

# TE Bvg Erkenntnis 2018/8/14 W271 2174322-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.08.2018

## Entscheidungsdatum

14.08.2018

## Norm

B-VG Art.133 Abs4

TKG 2003 §121a

VO (EU) 2017/920 Roaming-VO Art.12 Abs1

VO (EU) 2017/920 Roaming-VO Art.16 Abs1

VO (EU) 2017/920 Roaming-VO Art.16 Abs5

VO (EU) 2017/920 Roaming-VO Art.16 Abs6

VO (EU) 2017/920 Roaming-VO Art.2 Abs2 litr

VO (EU) 2017/920 Roaming-VO Art.6a

VO (EU) 2017/920 Roaming-VO Art.6b

VO (EU) 2017/920 Roaming-VO Art.6c

VwGVG §24 Abs2 Z1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §28 Abs5

## Spruch

W271 2174322-2/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anna WALBERT-SATEK als Vorsitzende und die Richter Dr. Christian EISNER und Mag. Eduard Hartwig PAULUS als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Heinz HEHER, Oppolzergasse 6, 1010 Wien, vom 19.10.2017 gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission (TKK) vom XXXX, GZ: XXXX, betreffend den Auftrag, die Einhebung eines zusätzlichen Entgelts im Vergleich mit den inländischen Endkundenentgelt für Datenroaming-Dienste bei ihren Wertkartentarifen zu unterlassen, zu Recht erkannt:

A)

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos behoben.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

#### **I. Verfahrensgang:**

1. Die TKK (nunmehr: belangte Behörde) leitete am 31.07.2017 ein Verfahren nach Art. 16 Abs. 5 VO (EU) Nr. 531/2012 idF VO (EU) 2017/920 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.06.2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (Roaming-VO) gegen die XXXX (kurz: Beschwerdeführerin) ein, weil der Verdacht bestand, dass die Beschwerdeführerin für die Nutzung von Datenroaming-Diensten entgegen Art. 6a Roaming-VO ein zusätzliches Entgelt für Datenroaming-Dienste bei Wertkartentarif verrechnen würde. Die belangte Behörde hielt der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 02.08.2017 den Verdacht auf Vorliegen dieses Verstoßes vor und forderte diese zur Stellungnahme bis 14.08.2017 auf, sowie dazu, die Verrechnung zusätzlicher Entgelte für Datenroaming zu unterlassen.
2. Die Beschwerdeführerin brachte am 04.08.2017, sowie am 09.08.2017 Stellungnahmen ein. Die Stellungnahmefrist wurde auf Grund des Vorbringens der Beschwerdeführerin bis zum 29.08.2017 erstreckt. Eine weitere Stellungnahme gab die Beschwerdeführerin jedoch nicht ab.
3. Daraufhin erließ die TKK den Bescheid vom XXXX, GZ: XXXX(bekämpfter Bescheid). Mit diesem Bescheid trug die TKK der nunmehrigen Beschwerdeführerin gemäß Art. 16 Absatz 5 und 6 in Verbindung mit Art. 6a Roaming-VO auf, die Einhebung eines zusätzlichen Entgelts im Vergleich mit dem inländischen Endkunden-Entgelt für Datenroaming-Dienste bei ihren Wertkartentarifen zu unterlassen.
4. Gegen diesen Bescheid er hob die nunmehrige Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 19.10.2017 Beschwerde. Im gleichen Schreiben beantragte diese die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 121a Absatz 1 TKK 2003. Das Bundesverwaltungsgericht gab diesem Antrag mit Beschluss vom 31.10.2017 nicht statt.
5. Die TKK behielt sich die Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung gemäß§ 14 Abs. 1 VwGVG in der Beschwerdevorlage vom 23.10.2017 ausdrücklich vor; der Akt wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 29.11.2017 jedoch ohne vorherige Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung vorgelegt.
6. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 02.10.2017, XXXX, hat diese der Beschwerdeführerin gemäß Art. 6c Roaming-VO, befristet vom 03.10.2017 bis zum 02.10.2018, die Genehmigung erteilt, für alle bestehenden und zukünftigen Tarife einen Aufschlag zu verrechnen. Beim Datenvolumen darf demnach ein Aufschlag von maximal EUR 0,01044 pro Megabyte (inklusive USt) verrechnet werden.
7. Den Parteien des Verfahrens wurde die Möglichkeit eingeräumt, zur erteilten Ausnahmegenehmigung Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerin gab an, die Ausnahmegenehmigung sei ihr nur befristet erteilt worden; nach deren Ablauf würde der bekämpfte Bescheid wieder in vollem Umfang seine nachteiligen Wirkungen für die Beschwerdeführerin entfalten. Die belangte Behörde gab an, es bestehe für den Zeitraum von "jedenfalls Juli bis zur Genehmigung der Erhebung der Aufschläge am 3.10.2017" ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Bescheides und verwies im Übrigen auf ihre bisherigen Ausführungen.

#### **II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:**

##### **1. Feststellungen:**

Die Beschwerdeführerin betreibt ein öffentliches Kommunikationsnetz und bietet öffentliche Kommunikationsdienste unter der Marke "XXXX" an.

Die Beschwerdeführerin verrechnete am XXXX bei ihren Wertkartentarifen für Daten-Roaming EUR 0,XXXX pro Megabyte. Im Inland verrechnete die Beschwerdeführerin für die Nutzung von Datendiensten EUR 0,XXXX pro Megabyte. Eine "Fair-Use-Policy" war bei den Wertkartentarifen nicht vorgesehen.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführerin gemäß Art. 6a Roaming-VO untersagt, diesen Aufschlag weiterhin zu berechnen.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 02.10.2017, XXXX, hat diese der Beschwerdeführerin gemäß Art. 6c Roaming-VO, befristet vom 03.10.2017 bis zum 02.10.2018, die Genehmigung erteilt, für alle bestehenden und zukünftigen Tarife einen Aufschlag zu verrechnen. Beim Datenvolumen darf demnach ein Aufschlag von maximal EUR 0,XXXX pro

Megabyte (inklusive USt) verrechnet werden.

## 2. Beweiswürdigung:

Es ist amtsbekannt, dass die Beschwerdeführerin ein Mobilnetzbetreiber ist; dies ergibt sich auch von der RTR-GmbH veröffentlichten Liste von Betreibern im Mobilnetz ([https://www.rtr.at/de/tk/TKKS\\_BetreiberMN](https://www.rtr.at/de/tk/TKKS_BetreiberMN)).

Die Höhe des von der Beschwerdeführerin verrechneten Entgelts pro Megabyte ergibt sich aus den Auszügen aus deren Website vom 26.07.2017, sowie aus den im Verwaltungsakt einliegenden Entgeltbestimmungen zur "XXXX" Wertkarte mit Stand vom 15.06.2017. In ihrem Rechtfertigungsschreiben vom 04.08.2017 behauptete die Beschwerdeführerin zwar, sie würde die festgestellten Preise gar nicht verrechnen, doch gestand sie bereits in ihrem Rechtfertigungsschreiben vom 09.08.2017 die Verrechnung des oben festgestellten Endkunden-Roamingaufschlags zu. Die Beschwerdeführerin ist diesen bereits schon zutreffend von der belangen Behörde getroffenen Feststellungen in der Beschwerde auch nicht entgegengetreten. In der Beschwerde bestätigte die Beschwerdeführerin vielmehr die Verrechnung des festgestellten Endkunden-Roamingaufschlags und legte darin lediglich den (wirtschaftlichen) Grund für die Verrechnung des Aufschlags dar.

Die Feststellungen zur nunmehr vorliegenden Berechtigung der Beschwerdeführerin zur Verrechnung von höheren Endkunden-Roamingaufschlägen ergibt sich aus einem Bescheid der belangen Behörde vom 02.10.2017, XXXX. Dieser Bescheid ist auch online abrufbar.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

### 3.1. Rechtsgrundlagen

Die Bestimmungen der Roaming-VO (idF VO (EU) 2017/920) lauten, soweit relevant, wie folgt:

Art. 2 Abs. 2 lit. r) Roaming-VO:

"r) "inländischer Endkundenpreis" ist das inländische Endkundenentgelt pro Einheit, das der Roaminganbieter für Anrufe und versendete SMS-Nachrichten (die in verschiedenen öffentlichen Kommunikationsnetzen im selben Mitgliedstaat abgehen und ankommen) und für die von einem Kunden genutzten Daten berechnet. Falls es kein spezifisches inländisches Endkundenentgelt pro Einheit gibt, ist davon auszugehen, dass für den inländischen Endkundenpreis derselbe Mechanismus zur Berechnung des Entgelts angewandt wird wie wenn der Kunde den Inlandstarif für Anrufe und versendete SMS-Nachrichten (die in verschiedenen öffentlichen Kommunikationsnetzen im selben Mitgliedstaat abgehen und ankommen) sowie genutzte Daten in seinem Mitgliedstaat nutzen würde;"

Art. 6a, 6b und 6c Roaming-VO:

"Artikel 6a

### Abschaffung von Endkunden-Roamingaufschlägen

Roaminganbieter dürfen ihren Roamingkunden ab dem 15. Juni 2017, sofern der Gesetzgebungsakt, der infolge des in Artikel 19 Absatz 2 genannten Vorschlags zu erlassen ist, zu diesem Zeitpunkt anwendbar ist, vorbehaltlich der Artikel 6b und 6c, für die Abwicklung abgehender oder ankommender regulierter Roaminganrufe, für die Abwicklung versendeter regulierter SMS-Roamingnachrichten oder für die Nutzung regulierter Datenroamingdienste, einschließlich MMS-Nachrichten, im Vergleich mit dem inländischen Endkundenpreis in einem Mitgliedstaat weder zusätzliche Entgelte noch allgemeine Entgelte für die Nutzung von Endgeräten oder von Dienstleistungen im Ausland berechnen.

Artikel 6b

### Angemessene Nutzung

(1) Roaminganbieter können gemäß diesem Artikel und den in Artikel 6d genannten Durchführungsrechtsakten eine Regelung der angemessenen Nutzung ("Fair Use Policy") für die Inanspruchnahme regulierter Roamingdienste auf Endkundenebene, die zu dem geltenden inländischen Endkundenpreis bereitgestellt werden, anwenden, um eine zweckwidrige oder missbräuchliche Nutzung regulierter Roamingdienste auf Endkundenebene durch Roamingkunden zu vermeiden, wie etwa die Nutzung solcher Dienste durch Roamingkunden in einem Mitgliedstaat, der nicht der ihres jeweiligen Anbieters ist, für andere Zwecke als vorübergehende Reisen.

Eine Regelung zur angemessenen Nutzung ermöglicht den Kunden eines Roaminganbieters die Nutzung von regulierten Endkunden-Roamingdiensten zu dem anwendbaren inländischen Endkundenpreis in einem Umfang, der ihren Tarifen entspricht.

(2) Artikel 6e gilt für regulierte Roamingdienste auf Endkundenebene, die über die Beschränkungen im Rahmen einer Regelung zur angemessene Nutzung hinausgehen.

#### 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."

#### Art. 12 Abs. 1 Roaming-VO:

"(1) Mit Wirkung vom 15. Juni 2017 darf das durchschnittliche Großkundenentgelt, das der Betreiber eines besuchten Netzes dem Roaminganbieter für die Abwicklung regulierter Datenroamingdienste über das jeweilige besuchte Netz berechnet, eine Schutzzobergrenze von 7,70 EUR pro Gigabyte übertragener Daten nicht übersteigen. Dieses maximale Großkundenentgelt sinkt am 1. Januar 2018 auf 6,00 EUR pro Gigabyte, am 1. Januar 2019 auf 4,50 EUR pro Gigabyte, am 1. Januar 2020 auf 3,50 EUR pro Gigabyte, am 1. Januar 2021 auf 3,00 EUR und am 1. Januar 2022 auf 2,50 EUR pro Gigabyte. Sie bleibt unbeschadet des Artikels 19 bis zum 30. Juni 2022 bei 2,50 EUR pro Gigabyte übertragener Daten."

#### Art. 16 Abs. 1, 5 und 6 Roaming-VO:

"(1) Die nationalen Regulierungsbehörden beobachten und überwachen die Einhaltung dieser Verordnung in ihrem Gebiet. Die nationalen Regulierungsbehörden beobachten und überwachen genau die Roaminganbieter, die von Artikel 6b, Artikel 6c und Artikel 6e Absatz 3 Gebrauch machen.

[...]

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

(6) Stellt eine nationale Regulierungsbehörde einen Verstoß gegen Verpflichtungen aus dieser Verordnung fest, so kann sie die sofortige Abstellung des Verstoßes anordnen."

### 3.2. Zur Zuständigkeit

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Zuständigkeit der belangten Behörde in Verfahren nach der Roaming-VO nicht bemängelt (vgl. VwGH 19.04.2012, 2009/03/0170). Der in dieser Entscheidung relevante Art. 7 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 717/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27.06.2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft sah vor, dass die Regulierungsbehörden "von sich aus tätig werden" können sowie die "sofortige Beendigung" festgestellter Verstöße anordnen können (Abs. 6 leg. cit.). Identische Bestimmungen enthält der vorliegendenfalls anzuwendende Art. 16 Abs. 5 und 6 Roaming-VO.

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus § 121a Abs. 2 TKG 2003. Nach dieser Bestimmung entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden in den Fällen, in denen die TKK belangte Behörde ist, durch Senate. Das ist hier der Fall, womit Senatszuständigkeit gegeben ist.

### 3.3. Nunmehrige Zulässigkeit der Verrechnung eines zusätzlichen Entgelts über die Nutzung von Datenroaming-Diensten

Art. 6a der Roaming-VO sieht vor, dass Roaming-Anbietern ihren Roaming-Kunden, vorbehaltlich der Art. 6b und 6c, ab dem 15.06.2017 für die Abwicklung abgehender oder ankommender regulierter Roaming-Anrufe, für die Abwicklung versendeter regulierter SMS-Roamingnachrichten oder für die Nutzung regulierter Datenroaming-Dienste, einschließlich MMS-Nachrichten, im Vergleich mit dem inländischen Endkundenpreis in einem Mitgliedstaat weder zusätzliche Entgelte, noch allgemeine Entgelte für die Nutzung von Endgeräten oder von Dienstleistungen im Ausland berechnen dürfen.

Aus den Feststellungen folgt, dass die Beschwerdeführerin für die Datennutzung im Inland bei ihrem Wertkartentarif EUR XXXX pro Megabyte verrechnete. Für Datenroaming im EWR verrechnete die Beschwerdeführerin beim Wertkartentarif hingegen EUR 0,XXXX. Die Beschwerdeführerin verrechnete sohin für Datenroaming im EWR, obwohl weder eine Fair-Use-Tarifierung vorgesehen war, noch eine Ausnahmegenehmigung vorlag, entgegen Art. 6a Roaming-VO ein zusätzliches Entgelt in Höhe von EUR 0,XXXX pro Megabyte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Entscheidung an der im Entscheidungszeitpunkt bestehenden Sach- und Rechtslage auszurichten (vgl. VwGH 01.03.2016, Ra 2015/11/0106; vgl. auch VwGH 16.01.2018, Ro 2017/03/0017). Nicht konkret absehbare Entwicklungen - wie hier ein allfälliger Verstoß gegen die Roaming-VO nach Ablauf der Ausnahmevereinbarung durch die Beschwerdeführerin - sind daher außer Acht zu lassen (vgl. VwGH 24.11.2016, Ro 2014/07/0037).

Die Beschwerdeführerin verfügt aber gemäß Bescheid der belangten Behörde vom 02.10.2017, S 30/17-10, nunmehr über eine (befristete) Ausnahmevereinbarung nach Art. 6c Roaming-VO. Demnach darf sie beim Datenvolumen EUR 0,XXXX pro Megabyte verrechnen. Ein Verstoß gegen die Roaming-VO liegt angesichts der bisher von der Beschwerdeführerin verrechneten Entgelte somit nicht (mehr) vor und zeichnet sich ein solcher auch nicht ab.

Mangels (vorhersehbaren bzw. aktuell vorliegenden) Verstößen gegen die Roaming-VO bedarf es keines behördlichen Eingriffs zur Einhaltung dieser Verordnung oder zu dessen Abstellung (vgl. Art. 16 Abs. 5 und 6 Roaming-VO). Folglich besteht auch kein Bedarf an der Aufrechterhaltung des bekämpften Bescheids und war dieser - entsprechend den den Verwaltungsgerichten zur Verfügung stehenden Möglichkeiten - ersatzlos zu beheben (vgl. zur Umdeutung einer "Aufhebung" in eine ersatzlose Behebung: VwGH 25.01.2018, Ra 2017/21/0185; vgl. auch VwGH 23.05.2017, Ra 2016/05/0122).

### 3.4. Entfall der mündlichen Verhandlung

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte entfallen, weil bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben war (§ 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG).

### Zu B) Unzulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. So sind bereits Wortlaut und Bedeutung der anzuwendenden Bestimmungen so klar und unmissverständlich, dass keinerlei Zweifel über deren Auslegung vorliegen kann; eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung liegt somit bereits aus diesem Grund nicht vor (vgl. VwGH 11.01.2016, Ra 2015/11/0125 mwN). Die vorliegende Entscheidung kann sich auch auf die unter A) zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs stützen, womit es zu den hier entscheidungswesentlichen Rechtsfragen nicht an höchstgerichtlicher Rechtsprechung fehlt.

**Schlagworte**

Ausnahmebestimmung, Befristung, Behebung der Entscheidung,

Berechnung, Entgelt, Entgeltkontrolle, ersatzlose Behebung,

Telekommunikation

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W271.2174322.2.00

**Zuletzt aktualisiert am**

14.09.2018

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)