

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Hofrätin Dr. Elfriede Sole als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder hinsichtlich der Anzeige der Entgeltbestimmungen der mobilkom austria AG vom 15.11.2007 in ihrer Sitzung vom 20.12.2007 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 43 TKG 2003 (BGBl. I Nr. 70/2003 idgF 133/2005) und § 37 Abs. 2 TKG 2003 iVm mit dem Spruchpunkt 2.1 der Bescheide M 03/06-64, M 04/06-64 und M 06/06-64 iVm mit Spruchpunkt 4.1 der genannten Bescheide wird den mit E-Mail vom 15.11.2007 angezeigten Entgeltbestimmungen „A1 Total“ der mobilkom austria AG, die als Anlage 1 einen integrierenden Bestandteil des Spruchs dieses Bescheids bilden, widersprochen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit E-Mail vom 15.11.2007 wurden der RTR-GmbH als Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission die Entgeltbestimmungen „A1 Total“ der mobilkom austria AG angezeigt (ON 1).

Mit Schreiben vom 10.12.2007 teilte die RTR-GmbH im Auftrag der Telekom-Control-Kommission der mobilkom austria AG mit, dass es bedenklich erscheine, dass Verbindungen zum Rufnummernbereich 0664/73 dem Bereich „andere Mobilfunknetze“ zugeordnet werden und daher mit einem höheren Entgelt als gewöhnliche Verbindungen zu „A1 Mobilfunkanschlüssen“ verrechnet werden. Die vorgesehene Bestimmung sei nicht nur überraschend, sondern auch bedenklich iSd. § 864a ABGB, da durch die Zuordnung statt € 0,16 pro Minute € 0,2834 pro Minute anfallen würden.

Gleichzeitig wurde der mobilkom austria AG die Möglichkeit zur Stellungnahme gem. § 45 Abs. 3 AVG eingeräumt (ON 6), welche mit Schreiben vom 14.12.2007 seitens der mobilkom austria AG eingebracht wurde (ON 7).

2. Festgestellter Sachverhalt

Mit E-Mail vom 15.11.2007 hat die mobilkom austria AG die Entgeltbestimmungen „A1 Total“ gemäß den Bescheiden M 03/06-64, M 04/06-64 und M 06/06-64, jeweils vom 02.04.2007, angezeigt. Die Änderung in den Entgeltbestimmungen bestand darin, dass eine neue Destination in die Entgeltbestimmungen (aonMobil mit der Rufnummerngruppe 0664/73xx) aufgenommen wurde.

Nunmehr lautet Punkt B. Tarife wie Folgt:

„Bei Selbstwählverbindungen im Inlandsverkehr fällt grundsätzlich der Entgeltansatz für A1 Total an, wobei unterschieden wird zwischen Verbindungen zu

- *inländischen Festnetztelefonanschlüssen **
- *einer Mobil-Box der Mobilkom*
- *Mobilfunkanschlüssen A1 der mobilkom und*
- *anderne Mobilfunkanschlüssen (das sind nationale mobile Rufnummern beginnend mit folgenden Bereichskennzahlen, wobei auch die jeweilig zugehörige Marke (=Destination) und in Klammern deren Zuteilungsinhaber angeführt sind: 0650 „tele.ring“ (T-Mobile Austria GmbH), 0660 „3“ (Hutchison Austria GmbH), 0664/73 „aonMobil“ (mobilkom austria AG)¹, 0676 „T-Mobile“ (T-Mobile Austria GmbH), 0680 „bob“ (mobilkom austria AG), 0699², 0681/10², 0681/11², 0681/81², 0681/82², 0681/83², 0681/84² „one“ (One GmbH inkl. „YESSS! [YESSS! Telekommunikation GmbH]“ und eety [eety Telecommunications GmbH], 0680/80 „Tele 2“ (Tele2 Telecommunication GmbH). Ausnahme: Bei einer vorgeschalteten Netzansage kommt der Entgeltansatz für die in der Netzansage angegebenen Destination zur Anwendung³.“*

* Fernsprech- und ISDN-Anschlüsse der Telekom und anderer Festnetzbetreiber

¹ In Rahmen der bis 31.05.2008 befristeten Aktion werden Verbindungen zu 0664/73 wie Verbindungen zu A1 verrechnet.

² Diese Bereichskennzahlen gelten in Folge wie eine Bereichskennzahl: 0699, 0681/10, 0681/11, 0681/81, 0681/82, 0681/83, 0681/84.

³ Wird auf Wunsch des Anrufers eine allfällige Netzansage unterdrückt, kommt derselbe Entgeltansatz wie bei der Nichtunterdrückung der Ansage zur Anwendung.

Mit Schreiben vom 10.12.2007 (ON 6) wurden der mobilkom austria AG die Bedenken der Telekom-Control-Kommission mitgeteilt und Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Mit Schreiben vom 14.12.2007 (ON 7) übermittelte die mobilkom austria AG ihre Stellungnahme und teilte mit, dass die Bedenken der Telekom-Control-Kommission unbegründet seien und führte aus:

„Die Bestimmung wurde in die Entgeltbestimmungen aufgenommen, sämtliche A1-Kunden und jedenfalls auch Kunden, die das Festnetz-Produkt A1 Total nutzen, bekommen einen Rechnungsausdruck, der wie folgt lautet:

„aonMobil – neuer Anbieter am österreichischen Mobilfunkmarkt, AKTION: Anrufe zu aon Rufnummern bis 31.05.2008 günstiger. Lieber A1 Kunde! Ab dem 15.11.2007 gibt es einen neuen Kommunikationsdiensteanbieter am österreichischen Mobilfunkmarkt: die Telekom Austria TA AG bietet unter der Marke „aonMobil“ in der Rufnummerngasse 0664/73 Mobilfunkdienste an. Verbindungen zu diesen aon Rufnummern werden verrechnet wie Verbindungen zu anderen Mobilfunkanschlüssen. Aktion zum Start: A1 Kunden telefonieren jetzt zum reduzierten Preis, nämlich wie zu A1. Diese Aktion ist bis 31.Mai 2008 befristet.“

Überdies sind wir in unserer Kommunikation sehr bemüht, unsere Kunden in transparenter Weise über die Tarifierung zu informieren.

Somit sind alle A1 Total Kunden über die neue Destination und die damit verbundene Tarifierung informiert, eine überraschende Bestimmung iSd. § 864a ABGB liegt somit nicht vor.

Weiters werden im Rahmen der bis 31.5.2008 laufenden Aktion Verbindungen zu dem Rufnummernbereich 0664/73 verrechnet wie Verbindungen zu A1. Sollte es nach dem 31.5.2008 zu keiner Verlängerung dieser Aktion kommen und somit die in den Entgeltbestimmungen enthaltene Tarifierung „ruft andere Mobilfunkanschlüsse“ zur Verrechnung gelangen, werden wir die Möglichkeiten hinsichtlich einer vorgeschalteten Tarifansage evaluieren.“

Weiters sehen die Entgeltbestimmungen „A1 Total“ in Punkt E. Entgeltansätze vor, dass Verbindungen zu „Mobilfunkanschlüsse A1“ mit € 0,16 pro Minute und Verbindungen zu „andere Mobilfunkanschlüsse“ mit € 0,2834 pro Minute verrechnet werden.

Die vorliegende Situation stellt sich wie folgt dar: Der gesamte Rufnummernblock 0664 ist der mobilkom austria AG zugeteilt worden. In der Rufnummerngasse 0664/73 erbringt die Telekom Austria TA AG Mobilfunkdienste im eigenen Namen, jedoch im Netz der mobilkom austria AG. Eine zusätzliche Information vor der Herstellung der Verbindung erhält der Teilnehmer nach den Angaben der mobilkom austria AG nicht, eine Tarifansage soll erst „evaluiert“ werden.

Dass im Mobilfunkbereich die im vorliegenden Fall bestehende Problematik erkannt wird, ist auch am Beispiel der YESSS! Telekommunikation GmbH nachvollziehbar. Der Mobilfunkdienst wird im Rufnummernbereich 0699, welcher der One GmbH zugeordnet ist, erbracht. Durch die Ansage „YESSS!“ vor dem Herstellen der Verbindung wird dem Anrufenden zur Kenntnis gebracht, dass hier hinter der 0699 Rufnummer „YESSS“ als Betreiber steht. Darauf wurde die mobilkom austria AG im Schreiben vom 10.12.2007 hingewiesen.

Da grundsätzlich nach der Bereichskennzahl (0664) differenziert wird, gehen Teilnehmer davon aus, dass es sich bei einer Rufnummer, die mit 0664 beginnt, unabhängig davon, wie die folgenden zwei Stellen lauten, um eine Verbindung in ein A1 Mobilfunknetz handelt und die Entgelte für netzinterne Verbindungen (Verbindungen zu Mobilfunkanschlüsse A1) zur Verrechnung kommen. In diesem Zusammenhang ist der Telekom-Control-Kommission aus einem anderen Verfahren (G 142/07), an dem die mobilkom austria AG ebenfalls als Partei beteiligt ist, amtsbekannt, dass die mobilkom austria AG selbst auch eine enge Verknüpfung der Bereichskennzahl 0664 mit der Marke „A1“ bzw. dem Netz der mobilkom austria AG sieht. Diese enge Verbindung möchte die mobilkom austria AG erhalten und trifft daher bereits jetzt Vorkehrungen dafür, dass keine Rufnummernknappheit im Bereich 0664 vorliegt.

3. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus den von der mobilkom austria AG am 15.11.2007 angezeigten Entgeltbestimmungen „A1 Total“ (ON 1) und der am 14.12.2007 übermittelten Stellungnahme der mobilkom austria AG (ON 7). Die weiteren Feststellungen sind amtsbekannt.

4. Rechtliche Beurteilung

Mit den Bescheiden M 3/06-64, M 4/06-64 und M 6/06-64, jeweils vom 02.04.2007, wurde gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 festgestellt, dass die Telekom Austria AG auf den Märkten Inlandsgespräche für Privatkunden, Inlandsgespräche für Nichtprivatkunden als auch Auslandsgespräche von Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt) über beträchtliche Marktmacht verfügt. Aufgrund der festgestellten marktbeherrschenden Stellungen wurde die Telekom Austria AG in den Verfahren M 3/06, M 4/06 und M 6/06-64 jeweils gemäß § 43 Abs. 1 iVm Abs. 2 iVm Abs. 3 TKG 2003 verpflichtet, „Entgeltbestimmungen sowie Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Leistungsbeschreibungen der Regulierungsbehörde vor ihrer Wirksamkeit anzuzeigen. Die Endkundenentgelte müssen dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen.“

Die Regulierungsbehörde kann auf den erwähnten Märkten den angezeigten Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Leistungsbeschreibungen innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn sie dem TKG 2003, den auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, den §§ 864a oder 879 ABGB, den §§ 6 und 9 Konsumentenschutzgesetz, dem Kartellgesetz 2005 oder den Bescheiden M 03/06-64, 04/06-64 bzw. M 06/06-64 nicht entsprechen.

Gemäß Spruchpunkt 4.1 der genannten Bescheide bestehen die sich aus Spruchpunkt 2.1. ergebenden Verpflichtungen zur Anzeige auch für die mobilkom austria AG, sofern von ihr ein marktgegenständliches Produkt angeboten wird. Im vorliegenden Fall wird ein marktgegenständliches Produkt von der mobilkom austria AG angeboten, da es sich bei „A1 Total“ um ein Festnetzprodukt der mobilkom austria AG handelt, ist dies auch unstrittig und wurde auch schon in früheren Verfahren (G 15/06 bzw. 58/07) von der mobilkom austria AG nicht bestritten.

Die Telekom-Control-Kommission kann daher gemäß dem Spruchpunkt 2.1. der Bescheide M 03/06-64, 04/06-64 und 06/06-64 angezeigten Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Leistungsbeschreibungen innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn sie dem TKG 2003, den auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, den §§ 864a oder 879 ABGB, den §§ 6 und 9 Konsumentenschutzgesetz, dem Kartellgesetz 2005 oder den Bescheiden M 03/06-64, M 04/06-64 bzw. M 06/06-64 nicht entsprechen.

Nach Prüfung der angezeigten Entgeltbestimmungen war in der vorgesehenen Differenzierung bei der Verrechnung von Verbindungen zu 0664/73 eine Verletzung des § 864a ABGB auszumachen, wobei im Rahmen der Prüfung im Speziellen auch auf die aktuelle Judikatur des Obersten Gerichtshofes (insbesondere 4 Ob 227/06w vom 20.03.2007) Bezug genommen wurde.

Die Telekom-Control-Kommission hat hinsichtlich der Zuordnung von Verbindungen in den Rufnummernbereich 0664/73 als Verbindungen zu „anderen Mobilfunkanschlüssen“ Folgendes erwogen:

Die vorliegende Differenzierung bei der Verrechnung von Verbindungen zu 0664/xx (Mobilfunkanschlüsse A1) und 0664/73 (andere Mobilfunkanschlüsse) ist eine iSd. § 864a ABGB überraschende und nachteilige Bestimmung. In der aktuellen Rechtsprechung des OGH 4 Ob 227/06w vom 20.03.2007 beurteilte der Oberste Gerichtshof eine Klausel, die die Verrechnung von Restentgelten im Falle einer einvernehmlichen Auflösung des Vertrages vorsah, als nachteilig und überraschend iSd. § 864a ABGB und stellte fest, dass die Klausel weder einen Hinweis auf das Restentgelt noch eine darüber zu treffende Vereinbarung vorsah.

Die vorliegende Entscheidung des Obersten Gerichtshofes ist zwar nicht direkt auf die hier vorliegende Problematik anwendbar, jedoch kann aus ihr

die strenge Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes hinsichtlich der Frage, ob eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen überraschend iSd. § 864a ABGB ist, entnommen werden.

Überraschend

Nicht überraschend ist, dass in den Entgeltbestimmungen „A1 Total“ grundsätzlich die Verrechnung von Verbindungen geregelt wird. Als überraschend iSd. § 864a ABGB ist jedoch der Inhalt der vorliegenden Regelung zu bewerten, da derzeit eine Differenzierung an Hand der auf die Bereichskennzahl (0664) folgenden Stellen (73) grundsätzlich nicht vorgenommen wird.

Der ungewöhnliche Inhalt ist nach dem Gesetzestext des § 864a ABGB scheinbar rein objektiv zu verstehen; die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betroffenen Geschäftstyp zu orientieren. Die österreichische Rechtsprechung legt jedoch dem Überraschungsmoment mehr Gewicht bei als der objektiven Ungewöhnlichkeit, sodass die Standpunkte konvergieren (*Rummel in Rummel*³, § 864a ABGB Rz 5).

Im Mobilfunkbereich ist die Verrechnung von netzinternen Verbindungen zu einem günstigeren Tarif als Verbindungen in Fremdnetze branchenüblich und stellt nicht die Ausnahme, sondern die Regel bei der Verrechnung dar. Dies entspricht grundsätzlich auch den vorliegenden Entgeltbestimmungen, die ein günstigeres Entgelt für Verbindungen zu „Mobilfunkanschlüssen A1“ vorsehen. Überraschenderweise wird jedoch der Rufnummernbereich 0664/73 als Verbindung zu „anderen Mobilfunkanschlüssen“ eingeordnet und mit einem höheren Entgelt verrechnet.

Zu verweisen ist auch auf § 12 Nummernübertragungsverordnung (NÜV). Gemäß dieser Bestimmung ist, sofern das Endkundenentgelt nicht unmittelbar aus der Rufnummer selbst ableitbar ist und somit von jeweiligen Netz anhängt, in dem die angerufene Rufnummer genutzt wird, am Beginn jedes Gespräches kostenlos eine Information über die Identität des tarifrelevanten Zielnetzes anzulegen. Die zitierte Bestimmung ist zwar auf die hier vorliegende Problematik nicht anwendbar, jedoch kann aus dieser Bestimmung entnommen werden, dass der Verordnungsgeber davon ausgeht, dass Endkunden das Entgelt unmittelbar aus der Rufnummer ableiten und der Verordnungsgeber daher eine Netzansage für den Fall, dass das Entgelt aus der Rufnummer nicht ableitbar ist, für erforderlich hält. Im Sinne dieser Bestimmung geht der Kunde davon aus, dass hinter einer Vorwahl immer das gleiche Entgelt zur Verrechnung kommt, daher ist die verfahrensgegenständliche Bestimmung überraschend.

Ob eine Verbindung als netzinterne Verbindung zu qualifizieren ist, kann grundsätzlich vor dem Herstellen der Verbindung an Hand der jeweiligen Bereichskennzahl (0664) festgestellt werden. Ist aus der Rufnummer selbst das jeweilige Endkundenentgelt nicht ableitbar, wie zB. bei portierten Rufnummern, so wird der Teilnehmer durch die vorgeschaltete Netzansage informiert, in welchem Netz sich die gewählte Rufnummer

befindet, und kann daher Rückschlüsse auf die zur Verrechnung gelangenden Entgelte ziehen.

Zu den Ausführungen der mobilkom austria AG, dass die A1 Total Kunden durch einen Aufdruck auf der Rechnung informiert werden, ist zu sagen, dass dies in Anbetracht der Tatsache, dass eine derartige Verpflichtung nur in der Stellungnahme der mobilkom austria AG vom 14.12.2007, nicht jedoch in die Entgeltbestimmungen aufgenommen wurde und dass der Hinweis nicht bereits bei Vertragsabschluss, sondern erst auf einer späteren Rechnung erfolgen wird, nicht als ausreichend angesehen werden kann. Insbesondere deswegen, weil auch bereits vor dem Erhalt der ersten Rechnung, die den entsprechenden Ausdruck enthält, Verbindungen in den Rufnummernbereich hergestellt werden können. Auch sind jene zukünftigen Vertragspartner der mobilkom austria AG im Rahmen dieses Verfahrens zu berücksichtigen, die vor dem 31.05.2008 die erste Rechnung und damit die Information über die höheren Kosten nicht bekommen und daher erst nachträglich bei Rechnungslegung in der Höhe der verrechneten Entgelte die ungewöhnliche Differenzierung erkennen.

Nachteilig

Ob eine Bestimmung nachteilig für den anderen Vertragsteil ist, beurteilt sich aus der Sicht eines redlichen Vertragspartners bei Vertragsabschluss, also objektiv ex ante (*Rummel in Rumme³*, §864a ABGB Rz 6). Objektiv ex ante betrachtet ist die vorgesehene Regelung für den Vertragspartner nachteilig, da er statt € 0,16 pro Minute € 0,2834 pro Minute zu zahlen hat. Bis zum 31.05.2008 ist zwar in den Entgeltbestimmungen eine befristete Aktion vorgesehen, entsprechend der bis zu diesem Zeitpunkt die Verbindungen zu 0664/73 wie Verbindungen zu „A1 Mobilfunkanschlüssen“ verrechnet werden, ab diesem Zeitpunkt kommt jedoch das vorgesehene höhere Entgelt in Höhe von € 0,2834 pro Minute zur Verrechnung. Daher sind die Entgeltbestimmungen ab dem 31.05.2008 jedenfalls als nachteilig zu betrachten.

Da die Telekom-Control-Kommission im Rahmen des vorliegenden Widerspruchsverfahrens nur angezeigten Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Leistungsbeschreibungen widersprechen kann, eine amtswegige jederzeitige Überprüfung nicht möglich ist, muss die im vorliegenden Fall erst ab dem 31.05.2008 eintretende Nachteiligkeit der Regelung bereits jetzt aufgegriffen werden.

In der Stellungnahme vom 14.12.2007 (ON 7) brachte die mobilkom austria AG zwar für den Fall, dass es ab 31.05.2008 zu keiner Verlängerung der befristeten Aktion kommt und daher tatsächlich der Tarif „ruft andere Mobilfunkanschlüsse“ zur Verrechnung kommt, die Möglichkeit vor, eine Tarifansage evaluieren zu wollen.

Die Tatsache evaluieren zu wollen, ob eine Tarifansage geschaltet wird, kann im vorliegenden Fall nicht ausreichen.

Die Stellungnahme der mobilkom austria AG lässt jedoch darauf schließen, dass die vorliegende Problematik grundsätzlich auch für die mobilkom

austria AG erkennbar ist, da sie ab 31.05.2008 (sofern tatsächlich unterschiedliche Entgelte zur Verrechnung kommen) gedenkt, das Erfordernis weiterer Schritte (eventuelle Tarifansage) zu prüfen. Im diesem Zusammenhang sei hier noch einmal festgehalten, dass die Telekom-Control-Kommission keine Möglichkeit hat, am 31.05.2008 die Entgeltbestimmungen „A1 Total“ und die von der mobilkom austria AG unter Umständen gefundene Lösung erneut zu überprüfen, da die amtswegige Einleitung eines Verfahrens nicht vorgesehen ist und daher im Rahmen dieses Verfahrens von der Telekom-Control-Kommission die derzeit vorliegende Anzeige abschließend zu beurteilen ist.

Auf Grund der vorliegenden Überlegungen kommt die Telekom-Control-Kommission daher zur Ansicht, dass die in den Entgeltbestimmungen „A1 Total“ vorgenommene Differenzierung bei der Bereichskennzahl 0664/73 derzeit als überraschend und nachteilig iSd. § 864a ABGB einzustufen ist.

Ob auf Grund der Tatsache, dass gemäß § 48 KEM-V (Kommunikationsparameter-, Entgelte- und Mehrwertdiensteverordnung) seit 12.05.2004 im Bereich mobile Rufnummern nicht mehr die gesamte Bereichskennzahl (zB. 0664, 0699, 0676), sondern nur einzelne Rufnummernblöcke einer Bereichskennzahl einem Betreiber zugeteilt werden, in einigen Jahren eine Differenzierung an Hand der Stellen nach der Bereichskennzahl als „üblich“ iSd. § 864a ABGB einzustufen sein wird, kann zum heutigen Zeitpunkt nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Auf Grund der Tatsache, dass sämtlichen „großen“ Mobilfunkbetreibern bereits vor dem 12.05.2004 jeweils eine eigenen Bereichskennzahl zur Gänze zugeteilt wurde, muss angenommen werden, dass eine Differenzierung an Hand der Stellen nach der jeweiligen Bereichskennzahl derzeit jedenfalls überraschend iSd § 864a ABGB ist.

Es war somit den angezeigten Entgeltbestimmungen „A1 Total“ der mobilkom austria AG wegen Verletzung des § 864a ABGB zu widersprechen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Bei der Einbringung der Beschwerde ist eine Gebühr von Euro 180,-- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 20.12.2007

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Sole