

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Barbara Nigl, LL.M. als Vorsitzende sowie durch Mag. DI Georg Donaubauber und Univ.-Prof. DI Dr. Christoph Mecklenbräuker als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 09.10.2023 im amtswegig eingeleiteten Verfahren zu R 7/23 beschlossen:

I. Spruch

I. Hutchison Drei Austria GmbH, Brünner Straße 52, 1210 Wien, FN 140132b, verstößt durch das Anbieten von Gratiszeiträumen in den seit 02.05.2023 von ihr veröffentlichten und im Geschäftsverkehr im Vertragsverhältnis mit Endnutzern zur Anwendung gebrachten Fassungen der Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen für den Tarif „up³“ ohne die Möglichkeit der Nutzung regulierter Endkunden-Roamingdienste iSd Art 2 Abs 2 lit g), i), j) VO (EU) 2022/612 zu den gleichen Entgeltbedingungen wie für im Inland getätigte und zugestellte Anrufe und SMS-Textnachrichten sowie im Inland genutzte Datendienste gegen Art 4 Abs 1 und Art 4 Abs 2 VO (EU) 2022/612.

II. Hutchison Drei Austria GmbH wird gemäß Art 17 Abs 7 VO (EU) 2022/612 aufgetragen, im Tarif „up³“ das Anbieten von Gratiszeiträumen ohne die Möglichkeit der Nutzung regulierter Endkunden-Roamingdienste iSd Art 2 Abs 2 lit g), i), j) VO (EU) 2022/612 zu den gleichen Entgeltbedingungen wie für im Inland getätigte und zugestellte Anrufe und SMS-Textnachrichten sowie im Inland genutzte Datendienste zu unterlassen, solange regulierte Endkunden-Roamingdienste iSd Art 2 Abs 2 lit g), i), j) VO (EU) 2022/612 – ohne Rücksicht auf eine etwaige Unterteilung der Vertragslaufzeit in einzelne Phasen mit unterschiedlichen Entgeltbedingungen – Teil der Leistungsbeschreibung des Tarifes „up³“ sind. Der Vereinbarung einer Regelung der angemessenen Nutzung im Sinne des Art 5 VO (EU) 2022/612 („Fair Use Policy“), wie sie bereits jetzt außerhalb von Gratiszeiträumen in den Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen für den Tarif „up³“ angewendet wird, steht diese Anordnung nicht entgegen.



III. Hutchison Drei Austria GmbH hat binnen vier Wochen ab Bescheidzustellung sämtliche von ihr kontrollierten öffentlich zugänglichen Webseiten sowie Dokumente, in denen Vertragsbedingungen für den Tarif „up³“ enthalten sind oder in denen der Tarif „up³“ beworben oder über diesen informiert wird, insoweit anzupassen, als es erforderlich ist, um in sämtlichen veröffentlichten Unterlagen sowie Werbematerial einen der in Spruchpunkt II angeordneten Unterlassungsverpflichtung entsprechenden Zustand herzustellen. Hutchison Drei Austria GmbH hat der Regulierungsbehörde nach Umsetzung dieser Maßnahme binnen fünf Werktagen darüber zu berichten.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 02.05.2023 (ON 1a) zeigte Hutchison Drei Austria GmbH (im Folgenden „Hutchison“) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH im Verfahren RAGB 148/23 erstmals (im genannten Verfahren) Änderungen der Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen für den Tarif „up³“ an. Unter anderem wurde in Punkt 4 der genannten Vertragsbedingungen folgender letzter Absatz eingefügt: *„Während des mit Ihnen vereinbarten Gratis – Zeitraums in der Dauer von 3 Monaten sind weder Roaming noch internationale Anrufe/SMS möglich. Auch der Kauf von Roaming-Guthaben ist in diesem Zeitraum ausgeschlossen.“*

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 03.07.2023 (ON 1) wurde gegen Hutchison ein Verfahren nach Art 17 Abs 6 iVm Abs 7 Roaming-VO eingeleitet. Gegenstand des Verfahrens war die Überprüfung des Ausschlusses regulierter Endkunden-Roamingdienste iSd Art 2 Abs 2 lit g), i) und j) während zunächst dreimonatiger „Gratisphasen“ in den Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen für den Tarif „up³“ auf Konformität mit Art 4 Abs 1 und 2 Roaming-VO.

Mit Schreiben vom 04.07.2023 (ON 3) wurde Hutchison von der Einleitung des Aufsichtsverfahrens verständigt und zur Erstattung einer Stellungnahme aufgefordert. Mit Schreiben vom 20.07.2023 (ON 5) erstattete Hutchison eine Stellungnahme, in der sie zusammengefasst vorbrachte, das gesamte monatliche Entgelt während der „regulären“ Vertragsphase (= EUR 19,90) könne weder zur Gänze noch partiell einen Aufschlag für Roaming darstellen, weil ansonsten davon ausgegangen werden müsse, dass Hutchison selbst nach Ende des Gratis-Testzeitraums sämtliche Inlandsleistungen weiterhin völlig kostenlos erbringen würde. Insofern sei auch der Anwendungsbereich des Art 4 Abs 2 Roaming-VO innerhalb des gegenständlichen Gratis-Zeitraums nicht eröffnet, weil das Unterbleiben eines Roaming-Angebots nicht verpönt sei.

Mit Schreiben vom 01.08.2023 (ON 7) zeigte Hutchison der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH im Verfahren RAGB 241/23 Änderungen der Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen für den Tarif „up³“ nach § 133 TKG 2021 an. Unter anderem wurde die weiter oben im Verfahrensgang zitierte Klausel in Punkt 4 der Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen durch folgende Klausel ersetzt: *„Falls Drei im Rahmen von Aktionen für Neuabschlüsse unentgeltliche Probeabos zu Vertragsbeginn („Gratiszeiträume“) anbietet, ist während dieser Gratiszeiträume weder aktives noch passives Roaming möglich. Ebenso ist während dieser Gratiszeiträume der Kauf von Roaming Paketen ausgeschlossen.“* Die der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH übermittelten nachfolgenden Änderungen der genannten Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen sind für das gegenständliche Aufsichtsverfahren nicht von Relevanz, zumal sie nicht Roaming zum Gegenstand haben.

2 Festgestellter Sachverhalt

Hutchison ist Inhaberin einer Allgemeingenehmigung nach § 6 TKG 2021. Sie betreibt ein Kommunikationsnetz und erbringt Kommunikationsdienste, einschließlich Mobilfunkdienste bzw Dienste für den mobilen Internetzugang.

Mit Schreiben vom 02.05.2023 zeigte Hutchison Drei Austria GmbH (im Folgenden „Hutchison“) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH im Verfahren RAGB 148/23 erstmals (im genannten Verfahren) Änderungen der Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen für den Tarif „up³“ an (ON 1a). Unter anderem wurde in Punkt 4 der genannten Vertragsbedingungen folgender letzter Absatz eingefügt: *„Während des mit Ihnen vereinbarten Gratis – Zeitraums in der Dauer von 3 Monaten sind weder Roaming noch internationale Anrufe/SMS möglich. Auch der Kauf von Roaming-Guthaben ist in diesem Zeitraum ausgeschlossen.“* Die vorstehend zitierte Vertragsbestimmung wurde von 02.05.2023 bis 31.07.2023 im Geschäftsverkehr verwendet, dh Endkundenverträgen zugrunde gelegt.

Mit Schreiben der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH vom 01.06.2023 wurde Hutchison darüber informiert, dass im Verfahren RAGB 148/23 auf die Erhebung eines Widerspruchs gegen die angezeigten Änderungen der Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen verzichtet wurde (ON 2a).

Mit Schreiben vom 01.08.2023 (ON 7) zeigte Hutchison der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH im Verfahren RAGB 241/23 Änderungen der Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen für den Tarif „up³“ an. Unter anderem wurde die oben zitierte Klausel in Punkt 4 der Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen durch folgende Klausel ersetzt: *„Falls Drei im Rahmen von Aktionen für Neuabschlüsse unentgeltliche Probeabos zu Vertragsbeginn („Gratiszeiträume“) anbietet, ist während dieser Gratiszeiträume weder aktives noch passives Roaming möglich. Ebenso ist während dieser Gratiszeiträume der Kauf von Roaming Paketen ausgeschlossen.“* Die vorstehend zitierte Vertragsbestimmung wird seit 01.08.2023 im Geschäftsverkehr verwendet, dh Endkundenverträgen zugrunde gelegt. Die übrigen, seit 01.08.2023 der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH übermittelten Änderungen der genannten Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen sind für das gegenständliche Aufsichtsverfahren nicht von Relevanz.

Mit Schreiben der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH vom 17.08.2023 wurde Hutchison darüber informiert, dass im Verfahren RAGB 241/23 auf die Erhebung eines Widerspruchs gegen die angezeigten Änderungen der Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen verzichtet wurde (ON 13).

Spätestens seit 02.05.2023 sieht Hutchison in den Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen für den Tarif „up³“ die Möglichkeit vor, einen Gratiszeitraum zu vereinbaren, in welchem unionsweites Roaming iSd Art 2 Abs 2 lit e) Roaming-VO nicht möglich ist.

Abgesehen vom Gratiszeitraum können Endnutzer mit dem gegenständlichen Tarif in der gesamten Europäischen Union regulierte Endkunden-Roamingdienste in Anspruch nehmen, dh in einem besuchten Mitgliedstaat, der nicht der des gewöhnlichen Aufenthalts des Endnutzers ist (sohin außerhalb Österreichs),

- innerhalb der Europäischen Union getätigte Anrufe entgegennehmen,
- Anrufe in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union tätigen,
- innerhalb der Europäischen Union abgesendete SMS-Textnachrichten empfangen,
- SMS-Textnachrichten in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union senden und
- paketvermittelte Datendienste (Internet) nutzen.

Abgesehen vom Gratiszeitraum sieht der Tarif „up³“ ein Monatsentgelt von EUR 19,90 vor. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, sogenannte Zusatzpakete, beispielsweise für das Datenroaming in Nicht-EU-Staaten oder für Anrufe und SMS-Kommunikation in die USA (dh Minuten sowie SMS) zu erwerben.

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen basieren auf den jeweils in Klammer angegebenen Beweismitteln. Die Feststellungen betreffend die zu den Aktenzeichen RAGB 148/23 sowie RAGB 241/23 angezeigten Änderungen von Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen gründen sich auf die in jenen Verfahren von Hutchison an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH elektronisch übermittelten Vertragsbedingungen. Dass die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH in beiden genannten Verfahren auf die Erhebung eines Widerspruchs iSd § 133 Abs 6 TKG 2021 verzichtete, ist amtsbekannt und wurde der Hutchison nach Abschluss der oben genannten Verfahren auf postalischem Wege mitgeteilt.

Dass Hutchison den Tarif „up³“ spätestens seit 02.05.2023 mit der Möglichkeit, Gratiszeiträume ohne unionsweites Roaming iSd Art 2 Abs 2 lit e) in Anspruch zu nehmen, anbietet, ergibt sich aus ihrer E-Mail vom selben Datum an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH und wurde nicht bestritten (ON 1a). Weder im Text der E-Mail noch in den angehängten Vertragsbedingungen selbst findet sich ein Hinweis, wonach die geänderten Vertragsbedingungen erst zu einem späteren Zeitpunkt im Geschäftsverkehr Verwendung gefunden hätten. Überdies konnte mittels einer Fotoaufnahme vom 13.05.2023 von einem im neunten Wiener Gemeindebezirk vorgefundenen „up³“-Werbepplakat der Hutchison, dessen Urheberschaft sie nicht bestritten hat, nachgewiesen werden, dass der Tarif bereits in der ersten Monatshälfte im Mai mit der im vorliegenden Bescheid beanstandeten Roaming-Klausel beworben wurde (siehe Beilage in ON 4).

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission in Verfahren nach der VO (EU) 2012/531 (vormalige Roaming-VO) nicht bemängelt (VwGH 19.04.2012, ZI 2009/03/0170). Daher ist auch im gegenständlichen Fall von einer sachlichen Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission auszugehen.

4.2 Gesetzliche Regelungen

Art 1 und 2 der VO (EU) 2022/612 („Roaming-VO“) lauten auszugsweise wie folgt:

„Artikel 1

Gegenstand und Geltungsbereich

(1) In dieser Verordnung wird ein gemeinsamer Ansatz festgelegt, der sicherstellen soll, dass den Nutzern öffentlicher Mobilfunknetze auf Reisen innerhalb der Union im Rahmen von Diensten für unionsweites Roaming — verglichen mit den unter Wettbewerbsbedingungen gebildeten Preisen in den einzelnen Mitgliedstaaten — für abgehende und ankommende Anrufe, das Senden und Empfangen von SMS-Nachrichten und das Benutzen paketvermittelter Datenkommunikationsdienste keine überhöhten Preise in Rechnung gestellt werden.

Diese Verordnung trägt dadurch zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts bei und hilft gleichzeitig, ein hohes Verbraucherschutz- und Datenschutzniveau, den Schutz der Privatsphäre und Vertrauen zu erreichen, Wettbewerb, Unabhängigkeit und die Transparenz am Markt zu fördern und Anreize für die Innovation, die Auswahl der Verbraucher und die Integration von Menschen mit Behinderungen unter uneingeschränkter Achtung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu bieten.

[...]

Artikel 2

Begriffsbestimmungen

(1) Für diese Verordnung gelten die Begriffsbestimmungen des Artikels 2 der Richtlinie (EU) 2018/1972.

(2) Zusätzlich zu den in Absatz 1 genannten Begriffsbestimmungen gelten folgende Begriffsbestimmungen:

a) „Roaminganbieter“ ist ein Unternehmen, das für einen Roamingkunden regulierte Endkunden-Roamingdienste bereitstellt;

[...]

g) „regulierter Roaminganruf“ ist ein mobiler Sprachtelefonanruf, der von einem Roamingkunden aus einem besuchten Netz heraus getätigt und in ein öffentliches Kommunikationsnetz innerhalb der Union zugestellt wird oder der von einem Roamingkunden in einem besuchten Netz angenommen und aus einem öffentlichen Kommunikationsnetz innerhalb der Union zugestellt wird;

[...]

i) „regulierte SMS-Roamingnachricht“ ist eine SMS-Nachricht, die von einem Roamingkunden aus einem besuchten Netz heraus gesendet und in einem öffentlichen Kommunikationsnetz innerhalb der Union zugestellt wird oder die von einem Roamingkunden aus einem öffentlichen Kommunikationsnetz innerhalb der Union gesendet und in einem besuchten Netz zugestellt wird;

j) „regulierter Datenroamingdienst“ ist ein Roamingdienst, der einem Roamingkunden mit seinem mobilen Gerät die Nutzung paketvermittelter Datenkommunikation ermöglicht, während er mit einem besuchten Netz verbunden ist, wobei abgehende oder ankommende regulierte Roaminganrufe oder SMS-Nachrichten ausgenommen sind, jedoch nicht das Senden und Empfangen von MMS-Nachrichten;

[...]“

Art 4 bis 6 der VO (EU) 2022/612 („Roaming-VO“) lauten auszugsweise wie folgt:

„Artikel 4

Bereitstellung regulierter Endkunden-Roamingdienste

(1) Vorbehaltlich der Artikel 5 und 6 dürfen Roaminganbieter ihren Roamingkunden für die Abwicklung abgehender oder ankommender regulierter Roaminganrufe, für die Abwicklung versendeter regulierter SMS-Roamingnachrichten oder für die Nutzung regulierter Datenroamingdienste 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.

(2) Die Roaminganbieter bieten regulierte Endkunden-Roamingdienste nicht unter weniger vorteilhaften Bedingungen als im Inland an, insbesondere was die in dem Endkundenvertrag vorgesehene Dienstqualität angeht, wenn in dem besuchten Netz Mobilfunknetze und Technologien derselben Generation verfügbar sind.

Mobilfunkbetreiber vermeiden unangemessene Verzögerungen beim Übergang zwischen Netzen an Grenzübergängen innerhalb der Union.

(3) Um zur einheitlichen Anwendung des vorliegenden Artikels beizutragen, aktualisiert das GEREK bis zum 1. Januar 2023 nach Anhörung der Interessenträger und in enger Zusammenarbeit mit der Kommission seine Leitlinien für den Endkundenzugang im Hinblick auf die Umsetzung der Maßnahmen zur Dienstqualität.

Artikel 5

Angemessene Nutzung

(1) Roaminganbieter können gemäß diesem Artikel und den gemäß Artikel 7 angenommenen Durchführungsrechtsakten eine Regelung der angemessenen Nutzung („Fair Use Policy“) für die Inanspruchnahme regulierter Endkunden- Roamingdienste, die zu dem geltenden inländischen Endkundenpreis bereitgestellt werden, anwenden, um eine zweckwidrige oder missbräuchliche Nutzung regulierter Endkunden-Roamingdienste durch Roamingkunden zu vermeiden, wie etwa die Nutzung solcher Dienste durch Roamingkunden in einem Mitgliedstaat, der nicht der ihres inländischen Anbieters ist, für andere Zwecke als vorübergehende Reisen.

[...]

Artikel 6

Tragfähigkeitsmechanismus

(1) Wenn ein Roaminganbieter bei Vorliegen bestimmter und außergewöhnlicher Umstände seine gesamten tatsächlichen und veranschlagten Kosten der Bereitstellung regulierter Roamingdienste gemäß den Artikeln 4 und 5 nicht aus seinen gesamten tatsächlichen und veranschlagten Einnahmen aus der Bereitstellung dieser Dienste decken kann, so darf er eine Genehmigung zur Erhebung eines Aufschlags beantragen, um die Tragfähigkeit seines inländischen Entgeltmodells sicherzustellen. Dieser Aufschlag darf nur in dem Umfang angewandt werden, der erforderlich ist, um die Kosten der Erbringung regulierter Endkunden-Roamingdienste unter Beachtung der für Vorleistungsentgelte zulässigen Höchstbeträge zu decken.

[...]“

Art 8 Abs 3 und 4 der VO (EU) 2022/612 („Roaming-VO“) lauten auszugsweise wie folgt:

„Artikel 8

[...]

(3) Unbeschadet des Teils III Titel III der Richtlinie (EU) 2018/1972 stellen die Roaminganbieter sicher, dass in Endkundenverträgen, die regulierte Endkunden-Roamingdienste jeglicher Art enthalten, die Merkmale des bereitgestellten regulierten Endkunden-Roamingdienstes angegeben werden, wozu insbesondere Folgendes gehört:

a) der spezifische Tarif bzw. die spezifischen Tarife sowie die Art der angebotenen Dienste für jeden Tarif, einschließlich des Volumens der Kommunikationsverbindungen;

b) Beschränkungen der Nutzung regulierter Endkunden-Roamingdienste, die zum geltenden inländischen Endkundenpreis bereitgestellt werden, insbesondere quantifizierte Angaben zur Anwendung der Regelung der angemessenen Nutzung mit den wichtigsten Preis-, Volumen- oder sonstigen Parametern des jeweiligen bereitgestellten regulierten Endkunden-Roamingdienstes;

c) klare und verständliche Informationen über die Bedingungen und die Qualität des Roamingdienstes beim Roaming in der Union im Einklang mit den in Absatz 6 genannten Leitlinien des GEREK.

(4) Unbeschadet des Artikels 97 der Richtlinie (EU) 2018/1972 stellen die Roaminganbieter sicher, dass ein Endkundenvertrag, der regulierte Endkunden-Roamingdienste jeglicher Art umfasst, Angaben zur Art der Dienste enthält, auf die beim Roaming erhöhte Entgelte entfallen können.

[...]“

Art 17 Abs 7 der VO (EU) 2022/612 („Roaming-VO“) lautet wie folgt:

„(7) Stellt eine nationale Regulierungsbehörde oder stellen etwaige andere zuständige Behörden bei der Ausübung der ihnen durch nationale Rechtsvorschriften über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 übertragenen Befugnisse einen Verstoß gegen Verpflichtungen aus dieser Verordnung fest, so kann bzw. können sie die sofortige Abstellung des Verstoßes anordnen.“

Die vom „Body of European Regulators for Electronic Communications“ (BEREC) veröffentlichten „BEREC Guidelines on Regulation (EU) 2022/612 and Commission Implementing Regulation (EU) 2016/2286 (Retail Roaming Guidelines)“ (Leitlinien) wurden zuletzt am 12.12.2022 [BoR (22) 174] aktualisiert. Die Leitlinien sollen den harmonisierten Vollzug der VO (EU) 2022/612 samt Durchführungsverordnungen sicherstellen und die Regulierungsbehörden haben diesen Leitlinien bei der Vollziehung weitestgehend Rechnung zu tragen. Die Punkte 8 bis 13 sowie 60 der Leitlinien lauten wie folgt:

„8. Roaming providers must not levy any surcharge in addition to the domestic retail price on roaming customers in any Member State for any regulated roaming service (Article 4 Roaming Regulation).“

9. *With the abolition of retail roaming surcharges in the Union, the same tariff conditions apply for the use of mobile services while roaming abroad in the Union and at home (i.e. in the country of the mobile subscription of the customer), subject to the conditions set out in a FUP. Accordingly, wherever regulated roaming services are offered, the implementation of “Roam Like at Home” (RLAH) allows the customer to use services while travelling in other Member States in the same way as in their home country, i.e. that RLAH tariff effectively includes roaming services in the domestic bundle.*

10. *According to Article 4 (1) 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 Union. An example of an indirect/quasi surcharge for enabling roaming would be if two otherwise identical/ very similar 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 nonroaming-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.*

11. *According to Article 4 (2) Roaming Regulation, roaming providers are not allowed to offer less advantageous conditions in terms of quality of service (QoS) for regulated retail roaming services than the conditions offered domestically, provided the same generation of mobile communications networks and technologies are available on the visited network. As stated in Recital 27, roaming providers should take the necessary measures to ensure the same conditions for their customers as offered domestically. In particular, the maximum available speed in roaming should be at least the same as offered domestically, unless it is not technically feasible for the visited network or if it puts at risk its integrity. The roaming provider should not offer a lower speed than the 3 For a recent judgment in the telecom area concerning Article 355 (2) on OCTs the reader may wish to consult paras 73 to 82 in the judgment in case C-327/15 TDC. For an interpretation of Article 355 (1) TFEU on outermost regions, the reader may consult the judgment in Case C-132/14 & co and the Opinion of Advocate General in that same case. BoR (22) 174 6 maximum available speed provided domestically if the visited network offers a maximum available speed which is equal to, or higher than, the maximum available speed offered domestically by the roaming provider. The roaming provider should allow customers to be able to use the highest available speed if the visited network offers a lower maximum available speed than that offered by the roaming provider domestically. Where the network generation or technology available on the visited network is the same or older than that available in the home network, the roaming provider should provide the retail roaming services on the newest network generation and technologies available in the contracted visited networks. Where a newer network generation or technology is available on the visited network, the roaming provider should not restrict the roaming service to a network generation or technology older than that offered domestically. Furthermore, in particular during the transition to next*

generation mobile communications networks and technologies, where the implementation of those networks and technologies by the roaming provider and the visited network operator are not comparable, the roaming provider may offer the regulated retail roaming service with the existing mobile communications technology. Commercial considerations that result in a reduction of the quality of regulated retail roaming services, such as reducing bandwidth or speed to reduce roaming volumes, are prohibited.

12. According to Article 5 Roaming Regulation, roaming providers may apply a FUP to the consumption of regulated roaming services provided at the applicable domestic price in order to prevent abusive or anomalous usage of regulated retail roaming services by roaming customers, such as the use of such services by roaming customers in a Member State other than that of their domestic provider for purposes other than periodic travel. The CIR4 stipulates the rules that apply when the roaming provider avails itself of that option to ensure the consistent application of a FUP in the Union.

13. Where roaming customers exceed the FUP, they may be required by the roaming provider to pay a surcharge for the consumption of any further regulated roaming service. However, Article 8 Roaming Regulation limits the amount of any such exceptional surcharge (see chapter E, Guideline 80). Any other sanctions (e.g. withdrawal of roaming services) are not in line with the Roaming Regulation.

[...]

60. When a roaming provider provides additional add-ons e.g. in terms of volume to the customer (e.g. specific promotion), the customer shall be able to consume this allowance while roaming in the Union under the same conditions as at home.“

§ 184 Abs 1 und 2 TKG 2021, idgF, lauten wie folgt:

„§ 184. (1) Hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmen gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung, gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verstößt, hat sie dies dem Unternehmen mitzuteilen und gleichzeitig Gelegenheit einzuräumen, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen.

(2) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, derentwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt worden sind, hat sie diese mit Bescheid festzustellen, gleichzeitig die gebotenen, angemessenen Maßnahmen anzuordnen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen und eine angemessene Frist festzusetzen, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

[...]“

4.3 Anzuwendendes Verfahrensrecht

Art 17 Abs 7 Roaming-VO ordnet zur Sicherstellung der Einhaltung insbesondere der Bestimmungen des Art 4 Abs 1 und 2 leg cit Überwachungs- und Durchsetzungsbefugnisse zugunsten der nationalen Regulierungsbehörden an.

Die nunmehr geltende Regelung des § 184 TKG 2021 sieht ausdrücklich vor, dass das in § 184 TKG 2021 geregelte Aufsichtsverfahren auch bei (vermuteten) Verstößen „gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht“ anzuwenden ist. Im Übrigen hat die Telekom-Control-Kommission gemäß Art 1 Abs 2 Z 1 EGVG das AVG 1991 anzuwenden.

4.4 Zum Verstoß gegen Art 4 Abs 1 Roaming-VO

Der Grundsatz der Bereitstellung regulierter Endkunden-Roamingdienste zu Inlandsbedingungen („Roam Like At Home“ – RLAH) bildet den Kern der Roaming-VO. Gemäß Art 4 Abs 1 Roaming-VO dürfen Anbieter iSd Art 2 lit a) Roaming-VO für die Nutzung regulierter Endkunden-Roamingdienste – sofern überhaupt im betreffenden Mobilfunktarif enthalten – grundsätzlich weder direkte noch indirekte Zusatzentgelte verrechnen. Ausnahmen von diesem Grundsatz stellen (1) die Möglichkeit der Anwendung einer sog Regelung der angemessenen Nutzung („Fair Use Policy“) iSd Art 5 Roaming-VO sowie (2) die Möglichkeit der Verrechnung eines zuvor von der Telekom-Control-Kommission bescheidmäßig genehmigten Sonderaufschlags iSd Art 6 Roaming-VO (sogenannter Tragfähigkeitsmechanismus) dar.¹

Regulierte Endkunden-Roamingdienste dürfen ferner nach Art 4 Abs 2 Roaming-VO im Vergleich zur inländischen Nutzung im selben Tarif nicht unter weniger günstigen vertraglichen oder technischen Bedingungen erbracht werden, es sei denn der Ausbau oder die Technologie des besuchten Netzes stehen dem entgegen.

Aus der Roaming-VO ergibt sich keine allgemeine Verpflichtung für Mobilfunkanbieter, jedenfalls Roaming in ihren Tarifen anzubieten. Sofern allerdings ein Vertrag regulierte Endkunden-Roamingdienste enthält (also der zugrunde liegende Tarif „roamingfähig“ ist), muss der Anbieter grundsätzlich sämtliche ihn betreffende Bestimmungen der Roaming-VO beachten. Insbesondere darf er für die Nutzung regulierter Endkunden-Roamingdienste keine im Vergleich zur Inlandsnutzung weniger günstigen Bedingungen vorsehen und darf er vom Endkunden nur im Rahmen einer unter den strengen materiellen Voraussetzungen des Art 5 Roaming-VO sowie der hierauf beruhenden Durchführungsverordnung (EU) 2016/2286 vereinbarten „Fair Use Policy“ oder

¹ Siehe hierzu auch ausführlich die Leitlinien 8 bis 11 der von BEREC gemäß Art 4 Abs 3 und Art 8 Abs 6 Roaming-VO publizierten „Retail Roaming Guidelines“, zugänglich unter dem Link <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/regulatory-best-practices/guidelines/berec-guidelines-on-regulation-eu-2022612-and-commission-implementing-regulation-eu-20162286-retail-roaming-guidelines> (zuletzt abgerufen am 30.09.2023).

im Rahmen eines allenfalls von der Telekom-Control-Kommission nach Art 6 Roaming-VO genehmigten Sonderaufschlags zusätzliche Entgelte, also Aufschläge für das Roaming, verlangen.

Betrachtungsmaßstab ist hier stets der gesamte Vertrag; die Roaming-VO sieht weder explizit noch implizit eine Untergliederung des Vertrags in einzelne Phasen vor, die für sich genommen isoliert in Hinblick auf die Einhaltung der regulatorischen Vorgaben zu prüfen wären. Der genannte Betrachtungsmaßstab ist notwendig, um die in Art 1 Abs 1 UAbs 2 Roaming-VO zum Ausdruck gebrachten Ziele – nämlich va den angemessenen Verbraucherschutz und die Auswahl der Verbraucher – mit dem bestehenden Regelwerk erreichen zu können, da verbraucher- bzw generell endnutzerschutzrechtliche Bestimmungen das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen Endnutzern und Anbietern von für die Bestreitung des Alltags essenziellen Gütern wie Telekommunikationsdiensten nur dann verringern bzw die Rechtsposition der Endnutzer nur dann sinnvoll verbessern können, wenn sie die typischen Gesamtauswirkungen eines Vertrages erfassen. Insofern ist (ua) unter dem in Art 1 Abs 1 Roaming-VO angeführten Begriff der „regulierten Roamingdienste“ eine Vereinbarung, im Rahmen derer grundsätzlich Dienste für unionsweites Sprach- und/oder Datenroaming erbracht werden, zu verstehen. Konsequenterweise stellen auch die Transparenzbestimmungen des Art 8 Abs 3 und 4 Roaming-VO ohne Differenzierung auf „Endkundenverträge, die regulierte Endkunden-Roamingdienste jeglicher Art enthalten“ ab.

Der gegenständliche Tarif ist, wie sich schon aus der Überschrift „up³ – Roamingfähiges Abo“ ergibt, ein roamingfähiger Tarif iSd vorstehenden Ausführungen. Daher sind für diesen Tarif grundsätzlich sämtliche Nutzerschutzbestimmungen der Roaming-VO beachtlich. In den – allenfalls auch individuell vereinbarten – Gratisphasen ist das Roaming gänzlich ausgeschlossen. Außerhalb der Gratisphasen kann auf Grundlage der angezeigten Vertragsbedingungen davon ausgegangen werden, dass die Nutzung regulierter Endkunden-Roamingdienste entsprechend der Roaming-VO zu Inlandsbedingungen gewährleistet ist. Da während der Gratisphasen das effektive monatliche Entgelt tatsächlich EUR 0,- beträgt (im Tarif ist keine Servicepauschale oÄ vorgesehen), ansonsten aber ein reguläres monatliches Entgelt von derzeit EUR 19,90 verrechnet wird, stellen diese EUR 19,90 einen indirekten Aufschlag dar. Dies deshalb, weil sich die beiden Phasen der Vertragslaufzeit (Gratisphasen und reguläre Phasen) leistungstechnisch nur in der Verfügbarkeit von Roamingdiensten voneinander unterscheiden. Der Ausschluss von Roaming während allfälliger Aktions-/Rabatt-/Gratisphasen widerspricht dem Grundgedanken der Roaming-VO, Mobilfunkdienste eines roamingfähigen Tarifes – grundsätzlich unter den gleichen Bedingungen wie im Inland – im gesamten EU-Binnenmarkt nutzen zu können (vgl insbesondere Randziffer 60 der oben angeführten BEREC-Leitlinien zur Roaming-VO).

Soweit Hutchison in Ihrer Stellungnahme vom 20.07.2023 auf die Entscheidung der britischen Regulierungsbehörde für Medien, Post und Telekommunikation, „Office of Communications“ („Ofcom“), vom 08.03.2019 (im Akt unter ON 6 als PDF-Datei abgelegt) Bezug nimmt und vorbringt, bei Identität des Endkunden und der SIM-Card erfülle nur eine gleichzeitige Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Inlandsmobilfunk- und Roamingleistungen den Tatbestand der Erhebung unzulässiger Roaming-Aufschläge, ist ihr Folgendes zu entgegnen: Die genannte Entscheidung

(„Confirmation Decision“) erging in einem Aufsichtsverfahren, in dem ua festgestellt wurde, dass der Anbieter „Lycamobile UK Limited“ von 15.06.2017 bis 27.08.2017 Prepaid-Tarife (sog „Wertkarten-Tarife“) anbot, in denen für unionsweites Roaming zusätzliche Kommunikationseinheiten wie zB zusätzliche Gesprächsminuten erworben werden mussten und die eigentlichen, im Grundtarif enthaltenen Kommunikationseinheiten nicht für unionsweites Roaming genutzt werden konnten, sowie von 28.08.2017 bis Jänner 2019 ebenfalls Prepaid-Tarife ohne für unionsweites Roaming nutzbare Grundeinheiten anbot, in denen der Erwerb zusätzlicher Kommunikationseinheiten für unionsweites Roaming möglich war, wobei besagte Prepaid-Tarife zudem mit anderen Prepaid-Tarifen mit inkludierten Roaming-Einheiten kombiniert werden konnten. Die britische Regulierungsbehörde „Ofcom“ erblickte hierin die Umgehung des bereits in Art 6a der inzwischen aufgehobenen VO (EU) 2012/531 idF VO (EU) 2017/920 statuierten „Roam-Like-At-Home“-Grundsatzes durch die – in der Geschäftspraxis tatsächlich erfolgte – Kombination roamingfähiger Tarifpakete einerseits und nicht roamingfähiger Tarifpakete andererseits mit dem Ergebnis, dass dem roamenden Endnutzer bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Aufschläge für die Inanspruchnahme unionsweiten Roamings in Rechnung gestellt wurden.

Dass eine solche Vertrags- bzw Geschäftspraxis einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bereitstellung regulierter Endkunden-Roamingdienste zu Inlandsbedingungen iSd geltenden Art 4 Abs 1 Roaming-VO darstellt, wird keineswegs in Abrede gestellt. Allerdings ist der genannten Entscheidung der britischen Regulierungsbehörde „Ofcom“ nicht zu entnehmen, dass dies die einzige pönalisierte Form der Umgehung des in Art 4 Abs 1 Roaming-VO geregelten Verbotes, Roaming-Aufschläge zu verrechnen, darstelle. Eine solche (generelle) Aussage wäre im öffentlichen Wirtschaftsrecht, in dem Umgehungsversuche je nach Vertragsgestaltung, gesellschaftsrechtlicher Struktur, Bilanzpraxis etc in unzähligen Formen denkbar sind, auch nicht möglich. Selbst für den hypothetischen Fall also, dass der genannten „Ofcom“-Entscheidung für den Bescheid der Telekom-Control-Kommission Präjudizwirkung zukommt, könnte daraus für den oben angeführten Standpunkt von Hutchison nichts gewonnen werden.

Nur der Vollständigkeit halber sei allgemein angemerkt, dass eine allenfalls vereinbarte „Fair Use Policy“ iSd Art 5 Roaming-VO jedenfalls keinen zeitweisen Ausschluss der Nutzung regulierter Endkunden-Roamingdienste zum Gegenstand haben kann.

4.5 Zum Verstoß gegen Art 4 Abs 2 Roaming-VO

Darüber hinaus werden im vorliegenden Tarif regulierte Endkunden-Roamingdienste insgesamt unter weniger günstigen Bedingungen gewährt als im Inland genutzte Mobilfunkdienste: Während die Inlandsnutzung in einer Gratisphase tatsächlich kostenlos und die gleiche Dienstqualität wie auch sonst gewährleistet ist, werden regulierte Endkunden-Roamingdienste in einer Gratisphase nicht kostenlos, nämlich gar nicht, zur Verfügung gestellt. Nachdem – wie schon unter Punkt 4.4 ausgeführt – nicht einzelne Phasen der Vertragslaufzeit oder einzelne Verwendungszwecke (etwa testweises Nutzen eines Tarifes), sondern der Endnutzervertrag als solcher samt Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen Betrachtungsmaßstab bei der Prüfung nach Art 4 Abs 1 und 2 Roaming-VO ist, kann der

Argumentation der Hutchison, wonach der Anwendungsbereich des Art 4 Roaming-VO nur in jenen Zeitphasen gegeben sei, in denen nach den Vertragsbedingungen regulierte Endkunden-Roamingdienste genutzt werden können, nicht gefolgt werden.

4.6 Zu den Anordnungen in Spruchpunkt II und III

In Entsprechung des Art 17 Abs 7 Roaming-VO, nach dem die Regulierungsbehörde „*die sofortige Abstellung des Verstoßes anordnen*“ kann, wurde Hutchison aufgetragen, das Anbieten von Gratiszeiträumen unter Ausschluss des unionsweiten Roamings zu Inlandsbedingungen und allenfalls den Bedingungen einer Regelung der angemessenen Nutzung iSd Art 5 Roaming-VO (wie sie bereits in regulären Tarifzeiträumen des Tarifs „up³“ angewendet wird) zu unterlassen, solange der Tarif grundsätzlich unionsweites Roaming ermöglicht. Eine vierwöchige Umsetzungsfrist für die Anpassung der veröffentlichten Vertragsbedingungen und insbesondere von jeglichem Werbematerial erscheint angemessen (arg. „*sofortige Abstellung*“ iSd Art 17 Abs 7 Roaming-VO), zumal die Bewerbung des Tarifs und die Veröffentlichung der allgemeinen Vertragsbedingungen hauptsächlich auf Internetseiten erfolgen, wo textliche Anpassungen idR rasch durchführbar sind und für die physischen Werbeunterlagen ein Zeitraum von vier Wochen zugestanden werden muss.


III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 200 Abs 7 TKG 2021 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (§ 9 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, VwGVG idgF) offen, wobei vor Einbringung der Beschwerde eine Eingabengebühr in der Höhe von 30 Euro unter Angabe des Verwendungszwecks an das Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten, zu entrichten und die Entrichtung der Gebühr bei Einbringung der Beschwerde nachzuweisen ist (BuLVwG-Eingabengebührverordnung, BuLVwG-EGebV idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 09.10.2023

Telekom-Control-Kommission

Mag. Barbara Nigl, LL.M.
Die Vorsitzende

	
Untersigner	serialNumber=402182088433,CN=Telekom-Control-Kommission,OU=Telekom-Control-Kommission,C=AT
Datum/Zeit-UTC	11.10.2023 10:55:14
Aussteller-Zertifikat	CN=a-sign-corporate-07,OU=a-sign-corporate-07,O=A-Trust Ges. f. Sicherheitssysteme im elektr. Datenverkehr GmbH,C=AT
Serien-Nr	1787981072
Prüfinformationen	Information zur Prüfung des Dokumentes finden Sie unter https://www.rtr.at/amtssignatur
Hinweis	Dieses Dokument wurde amtssigniert. Auch ein Ausdruck dieses Dokuments hat gemäß § 20 E-Government-Gesetz die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.