

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 der Sitzung vom 21.09.2009 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens R 2/09 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. mobilkom austria AG wird gemäß Art 7 Abs 5 in Verbindung mit Art 7 Abs 6 Verordnung (EG) Nr 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG, geändert durch Verordnung (EG) Nr 544/2009 aufgetragen, bis längstens 01.10.2009 die Verletzung ihrer Verpflichtungen nach Art 4 Abs 2 dieser Verordnung, die darin besteht, dass mobilkom austria AG seit 01.07.2009 die Verrechnung ihres Eurotarifes derart vornimmt, dass ein Entgelt für den Verbindungsaufbau von 30 Sekunden zusätzlich zu einer sekundengenauen Verrechnung ab der ersten Sekunde für abgehende regulierte Roaminganrufe verrechnet wird, dadurch abzustellen, dass die Verrechnung des Eurotarifes für sämtliche Kunden der mobilkom austria AG für abgehende regulierte Roaminganrufe mit einer anfänglichen Mindestabrechnungsdauer von höchstens 30 Sekunden und einer anschließenden sekundengenauen Verrechnung (Taktung 30/1) sichergestellt wird.

2. mobilkom austria AG wird gemäß Art 7 Abs 5 Verordnung (EG) Nr 717/2007, geändert durch Verordnung (EG) Nr 544/2009, in Verbindung mit § 91 Abs 2 TKG 2003 zur Einhaltung der verletzten Bestimmung (iSd Spruchpunkts 1) weiters aufgetragen, bis längstens 01.11.2009 den seit 01.07.2009 bestehenden Mangel in einer Weise abzustellen, die ihre Roamingkunden so stellt, als ob die Verrechnung des Eurotarifs seit 01.07.2009 verordnungskonform - und nicht mit einem Entgelt für den Verbindungsaufbau - durchgeführt worden wäre.

3. mobilkom austria AG wird gemäß Art 7 Abs 5 Verordnung (EG) Nr 717/2007, geändert durch Verordnung (EG) Nr 544/2009, in Verbindung mit Art 7 Abs 4 leg cit sowie § 90 Abs 1 Z 2 TKG 2003 aufgetragen, der Telekom-Control-Kommission spätestens am 06.11.2009 über die erfolgten Umsetzungsmaßnahmen der beiden vorangegangenen Spruchpunkte schriftlich zu berichten.

4. Der Antrag auf Vorlage der Rechtsfrage, ob die Mindestabrechnungsdauer zur Abdeckung der Kosten für den Verbindungsaufbau auch zusätzlich zu der vorgeschriebenen sekundengenauen Taktung verrechnet werden kann, zur Fällung einer Vorabentscheidung beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften sowie die Aussetzung des Verfahrens gemäß § 38a AVG bis zur Klärung der Rechtsfrage wird zurückgewiesen.

II. Begründung

A. Festgestellter Sachverhalt

mobilkom austria AG erbringt verschiedene Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, unter anderen Diensten auch mobile Sprachtelefoniedienste, und bietet ihren Kunden auch Roaming an (amtsbekannt).

Am 30.06.2009 ist die Verordnung (EG) Nr 544/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 717/2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABI L 2009/167, 12 in Kraft getreten. Diese Verordnung verlängert den Geltungsbereich und erweitert die Verordnung (EG) Nr 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG, ABI L 2007/171, 32, mit welcher Anbieter mobiler Dienste bereits seit Juni 2007 verpflichtet sind, ihren Roamingkunden einen Eurotarif anzubieten. Mit VO (EG) Nr 717/2007 idF VO (EG) Nr 544/2009 (in Folge „Roaming-Verordnung“) sind Anbieter mobiler Dienste ab 01.07.2009 unter anderem dazu verpflichtet, den Eurotarif sekundengenau abzurechnen, wobei eine anfängliche Mindestabrechnungsdauer für abgehende regulierte Roaminganrufe von höchstens 30 Sekunden erlaubt ist.

Die Verrechnung der Roamingverbindungen in den von mobilkom austria AG angezeigten Eurotarifen der produktspezifischen Entgeltbestimmungen für regulierte Roaminganrufe wird von mobilkom austria AG derart vorgenommen, dass ein Entgelt für den Verbindungsaufbau in der Höhe von 30 Sekunden *zusätzlich* zu einer Verrechnung von Verbindungsentgelten ab der ersten Sekunde erfolgt. Diese Art der Verrechnung erfolgt für sämtliche Kunden der mobilkom austria AG, die einen Eurotarif nutzen, seit 01.07.2009.

In den zunächst gemäß § 25 TKG 2003 am 30.06.2009 angezeigten Entgeltbestimmungen hat mobilkom austria AG für den Eurotarif die Formulierung verwendet:

„Bei abgehenden Telefonaten: anfängliche Mindestabrechnungsdauer von 30 Sekunden“

Mit der Anzeige neuer Entgeltbestimmungen am 04.08.2009 hat mobilkom austria AG folgende Bestimmung zur Tarifierung des Tarifs „A1 Word“, welcher unter anderen von mobilkom austria AG als Eurotarif angeboten wird, verlautbart:

„Bitte beachten Sie. Bei abgehenden Telefonaten verrechnen wir ein Entgelt für den Verbindungsaufbau im Ausmaß von 30 Sekunden. Ab der ersten Sekunde kommt eine sekundenge-naue Abrechnung zur Anwendung.“

In den ursprünglich am 30.06.2009 von mobilkom austria AG angezeigten Entgeltbestimmungen sind verschiedene Tarife und Roamingtarife enthalten, darunter auch der Tarif „A1 Easy Traveler“ mit folgender Bestimmung zur Art der Tarifierung:

„Für die erfolgreiche Herstellung einer ankommenden oder abgehenden Verbindung verrechnen wir Ihnen zusätzlich zu den angeführten Entgelten eine Gebühr für den erfolgreichen Verbindungsaufbau. Für ankommende Gespräche verrechnen wir Ihnen diese Gebühr pro 30 Minuten Gesprächsdauer.“

B. Beweiswürdigung

Die Feststellungen beruhen auf den von mobilkom austria AG vorgelegten Unterlagen (Stellungnahme vom 21.08.2008, ON 3) sowie den Aussagen der mobilkom austria AG in der mündlichen Anhörung am 31. August 2009, die im Protokoll festgehalten sind (ON 5) und den zum Akt genommenen Entgeltbestimmungen „A1 Entgeltbestimmungen“ (ON 9).

C. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

1.1. Verfahren nach Art 7 Abs 5 Roaming-Verordnung

Art 7 Abs 1 Roaming-Verordnung lautet:

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

Art 7 Abs 5 Roaming-Verordnung lautet auszugsweise:

„(5) Die nationalen Regulierungsbehörden können von sich aus tätig werden, um die Einhaltung dieser Verordnung sicherzustellen. ...“

Art 7 Abs 6 der Roaming-Verordnung lautet:

„(6) Stellt eine nationale Regulierungsbehörde einen Verstoß gegen Verpflichtungen aus dieser Verordnung fest, so kann sie dessen sofortige Beendigung anordnen.“

Demzufolge können die nationalen Regulierungsbehörden dann, wenn sie eine Verletzung einer Bestimmung aus der Roaming-Verordnung feststellen, tätig werden, um die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen. Die angeführten Bestimmungen gebieten somit ein Handeln der nationalen Regulierungsbehörden.

Die Bestimmungen der zitierten Verordnung sind unmittelbar anwendbares Recht (Art 249 EG).

1.2. Verfahrensrecht; Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß Art 12 Roaming-Verordnung hatten die Mitgliedstaaten der Europäischen Kommission die Bezeichnung der nationalen Regulierungsbehörde mitzuteilen, die mit der Wahrnehmung von Aufgaben aus dieser Verordnung betraut ist. Diese Mitteilung ist erfolgt, es wurden die Telekom-Control-Kommission und die RTR-GmbH als Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission als Behörden zur Wahrnehmung der Aufgaben aus dieser Verordnung genannt. Somit liegt – aus Sicht des Gemeinschaftsrechts – eine Zuständigkeit der genannten Behörden zur Wahrnehmung der Aufgaben, die aufgrund der Roaming-Verordnung von den nationalen Regulierungsbehörden zu erfüllen sind, vor.

In Erwägungsgrund 34 der Verordnung (EG) Nr 717/2007 wird überdies festgehalten, dass die nationalen Regulierungsbehörden, die mit der Wahrnehmung der Aufgaben gemäß dem gemeinsamen Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation von 2002 betraut sind, die notwendigen Befugnisse erhalten sollten, um die Einhaltung dieser Verordnung in ihrem Gebiet zu überwachen und durchzusetzen.

Nach Art 7 Abs 5 Roaming-Verordnung können die nationalen Regulierungsbehörden von sich aus tätig werden, um die Einhaltung dieser Verordnung sicherzustellen. Nach Art 7 Abs 6 Roaming-Verordnung kann eine nationale Regulierungsbehörde dann, wenn sie einen Verstoß gegen Verpflichtungen aus dieser Verordnung feststellt, dessen sofortige Beendigung vorsehen.

Weitere verfahrensrechtliche Vorschriften sind in der Roaming-Verordnung nicht enthalten. Aus diesem Grund ist nach § 121 Abs 1 TKG 2003 und § 14 Abs 1 erster Satz KOG zunächst das Verfahrensrecht nach TKG 2003, bei Fehlen verfahrensrechtlicher Vorschriften in diesen Gesetzen das AVG subsidiär anzuwenden.

Ein Verfahren, das die Regulierungsbehörde bei Anhaltspunkten für ein nicht rechtskonformes Verhalten eines Unternehmens anzuwenden hat, ist in § 91 TKG 2003 geregelt (Aufsichtsverfahren). Nach § 91 Abs 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben dann, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, 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, dies dem Unternehmen mitzuteilen und gleichzeitig Gelegenheit einzuräumen, zu dem Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen. Nach § 91 Abs 2 TKG 2003 ordnet die Regulierungsbehörde dann, wenn sie feststellt, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, 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.

Folgt man dem unmittelbaren Wortlaut von § 91 Abs 1 TKG 2003, erscheint diese Verfahrensvorschrift auf den vorliegenden Sachverhalt nicht unmittelbar anwendbar, weil im hier konkreten Fall nicht gegen eine Bestimmung des TKG 2003, gegen eine darauf erlassene (nationale) Verordnung oder gegen einen erlassenen Bescheid verstoßen wird, sondern gegen eine Verpflichtung aus der gemeinschaftsrechtlichen Roaming-Verordnung.

Allerdings enthält das Gemeinschaftsrecht – wenngleich auch nicht unmittelbar in der Roaming-Verordnung – entsprechende verfahrensrechtliche Bestimmungen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere Art 10 Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABI L 2002/108, 21 anzuführen. Dort ist ein Verfahren zur Durchführung

von Aufsichtsmaßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden festgelegt, das bei bestimmten Verstößen gegen Verpflichtungen aus dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation anzuwenden ist. So ergibt sich aus Art 10 Abs 2 iVm Art 6 Abs 1 und Anhang A Z 8 GenehmigungsRL, dass bei Verstößen gegen Verbraucherschutzvorschriften – zu denen Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung zweifellos zu zählen ist – das Verfahren nach Art 10 GenehmigungsRL einschlägig ist.

Die Umsetzung von Art 10 GenehmigungsRL ist durch § 91 TKG 2003 erfolgt. Zur Durchsetzung der Verpflichtungen aufgrund der Roaming-Verordnung ist daher das in § 91 leg cit normierte Verfahren anzuwenden und ermächtigt die Regulierungsbehörde zur Anordnung gebotener und angemessener Maßnahmen, um die Einhaltung der Bestimmungen der Roaming-Verordnung sicherzustellen.

Für Aufsichtsmaßnahmen nach § 91 Abs 2 TKG 2003 ist aus §§ 117 u 115 TKG 2003 grundsätzlich eine Zuständigkeit der RTR-GmbH abzuleiten.

Da jedoch im hier gegenständlichen Verfahren, in welchem ein Verstoß gegen die Roaming-Verordnung festgestellt wird und zu dessen Beendigung Maßnahmen angeordnet werden, die auch „civil rights“ iSv Art 6 EMRK sind, also zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen berühren, ist sicherzustellen, dass ein „Tribunal“ iSd zitierten verfassungsrechtlichen Bestimmung einschreitet. Die RTR-GmbH ist aber kein Tribunal iSv Art 6 EMRK. Dieser Umstand wurde in einem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes bereits aufgegriffen (VwGH 15.12.2003, 99/03/0423, VwSlg 16241A/2003). Der Verwaltungsgerichtshof hat dabei zum Ausdruck gebracht, dass in einem wie hier gelagerten Fall eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission gegeben ist.

Die Telekom-Control-Kommission ist daher für die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens zuständig und hat dabei (auch) § 91 TKG 2003 anzuwenden.

1.3. Aufforderung an mobilkom austria AG

Die von der Telekom-Control-Kommission vorgeschriebene Frist zur Herstellung des verordnungskonformen Zustandes wurde mobilkom austria AG mit Schreiben vom 07.08.2009 (ON 2) eingeräumt; diese Frist ist ergebnislos verstrichen.

2. Verletzung der Roaming-Verordnung

2.1. Zur Bestimmung Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung – sekundengenaue Abrechnung des Eurotarifs

Art 4 Abs 1 Roaming-Verordnung lautet auszugsweise:

„Endkundenentgelte für regulierte Roaminganrufe

(1) Die Heimatanbieter stellen allen Roamingkunden einen Eurotarif gemäß Absatz 2 zur Verfügung und bieten ihn von sich aus in verständlicher und transparenter Weise an. ...“

Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung lautet:

„(2) Das Endkundenentgelt (ausschließlich Mehrwertsteuer) eines Eurotarifs, den ein Heimatanbieter seinem Roamingkunden für die Abwicklung eines regulierten Roaminganrufs insgesamt berechnet, kann bei jedem Roaminganruf unterschiedlich sein, darf aber 0,49 EUR pro Minute bei allen abgehenden Anrufen und 0,24 EUR pro Minute bei allen ankommenden Anrufen nicht übersteigen. Am 30. August 2008 bzw. am 1. Juli 2009 werden die Preisobergrenzen für abgehende Anrufe auf 0,46 EUR bzw. 0,43 EUR und die Preisobergrenzen für ankommende Anrufe auf 0,22 EUR bzw. 0,19 EUR gesenkt. Anschließend werden am 1. Juli 2010 bzw. am 1. Juli 2011 die Preisobergrenzen für abgehende Anrufe auf 0,39 EUR bzw. 0,35 EUR und für ankommende Anrufe auf 0,15 EUR bzw. 0,11 EUR gesenkt.

Mit Wirkung ab dem 1. Juli 2010 berechnen die Heimatanbieter ihren Roamingkunden kein Entgelt für den Empfang einer Voice-Mail-Roamingnachricht. Andere Entgelte, beispielsweise Entgelte für das Abhören derartiger Nachrichten, bleiben davon unberührt.

Mit Wirkung vom 1. Juli 2009 rechnen alle Heimatanbieter die Entgelte ihrer Roamingkunden für die Abwicklung abgehender und ankommender regulierter Roaminganrufe, für die ein Eurotarif gilt, sekundengenau ab.

Abweichend vom Unterabsatz 3 darf der Heimatanbieter bei abgehenden Anrufen, für die ein Eurotarif gilt, eine anfängliche Mindestabrechnungsdauer von höchstens 30 Sekunden zugrunde legen.“

Nach Art 4 Abs 1 Roaming-Verordnung stellen Heimatanbieter allen Roamingkunden ab Juni 2007 einen Eurotarif zur Verfügung. Heimatanbieter ist ein Unternehmen, das für Roamingkunden terrestrische öffentliche Mobilfunkdienste bereitstellt. Ein Eurotarif ist ein Tarif, der die in der Roaming-Verordnung vorgeschriebenen Höchstentgelte für regulierte Roaminganrufe nicht überschreitet. Ein regulierter Roaminganruf ist ein mobiler Sprachtelefonanruf, der aus einem besuchten Netz getätigt wird und in ein öffentliches Telefonnetz innerhalb der Europäischen Union zugestellt wird oder der in einem besuchten Netz angenommen wird.

Der Eurotarif muss seit 01.07.2009 sekundengenau abgerechnet werden. Das bedeutet, dass grundsätzlich weder eine Taktung noch ein Entgelt für den Verbindungsaufbau erlaubt ist. In der zitierten Verordnung ist lediglich für abgehende regulierte Roaminganrufe eine Ausnahme vorgesehen: Bei abgehenden regulierten Roaminganrufen im Eurotarif darf eine anfängliche Mindestabrechnungsdauer von maximal 30 Sekunden verrechnet werden. Anschließend hat eine sekundengenaue Verrechnung zu erfolgen.

2.2. Zur Verordnungswidrigkeit der Verrechnung im Eurotarif durch mobilkom austria AG

mobilkom austria AG führt in ihrer Stellungnahme aus, dass eine denkmögliche Interpretation von Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung auch dahingehend lauten kann, dass die Verrechnung des Eurotarifs für einen abgehenden regulierten Roaminganruf mit einem Entgelt von maximal 30 Sekunden für den Verbindungsaufbau und einer sekundengenauen Abrechnung ab der ersten Sekunde erfolgen kann. mobilkom austria AG führt dazu „...die anerkannten Auslegungsregeln in Form einer gemeinschaftsrechtlichen Interpretation mit selbständigen Grundsätzen...“ an und verweist auf ein Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 06.10.1982, nach welchem bei der Interpretation des Gemeinschaftsrechts auch die unterschiedlichen sprachlichen Fassungen gleichermaßen zu berücksichtigen sind. In diesem Zu-

sammenhang verweist mobilkom austria AG auf die englische Sprachfassung der Roaming-Verordnung. Da durch die Unklarheit des Wortlautes der Bestimmung kein abschließendes Ergebnis gewonnen werden könne, „...müsse zum Zwecke der Vereinheitlichung eine teleologische Interpretation der Bestimmung, die nach dem Sinngehalt jeglicher Taktungsregulierung fragen muss, vorgenommen werden.“

Zur Auslegung von (sekundärem) Gemeinschaftsrecht

Zur Frage, wie Gemeinschaftsrecht auszulegen sei, bezog der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bereits im Jahr 1964 Position (EuGH Rs 6/64 Costa/ENEL). In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass es sich bei Gemeinschaftsrecht um eine Rechtsordnung sui generis handelt, das auch Wirkungen zwischen der Gemeinschaft und ihren Marktteilnehmern entfaltet. Er wendet bei der Auslegung von Sekundärrecht grundsätzlich die allgemeinen Auslegungsregeln an und geht bei der Auslegung einer Rechtsnorm zunächst von deren Wortlaut aus (EuGH Rs 53/81 Levin/Staatssecretaris van Justitie), wobei alle Sprachfassungen berücksichtigt werden (EuGH Rs 816/79 Mecke/Hauptzollamt Bremen-Ost). **Nach ständiger Rechtsprechung müssen jedoch die verschiedenen sprachlichen Fassungen einer Gemeinschaftsvorschrift einheitlich ausgelegt werden; daher muss die Vorschrift, falls die Fassungen voneinander abweichen, anhand der allgemeinen Systematik und des Zwecks der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört (EuGH 21.02.2008, C-426/05).**

Zur Auslegung von Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung

Nach Ansicht von mobilkom austria AG wären die Worte „anfängliche Mindestabrechnungsdauer von höchstens 30 Sekunden“ im vierten Unterabsatz von Art 4 Abs 2 interpretationsbedürftig und ließen dabei auch eine Interpretation zu, die im Ergebnis dazu führe, dass „diese Mindestabrechnung zur Abdeckung der Kosten für den Verbindungsaufbau zusätzlich zu der vorgeschriebenen sekundengenauen Taktung verrechnet werden kann.“ (Stellungnahme mobilkom austria AG, ON 3, Seite 4)

mobilkom austria AG verkennt dabei, dass der Begriff „Mindestabrechnungsdauer“ eine Maßeinheit für die Verrechnung in Zeittakten ist und keinesfalls mit dem Begriff „Entgelt“ oder „Kosten für den Verbindungsaufbau“ gleichgesetzt werden kann.

Bei einer Mindestabrechnungsdauer handelt es sich um ein bestimmtes Zeitintervall, welches vom Betreiber festgelegt wird und für welches der Nutzer ein bestimmtes Verbindungsentgelt bezahlen muss, gleich, ob er das bestimmte Zeitintervall voll oder nur zu einem Teil ausnützt. Wird etwa eine Mindestabrechnungsdauer von 30 Sekunden festgelegt, hat der Nutzer jedenfalls 30 Sekunden vom vollen Minutenpreis zu bezahlen, auch wenn die Verbindung weniger als 30 Sekunden dauert. Eine sekundengenaue Abrechnung zusätzlich zu dem Zeitintervall (Takt) wird bei einer Verrechnung mit Mindestabrechnungsdauer nicht vorgenommen.

Bei einem Entgelt für den Verbindungsaufbau handelt es sich um ein Entgelt, das zusätzlich zu einer zeitabhängigen Verrechnung von Verbindungen, die dann meist sekundengenau erfolgt, aber auch in Zeitintervallen erfolgen kann, allein für den Aufbau einer Verbindung verrechnet wird. Dies wird auch als Set-up charge bezeichnet.

Somit ergibt eine Wortinterpretation der deutschen Fassung von Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung das Ergebnis, dass „kein Entgelt für den Verbindungsaufbau“ gemeint ist, sondern eine anfängliche Mindestabrechnungsdauer von 30 Sekunden mit anschließender sekundengenaue Abrechnung, was einer Taktung von 30/1 entspricht.

Auch das beispielsweise Heranziehen des Textes der zitierten Verordnung in englischer Fassung kann den Standpunkt von mobilkom austria AG nicht begründen.

Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung in englischer Fassung lautet auszugsweise folgendermaßen:

„2. ... By way of derogation from the third subparagraph, the home provider may apply an initial minimum charging period not exceeding 30 seconds to calls made which are subject to a Euro-tariff.“

Aus diesem Text ergibt sich nicht, dass „set-up charge“ und „minimum charging period“ zwei verschiedene Wörter für ein und denselben Begriff wären, oder dass das Abrechnungsschema im Eurotarif ein Entgelt für den Aufbau einer Verbindung („set-up charge“ oder auch „set-up fee“) vorsieht oder etwa der Begriff Mindestabrechnungsdauer („minimum charging period“) ein Entgelt darstellen soll, das für das Herstellen der Verbindung verrechnet werden kann und zu welchem zusätzlich ab Beginn der Verbindung eine sekundengenaue Abrechnung erfolgen muss.

Erklärend sei ausgeführt, dass in der englischen Terminologie auch zwischen dem Entgelt für den Verbindungsaufbau (set-up charge oder set-up fee) und einer Mindestabrechnungsdauer (minimum charging period) bzw. anfänglichen Mindestabrechnungsdauer (initial minimum charging period) unterschieden wird.

In der englischen Sprachfassung der Verordnung wird ebenfalls der Begriff „initial minimum charging period“ verwendet, und nicht etwa die Begriffe „set-up fee“ oder „set-up charge“, die dem deutschen Begriff „Entgelt für den Verbindungsaufbau“ entsprechen.

Auch das Heranziehen der englischen Sprachfassung der entsprechenden Bestimmung führt zu einer eindeutigen und klaren Wortinterpretation, die keinen Spielraum offen lässt, der für ein Entgelt für den Verbindungsaufbau und einer sekundengenauen Abrechnung zusätzlich ab der ersten Gesprächssekunde spräche oder Zweifel offen ließe, wie der verwendete Begriff zu verstehen sei.

Unterstützend sei zur Verdeutlichung der angeführten Begriffe in englischer Sprache an dieser Stelle aus dem Dokument der European Regulators Group ERG (08) 35 rev1 Response to EC International Roaming Consultation zitiert. Die ERG wurde im Jahr 2002 von der Europäischen Kommission mit Beschluss 2002/627/EG, ABI L 2002/200, 38 als Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste eingerichtet (nunmehr idF der Beschlüsse 2004/641/EG und 2007/804/EG). Nach Art 3 des zitierten Beschlusses berät und unterstützt die Gruppe die Europäische Kommission bei der Konsolidierung des Binnenmarkts für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste. Die Gruppe soll eine Schnittstelle zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission bilden, um zur Entwicklung des Binnenmarktes und zur einheitlichen Anwendung des neuen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste in allen Mitgliedstaaten beizutragen. Die Gruppe berät und unterstützt die Kommission in allen Fragen bezüglich elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste im Rahmen ihrer Zuständigkeiten aus eigener Initiative oder auf Anforderung der Kommission.

Auch im Zuge Novellierung der Roaming-Verordnung wurde die ERG im Rahmen einer Konsultation unterstützend und beratend für die Europäische Kommission tätig. Die Europäische Kommission ließ die Antwort der ERG zur Konsultation der zitierten Verordnung in ihren Vorschlag zur Verlängerung und Erweiterung der Verordnung einfließen. Dies wird auch durch Erwägungsgrund 18 der VO (EG) Nr 544/2009 verdeutlicht. Vor diesem Hintergrund verdient die Interpretation von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts durch die ERG Beachtlichkeit.

Das Dokument (08) 35 rev1 Response to EC International Roaming Consultation ist seit 28.7.2008 auf der Internetseite der ERG (http://erg.eu.int/doc/publications/erg_08_35rev1_resp_intern_roaming_cons_080729.pdf)

öffentlich zugänglich und wurde im gegenständlichen Verfahren als ON 10 zum Akt genommen.

ERG (08) 35 rev1 Response to EC International Roaming Consultation, Seite 20, Question 17:

“Question 17: Please provide details of changes from per second to per minute billing for voice roaming services which have occurred since or shortly before the entry into force of the Regulation. Were customers informed of those changes in advance? Have practices for new customers changed? What are the common billing practices for domestic and roaming calls?

At the retail level, for domestic voice calls, per second billing is the most common practice but a minimum or set-up charge, irrespective of the length of the call, is often imposed. A set-up charge is usually a fixed amount that is additional to the per-second charge, while a minimum charge typically subsumes the per-second charge for a minimum call length (e.g. per second billing after the first minute, or “60+1”). For roaming voice calls, per second billing with or without a set-up or minimum charge is relatively uncommon. Per minute billing is observed in the majority of Member States, although I/ERG notes a variety of other practices exists, typically a minimum first minute charge or set-up charge followed by units of thirty or ten seconds. Billing practices are usually the same for calls made and received. Where they are different, calls received are billed in lower units.

In response to a recent I/ERG questionnaire to National Regulatory Authorities on international roaming (April 2008), 6 out of the 24 NRAs that responded said billing unitisation for all EU/EEA voice roaming services had changed since the introduction of the Regulation. Of those 6 NRAs, 4 reported an increase in intervals to per minute billing, one of which also reported a decrease in intervals from a set-up charge then per minute billing to a minimum charge of sixty seconds then billing in 30 second intervals (“60-30”). On the other hand, 2 NRAs reported a decrease in billing intervals: one reported a decrease to per second billing and one reported the abolition of set-up charges.

It should be noted that the questionnaire was not operator-specific, meaning that some EU/EEA voice roaming billing practices may be more prevalent than others among operators within Member States. The following chart shows the variety and prevalence of different billing practices for calls made, by NRA (from a total of 24 NRAs)⁹.

(9 Note that “set-up charge+60+60”, for example, means a fixed set-up charge, then billing in 60 second intervals. “60+30”, for example, means a minimum charge of 60 seconds then billing in 30 second intervals.)

In dem angeführten Dokument wird erklärt, wie die Verrechnung eines Tarifes mit einer Mindestabrechnungsdauer im Unterschied zu einer Verrechnung mit einem Entgelt für den Verbindungsaufbau vorgenommen wird. Demzufolge erfolgt bei der Verrechnung einer Mindestabrechnungsdauer eine weitere Verrechnung entweder sekundengenau oder auch in weiteren Abrechnungsintervallen (Takten) immer nach Ablauf der Mindestabrechnungsdauer, während eine set-up charge bzw. ein Entgelt für den Verbindungsaufbau immer zusätzlich zu einer Verrechnung nach Sekunden oder Takten ab Gesprächsbeginn hinzukommt.

Auch der von mobilkom austria AG in ihrer Stellungnahme vom 16.09.2009 angeführte Fragebogen der ERG (ON 12), in welchem auch auf die Art der Verrechnung Bezug genommen wird, kann die Argumentation der mobilkom austria AG nicht unterstützen, weil hier ebenfalls erklärt wird, was unter einem „minimum charging interval“ zu verstehen ist:

„As at 1 July 2009, what billing unit was used for:

- (i) Eurotariff voice calls made
- (ii) Eurotariff voice calls received

(For example: a minimum charging interval of 20 seconds followed by per second billing, i.e. '20+1')

Der Beisatz in der Klammer erklärt, was unter einem „minimum charging interval“ bzw einer „minimum charging period“ (Mindestabrechnungsdauer) zu verstehen ist: Gemeint ist eine Verrechnung für eine bestimmte Mindestgesprächsdauer; im angeführten Beispielsfall aus dem ERG-Fragebogen sind das 20 Sekunden mit einer anschließenden sekundengenauen Verrechnung. Dies wird besonders durch die Erklärung: „followed by per second billing“ veranschaulicht. Das „Plus“ spricht daher nicht für die Möglichkeit einer zusätzlichen Verrechnung der anfänglichen Mindestabrechnungsdauer neben einer sekundengenauen Verrechnung ab der ersten Gesprächssekunde, sondern für die Möglichkeit einer Verrechnung einer anfänglichen Mindestabrechnungsdauer mit einer anschließenden – also nach der anfänglichen Mindestabrechnungsdauer von 20 Sekunden folgenden – sekundengenauen Abrechnung.

Die Telekom-Control-Kommission gelangt daher nach Wortinterpretation von Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung bereits zu dem Ergebnis, dass die angeführte Bestimmung zweifelsfrei so zu verstehen ist, dass die Verrechnung des Eurotarifs grundsätzlich sekundengenau zu erfolgen hat, jedoch für abgehende regulierte Roaminganrufe eine anfängliche Mindestabrechnungsdauer von maximal 30 Sekunden unter anschließender sekundengenauer Verrechnung erlaubt ist.

Aus welchem Grund der Wortlaut zwischen der englischen und der deutschen Fassung nach Ansicht von mobilkom austria AG variiert, konnte mobilkom austria AG daher auch durch Heranziehen der englischen Sprachfassung der Roaming-Verordnung nicht darlegen. Der von mobilkom erwähnte „Cullen Report“ kann – auch dann, wenn außer Acht gelassen wird, dass die von mobilkom austria AG übermittelte Anlage zu ON 3 keine Quellenangabe enthält – nicht zur Interpretation gegen den Wortlaut von Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung herangezogen werden. Im Übrigen deckt sich der von der Europäischen Kommission sowie der vom Europäischen Parlament gemachte Vorschlag zur Änderung der Roaming-Verordnung hinsichtlich Art 4 Abs 2 mit dem letztlich durch Parlament und Rat angenommenen Text. Das bedeutet, dass sowohl im Vorschlag der Europäischen Kommission als auch in dem Verordnungstext, wie er vom Europäischen Parlament beschlossen worden ist, der Begriff „anfängliche Mindestabrechnungsdauer“ bzw „initial minimum charging period“ in der englischen Sprachfassung verwendet worden ist.

Selbst eine teleologische Interpretation, die – wie von mobilkom austria AG vorgebracht – nach dem Sinngehalt jeglicher Taktungsregulierung fragen muss, ergibt nicht das von mobilkom austria AG gewünschte Textverständnis.

In Erwägungsgrund 18 der VO (EG) Nr 544/2009 heißt es, dass Gebührenintervalle von mehr als einer Sekunde zu einem Aufschlag auf den Eurotarif führen, der nach Ansicht der ERG ein verdecktes Entgelt darstellt, weil dies den meisten Verbrauchern nicht bewusst ist. In Erwägungsgrund 19 wird angeführt, dass die einheitliche Anwendung der Verordnung dadurch untergraben wird, dass Mobilfunkbetreiber bei der Abrechnung unterschiedliche Zeiteinheiten zugrunde legen und diese Praxis zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Erwägungsgrund 20 statuiert daher einheitliche Abrechnungsregeln des Eurotarifs, um einen einheitlichen Verbraucherschutz in der ganzen Gemeinschaft sicherzustellen.

Erwägungsgrund 21 der VO (EG) Nr 544/2009 lautet:

„Betreiber, die regulierte Roaminganrufe auf der Endkundenebene anbieten, sollten deshalb dazu verpflichtet werden, ihren Kunden alle Anrufe, für die ein Eurotarif gilt, sekundengenau zu berechnen, und nur bei abgehenden Anrufen eine anfängliche Mindestabrechnungsdauer von höchstens 30 Sekunden zugrunde zu legen. Dadurch können die Betreiber vertretbare Kosten für den Verbindungsaufbau decken und sind gleichzeitig flexibel genug, um sich mit einer kürzeren Mindestabrechnungsdauer am Wettbewerb zu beteiligen. Bei ankommenden Anrufen, für die

ein Eurotarif gilt, ist dagegen keine Mindestabrechnungsdauer gerechtfertigt, weil die entsprechenden Kosten auf der Großkundenebene sekundengenau abgerechnet werden und etwaige besondere Kosten für den Verbindungsaufbau bereits in den Mobilfunkzustellungsentgelten enthalten sind.“

Aus den angeführten Erwägungsgründen geht einerseits hervor, dass eine Mindestabrechnungsdauer eingeführt werden darf, um allfällige Kosten, die dem Betreiber für den Verbindungsaufbau entstehen, abdecken zu können. Die Einführung einer anfänglichen Mindestabrechnungsdauer ist also eine Möglichkeit für den Anbieter, Kosten für den Verbindungsaufbau abzudecken. Es handelt sich jedoch dabei begrifflich nicht um ein Entgelt für den Verbindungsaufbau. Es wird in Erwägungsgrund 21 VO (EG) Nr 544/2009 lediglich die Möglichkeit eingeräumt, eine anfängliche Verrechnung eines Zeitintervalls (Takts) einzuführen, wobei durch Anbieten einer kürzeren Mindestabrechnungsdauer noch Raum für Wettbewerb geschaffen werden sollte. Die anfängliche Mindestabrechnungsdauer soll also ein Entgelt für den Verbindungsaufbau substituieren, wobei aber auch hier begrifflich auf die Ausführungen zur Wortinterpretation verwiesen werden muss. Auch die Erwägungsgründe 18 und 19 VO (EG) Nr 544/2009 verwenden die Begriffe „Gebührenintervalle“ und „unterschiedliche Zeiteinheiten“.

Sinn und Zweck der Möglichkeit der Verrechnung einer anfänglichen Mindestabrechnungsdauer ist zweifelsohne jener, die Kosten für den Verbindungsaufbau abzudecken. Daraus kann aber keinesfalls der Schluss gezogen werden, dass die sekundengenaue Verrechnung für abgehende regulierte Roaminganrufe ab der ersten Sekunde zu erfolgen hat oder erfolgen kann, weil schon per definitionem eine Mindestabrechnungsdauer oder eine Verrechnung in „Gebührenintervallen“ oder „unterschiedlichen Zeiteinheiten“ – wie in den Erwägungsgründen 18 und 19 VO (EG) Nr 544/2009 angeführt – es ausschließt, dass noch zusätzlich eine sekundengenaue Verrechnung für diese Mindestabrechnungsdauer bzw. dieses „Gebührenintervall“ oder diese „Zeiteinheit“ vorgenommen wird. Der Sinn und Zweck, die Kosten für den Verbindungsaufbau abzudecken, wird dadurch erreicht, dass die Anbieter ein anfängliches Zeitintervall bis zu maximal 30 Sekunden verrechnen dürfen.

Auch die von mobilkom austria angeführte englische Sprachfassung von Erwägungsgrund 21 VO (EG) Nr 544/2009 führt zu keiner anderen Interpretation. Die englische Sprachfassung lautet wie folgt:

„Providers of regulated roaming calls at the retail level should therefore be required to bill their customers on a per second basis for all calls subject to a Eurotariff, subject only to the possibility to apply a minimum initial charging period of no more than 30 seconds for calls made. This will enable operators to cover any reasonable set-up costs and to provide flexibility to compete by offering shorter minimum charging periods. However, no minimum initial charging period is justified in the case of Eurotariff calls received, as the underlying wholesale cost is charged on a per second basis and any specific set-up costs are already covered by mobile termination rates.

Auch hier wird nicht mehr ausgesagt, als dass Anbietern durch Anwendung einer “minimum initial charging period” ermöglicht wird, Kosten für den Verbindungsaufbau abzudecken.

Darüber hinaus ist es nach den Erwägungsgründen auch erwünscht, dass kürzere anfängliche Mindestabrechnungsdauern eingeführt werden können, die den Wettbewerb stimulieren sollen.

Erklärtes Ziel der Einführung einer sekundengenauen Abrechnung ist Erwägungsgrund 18 VO (EG) Nr 544/2009 zufolge jedenfalls auch, Aufschläge von bis zu 24% des Eurotarifs für abgehende Gespräche zu vermeiden. Bei der von mobilkom austria AG vorgenommenen Verrechnung des Eurotarifs kommt es durch die Verrechnung der sekundengenauen Abrechnung ab der

ersten Sekunde zusätzlich zu einer Verrechnung von 30 Sekunden für den Verbindungsaufbau erst recht zu höheren Aufschlägen: So wird für eine kurze Verbindung, die z.B. eine Minute dauert, ein Entgelt für den Verbindungsaufbau von 30 Sekunden (entspricht 25,80 Cent inklusive USt.) und ein Entgelt von 60 Sekunden (51,60 Cent), also insgesamt 77,40 Cent verrechnet. Bei ordnungskonformer Verrechnung des Eurotarifs wird für eine einminütige Verbindung ein Entgelt von 51,60 Cent verrechnet. Die Verrechnung von mobilkom austria AG führt demnach zu einem Aufschlag von 50%.

Zu den unterschiedlich angezeigten Entgeltbestimmungen der mobilkom austria AG

Aus den von mobilkom austria ursprünglich am 30.06.2009 angezeigten „A1 Entgeltbestimmungen“ (ON 9) ist ersichtlich, dass mobilkom austria AG für einen anderen Roamingtarif (A1 Easy Traveler), bei dem es sich nicht um einen Eurotarif iSd Roaming-Verordnung handelt, ein Entgelt für den Verbindungsaufbau verrechnet, das in den Tarifierungsbestimmungen auch so bezeichnet wird. Die Art der Tarifierung ist in dieser Tarifierungsbestimmung unterschiedlich von jener des Eurotarifs beschrieben. Offenbar war daher auch für mobilkom austria AG ein Unterschied zwischen den Begriffen „Mindestabrechnungsdauer“ und „Entgelt für den Verbindungsaufbau“ gegeben. mobilkom austria AG hätte daher die Entgeltbestimmungen entsprechend gestalten können und auch von Beginn der Einführung der neuen Tarifierungsgrundsätze für den Eurotarif für Transparenz sorgen können.

Die von mobilkom austria AG angeführten wirtschaftlichen Gründe, nach welchen die Roaming-Verordnung zu einem massiven Schaden für die Betreiber und die Gesamtwirtschaft führten, müssen bei der Beurteilung der ordnungskonformen bzw. ordnungswidrigen Verrechnung des Eurotarifs unberücksichtigt bleiben.

3. Aufsichtsmaßnahmen

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie 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. Da die der mobilkom austria AG mit ON 2 gesetzte Frist abgelaufen ist und der Verstoß gegen die Verpflichtung aufgrund Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung nach wie vor nicht beendet wurde, dauert der „Mangel“ noch an. Der Mangel bzw. der Verstoß der genannten Verpflichtung hat am 01.07.2009 begonnen und wurde auch hinsichtlich des Zeitraumes vom 01.07.2009 bis zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung nicht abgestellt, sodass er auch hinsichtlich dieses Zeitraums noch andauert. Auch die in der Stellungnahme der mobilkom austria AG vom 21.09.2009 (ON 13) angekündigte Abstellung des Mangels zum 01.10.2009 stellt den Verstoß bzw. den vorliegenden Mangel noch nicht ab. Es waren mobilkom austria AG daher die gebotenen, angemessenen Maßnahmen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmung sicherstellen, spruchgemäß aufzutragen, die darin bestehen, dass mobilkom austria AG eine Sanierung gegenüber ihren Roamingkunden vornimmt, die von dem hier festgestellten Mangel aktuell betroffen sind; aktuell ist der Mangel auch deshalb, weil die Roamingkunden noch immer von der falschen Verrechnung ab dem 01.07.2009 betroffen sind. In welcher Form mobilkom austria AG diese Sanierung vornimmt, bleibt ihr selbst überlassen. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art 6 Abs 3 Roaming-Verordnung zu verweisen, wonach Heimatanbieter verpflichtet sind, ihre Roamingkunden ohne unnötige Verzögerungen über die aktualisierten Roamingentgelte zu informieren, sobald diese geändert werden.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßnahmen musste die Telekom-Control-Kommission berücksichtigen, dass die Roaming-Verordnung auf ein rasches Eingreifen der nationalen Regulierungsbehörde abzielt. Art 7 Abs 6 Roaming-Verordnung stellt auf eine sofortige Beendigung ab. Eine Umstellung der Billingssysteme kann jedenfalls in der von der Telekom-Control-Kommission gesetzten Frist durchgeführt werden, zumal einerseits eine solche Umstellung auch bei Einführung des Eurotarifs sowie der Verpflichtungen über die Tarifierungsgrundsätze am 01.07.2009 innerhalb kurzer Zeit vorgenommen werden musste, weil die Verordnung erst am 29.06.2009 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde und bereits am 30.06.2009 in Kraft getreten ist. Andererseits ist auch auf die Stellungnahme der mobilkom austria AG vom 21.09.2009 (ON 13) einzugehen, in der mobilkom austria AG selbst eine Frist bis zum 01.10.2009 angeführt hat, sodass davon auszugehen ist, dass die in Spruchpunkt 1. angeführte Frist auch angemessen ist. Die in Spruchpunkt 2. angeführte Frist umfasst einen Zeitraum, der über einen Rechnungszyklus, der in der Regel einen Monat beträgt, hinausgeht, sodass bis dahin eine Behebung des Mangels gegenüber den Roamingkunden vorgenommen werden kann.

Die Berichtspflichten sind zur Überprüfung der angeordneten Maßnahmen erforderlich.

4. Zur Vorlage an den EuGH durch die Telekom-Control-Kommission und zum Antrag auf Aussetzung des Verfahrens gemäß § 38a AVG

Wird einem Gericht eines Mitgliedstaates eine Frage im Sinn von Art 234 EG gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. Die Telekom-Control-Kommission ist ein Gericht im Sinne von Art 234 EG. Sie ist jedoch kein letztinstanzliches Gericht im Sinn von Art 234 3. UAbs EG. Die Telekom-Control-Kommission sieht eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften für nicht erforderlich an, weil im Sinne der obigen Ausführungen keine Zweifel über die Auslegung der Bestimmung in Art 4 Abs 2 Roaming-Verordnung bestehen. Im Übrigen gewährt Art 234 EG kein subjektives Recht, weshalb der Antrag auf Vorlage an den EuGH und auf Aussetzung des Verfahrens gemäß § 38a AVG zurückzuweisen ist.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 21.09.2009

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé