

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. Mag. Dr. Otto Petrovic als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 28.04.2008 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens R 4/08 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. Hutchison 3G Austria GmbH wird gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 aufgetragen, bis längstens 05.05.2008 die Verletzung ihrer Verpflichtungen nach § 42 TKG 2003 iVm. Spruchpunkt I.B.2.6. und nach § 38 TKG 2003 iVm. Spruchpunkt I.B.2.2. des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 15.10.2007, M 15e/03-123, M 13e/06-119, die darin besteht, dass Hutchison 3G Austria GmbH der Telekom Austria TA AG höhere Entgelte für die Leistung der Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz verrechnet als sie mit Bescheid vom 15.10.2007, M 15e/03-123, M 13e/06-119 festgelegt wurden, dadurch abzustellen, dass Hutchison 3G Austria GmbH die Entgelte für die Leistung der Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz der Telekom Austria TA AG für den Zeitraum vom 1.1.2007 bis 30.6.2007 in Höhe von Cent 13,90 und für den Zeitraum ab 1.7.2007 bis 15.10.2007 in Höhe von Cent 11,86 zur Verrechnung bringt.

2. Hutchison 3G Austria GmbH wird gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 aufgetragen, der Telekom-Control-Kommission bis längstens 08.05.2008 über die gemäß Spruchpunkt 1. erfolgte Maßnahme zu berichten.

II. Begründung

A. Festgestellter Sachverhalt

a. Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.10.2007, M 15e/03-123, M 13e/06-119, wurden Hutchison für den Zeitraum ab 1.1.2007 unter anderem folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

„I.B.2.2. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern, einschließlich der mit ihr verbundenen, dieselben Bedingungen anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. []

I.B.2.6. Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH“ gelten gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte:

[]

<i>Vom 1.1.2007 bis 30.06.2007</i>	<i>Cent 13,90</i>
<i>Vom 1.7.2007 bis 31.12.2007</i>	<i>Cent 11,86</i>
<i>Vom 1.1.2008 bis 30.6.2008</i>	<i>Cent 9,81</i>
<i>Vom 1.7.2008 bis 31.12.2008</i>	<i>Cent 7,76</i>
<i>Vom 1.1.2009 bis 30.6.2009</i>	<i>Cent 5,72 []“.</i>

b. Gemäß den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 29.10.2007 zu Z 18/06; Z 11/05, Z 19/06; Z 21/06, Z 8/06, Z 9/05; Z 20/06 und Z 2/07 hat Hutchison die oben genannten Entgelte im Verhältnis zu den jeweiligen Zusammenschaltungspartnern in den genannten Bescheiden (One GmbH, Mobilkom Austria AG, T-Mobile Austria GmbH, Tele2 Telecommunication GmbH sowie Multikom Austria Telekom GmbH) zur Anwendung zu bringen.

c. Zwischen Hutchison und TA wurde ein Vertrag auch über die Höhe des Entgeltes für die Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison am 22.5.2006 geschlossen (ON 1, Beilage ./3); die Bestimmung über die Entgelte für die Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison endete am 31.12.2006 (ON 1, Beilage 3, Punkt 2.2.2.).

d. Seit 1.1.2007 (bis zum Erlass des Bescheides M 15e/03-123, M 13e/06-119; vgl. ON 9) wurde von Hutchison ein Entgelt für die Leistung der Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison in der Höhe von Cent 15,95 verlangt. Dies gründet auf der vertraglichen Bestimmung in ON 1, Beilage ./3, Punkt 4 iVm. Beilage 4a, Punkt 1, nach der *„ab Beendigung dieser Vereinbarung [] die hier vereinbarten Entgelte [für die Leistung der Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison; zuletzt in der Höhe von Cent 15,95] vorläufig weiter angewandt [werden], bis eine Nachfolgeregelung getroffen wird“.*

e. Es besteht ein Dissens über das Vorliegen einer privatrechtlichen Vereinbarung ab 1.1.2007 (vgl. ON 5; ON 9, Aussage der TA: *„Es gibt seit 1.1.2007 keine Vereinbarung mehr.“*).

B. Beweiswürdigung

Die Feststellungen beruhen jeweils auf den in Klammer angegebenen unbedenklichen Urkunden bzw. Aussagen der TA und der Hutchison. Die Feststellungen zu den Punkten a. und b. sind amtsbekannt und sind Hutchison als Adressatin dieser Bescheide bekannt.

Der Vorwurf, dass der Bescheid M 15e/03-123, M 13e/06-119 hinsichtlich der zur Anwendung gelangenden Entgelte nicht umfassend umgesetzt wurde, wird von Hutchison bestätigt (ON 8).

C. Rechtliche Beurteilung

1. Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission:

Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission zur Durchführung des gegenständlichen Verfahrens beruht auf §§ 117 Z 6 iVm. 91 TKG 2003.

Entgegen dem Vorbringen der Hutchison in ON 5 kann dem TKG 2003 nicht entnommen werden, dass die Möglichkeit der Verfahrensführung gemäß § 48, 50 TKG 2003 und die Ergreifung von Aufsichtsmaßnahmen gemäß § 91 TKG 2003 in einem substitutiven oder subsidiären Verhältnis stehen würden, weswegen TA (und auch die Telekom-Control-Kommission) nicht gezwungen ist, bezüglich der Mobil-Terminierungsentgelte ein Zusammenschaltungsverfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 zu führen.

Zumindest seit dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.3.2008 zur Zahl 2008/03/0020 kommen TA auch im gegenständlichen Verfahren gemäß § 91 TKG 2003 Parteienrechte iSd. § 8 AVG zu (ON 10, 11, 12), weswegen der „*Rechtsschutz aller Beteiligten*“ und „*verwaltungsrechtliche Verfahrensgrundsätze*“ (ON 5) keine tauglichen Gründe dafür darstellen, dass TA ein Verfahren gemäß § 48, 50 TKG 2003 anstrengen bzw. zusätzliche Anträge im zwischen den Verfahrensparteien bereits anhängigen Verfahren Z 9/07 stellen müsste.

2. Aufforderung an Hutchison:

Die in § 91 Abs. 1 TKG 2003 vorgeschriebene Frist zur Abstellung des Rechtsverstoßes wurde Hutchison eingeräumt und ist ergebnislos verstrichen.

3. Verletzung von Verpflichtungen durch Hutchison:

3.1. Zur Verletzung der Verpflichtung der Hutchison nach § 42 TKG 2003 iVm. Spruchpunkt I.B.2.6. des Bescheides M 15e/03-123, M 13e/06-119:

Wie festgestellt, wurde Hutchison zur Verrechnung bestimmter Maximalentgelte für die Leistung der Mobil-Terminierung verpflichtet. Diese Vorab-Verpflichtung iSd. § 42 TKG 2003 begegnet dem identifizierten Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise.

Wie Hutchison selbst bestätigt (ON 8), wird der Bescheid M 15e/03-123, M 15e/06-119 von ihr bezüglich der dort angeordneten Entgelte nicht umgesetzt: Hutchison bietet TA für den Zeitraum 1.1.2007 bis 15.10.2007(vgl. ON 9) ein höheres Entgelt für die Leistung der Mobil-Terminierung an. Statt Cent 13,90 bzw. ab 1.7.2007 Cent 11,86 werden Cent 15,95 angeboten; ein Entgelt idHv. Cent 15,95 wurde auch zur Verrechnung gebracht. Damit verstößt Hutchison gegen die ihr auferlegte spezifische Verpflichtung, weswegen dieser Verstoß spruchgemäß abzustellen war.

3.2. Zur Verletzung der Verpflichtung der Hutchison nach § 38 TKG 2003 iVm. Spruchpunkt I.B.2.2. des Bescheides M 15e/03-123, M 13e/06-119:

Wie festgestellt, verpflichtet Spruchpunkt I.B.2.2. des Bescheides M 15e/03-123, M 13e/06-119 Hutchison dazu, gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern, einschließlich der mit ihr verbundenen, dieselben Bedingungen anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

Gemäß den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 29.10.2007 zu Z 18/06; Z 11/05, Z 19/06; Z 21/06, Z 8/06, Z 9/05; Z 20/06 und Z 2/07 bringt Hutchison die festgestellten Entgelte im Verhältnis zu One GmbH, Mobilkom Austria AG, T-Mobile Austria GmbH, Tele2 Telecommunication GmbH sowie Multikom Austria Telekom GmbH zur Anwendung, weswegen auf der Grundlage der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung davon auszugehen ist, dass diese Entgelte auch im Verhältnis zur TA zur Anwendung zu bringen sind.

Nachdem Hutchison ein höheres Entgelt gegenüber TA verrechnet, verstößt Hutchison zusätzlich zu dem unter Punkt 4.1. dargelegten Vorwurf gegen die ihr auferlegte spezifische Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung.

Zu den weiteren Ausführungen der Hutchison ist wie folgt festzuhalten:

Soweit Hutchison auf andere Umstände iSd. § 38 TKG 2003 verweist (ON 5, Punkt 4), die gegen die Anwendung des § 38 TKG 2003 sprechen würden, ist festzuhalten, dass eine Zusammenschaltungsanordnung iSd. §§ 48, 50 TKG 2003 eine nicht zustandegekommene privatrechtliche Einigung ersetzt („vertragsersetzender Bescheid“, § 121 Abs. 3 TKG 2003), weswegen ein privatrechtlicher Vertrag und eine vertragsersetzende Zusammenschaltungsanordnung grundsätzlich „gleiche Umstände“ darstellen, die zur Nichtdiskriminierung führen. Der Unterschied im Rechtsschutz kann durch Aufnahme einer „*höchstgerichtlichen Öffnungsklausel*“ in einen Vertrag geregelt werden, wie dies auch von Hutchison und TA in ihrer Ergänzungsvereinbarung vom 22.5.2006 (On 1, Beilage /3, Punkt 4 iVm Beilage 4a, Punkt 1) vorgenommen wurde. Das Vorbringen, dass unterschiedliche Umstände vorliegen würden, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten, ist damit unbegründet.

Auch das Vorbringen zum konkreten Zusammenschungsverhältnis der TA und der Hutchison – für den (strittigen) Zeitraum ab 1.1.2007 würde eine Fortgeltungsregelung (und damit offenbar eine aufrechte Vereinbarung) bestehen – vermag nicht zu überzeugen, da ein Vorliegen eines Vertrages grundsätzlich kein Hindernis für eine Maßnahme gemäß § 91 TKG 2003 darstellt.

Dessen ungeachtet ist darauf zu verweisen, dass der Vertrag über die strittigen Regelungen mit 31.12.2006 endete. Seit diesem Zeitpunkt wird ein Entgelt lediglich „*vorläufig* [], *bis eine Nachfolgeregelung getroffen wurde*“ verrechnet. Diese explizit als „*vorläufig*“ bezeichnete Verrechnung kann nicht mit einer (abschließenden) Vereinbarung über die Frage des Mobil-Terminierungsentgeltes gleichgesetzt werden, zumal die „*Nachfolgeregelung*“ auch den Zeitraum ab 1.1.2007 (und damit rückwirkend) verbindlich regeln kann.

Hutchison verweist in ihrer Stellungnahme auf den bereits erwähnten Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.10.2007 zur Frage des Umgangs mit bzw. der Wirkung von Marktanalysebescheiden in Zusammenschungsverfahren sowie auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes zur Frage der Parteistellung. Hutchison geht davon aus, dass der zugrunde liegende Marktanalyse-Bescheid wegen Nichteinräumung von Parteienrechten „Betroffener“

rechtswidrig sei, weswegen das gegenständliche Aufsichtsverfahren bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes ausgesetzt werden sollte.

Dieses Vorbringen ändert nichts daran, dass der zugrunde liegende Marktanalysebescheid rechtskräftig ist und befolgt werden muss. Wird dieser Marktanalysebescheid nicht befolgt, ist er in einem Verfahren gemäß § 91 TKG 2003 durchzusetzen. Dem von Hutchison eingelegten Rechtsmittel der Bescheidbeschwerde gegen den Marktanalysebescheid kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Das Abwarten einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes würde den rechtswidrigen Zustand fortführen, weswegen diesem (Eventual-)Antrag nicht gefolgt wird.

4. Aufsichtsmaßnahmen nach § 91 Abs. 2 TKG 2003:

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

Da die der Hutchison mit ON 4 gesetzte Frist mit 20.03.2008 abgelaufen ist und Hutchison sich nicht bescheidkonform verhält, dauert der „Mangel“ iSd. § 91 Abs. 2 TKG 2003 noch an. Es waren Hutchison daher die gebotenen, angemessenen Maßnahmen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, spruchgemäß aufzutragen.

Hinsichtlich der gesetzten Frist zur Abstellung dieses Verstoßes geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass diese Frist jedenfalls ausreichend ist, um für den strittigen, in der Vergangenheit liegenden Zeitraum eine Nachverrechnung der Entgelte für die Leistung der Mobil-Terminierung vorzunehmen.

Die Anordnung unter Spruchpunkt 2 dient der Überprüfung, ob Hutchison die angeordnete Aufsichtsmaßnahme erfüllt hat.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltunggerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 28.04.2008

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé

ZV:

Hutchison 3G Austria GmbH, z. Hd. Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien, per Fax

Telekom Austria TA AG, z. Hd. Mag. Martin Fröhlich, Lassallestraße 9, 1020 Wien, per Email