesprochen, dass Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in denen für das Stilllegen des Telefonanschlusses ein Entgelt gefordert wird, unzulässig sind. Begründet wurde diese Entscheidung im Wesentlichen damit, dass mit der Bearbeitung einer Kündigung keine Interessen des Kunden wahrgenommen werden. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass für den Kunden hieraus irgendwelche Vorteile verbunden sind.

Betreffend die Überlegungen des deutschen Bundesgerichtshofs können auch auf den gegenständlichen Fall Rückschlüsse gezogen werden. Der Kunde kommt im Rahmen der Restentgelte ohnedies für die vorzeitige Kündigung auf. Die Verrechnung eines Deinstallationsentgelts stellt eine Pönale dar, die den Kunden daran hindert, den Betreiber unter Mitnahme seiner Rufnummer zu wechseln.

Wenngleich das Deinstallationsentgelt – als pauschalierter Ersatz für die vorzeitige Vertragsauflösung – nicht nur bei einer Rufnummernportierung anfällt, so fällt dieses Entgelt jedoch im Regelfall bei Inanspruchnahme dieses Endkundenrechts an. Voraussetzung hierfür ist die Inanspruchnahme eines Tarifmodells aus dem Bereich A1 NETWORK im Zusammenhang mit bestimmten Zusatzpaketen. Die Verrechnung eines Deinstallationsentgelts als Pönale zusätzlich zu den Restentgelten könnte den Kunden veranlassen von einer Rufnummernportierung Abstand zu nehmen.

Gemäß Art. 30 Universaldienstrichtlinie (Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten, ABl. Nr. L 108 vom 24.4.2002, S. 51) haben die Mitgliedstaaten die Rufnummernportierung zu ermöglichen. Aus Erwägungsgrund 40 der Universaldienstrichtlinie ergibt sich, dass die Nummernübertragbarkeit einer der Hauptfaktoren für die Wahlmöglichkeit der Verbraucher und einen wirksamen Wettbewerb in einem wettbewerbsorientierten Telekommunikationsumfeld ist.

Demzufolge soll mit der Inanspruchnahme der Rufnummerportierung der Wettbewerb gefördert werden (vgl. § 1 TKG 2003). Die Verrechnung eines Deinstallationsentgeltes, dem keine erkennbare Gegenleistung für den Endkunden zugrunde liegt, widerspricht dieser Wettbewerbsförderung. Dies vor allem auch vor dem Hintergrund des von mobilkom selbst vorgebrachten Arguments, dass das Deinstallationsentgelt als pauschalierter Ersatzbetrag für eine vorzeitige Vertragsauflösung gilt. Es liegt in der Natur der Rufnummernportierung, dass eine solche vom Kunden noch während eines aufrechten Vertrages bei einem anderen Betreiber in Anspruch genommen wird. Wird die Rufnummernportierung nämlich erst nach Ablauf des Vertrages – hier:

mit mobilkom – beim neuen Betreiber in Anspruch genommen, kann es sein, dass die ursprüngliche Rufnummern nicht mehr verfügbar ist und es somit zu keiner Portierung mehr kommen kann. Hinzu kommt, dass die Rufnummernportierung ein Recht des Endkunden darstellt. Es soll somit diesem überlassen bleiben, wie viele Verträge er abschließt. Die Verrechnung eines Deinstallationsentgelts schränkt dieses Recht des Endkunden aufgrund seines abschreckenden Charakters ein.

Der Abschreckungscharakter der Verrechnung eines Deinstallationsentgelts wird dadurch erhöht, als dieses unabhängig von Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsauflösung immer in der gleichen Höhe verrechnet wird.

Daran vermag auch das Vorbringen der mobilkom nichts zu ändern, wonach der Kunde das Deinstallationsentgelt vermeiden kann, wenn er den Vertrag durch Beantragung einer neuen Rufnummer sowie SIM-Karte fortsetzt. Dies widerspricht doch dem eigentlichen Wunsch des Kunden, den Betreiber zu wechseln. Hinzu kommt, dass bei Fortsetzung des Vertrages ebenso Kosten für den Kunden anfallen. Diese Kosten können unter Umständen sogar höher sein als das eigentliche Deinstallationsentgelt.

Aus den genannten Überlegungen ist die Verrechnung eines Deinstallationsentgelts insbesondere bei Inanspruchnahme der Rufnummernportierung des Kunden wettbewerbswidrig. Da bereits Verträge abgeschlossen wurden, in welchen ein Deinstallationsentgelt unter den genannten Bedingungen vereinbart wurde, sind von der gegenständlichen Entscheidung sowohl diese Bestandskundenverträge als auch Neukundenverträge umfasst.

## **5. Aufsichtsmaßnahme nach § 91 Abs. 2 TKG 2003**

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.

mobilkom hat mit Schriftsatz vom 25.11.2008 (ON 28) zum Vorwurf eines Verstoßes gegen § 23 TKG 2003 fristgerecht Stellung genommen. Der „Mangel“ iSd. § 91 Abs. 2 TKG 2003 wurde jedoch nicht abgestellt. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die Streichung des Deinstallationsentgelts ist im gegenständlichen Fall als angemessene Maßnahme zu werten, weil es die einzige Möglichkeit ist, die Wettbewerbswidrigkeit abzustellen. Von dieser Maßnahme sind sowohl Neukunden als auch Bestandskunden betroffen. Für Neukunden bedarf es einer Umstellung des Anmeldeformulars. Da hierfür einzelne Textpassagen geändert werden müssen, erscheint eine Frist von einem Monat ab Zustellung des gegenständlichen Bescheides als angemessen.

Bestandskunden sind von der nachträglichen Vertragsänderung über die Streichung des Deinstallationsentgelts zu informieren. Es ist davon auszugehen, dass der Rechnungszyklus monatlich erfolgt. Im Zuge der Übermittlung der Rechnung kann auf die Vertragsänderung hingewiesen werden. Eine Frist von 6

Wochen ab Zustellung des Bescheides erscheint daher als angemessen, sodass die entsprechenden Vertragsänderungen und Kundeninformationen mit 6.2.2009 abgeschlossen sein müssen.

Um die angeordnete Maßnahme nachvollziehen zu können, wird mobilkom aufgetragen, die angeordneten Maßnahmen bis 13.2.2009 der Telekom-Control-Kommission schriftlich nachzuweisen.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

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

### **IV. Hinweise**

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von € 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 22.12.2008

Die Vorsitzende  
Dr. Elfriede Solé

Zustellverfügung:

1. mobilkom austria AG, z. Hd. des Vorstandes, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, per Telefax
2. T-Mobile Austria GmbH, z. Hd. Dr. Klaus M. Steinmaurer, Rennweg 97-99, 1030 Wien, per Telefax
3. Orange Austria Telecommunication GmbH, z. Hd. Mag. Johannes Gungl, Brünnerstraße 52, 1210 Wien, per Telefax
4. Hutchison 3G Austria GmbH, z. Hd. der Geschäftsführung, Gasometer C, Guglgasse 12/10/3, 1110 Wien, per Telefax
5. YESSS! Telekommunikation GmbH, z. Hd. der Geschäftsführung, Prager Straße 6, 1210 Wien, per Telefax
6. eety-Telecommunications GmbH, z. Hd. der Geschäftsführung, Alser Straße 24/8, 1091 Wien, per Telefax
7. DIALOG telekom GmbH, z. Hd. der Geschäftsführung, Goethestr. 93, 4020 Linz, per Telefax
8. Barablu Mobile Austria Ltd., z. Hd. der Geschäftsführung, 54 Marsh Wall, GB – E17 9 London, per Post
9. Lycamobile Ltd., z. Hd. der Geschäftsführung, 11-12 Warrington Place / First Floor, EIR – 2 Dublin, per Post
10. 3G Mobile Telecommunications GmbH, c/o mobilkom Austria AG, z. Hd. Herrn Dr. Alexander Zuser, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, per Telefax