

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 30.09.2019 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Die Verrechnung von Aufschlägen gemäß Art 6c der Verordnung (EU) Nr 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union idF VO (EU) 2017/920 („Roaming-VO“) zusätzlich zum inländischen Endkundenpreis gemäß Art 2 Abs 2 lit r Roaming-VO für Roaming im Anwendungsbereich der Roaming-VO wird in der von Mass Response Service GmbH für alle ihre bestehenden und zukünftigen Tarife beantragten Höhe von maximal

EUR 0,0504 pro Minute für abgehende Anrufe (inklusive Umsatzsteuer),

EUR 0,024 pro abgehender SMS (inklusive Umsatzsteuer),

EUR 0,0054 pro MB (inklusive Umsatzsteuer)

befristet vom 3.10.2019 bis zum 2.10.2020 genehmigt.

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Am 30.08.2019 hat Mass Response Service GmbH (Mass Response) einen Antrag auf Genehmigung der Erhebung eines zusätzlichen Roamingaufschlages zum inländischen Endkundenpreis gemäß Art 6c Abs 2 Roaming-VO iVm der Durchführungsverordnung (EU) 2016/2292 der Europäischen Kommission vom 15.12.2016 („DVO“) für alle bestehenden und zukünftig angebotenen Tarife in (maximaler) Höhe von netto EUR 0,042 pro Minute, EUR 0,02 pro SMS, EUR 0,0045 pro MB gestellt. Als Beilage zum Antrag wurde das ausgefüllte „BEREC Excel-File“ übermittelt (ON 1, ON 9, ON 10).

Mass Response führt aus, dass die Anwendung der festgelegten Vorleistungskonditionen der Roaming-VO zwangsläufig zu existenzbedrohenden negativen Deckungsbeiträgen führen würde, welche wesentlich höher wären als die von der Roaming-VO geforderten 3%.

Die Telekom-Control-Kommission hat am 2.09.2019 folgenden Gutachtensauftrag erteilt (ON 2):

„Mag. Elisabeth Felber, Dr. Bernd Hartl und Mag. Dalibor Fricki werden gemäß § 52 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens bis zum 16.09.2019 zur Frage beauftragt, ob der Roaminganbieter Mass Response Service GmbH seine gesamten tatsächlichen und veranschlagten Kosten der Bereitstellung regulierter Roamingdienste gemäß den Art 6a und 6b Roaming-Verordnung iZm Art 6 bis Art 10 sowie Anhang 1 und 2 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/2286 nicht decken kann und somit die Tragfähigkeit seines inländischen Entgeltmodells nicht sichergestellt wäre. Dabei soll insbesondere die von der Antragstellerin im Antrag genannte negative Nettomarge im Endkundenroaminggeschäft sowie die Höhe des Aufschlages geprüft werden.“

Mass Response nahm am 4.09.2019 Adaptierungen der Beilage („BEREC Excel-File“, ON 4) vor und übermittelte die verbesserte Version des Dokuments. Am 16.09.2019 wurde der Telekom-Control-Kommission das von ihr beauftragte Gutachten vorgelegt (ON 6) und an Mass Response übermittelt (ON 7). Mass Response hat in der darauffolgenden Stellungnahme fristgerecht erklärt, keine Stellungnahme dazu abzugeben (ON 8).

2 Festgestellter Sachverhalt

Mass Response bietet derzeit als virtueller Mobilfunkbetreiber („Mobile Virtual Network Operator“, MVNO) mobile Dienste gegenüber Endkunden in Österreich an (amtsbekannt).

Auf Grund des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 17.09.2018, S 32/18-9, ist es der Mass Response bis 2.10.2019 gestattet, Aufschläge auf den Endkundenpreis im Anwendungsbereich der Roaming-VO zu erheben.

Die negative Nettomarge im Endkundenroaminggeschäft beträgt für die IST-Periode (1. August 2018 bis 31. Juli 2019) rund EUR XXXXXX und für die Planungsperiode (1. August 2019 bis 31. Juli 2020) rd. EUR XXXXXX bzw rd EUR XXXXXX (unter Berücksichtigung der Anpassungen; vgl die Ausführungen zur Beweiswürdigung). Mass Response weist zudem für die IST-Periode eine positive

Marge aus Mobilfunkdiensten von rund EUR XXXXXX bei gleichzeitig negativer Nettomarge aus Endkundenroaming aus (107%). Für die Planungsperiode wurde eine positive Marge aus Mobilfunkdiensten von rund EUR XXXXXX ausgewiesen. Die negative Nettomarge aus Endkundenroaming im Verhältnis zur Marge aus Mobilfunkdiensten beträgt für die Planungsperiode nach Anpassung 103% (Gutachten der Amtssachverständigen für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren S 19/19 betreffend die Genehmigung eines Roamingaufschlags vom 16.09.2019, ON 6).

Der österreichische Mobilfunkmarkt ist grundsätzlich wettbewerbsintensiv. Vor allem durch den Markteintritt von MVNOs seit Anfang 2015 gibt es in Österreich wieder einen ausgeprägten Preiswettbewerb für Mobilfunkdienste. Die Preise sind für alle Nutzertypen deutlich gesunken (Gutachten, ON 6, Abbildung 2). Ein internationaler Preisvergleich für Mobilfunkdienste zeigt, dass ein Kunde in Österreich zB für EUR 30,- mehr Leistung als in vielen anderen EU Ländern bekommt (ON 6, Abbildung 3).

Für Mass Response besteht keine Möglichkeit, die verringerte Marge für Mobilfunkdienste aufzufangen.

Mass Response bietet ihren Kunden (es wird zwischen Neu- und Bestandskunden unterschieden) trotz der Genehmigung der Aufschläge mit Bescheid S 32/19-9 vom 17.09.2018 ein begrenztes, niedrigeres als in der Durchführungsverordnung zur Roaming-VO vorgesehene, Datenvolumen ohne die Verrechnung von Aufschlägen an. Somit ist es Mass Response nicht möglich, eine geringere Kostenunterdeckung durch Einführung einer Fair Use Policy zu erzielen.

Mass Response kann ihre gesamten tatsächlichen und veranschlagten Kosten der Bereitstellung regulierter Roamingdienste nicht aus ihren gesamten tatsächlichen und veranschlagten Einnahmen aus der Bereitstellung dieser Dienste decken.

Die beantragten Aufschläge (ON 1, ON 9, ON 10) in der Höhe von EUR 0,042 pro Minute für abgehende Anrufe, EUR 0,02 pro abgehender SMS, EUR 0,0045 pro MB (jeweils exklusive Umsatzsteuer) sind geeignet, die Kosten des Erwerbs des Roamingvorleistungszugangs zu decken. Darüber hinausgehende Kosten für die Bereitstellung regulierter Endkundenroamingdienste (zB Marketing, Verrechnung, etc) werden durch die beantragten Aufschläge teilweise abgedeckt. Die beantragten Roamingaufschläge führen jedoch zu keiner vollständigen Kompensation der negativen Nettomarge aus dem Endkundenroaming. Es kommt daher zu keiner Kostenüberdeckung (ON 6).

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Antrag der Mass Response samt den (adaptierten) Beilagen (ON 1, ON 4, ON 9, ON 10) sowie dem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten der Amtssachverständigen vom 16.09.2019 (ON 6).

Der von Mass Response im Gutachten (ON 6) unter der Position 3.6 in Tabelle 2 ausgewiesene Betrag iHv € XXXXXX für die Prognoseperiode erscheint zwar diskussionswürdig. Ob dieser Betrag nun für die Prognoseperiode angesetzt wird oder nicht, ändert im vorliegenden Fall letztlich aber nichts daran, dass Mass Response sich für die Prognoseperiode mit einer negativen Nettomarge aus Endkundenroaming von mehr als 3% der Marge aus Mobilfunkdiensten konfrontiert sieht. Eine

abschließende Beurteilung, welche Bestandteile nun tatsächlich ansatzfähig sind, konnte somit unterbleiben.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Rechtsgrundlagen

Die einschlägige Bestimmung der Roaming-VO (Verordnung [EU] Nr 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union, VO [EU] Nr 531/2012, ABl 2012 L 172/10 idF VO [EU] 2017/920, ABl 2017 L 147/1) lautet:

„Artikel 6c

Tragfähigkeit der Abschaffung der Endkunden-Roamingaufschläge

(1) Wenn ein Roaminganbieter bei Vorliegen bestimmter und außergewöhnlicher Umstände seine gesamten tatsächlichen und veranschlagten Kosten der Bereitstellung regulierter Roamingdienste gemäß den Artikeln 6a und 6b nicht aus seinen gesamten tatsächlichen und veranschlagten Einnahmen aus der Bereitstellung dieser Dienste decken kann, so darf er eine Genehmigung zur Erhebung eines Aufschlags beantragen, um die Tragfähigkeit seines inländischen Entgeltmodells sicherzustellen. Dieser Aufschlag darf nur in dem Umfang angewandt werden, der erforderlich ist, um die Kosten der Erbringung regulierter Endkunden-Roamingdienste unter Beachtung der für Großkundenentgelte zulässigen Höchstbeträge zu decken.

(2) Ein Roaminganbieter, der beschließt, Absatz 1 dieses Artikels in Anspruch zu nehmen, stellt unverzüglich einen Antrag an die nationale Regulierungsbehörde und übermittelt ihr alle erforderlichen Informationen gemäß den in Artikel 6d genannten Durchführungsrechtsakten. Danach aktualisiert der Roaminganbieter alle 12 Monate diese Informationen und legt sie der nationalen Regulierungsbehörde vor.

(3) Nach Erhalt eines Antrags gemäß Absatz 2 prüft die nationale Regulierungsbehörde, ob der Roaminganbieter nachgewiesen hat, dass er nicht in der Lage ist, seine Kosten gemäß Absatz 1 zu decken, so dass die Tragfähigkeit seines inländischen Entgeltmodells gefährdet wäre. Die Bewertung der Tragfähigkeit des inländischen Entgeltmodells stützt sich auf relevante objektive Faktoren, die speziell für den Roaminganbieter gelten, einschließlich objektiver Unterschiede zwischen Roaminganbietern in dem betreffenden Mitgliedstaat und des Niveaus der Inlandspreise und -erlöse. Die nationale Regulierungsbehörde genehmigt den Aufschlag, wenn die Bedingungen des Absatzes 1 sowie des vorliegenden Absatzes erfüllt sind.

(4) Innerhalb eines Monats nach Eingang eines Antrags gemäß Absatz 2 genehmigt die nationale Regulierungsbehörde den Aufschlag, sofern der Antrag nicht offensichtlich unbegründet ist oder ungenügende Informationen enthält. Wenn die nationale Regulierungsbehörde den Antrag für offensichtlich unbegründet hält oder der Auffassung ist, dass keine ausreichenden Informationen bereitgestellt wurden, trifft sie innerhalb einer Frist von weiteren zwei Monaten, nachdem sie dem Roaminganbieter Gehör gewährt hat, eine endgültige Entscheidung über die Genehmigung, Änderung oder Ablehnung des Aufschlags.“

Die einschlägige Bestimmung der Durchführungsverordnung (EU) 2016/2286 der Europäischen Kommission zur Festlegung detaillierter Vorschriften über die Anwendung der Regelung der

angemessenen Nutzung und über die Methode zur Prüfung der Tragfähigkeit der Abschaffung der Endkundenroamingaufschläge sowie über den von Roaminganbietern für diese Prüfung zu stellenden Antrag (DVO, ABl 2016 L 344/16 idF VO [EU] 2019/296, ABl 2019 L 50/4) lautet:

„Artikel 10

Prüfung von Anträgen auf Genehmigung zur Erhebung eines Roamingaufschlags, die Roaminganbieter gemäß Artikel 6c Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 stellen, um die Tragfähigkeit ihres inländischen Entgeltmodells sicherzustellen

(1) Bei der Prüfung eines Antrags auf Genehmigung zur Erhebung eines Roamingaufschlags, den ein Roaminganbieter gemäß Artikel 6c Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 stellt, um die Tragfähigkeit seines inländischen Entgeltmodells sicherzustellen, kann die nationale Regulierungsbehörde nur dann zu dem Schluss kommen, dass der Antragsteller nicht in der Lage ist, seine Kosten der Bereitstellung regulierter Roamingdienste zu decken, sodass die Tragfähigkeit seines inländischen Entgeltmodells gefährdet wäre, wenn die negative Nettomarge im Endkundenroaminggeschäft des Antragstellers mindestens 3 % seiner Marge aus Mobilfunkdiensten ausmacht.

Die Nettomarge im Endkundenroaminggeschäft ist der Betrag, der nach Abzug der Kosten der Bereitstellung regulierter Endkundenroamingdienste von den Einnahmen aus der Bereitstellung dieser Dienste entsprechend den Vorgaben dieser Verordnung verbleibt. Zu ihrer Bestimmung prüft die nationale Regulierungsbehörde die im Antrag gemachten Angaben, um die Einhaltung der in den Artikeln 7, 8 und 9 festgelegten Methoden zur Bestimmung der Kosten und Einnahmen sicherzustellen.

(2) Macht der absolute Wert der Nettomarge im Endkundenroaminggeschäft mindestens 3 % der Marge aus Mobilfunkdiensten aus, lehnt die nationale Regulierungsbehörde den Aufschlag dennoch ab, wenn sie feststellt, dass aufgrund besonderer Umstände eine Gefährdung der Tragfähigkeit des inländischen Entgeltmodells unwahrscheinlich ist. Als solche Umstände gelten folgende Situationen:

a) der Antragsteller ist Teil eines Konzerns und es gibt Belege für interne Kostentransfers zugunsten anderer Tochterunternehmen des Konzerns in der Union, insbesondere wegen eines beträchtlichen Ungleichgewichts bei den Roamingvorleistungsentgelten innerhalb des Konzerns;

b) wegen der Intensität des Wettbewerbs auf den Inlandsmärkten bestehen Möglichkeiten, verringerte Margen aufzufangen;

c) durch die Anwendung einer strikteren Regelung der angemessenen Nutzung, die noch immer mit den Artikeln 3 und 4 im Einklang stünde, ließe sich die Nettomarge im Endkundenroaminggeschäft auf einen Anteil unter 3 % senken.

(3) Unter außergewöhnlichen Umständen, wenn ein Betreiber eine negative Marge aus Mobilfunkdiensten und eine negative Nettomarge im Endkundenroaminggeschäft aufweist, genehmigt die nationale Regulierungsbehörde die Anwendung eines Aufschlags auf regulierte Roamingdienste.

(4) Bei der Genehmigung des Aufschlags auf regulierte Roamingdienste gibt die nationale Regulierungsbehörde in der endgültigen Entscheidung den Betrag der festgestellten negativen Nettomarge im Endkundenroaminggeschäft an, die durch einen Aufschlag auf Endkundenpreise für in der Union bereitgestellte Roamingdienste gedeckt werden darf. Der Aufschlag muss mit den bei der Prüfung des Antrags zugrunde gelegten Annahmen für den Roamingverkehr übereinstimmen und im Einklang mit den Grundsätzen in Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates festgelegt werden.“

4.2 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Nach Art 6c Abs 4 Roaming-VO hat die nationale Regulierungsbehörde innerhalb eines Monats nach Eingang eines Antrags den Aufschlag zu genehmigen, wenn dieser nicht offensichtlich unbegründet ist oder ungenügende Informationen bereitgestellt wurden. Da der Verwaltungsgerichtshof die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission in Verfahren nach der Roaming-VO nicht bemängelt hat (VwGH 19.04.2012, ZI 2009/03/0170), geht die Telekom-Control-Kommission auch diesfalls davon aus, dass die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission gegeben ist.

4.3 Tragfähigkeit der Abschaffung der Endkunden-Roamingaufschläge

Die negative Nettomarge im Endkundenroaminggeschäft von Mass Response übersteigt sowohl in der IST-Periode (mit 107%) als auch in der Planungsperiode nach Anpassung (mit 103%) die gemäß Art 10 Abs 1 DVO geforderte 3 %-Schwelle der Marge aus Mobilfunkdiensten, sodass die Tragfähigkeit des inländischen Entgeltmodells der Mass Response gefährdet wird.

Die nationale Regulierungsbehörde hat die Genehmigung des Aufschlags dennoch abzulehnen, wenn sie feststellt, dass aufgrund besonderer Umstände eine Gefährdung der Tragfähigkeit des inländischen Entgeltmodells unwahrscheinlich ist. Da Mass Response für die IST-Periode sowie für die Planungsperiode eine positive Marge aus Mobilfunkdiensten hat, sind die zusätzlichen Kriterien des Art 10 Abs 2 lit a bis c DVO zu prüfen:

Mass Response verfügt in Österreich derzeit über kein eigenes Mobilfunknetz und kann damit auch keine Roamingvorleistungsdienste (Inbound Roaming) anbieten. Mass Response hat allerdings in der Auktion 2019 Spektrum im Bereich 3,4 - 3,8 GHz in der Region Niederösterreich und Burgenland erworben. Aufgrund der geografischen Restriktion, der Eigenschaften des erworbenen Spektrums und der Versorgungsverpflichtungen ist nicht davon auszugehen, dass Mass Response für den Prognosezeitraum ein Mobilität unterstützendes Mobilfunknetz aufbauen wird. Kostentransfers sind daher auszuschließen.

Eine striktere Anwendung der Fair Use Policy hätte keinen Einfluss auf eine geringere Kostenunterdeckung. Auch die Anwendung des Kontrollmechanismus gemäß Art 4 Abs 4 DVO würde zu keiner geringeren Kostenunterdeckung führen.

Somit liegt kein Umstand iSd Art 10 Abs 2 lit a bis c DVO vor, der die Genehmigung zur Erhebung eines Aufschlags zum inländischen Endkundenpreis gemäß Art 2 Abs 2 lit r Roaming-VO ausschließen würde.

Mass Response kann gemäß Art 6c Abs 2 Roaming-VO ihre tatsächlichen und veranschlagten Kosten der Bereitstellung regulierter Roamingdienste gemäß Art 6a und Art 6b nicht aus ihren gesamten tatsächlichen und veranschlagten Einnahmen aus der Bereitstellung dieser Dienste decken, sodass

die Tragfähigkeit des inländischen Entgeltmodells auch bei Heranziehung der zusätzlichen Kriterien des Art 10 Abs 2 DVO nicht sichergestellt ist. Die Voraussetzungen für die Genehmigung der Erhebung von Aufschlägen zum inländischen Endkundenpreis liegen daher vor.

4.4 Zur Höhe der Aufschläge

Gemäß Art 6c Abs 1 Satz 2 Roaming-VO darf der Aufschlag nur in dem Umfang gewährt werden, der erforderlich ist, um die Kosten der Erbringung regulierter Endkunden-Roamingdienste unter Beachtung der für Großkundenentgelte zulässigen Höchstbeträge zu decken. Wie festgestellt, decken die beantragten Aufschläge mehr als die Nettoauszahlungen für den Erwerb des Roamingvorleistungszuganges gemäß Art 7 Abs 1 lit a und Abs 2 DVO. Die Aufschläge liegen über den Vorleistungsentgelten für das Jahr 2019 (Art 7 Abs 1, Art 9 Abs 1 und Art 12 Abs 1 Roaming-VO).

Die Genehmigung eines Aufschlags gemäß Art 6c Roaming-VO ist nicht strikt durch die Höhe der maximalen Vorleistungsentgelte beschränkt. Diese Ansicht wird auch von BEREC in den Retail Roaming Guidelines (BoR (17) 56, Guideline 173) vertreten: *„In addition, Recital 23 Roaming Regulation stipulates that roaming providers, upon authorization by the NRA, should be able to apply a surcharge to the regulated retail roaming services only to the extent necessary to recover all relevant costs of providing such services. In this line, Article 6 c (1) Roaming Regulation and Recital 34 CIR state that the surcharge shall be applied only to the extent necessary to recover the costs of providing regulated retail roaming services having regard to the applicable maximum wholesale charges. BEREC notes that roaming providers' costs of purchasing wholesale roaming access are limited by the maximum wholesale charges for the corresponding components of wholesale roaming access, and NRAs should take this into account when considering applications for applying a sustainability surcharge. However, in BEREC's opinion, an applicant may duly substantiate that such surcharges may not in principle be strictly limited to the maximum wholesale charges in order to be able to recover the costs of providing regulated retail roaming services. For instance, this could be the case of MVNOs that might have additional costs for services to provide retail roaming services and may according to Article 3 Roaming Regulation be charged at fair and reasonable prices on top of the wholesale roaming charges laid down in Articles 7, 9 and 12 Roaming Regulation. Nevertheless, BEREC considers that authorization of surcharges higher than the applicable wholesale charges by NRAs should be subject to narrow interpretation and that NRAs should strictly assess that the roaming provider has fulfilled its burden of proof in justifying the need for such surcharges in its application.”*

Aufgrund der obigen Erwägungen (Pkt 4.3) war die Höhe der Aufschläge daher antragsgemäß zu genehmigen.

Bei Verrechnung dieser Aufschläge darf die Summe aus inländischem Endkundenpreis und dem jeweiligen Aufschlag gemäß diesem Bescheid bei Überschreiten einer etwaigen Fair Use Policy die maximalen Entgelte gemäß Art 6e Abs 1 lit b Roaming-VO nicht überschreiten. Für die Verrechnung der Aufschläge ist die Taktung gemäß Art 6e Abs 1 Roaming-VO einzuhalten.

Die maximalen Aufschläge dürfen sowohl für alle bestehenden als auch zukünftigen Tarife von Mass Response in der von diesem Bescheid betroffenen Laufzeit (Punkt 4.5) verrechnet werden.

4.5 Laufzeit

Gemäß Art 6c Abs 2 DVO haben Roaminganbieter alle zwölf Monate die der nationalen Regulierungsbehörde vorgelegten Informationen zu aktualisieren. Laut Erwägungsgrund 36 der DVO sollte die Genehmigung zur Erhebung eines Roamingaufschlags von der nationalen Regulierungsbehörde für einen Zeitraum von zwölf Monaten erteilt werden (vgl auch BEREC Retail Roaming Guidelines, BoR (17) 56, Guideline 171.)

Vor diesem Hintergrund waren die Aufschläge zum inländischen Endkundenpreis für zwölf Monate ab dem 3.10.2019 zu genehmigen.

4.6. Beziehung zu Verträgen

Es wird darauf hingewiesen, dass die Genehmigung der Aufschläge gemäß Art 6c Roaming-VO keine unmittelbaren Auswirkungen auf die mit Teilnehmern geschlossenen zivilrechtlichen Verträge hat.



III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014 idF BGBl II 118/2017). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 30.09.2019

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende