

RSTR 0280/11
30.08.2013

Lösungsvorschlag

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH erstattet im Schlichtungsfall zwischen **XXX**, und der **T-Mobile Austria GmbH** (im Weiteren: T-Mobile) auf der Grundlage der beiderseitigen Vorbringen sowie der Ermittlungsergebnisse gemäß

§ 122 Abs. 1 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003 idgF (im Weiteren: TKG 2003) in Verbindung mit § 4 der Verfahrensrichtlinien für das Schlichtungsverfahren den folgenden Lösungsvorschlag:

Es wird vorgeschlagen, die Rechnung Nr. XXX, vom 12.01.11 (Abrechnungszeitraum 08.12.2010 bis 07.01.2011) um 495,35 Euro netto sowie die Rechnung Nr. XXX vom 11.02.11 (Abrechnungszeitraum 08.01.2011 bis 07.02.2011) um 153,89 Euro netto zu reduzieren.

Die Parteien kommen weiters überein, dass damit alle Streitpunkte hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Rechnungen ausgeräumt und verglichen sind.

**RUNDFUNK UND TELEKOM
REGULIERUNGS - GMBH**

A-1060 Wien, Mariahilfer Straße 77-79
FN: 208312t HG Wien
DVR-Nr.: 0956732 Austria
UID-Nr.: ATU43773001

Schlichtungsstelle
telefonisch erreichbar:
MO - FR 09 - 12 Uhr
Tel: +43 (0) 1 58058-444
Fax: +43 (0) 1 58058-9494

Kontaktformular:
www.rtr.at/webformular

Begründung

Mit Verfahrensformular vom 28.02.2011 beantragte der Beschwerdeführer die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gemäß § 122 Abs. 1 Z 1 TKG 2003. Gegenstand des daraufhin von der Schlichtungsstelle am 03.03.2011 eingeleiteten Verfahrens waren die Rechnung Nr. XXX, vom 12.01.2011 (Abrechnungszeitraum 08.12.2010 bis 07.01.2011) sowie die Rechnung Nr. XXX vom 11.02.2011 (Abrechnungszeitraum 08.01.2011 bis 07.02.2011) hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Rufnummer XXX.

Der Beschwerdeführer brachte im Rahmen des Verfahrens ua. zusammengefasst vor, dass er sich die angefallenen Entgelte für Datendienste nicht erklären könne, da er selbige nur zuhause über WLAN genutzt habe. Ein (Zusatz-)Paket zur Nutzung von Datendiensten habe er beim Betreiber auch gar nicht bestellt gehabt. Nutzen würde er ein Iphone 3GS, welches zuvor ein T-Mobile Vertragshandy gewesen sei.

Als erstmals Entgelte angefallen seien, habe der Beschwerdeführer in einem Shop des Betreibers Einstellungen verändern lassen, damit somit keine Datendienste mehr anfallen könnten. Der Beschwerdeführer gibt an, keine Änderungen mehr vorgenommen zu haben. Der Betreiber habe für 1MB 5 Euro verlangt, was für den Beschwerdeführer heutzutage ein nicht nachvollziehbarer Preis sei.

Im Rahmen des Schlichtungsverfahrens nahm T-Mobile zu diesem Vorbringen wie folgt Stellung:

„[...]gerne nehmen wir zum Anliegen von unserem Kunden XXX wie folgt Stellung:

Nach sorgfältiger Prüfung der strittigen Rechnung vom 12.01.2011 und 11.02.2011 können wir keinen Fehler feststellen. Die angeführten Datenverbindungen wurden mit der SIM-Karte des Kunden genutzt und laut Tarif abgerechnet.

Die Möglichkeit bzw. der Service Datendienste nutzen zu können, wird direkt vom Handy unterstützt – ist auch ein eigener Menüpunkt! Diesbezüglich ist keine gesonderte Freischaltung unsererseits erfolgt.

Standardmäßig haben bei uns alle Kunden den Datentarif „Data Fun“ eingestellt. Wir bieten für Einsteiger und Wenignutzer „Data Fun“ ohne monatliche Gebühr an: Hier wird die tatsächliche Datenmenge vergebührt und zwar mit EUR 5,00 pro MB für jede Internetverbindung (= WEB-Verbindung) bzw. bei einer WAP-Verbindung, die über GPRS/UMTS aufgebaut wird.

Diese Gebühr ist von uns veröffentlicht - siehe folgenden Link von unserer Homepage: <http://www.t-mobile.at/privat/tarife/Zusatzpakete/webnwalk/index.html>

Da wir die Privatsphäre unserer Kunden schützen, können wir nicht sehen, was downgeloadet wurde. Das Telekommunikationsgesetz (TKG) erlaubt uns nur, Daten zu speichern die für die Verrechnung relevant sind – also Datum, Zeit, Dauer und Volumen, so wie es auf dem Einzelgesprächsnachweis ersichtlich ist.

Gemäß § 99 Abs. 2 TKG 2003 dürfen sogenannte „Verkehrsdaten“, die nicht für die Verrechnung relevant sind, vom Betreiber nicht gespeichert werden. Bei den angewählten Seiten und durchgeführten downloads handelt es sich um Daten, die für die Verrechnung irrelevant sind und somit nicht von uns gespeichert werden dürfen da dies gesetzlich nicht erlaubt ist. Eine Auflistung der Internetseiten darf daher von uns nicht erfolgen.

Gerne zählen wir einige der Möglichkeiten auf die einen Datentransfer verursachen:

Kunden können Klingeltöne, Logos, sowie Java-Games downloaden

Kunden haben Zugriff auf die E-Mails

Kunden können Ihre Freiminuten abfragen

Kunden können sich aktuelle Informationen holen(zB.: Freizeittipps, Kino, Wetter)

Manche Handys führen auch automatisch Updates durch oder prüfen den E-Mail-Eingang. Natürlich ist es möglich, dass die Nutzung von WAP auch durch eine nicht vorhandene Tastensperre ausgelöst wird. Erfahrungsgemäß fallen allerdings bei einer versehentlichen Einwahl nur geringe Kosten an, da hierbei meist die WAP Startseite geöffnet wird. In diesem Fall trägt der Kunde jedoch auch die Kosten.

Beim iPhone ist zu bedenken, dass speziell dieses Gerät für die Internetnutzung konzipiert wurde - mit diesem Endgerät kann man viele verschiedene "Apps" herunterladen, bei deren Verwendung oder Aktualisierungen Datenverbindungen aufgebaut werden.

Als Beispiel für eine Datenverwendung möchten wir das "icon" mit dem Wetter erklären. Zahlreiche "icons" sind auf dem Gerät bereits installiert und können eine Nachfrage beim Server starten. Wenn zum Beispiel der Kunde auf das Icon mit Wetter klickt, wird eine Datenverbindung aufgebaut und der Kunde erhält die gewünschten Informationen.

Wir möchten darauf hinweisen, dass wir unseren Kunden die Möglichkeit der Kostenkontrolle bieten:

Per SMS: Der Kunde sendet eine SMS mit dem Inhalt `GEB´an 2323 – der Kunde erhält eine SMS zurück mit den aktuellen Verbindungsentgelten. Die Abrechnung der SMS erfolgt laut Tarif.

Online: Auf unserer Homepage www.t-mobile.at unter „Mein T-Mobile“ (Meine Gebühren) – der Kunde kann seine aktuellen Gesprächsgebühren, sein verbrauchtes Datenvolumen und die verbleibende Freiminuten abfragen.

Telefonisch: Der Kunde wählt 0676/2000 und folgt der Anweisung der Tonbandstimme - der Kunde erhält die Auskunft über seine aktuellen Gesprächsgebühren. Wenn der Kunde diese Auskunft von einem Mitarbeiter der T-Mobile Serviceline unter 0676/2000 einholt ist dies mit EUR 5,- brutto kostenpflichtig.

Bei der Freieinheiten/Gebührenabfrage handelt es sich um ein kostenloses und freiwilliges Service seitens T-Mobile. Diese Dienste stellen keinen Vertragsbestandteil dar.

Weiters bitten wir auf Folgendes Rücksicht zu nehmen: Verbindungsdaten können nicht Sekunden- oder Minutenaktuell berücksichtigt werden. Bedenken Sie bitte, dass für die Freieinheitenabfrage beziehungsweise für diese Warn SMS die Verbindungsdaten von mehreren Millionen Anschlüssen verarbeitet werden. Aus diesem Grund kann immer nur ein unverbindlicher Richtwert angegeben werden.

Generell wird die Anzeige Ihrer verbrauchten Freiminuten etwa alle vier Stunden aktualisiert. Datenverbindungen innerhalb von 3 Tagen. In unserem Kundenonlineportal wird bei der Gebühren/Freieinheitenabfrage das Datum der letzten Berücksichtigung angeführt.

Gerne möchten wir auch darauf hinweisen, dass Kunden mit Ihrem iPhone auch die Möglichkeit haben im AppleStore das App "My T-Mobile" auf das iPhone zu laden. So haben die Kunden auch unterwegs immer schnell, einfach und bequem die Möglichkeit die Freieinheiten/Gebührenabfrage zu nutzen.

Weiters verweisen wir auf unsere Einspruchserledigung mit dem wir Herrn XXX bereits ein Kulanzangebot unterbreitet haben. Wir bedauern, dass dieses Angebot offensichtlich nicht im Sinne des Kunden ist jedoch können wir keinem anderen Angebot nachkommen.

Im Anhang übermitteln wir Ihnen unsere Einspruchserledigung, eine Kopie der strittigen Rechnungen, die beiden Einzelgesprächsnachweise, das technische Prüfprotokoll, die GGSN-Daten sowie SGSN-Daten. [...]“

Ergänzend übermittelte T-Mobile die beeinspruchten Rechnungen, den jeweiligen Einzelentgeltnachweis sowie technischen Unterlagen.

Dem Lösungsvorschlag wird folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Zwischen den Parteien besteht ein Vertrag über die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen hinsichtlich der Rufnummer XXX. Die monatliche Grundgebühr für den Tarif „FAIRPLAY“ von T-Mobile beträgt Euro 20,83 netto sohin 25 Euro brutto, wobei 1000 min Sprachtelefonie netzintern und alle anderen Netze inkludiert ist. Bei diesem Tarif ist standardmäßig der Datentarif *Data Fun* eingestellt, wobei 5,- Euro brutto pro MB für jede

Internetverbindung bzw. bei einer WAP-Verbindung (im Weiteren: Datenverbindung) verrechnet werden.

Im Abrechnungszeitraum 08.12.2011 bis 07.01.2012 wurden an Datenverbindungen 129,79 MB (Rechnung Nummer XXX) 540,77 Euro netto sohin 648,92 Euro brutto in Rechnung gestellt. Im Abrechnungszeitraum 08.01.2012 bis 07.02.2012 wurden an Datenverbindungen 40,33 MB (XXX) 168,05 Euro netto sohin 201,66 Euro brutto in Rechnung gestellt.

Dass bzw. welche Einstellungsänderungen am Endgerät bzw. WLAN tatsächlich vorgenommen wurden, kann nicht festgestellt werden.

Die Schlichtungsstelle hat sich im Rahmen einer Internetrecherche hinsichtlich der am Markt von den verschiedenen Mobilfunkanbietern offerierten Datentarife¹ einen Überblick verschafft. Umfasst waren sowohl Tarifoptionen mit als auch ohne im Grundentgelt inkludiertem Datenvolumen. Anzumerken ist, dass sich diese Internetrecherche schwerpunktmäßig auf Datentarife aus den letzten drei bis vier Jahren konzentriert hat. In diesem Zusammenhang wird festgestellt, dass die verrechneten Entgelte weit auseinanderliegen bzw. große Preisspannen bei mobilen Datendiensten bestehen. Weiters wird festgestellt, dass die diesbezüglichen Ausführungen in den Tarifblättern für den durchschnittlichen Verbraucher nicht unbedingt leicht verständlich sind (ua. Angabe von kB, dann wieder von MB, Unterscheidung Web und WAP etc.) bzw. teilweise nur im Kleingedruckten zu finden sind. Anbei einige beispielhafte Aufzählungen für Datentarife²:

- ✓ *A1 Telekom Austria AG (im Weiteren: A1), Red Bull MOBILE simplyALL+ (2009)*³: Monatliche Grundgebühr⁴ bei 24-monatiger Mindestvertragsdauer: 29,- Euro brutto, inklusive ua. 2048 MB, bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens: 0,25 Euro brutto pro MB
=> 0,25 Euro brutto pro MB bzw. 256,- Euro brutto pro GB bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens;

- ✓ *Hutchison Drei Austria GmbH (im Weiteren: H3G) ; vormals: Orange Austria Telecommunication GmbH, Team Europa 39 (2009)*⁵: Monatliche Grundgebühr: 19,50/ 29,25/ 39,- Euro brutto⁶, inklusive ua. 1 GB an Datenvolumen, bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens: 1,5 Euro brutto pro MB bei Web bzw. 0,15 Euro brutto pro 10 kB bei WAP

¹ Dies gilt auch für Tarife ohne Bindungsfrist.

² Die Umrechnung der Datengrößen erfolgt in 1024-Schritten (1 GB = 1024 MB = 1048576 kB), wenn dies in den Tarifbestimmungen nicht angeführt wurde.

Sämtliche Entgeltbestimmungen und sonstige Linkangaben in diesem Dokument wurden zuletzt am 08. Juli 2013 auf ihre elektronische Abrufbarkeit überprüft.

³ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *Red Bull MOBILE simplyALL+* sind abrufbar unter: <https://www.rtr.at/index.php?id=26096&L=0>

⁴ Zwecks Einheitlichkeit wird der Begriff *Grundgebühr* verwendet. Dieser Bezeichnung schließt auch die sonstigen diesbezüglich verwendeten Termini der Mobilfunkanbieter, wie ua. *Grundentgelt, Paketgebühr, Paketpreis* mit ein.

⁵ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *Team Europa 39* sind abrufbar unter: https://www.rtr.at/uploads/media/26123_RGED183_2009.pdf

⁶ 19,50 Euro Grundgebühr bei 36-monatiger Mindestvertragsdauer, 29,25 Euro Grundgebühr bei 24-monatiger Mindestvertragsdauer sowie 39,- Euro Grundgebühr bei 12-monatiger Mindestvertragsdauer.

=> 1,5 Euro brutto pro MB bzw. 1.536,- Euro brutto pro GB bei Web und 15,36 brutto pro MB bzw. 15.728,64 pro GB bei WAP bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens;

- ✓ *H3G, MoreForYou XL (2009)*⁷: Monatliche Grundgebühr bei 24-monatiger Mindestvertragsdauer: 12,- Euro brutto, inklusive ua. 100 MB an Datenvolumen, bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens: 0,15 Euro brutto pro MB
=> 0,15 Euro brutto pro MB bzw. 153,60 Euro brutto pro GB bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens;

- ✓ *A1, SMART 100 (2010)*⁸: Monatliche Grundgebühr bei 24-monatiger Mindestvertragsdauer: 12,- Euro brutto, kein Datenvolumen inkludiert, pro begonnenem Block á 64 kB für die ersten 10 MB/Rechnungsmonat 0,40 Euro brutto, ab dem 11. MB/Rechnungsmonat für jede weiteren 64 kB 0,20 Euro brutto
=> 6,40 Euro brutto pro MB bis zum 10. MB, 3,2 Euro brutto pro MB ab dem 11. MB bzw. 3.308,80 Euro brutto fürs erste GB und 3.276,80 Euro brutto für jedes weitere GB im selben Monat für die Nutzung von Datenvolumen;

- ✓ *H3G, Hallo 1000 (2010)*⁹: Monatliche Grundgebühr: 18,- Euro brutto (+ monatliche Grundgebühr Promotion – ausgewählte Endgeräte: 9,- Euro brutto), inklusive ua. 50 MB an Datenvolumen, bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens: 0,25 Euro brutto pro MB
=> 0,25 Euro brutto pro MB bzw. 256,- Euro brutto pro GB bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens;

- ✓ *H3G, 3All-in 2000 (2010)*¹⁰: Monatliche Grundgebühr bei 24-monatiger Mindestvertragsdauer: 19,- Euro brutto, inklusive ua. 1 GB an Datenvolumen, bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens: 0,15 Euro brutto pro MB
=> 0,15 Euro brutto pro MB bzw. 153,60 Euro brutto pro GB bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens;

- ✓ *Telering, Gesponserter Basta (2011)*¹¹: Monatliche Grundgebühr bei 24-monatiger Mindestvertragsdauer: 11,- Euro brutto bei aufrechter Zustimmung zum Erhalt von Werbemitteln, bei Widerruf 19,- Euro brutto, inklusive ua. 2 GB an Datenvolumen, bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens: 0,04 Euro brutto pro MB
=> 0,04 Euro brutto pro MB bzw. 40,96 Euro brutto pro GB bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens;

⁷ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *MoreForYou XL* sind abrufbar unter: http://www.drei.at/portal/media/960/privat/tarife/aelteretarife/moreforyou_tarife.pdf,
http://www.drei.at/portal/de/privat/tarife/spezial/einzelpreise/Einzelpreise_MoreForYou.html

⁸ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *A1 SMART 100* sind abrufbar unter: <https://www.rtr.at/index.php?id=26897&L=0>

⁹ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *Hallo 1000* sind abrufbar unter: <https://www.rtr.at/index.php?id=27073&L=0>

¹⁰ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *3All-in 2000* sind abrufbar unter: <https://www.rtr.at/index.php?id=26565&L=0>

¹¹ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *Gesponserter Basta* sind abrufbar unter: <https://www.rtr.at/index.php?id=27881&L=0>

- ✓ *Telering, Basta Sommeraktion (2011)*¹²: Monatliche Grundgebühr bei 24-monatiger Mindestvertragsdauer: 9,-- Euro brutto, inklusive ua. 100 MB an Datenvolumen, bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens: 0,004 Euro brutto pro KB
=> 4,10 Euro brutto pro MB bzw. 4.194,30 Euro brutto pro GB bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens¹³;

- ✓ *T-Mobile Austria GmbH (im Weiteren: T-Mobile), MEGAKLAX (2012)*¹⁴: Monatliche Grundgebühr: 10,-- Euro brutto, kein Datenvolumen inkludiert, pro MB 0,30 Euro brutto
=> 0,30 Euro brutto pro MB bzw. 307,20 Euro brutto pro GB für die Nutzung von Datenvolumen;

- ✓ *A1, smartbob (2012)*¹⁵: Monatliche Grundgebühr: 9,90 Euro brutto, inklusive ua. 1 GB an Datenvolumen, bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens: Preis pro jedes weitere angefangene GB pro Verrechnungsmonat: 4,-- Euro brutto
=> 4,-- Euro brutto pro jedes weitere angefangene GB pro Verrechnungsmonat für die Nutzung von Datenvolumen bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens;

- ✓ *Telering, Masta Mini (2012)*¹⁶: Monatliche Grundgebühr: 5,-- Euro brutto, inklusive ua. 50 MB an Datenvolumen, bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens: 0,04 Euro brutto pro MB
=> 0,04 Euro brutto pro MB bzw. 40,96 Euro brutto pro GB bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens;

- ✓ *H3G, 3Light (2013)*¹⁷: Monatliche Grundgebühr bei 24-monatiger Mindestvertragsdauer: 5,-- Euro brutto, kein Datenvolumen inkludiert, 0,35 Euro brutto pro MB
=> 0,35 Euro brutto pro MB bzw. 358,40 Euro brutto pro GB für die Nutzung von Datenvolumen

Wie diese beispielhafte Aufzählung deutlich zeigt, ist die Preisspanne bei Datentarifen - aus den letzten drei bis vier Jahren - bei Überschreitung des inkludierten Datenvolumens bzw. bei nicht in der Grundgebühr inkludierten Datentarifen sehr groß.

Zwecks besserer Eruierung eines Marktpreises im Bereich der mobilen Datendienste hat sich die Schlichtungsstelle ua. auch mit der aufgrund des Zusammenschlusses der H3G mit der Orange bestehenden Verpflichtung der

¹² Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *Basta Sommeraktion* sind abrufbar unter: http://www.telering.at/Content.Node2/tarife/alte_tarife/BastaSommeraktionbis31082011.pdf

¹³ Hinweis: Als Ausgangspunkt bei der Berechnung der Bruttokosten für 1 MB bzw. 1 GB wurden jeweils die Kosten von 0,004 Euro brutto für 1 kB genommen. Die errechneten Kosten für 1 MB wurden auf eine zweistellige Kommazahl gerundet.

¹⁴ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *MEGAKLAX* sind abrufbar unter: <https://www.rtr.at/index.php?id=29051&L=0>

¹⁵ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *smartbob* sind abrufbar unter: <https://www.rtr.at/index.php?id=29088&L=0>

¹⁶ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *Masta Mini* sind abrufbar unter: <https://www.rtr.at/index.php?id=29384&L=0>

¹⁷ Die Entgeltbestimmungen für den Tarif *3Light* sind abrufbar unter: <http://www.drei.at/webshop/prepareSelectionTarifDetail.do?tarifId=ATS0066&snId=C63422>

H3G, virtuellen Mobilfunknetzbetreibern (im Weiteren: MVNOs) *Wholesale Access* einzuräumen, auseinandergesetzt.

Aufgrund der von H3G veröffentlichten *Wholesale Rates*¹⁸ kann ua. festgehalten werden, dass

- ✓ nach dem Festpreismodell (*fixed unit pricing*) für Datendienste (*packet switched data*) bei Datenraten mit bis zu 30 Mbit pro Sekunde als Grundpreis **0,002 Euro netto pro MB** für MVNOs angesetzt sind,
- ✓ nach dem Staffelpreismodell (*tiered pricing*) für Datendienste (*packet switched data*) bei Datenraten mit bis zu 30 Mbit pro Sekunde als Grundpreis **0,015 Euro netto pro MB** bis zur 30 MB-Stufe, **0,004 Euro netto pro MB** ab der 30 MB-Stufe bis zur 200 MB-Stufe, **0,003 Euro netto pro MB** ab der 200 MB-Stufe bis zur 1000 MB-Stufe, **0,0016 Euro netto pro MB** ab der 1000 MB-Stufe bis zur 5000 MB-Stufe, **0,0011 Euro netto pro MB** ab der 5000 MB-Stufe für MVNOs festgesetzt sind¹⁹.

Ebenso hat sich die Schlichtungsstelle mit den Roaming-Entgelten auf EU-Ebene beschäftigt. Diesbezüglich ist auszuführen, dass mit der EU-Roaming-Verordnung (VO (EG) 2012/531 ABI L 172/10) erstmalig eine fixe Preisobergrenze für Datenroaming bei mobilen Datendiensten (Daten-Eurotarif) eingeführt wurde. Von 01.07.2012 bis Ende Juni 2013 lag diese Obergrenze für Datenroaming bei 0,70 Euro netto pro MB, mit erstem Juli 2013 ist diese Grenze auf 0,45 Euro netto pro MB gesunken und wird bis 1. Juli 2014 auf 0,20 Euro netto pro MB weiter herabgesenkt werden (Art. 13 der EU-Roaming-Verordnung).

In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass die Preisobergrenze hinsichtlich Roamingentgelten bei mobilen Datendiensten auf der *Wholesale*-Ebene seit 2009 von 1,- Euro netto pro MB bis auf 0,25 Euro netto pro MB im Jahr 2012 gesunken ist bzw. mit Juli 2013 auf 0,15 Euro pro MB sinkt wird (2010 war die Preisobergrenze 0,80 Euro netto pro MB, 2011 0,50 Euro netto pro MB). Diese Schutzobergrenze wird gemäß Art. 12 der EU-Roaming-Verordnung mit Juli 2014 auf 0,05 Euro pro MB sinken und wird bis Juni 2022 bei 0,05 Euro netto pro MB bleiben.

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf folgende Erwägungen:

Der Sachverhalt gründet sich im Wesentlichen auf das Vorbringen des Beschwerdeführers, jenes von T-Mobile, die von beiden Seiten vorgelegten Unterlagen, die technische Stellungnahme des Sachverständigen der RTR-GmbH, welche einen integrierenden Bestandteil des Lösungsvorschlages bildet sowie der von der Schlichtungsstelle durchgeführten Recherchearbeit.

Bezüglich der Einstellungen am Endgerät und WLAN fehlt es der Schlichtungsstelle an Möglichkeiten, dies nachträglich nachvollziehbar zu

¹⁸ Die Recherche zu den *Wholesale Rates* basieren ua. auf den online unter <https://www.drei.at/portal/de/privat/unternehmen/wholesale/WholesaleRates.html> abrufbaren Informationen.

¹⁹ Die genauen Details betreffend der H3G „Wholesale Rates“ sind zu finden unter: <https://www.drei.at/portal/de/privat/unternehmen/wholesale/WholesaleRates.html>

machen, weshalb diesbezüglich keine Feststellungen getroffen werden können.

Die von der Schlichtungsstelle aufgrund eigener Internetrecherche festgestellten Ermittlungsergebnisse hinsichtlich verrechneter Entgelte für Datendienste durch die Betreiber sind auf den jeweiligen Betreiberwebsites und/oder unter <https://www.rtr.at/de/tk/AGB> abrufbar. Die weiteren Recherchen zu den *Wholesale-Rates* sowie Roamingentgelten auf EU-Ebene betreffend Datentarife basieren insbesondere auf den diesbezüglich online unter <https://www.drei.at/portal/de/privat/unternehmen/wholesale/WholesaleRates.html> sowie <http://ec.europa.eu> und <http://berrec.europa.eu> abrufbaren Informationen.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergeben sich folgende rechtliche Schlussfolgerungen:

Zwischen den Parteien bestand ein Vertrag über die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen hinsichtlich der Rufnummer XXX. Die monatliche Grundgebühr für den T-Mobile Tarif FAIRPLAY“ von T-Mobile beträgt Euro 20,83 netto sohin 25 Euro brutto.

1. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, dass er nicht nachvollziehen könne, wie es zum Anfall und der Verrechnung der Datenverbindungen gekommen ist, da er lediglich zuhause mit dem dort zur Verfügung stehenden WLAN im Netz gewesen wäre, ist zu nachfolgendes auszuführen:

Anhaltspunkte, die auf eine Fehlverrechnung oder Fehlerfassung der Datenverbindungen schließen lassen würden, lagen insgesamt nicht vor. Es ist daher davon auszugehen, dass die Einstiege vom Anschluss des Beschwerdeführers hergestellt worden sind und es bei der Erfassung der Einstiege zu keinem Fehler gekommen ist. Weshalb es zu den Einstiegen gekommen ist und wer diese initiiert hat, kann im Nachhinein nicht festgestellt werden. Wir verweisen an dieser Stelle auf die Ausführungen der technischen Stellungnahme des technischen Sachverständigen der RTR-GmbH.

Grundsätzlich ist auch festzuhalten, dass das inkludierte Datenvolumen nicht nur durch den Versand von E-Mails und Surfen im Internet verbraucht wird, sondern dass zB. auch die oft automatisch stattfindenden Updates von Apps sich einer Internetverbindung bedienen und dabei Datentransfervolumen verbrauchen. Letztlich besteht auch die Möglichkeit, dass auf dem Endgerät Viren, Trojaner oder andere Schadsoftware vorhanden sind, welche die Internetverbindung dabei nützt und dadurch zum Verbrauch des inkludierten Datenvolumens beiträgt. Dieses Risiko ist jedoch grundsätzlich der Sphäre des Anschlussinhabers zuzuordnen.

2. Die österreichische Privatrechtsordnung kennt grundsätzlich kein Gebot der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung (*iustum pretium*), vielmehr ist die Vertragsfreiheit zu beachten²⁰. Es gibt daher in der österreichischen Rechtsordnung grundsätzlich keine sittenwidrigen Entgelte allein wegen der Entgelthöhe. Auch telekommunikationsrechtliche Vorschriften regeln

²⁰ *Krejci in Rummel*, ABGB § 879 Rz 90, so auch *Gschnitzer in Klang*² IV/1,16.

grundsätzlich die maximal zulässige Entgelthöhe – mit einigen Ausnahmen – nicht. Eine solche Preisregulierung wäre z.B. nach den §§ 43, 45 TKG 2003 idgF, soweit es sich um ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht handelt, als Regulierungsmaßnahme unter weiteren Voraussetzungen möglich. Zusammenfassend ist an dieser Stelle daher festzuhalten, dass die Betreiber im Rahmen des sonst gesetzlich Zulässigen die Preise frei gestalten können.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob gegebenenfalls das Rechtsmittel der Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*) iSd § 934 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (im Weiteren: ABGB) zur Anwendung kommt:

„Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem anderen gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Wert erhalten, so räumt das Gesetz dem verletzten Teil das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorherigen Stand zu fordern.“

Hierzu ist auszuführen, dass im Regelfall bei zweiseitigen Rechtsgeschäften sich – zumindest subjektiv – gleichwertige Leistungen gegenüberstehen sollten bzw. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. der Vertragsänderung bei den Vertragspartnern eine äquivalente Vorstellung von der Werthaltigkeit der jeweiligen eigenen Leistung zu der zu erhaltenden Gegenleistung herrschen sollte. Das ABGB hat bei der Regelung betreffend die Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte jedoch an den Fall gedacht, dass der Wert der Gegenleistung nicht einmal der Hälfte des Wertes der eigenen Leistung entspricht und der Vertragspartner sich dieses Missverhältnisses zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bewusst war. § 934 ABGB bietet daher für den Fall einer Verkürzung über die Hälfte (z.B. ein Wertverhältnis 49 zu 100, ein Verhältnis 50 zu 100 reicht nicht aus) die Möglichkeit das Rechtsgeschäft anzufechten. Die Verkürzung über die Hälfte ist sowohl bei Zielschuldverträgen (z.B. Kauf, Tausch) als auch bei Dauerschuldverhältnissen (z.B. Bestandsvertrag, Telekommunikationsdienstevertrag) anwendbar. Bei der Beurteilung der für § 934 ABGB notwendigen Inäquivalenz ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. der Vertragsänderung abzustellen²¹.

Um feststellen zu können, ob der Tatbestand der Verkürzung über die Hälfte erfüllt ist, bedarf es weiters der Ermittlung des gemeinen Wertes des Vertragsobjektes. Gemäß § 305 ABGB ist darunter der Wert, den eine Sache am Ort und zur Zeit der Schätzung für jedermann hat, zu verstehen (= Marktpreis). Dieser Marktpreis *„...orientiert und bildet sich regelmäßig am Austauschwert, bisweilen aber auch am Ertrags- und Herstellungskostenwert, wenn sich keine wahrer Markt gebildet hat.“* Der Wert einer Sache ist daher keine objektive Größe. Es ist nur möglich, in der Praxis verkehrüblich ermittelte Durchschnittspreise (Börsen- und Marktpreise) wie eine Eigenschaft zu behandeln und als Schätzwert für einen konkreten Fall zu verwenden. Der gemeine Wert einer Sache kann daher ua. durch Kapitalisierung ihres Ertrages ermittelt werden (*Ertragswert*), bei marktgängigen Waren nach ihrem von Angebot und Nachfrage abhängigen Preis (*Verkehrswert*) oder es besteht auch die Möglichkeit, aufgrund einer Mischpreisberechnung den gemeinen Wert einer Sache zu eruieren. Bei Dauerschuldverhältnissen, wie auch dem hier verfahrensgegenständlichen Telekommunikationsdienstevertrag, versteht man unter gemeinem Wert das *marktübliche Entgelt*²².

²¹ Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 93ff; Schwimann, ABGB³, Band 4, 651ff.

²² Ua. SZ 49/118; SZ 54/95; SZ 53/167; Rummel, ABGB §§ 305, 934, 1332; Schwimann, ABGB³, Band 4, 651ff; Reischauer, § 934, 1135.

Wie kann nun der gemeine Wert bzw. das marktübliche Entgelt für mobile Datendienste im Falle der Überschreitung der monatlichen Paket-Grundgebühr bzw. für Datendienste, die überhaupt nicht Bestandteil der monatlichen Paket-Grundgebühr sind, im Telekommunikationsbereich ermittelt werden? Diesbezüglich ist grundsätzlich der gemeine Wert dem vereinbarten Preis gegenüberzustellen.

Auf Seiten des Nutzers lässt sich relativ einfach der vereinbarte Preis für derartige mobile Datendienste aus der gelegten Rechnung, bzw. den Vertragsunterlagen des jeweiligen Betreibers eruieren.

Die Berechnung eines gemeinen Wertes auf Betreiberseite ist hingegen wesentlich komplexer und zeitaufwendiger. Dies deshalb, da aufgrund der Vielzahl der am Markt befindlichen unterschiedlichsten Datentarife - wobei dies sowohl für die von einem einzelnen Betreiber am Markt angebotenen Datentarife als auch für die Gesamtheit aller Datentarife sämtlicher Mobilfunkbetreiber gilt – ein marktübliches Entgelt nicht alleine durch Vergleich der diversen Datentarife berechnet werden kann. Um zum gemeinen Wert der mobilen Datendienste auf Betreiberseite zu kommen, bedarf es daher einer Art *Mischpreisberechnung*, welche sich aus dem Verkehrswert (nach dem von Angebot und Nachfrage abhängigen Preis), Ertragswert (durch Kapitalisierung des Ertrags der Sache) und Kostenwert/Herstellungswert (Vorleistungsentgelte) zusammensetzt. Wichtig ist hierfür insbesondere auch die Berücksichtigung der unterschiedlichen – vor allem internen – Kostenfaktoren. Dies war jedoch bis dato aufgrund der Komplexität der Vorleistungsentgelte und auch aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung der Regulierungsbehörde zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gem. § 125 TKG 2003 nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand möglich. Somit war die Berechnung eines marktüblichen Entgelts für mobile Datendienste im Falle der Überschreitung der monatlichen Paket-Grundgebühr bzw. für Datendienste, die überhaupt nicht Bestandteil der monatlichen Paket-Grundgebühr sind, bisher nur schwer bzw. erschwert möglich²³.

Angesichts des Zusammenschlusses der H3G mit der Orange Austria Telecommunication GmbH (im Weiteren: Orange) ergibt sich nun jedoch die Verpflichtung der H3G, MVNOs *Wholesale Access* einzuräumen. Die diesbezüglichen *Wholesale Rates* der H3G wurden auf der Website der H3G veröffentlicht und sind für jedermann öffentlich abrufbar²⁴. Anhand dieser veröffentlichten *Wholesale Rates* hat die Schlichtungsstelle nun die Möglichkeit – basierend auf der zuvor erwähnten Mischpreisberechnung, welche sich aus dem Verkehrswert, dem Ertragswert sowie Kostenwert/Herstellungswert (Vorleistungsentgelten) zusammensetzt - ein marktübliches Entgelt für mobile Datendienste im Falle der Überschreitung der monatlichen Paket-Grundgebühr bzw. für Datendienste, die überhaupt nicht Bestandteil der monatlichen Paket-Grundgebühr sind, zu berechnen.

Unter Berücksichtigung der zuvor getätigten Feststellungen, ua.

- ✓ der aufgrund des Zusammenschlusses der H3G mit der Orange bestehenden Verpflichtung der H3G, MVNOs *Wholesale Access*

²³ Ua. SZ 49/118; SZ 54/95; SZ 53/167; *Rummel*, ABGB §§ 305, 934, 1332; *Schwimann*, ABGB³, Band 4, 651ff; *Reischauer*, § 934, 1135.

²⁴ H3G *Wholesale Rates*:
<https://www.drei.at/portal/de/privat/unternehmen/wholesale/WholesaleRates.html>

einzuräumen und der diesbezüglich veröffentlichten *Wholesale Rates* (wobei berechtigterweise davon ausgegangen werden kann, dass einerseits Kostendeckung gegeben ist sowie auch eine – im Vergleich zur Endkundengewinnspanne jedoch geringere – Vorleistungsgewinnspanne miteinkalkuliert wurde),

- ✓ der Retailkosten,
- ✓ eines marktüblichen Endkundengewinnaufschlags,
- ✓ sowie der 2012 erstmalig eingeführten Obergrenze für Datenroaming in der EU-Roaming-Verordnung (VO (EG) 2012/531 ABI L 172/10) auf Endkundenebene (wobei auch die Preisobergrenzen der letzten Jahre auf der diesbezüglichen Wholesale-Ebene berücksichtigt wurden),

kommt man daher zu einem durchschnittlichen marktüblichen Entgelt für mobile Datendienste.

Zieht man nun einerseits das Festpreismodell der H3G betreffend *Wholesale Rates* nach dem fixen Preismodell von 0,002 Euro netto pro MB bei Datenraten für MVNOs als absolut unterste Preisgrenze - bei dem noch davon auszugehen ist, dass der Betreiber kostendeckend kalkuliert – heran und stellt dem andererseits als absolut oberste Preisgrenze die erstmalig 2012 eingeführte Obergrenze für Datenroaming von 0,70 Euro netto pro MB auf europäischer Ebene gegenüber (auch unter Berücksichtigung der Preisobergrenzen auf der Wholesale-Ebene in den letzten Jahren), kann festgehalten werden, dass der Mittelwert zwischen den beiden Preisgrenzen 0,35 Euro netto bzw. 0,42 Euro brutto pro MB für mobile Datendienste²⁵ beträgt.

Der Schlichtungsstelle ist sehr wohl bewusst, dass das *Wholesale*-Anbot der H3G nicht 1:1 auf andere Mobilfunkbetreiber umsetzbar ist. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Kostenstrukturen anderer Netzbetreiber nicht um Größenordnungen von den Kosten der H3G abweichen. Selbst wenn der konkrete Betreiber um einen Faktor 10 höhere Kosten als die H3G hätte, so würde sich ein Durchschnittstarif von 0,36 Euro netto bzw. 0,43²⁶ Euro brutto pro MB ergeben. Berechtigterweise darf jedoch davon ausgegangen werden, dass eine Kostendeckung des *Wholesale*-Anbots gegeben ist sowie eine – im Vergleich zur Endkundengewinnspanne jedoch geringere - Vorleistungsgewinnspanne miteinkalkuliert wurde. Somit kann das *Wholesale*-Anbot der H3G als Ausgangsbasis zur Berechnung der untersten Preisgrenze für Entgelte bei mobilen Datendiensten im Inland auf Endkundenebene herangezogen werden.

Als absolut oberste Preisgrenze - unter Berücksichtigung der Preisobergrenzen der letzten Jahre auf der diesbezüglichen Wholesale-Ebene - wurde die 2012 erstmalig eingeführte Obergrenze für Datenroaming von 0,70 Euro netto auf Endkundenebene gewählt. Dies deshalb, da die diesbezüglich von der Europäischen Union bestimmte Obergrenze in der EU-Roaming-Verordnung (VO (EG) 2012/531 ABI L 172/10) so festgesetzt wurde, dass einerseits eine angemessene Gewinnspanne gegenüber den auf der Großkundenebene gegebenen Kosten der Erbringung von Roamingdienstleistungen gegeben ist, sowie andererseits der wettbewerbliche

²⁵ Die errechneten Beträge wurden auf zwei Kommastellen gerundet.

²⁶ Der errechnete Betrag wurde auf zwei Kommastellen gerundet.

Nutzen dieser strukturellen Maßnahmen nicht verzerrt wird²⁷. Der Vollständigkeit halber sei noch angeführt, dass die Roaming-Dienstleistung aufwendiger als die Inlandsdienstleistung beim Datendienst ist und damit jedenfalls eine Obergrenze darstellt.

Damit wird im konkreten Fall auch dem Umstand Rechnung getragen, dass sich der Sachverhalt im Jahr 2010/2011 zugetragen hat, somit vor dem In-Kraft-Treten der Grenzwerte für Datenroaming.

Weiters wurde von der Schlichtungsstelle bei der Berechnung eines marktüblichen Entgelts für Datenverbindungen auch der Umstand beachtet, dass am Markt sowohl Tarife mit inkludiertem Endgerät als auch solche ohne inkludiertes Endgerät angeboten werden. Diesbezüglich vertritt die Schlichtungsstelle jedoch die Ansicht, dass die Kosten eines im Tarif inkludierten Endgeräts einerseits durch die Vertragsdauer sowie andererseits durch die Höhe der Grundgebühr und einer etwaigen Geräteanzahlung gedeckt sind.

Die Schlichtungsstelle kommt daher zu Schluss, dass die im Inland für mobile Datendienste verrechneten Entgelte der Mobilfunkbetreiber gegenüber den Endkunden keinesfalls höher sein können, als die 2012 erstmalig eingeführte Obergrenze für Datenroaming von 0,70 Euro netto im europäischen Raum. Dies auch unter Berücksichtigung, dass die Roamingentgelte für mobile Datendienste noch erheblich weiter sinken werden bzw. die Europäische Union letztendlich eine gänzliche Abschaffung der Roamingentgelte anstrebt, um auf diese Weise einen Binnenmarkt für Mobilfunkdienste zu schaffen²⁸

Legt man diese Erwägungen auf den gegenständlichen Fall um, so gelangt die Schlichtungsstelle zu der Ansicht, dass eine schwere objektive Äquivalenzstörung vorliegt. Dies deshalb, da der von T-Mobile verrechnete Preis für jede Datenverbindung erheblich und auch mehr als 50% vom ermittelten durchschnittlichen Marktpreis für gleichwertige Leistungen abweicht. Somit bestand daher bereits bei Vertragsabschluss, als der Tarif *Data Fun* vereinbart wurde, ein grobes Missverhältnis zwischen dem vom Beschwerdeführer zu zahlenden Entgelt für mobile Datendienste je MB und der korrespondierenden, von T-Mobile zu erbringenden Leistung.

Unter Maßgabe des zuvor Ausgeführten, erscheint ein vertraglich vereinbartes Entgelt für Datendienste, welches 0,70 Euro netto/MB übersteigt, als bedenklich.

Die Schlichtungsstelle schlägt daher vor, dem Beschwerdeführer für das verbrauchte Datenvolumen in der Rechnung Nummer XXX in der Höhe von 129,79 MB einen Betrag von gesamt 45,43 Euro netto (= 129,79 MB x 0,35 Euro netto) bzw. 54,51 Euro brutto (= 129,79 MB x 0,42 Euro brutto) in Rechnung zu stellen. Für die Rechnung Nummer XXX in der Höhe von 40,33 MB einen Betrag von 14,16 Euro netto (= 40,33 MB x 0,35 Euro netto) bzw. 16,94 Euro brutto (= 40,33 MB x 0,42 Euro brutto) gesamt in Rechnung zu stellen.

²⁷ Siehe auch die diesbezüglichen Ausführungen in der EU-Roaming-Verordnung (VO (EG) 2012/531 ABI L 172/10).

²⁸ Siehe auch die diesbezüglichen Ausführungen in der EU-Roaming-Verordnung (VO (EG) 2012/531 ABI L 172/10).

Die Schlichtungsstelle stellt somit fest, dass der im vorliegenden Fall verrechnete Betrag für den Datenvolumensverbrauch in den zwei verfahrensgegenständlichen Rechnungen, sohin in Rechnung Nr. XXX der Betrag von 540,77 Euro netto bzw. 648,92 Euro brutto sowie in Rechnung Nummer XXX der Betrag von 168,05 Euro netto bzw. 201,66, mehr als das Doppelte der oben errechneten Eurobeträge ergibt.

Aus diesen Gründen erstattet die Schlichtungsstelle daher den im Spruch ausgeführten Lösungsvorschlag, welcher auf die Reduzierung der verrechneten Entgelte um das im Spruch ausgeführte Ausmaß abzielt.

Hinweise

Stimmen beide Streitparteien diesem Lösungsvorschlag binnen zwei Wochen ab Zustellung schriftlich zu, so entsteht über die im Lösungsvorschlag genannten Ansprüche ein rechtsverbindlicher außergerichtlicher Vergleich.

RTR-GmbH

Rundfunk und Telekom
Regulierungs-GmbH

i.A. Mag. Gregor Goldbacher

Technische Stellungnahme