

Z 8/98-13

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Dr. Oskar Grünwald und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, Brünner Straße 52, 1210 Wien, auf Erlaß einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG nach Anhörung der Antragstellerin sowie der Telekom Austria AG, Postgasse 8, 1011 Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, in der Sitzung vom 26.11.1998 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 41 Abs. 3 TKG in Verbindung mit § 111 TKG wird der Antrag der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, die Telekom-Control-Kommission möge anordnen, daß eine zwischen der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH und der Telekom Austria AG geschlossene Vereinbarung über die Zusammenschaltung von frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten, personenbezogenen Diensten, tariffreien Diensten und Sonderdiensten der Bedingung unterliegt, daß die Vertragsparteien auch ohne Kündigung des Vertrages Verhandlungen über eine Neufestlegung von Bestimmungen verlangen können und daß es den Vertragsparteien unbenommen bleibt, im Falle des Scheiterns dieser Verhandlungen die Regulierungsbehörde anzurufen, sofern zwischen den Vertragsparteien keine Einigung darüber erzielt werden konnte, ob und wie weit die vertragsgegenständlichen Dienste den Regeln über die Zusammenschaltung unterliegen, abgewiesen.

II. Begründung

...

[Von der Veröffentlichung der Ausführungen zum Gang des Verfahrens und zu den Sachverhaltsfeststellungen wurde abgesehen.]

...

4. Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Antragslegitimation

Für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist Voraussetzung, daß der Anrufende die Zusammenschaltungsleistung mindestens sechs Wochen vor der Anrufung nachgefragt hat, daß er selbst ein öffentliches Telekommunikationsnetz betreibt, und daß keine Vereinbarung über die Zusammenschaltung zustandegekommen ist.

Die Antragstellerin hat den Zugang zu tariffreien, Mehrwert- und Sonderdiensten schon im Frühjahr des Jahres 1998 nachgefragt. Aufgrund der Nachfrage und den daraufhin zwischen den Verfahrensparteien stattgefundenen Verhandlungen hat die Telekom Austria der Antragstellerin am 3.7.1998 entsprechende Vertragentwürfe zukommen lassen. Die strittige Öffnungsklausel wurde infolge der gegenläufigen Ansichten der Verfahrensparteien über die Qualifizierung der nachgefragten Dienste als Zusammenschaltungsdienste erstmals durch ein Schreiben der Antragstellerin an die Telekom Austria vom 27.7.1998 zum Verhandlungsgegenstand gemacht. Unabhängig davon, ob die einzelnen nachgefragten Dienste letztlich als Zusammenschaltung oder als Leistungen im Rahmen des sonstigen (allenfalls: besonderen) Netzzugangs zu werten sind, entspricht das seitens der Antragstellerin gesetzte Verhalten den rechtlichen Anforderungen, die an die Nachfrage bzw. die Führung von Verhandlungen gestellt werden. § 41 Abs 2 TKG verlangt ab dem Zeitpunkt einer qualifizierten Nachfrage im Falle von Zusammenschaltungsleistungen jedenfalls 6 Wochen andauernde Verhandlungen bzw. Verhandlungsversuche der Beteiligten. § 40 TKG verlangt im Falle des besonderen Netzzugangs nur die qualifizierte Nachfrage durch den Nutzer; aus § 2 Abs 4 ZVO läßt sich aber auch hinsichtlich des besonderen Netzzugangs eine Verhandlungspflicht schließen. Die antragstellende Partei hat daher ihre Pflicht zur Nachfrage bzw zur Verhandlung nicht verletzt und war daher insoweit legitimiert, die Regulierungsbehörde zur Entscheidung anzurufen.

Die Antragstellerin war des weiteren auch berechtigt, eine entsprechende Nachfrage nach dem Zugang zu den gegenständlichen Diensten und daher auch nach einer entsprechenden Öffnungsklausel – als Teil einer Zusammenschaltungsvereinbarung – an die Telekom Austria zu stellen. Sie ist (und war im Zeitpunkt der Nachfrage nach den gegenständlichen Leistungen) Betreiberin eines öffentlichen (mobilen) Telekommunikationsnetzes (§ 41 Abs 1 TKG) bzw. jedenfalls auch Nutzer iSd § 40 TKG iVm § 2 Abs 2 ZVO („Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder Betreiber von Telekommunikationsnetzen, um Telekommunikationsdienste anzubieten“). Auch diesbezüglich bestand daher Antragslegitimation seitens der Antragstellerin.

Zwischen der Antragstellerin und der Telekom Austria besteht zudem derzeit keine aufrechte Vereinbarung über den Gegenstand des Antrags. Der verfahrensgegenständliche Antrag an die Telekom-Control-Kommission ist daher zulässig.

4.2 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Die beantragte Teilanordnung richtet sich auf eine Öffnungsklausel für die noch in Zukunft zwischen den Verfahrensparteien zu schließenden Vereinbarungen über den gegenseitigen

Zugang zu 0700-, 0800-, 0900- und Sonderdiensten. Die Anordnung der (gesamten) Zugangsvereinbarungen wurde von der Antragstellerin nicht beantragt.

Die beantragte Teilanordnung ist anhand der gleichen Rechtsgrundlagen zu beurteilen, wie umfassende (Gesamt-)Anordnungen über den Zugang zu den gegenständlichen Diensten. Zu klären ist daher die Frage, welche Rechtsgrundlage für eine (Gesamt-)Anordnung über den Zugang zu den gegenständlichen Diensten heranzuziehen wäre bzw. ob – wie beantragt – die Telekom-Control-Kommission die zur Entscheidung berufene Behörde ist.

Die Telekom-Control-Kommission hat bereits in den Teilbescheiden vom 29.10.1998 in den Verfahren Z 1, 3, 4 u. 5/98 festgehalten, daß es sich bei der Leistung des Zugangs zu tariffreien Diensten (0800-Rufnummern) um Zusammenschaltungsleistungen iSd § 41 TKG handelt und daß daher die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission im Falle von Streitigkeiten über den Zugang zu tariffreien Diensten gemäß § 41 iVm § 111 TKG gegeben ist. Über den Zugang zu Mehrwert- bzw. Sonderdiensten hatte die Telekom-Control-Kommission bisher nicht zu entscheiden. Es kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, inwieweit es sich auch beim Zugang zu den Mehrwert- bzw. Sonderdiensten (mit Ausnahme der tariffreien Dienste) um Zusammenschaltungsleistungen handelt, zumal die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission auch gegeben ist, wenn es sich um (sonstige) Netzzugangsleistungen handelt.

Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission ergibt sich in beiden Fällen aus § 111 TKG. § 111 Z 6 TKG bestimmt, daß die Telekom-Control-Kommission für die "Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 und 38" zuständig ist. Auch wenn in dieser Bestimmung einerseits hinsichtlich der Zusammenschaltung nicht ausdrücklich auf § 41 TKG und andererseits hinsichtlich des besonderen Netzzugangs nicht ausdrücklich auf § 40 TKG (sehr wohl aber auf § 37 TKG) Bezug genommen wird, so ergibt sich doch aus dem Zusammenhalt der zitierten Bestimmungen (§§ 37 und 38 TKG mit dem § 41 TKG bzw § 37 mit § 40 TKG) sowie aus dem Charakter der zu treffenden Entscheidung, die im Kernbereich "civil rights" im Sinne der Menschenrechtskonvention betrifft, die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission (vgl die Erl zur RV 759 BlgNR 20. GP, 57).

4.3. Zur Zulässigkeit von Teilanordnungen

Der Antrag der Antragstellerin richtet sich allein auf die Anordnung einer sogenannten „Öffnungsklausel“. Die Antragstellerin stützt ihren Antrag auf Ausführungen der Telekom-Control-Kommission im Bescheid vom 9.3.1998 (Z 1/97) unter Punkt 4.1.4 („*Soll dem Zusammenschaltungspartner - unabhängig von den allfälligen Auswirkungen des zu Lasten des marktbeherrschenden Anbieters in § 34 Abs 1 TKG festgelegten Nichtdiskriminierungsgebots - die Möglichkeit eröffnet werden, auch ohne Kündigung des gesamten Zusammenschaltungsvertrages in angemessener Zeit nach Inkrafttreten des Vertrages Verhandlungen über eine Neufestlegung bestimmter Bedingungen zu verlangen und im Fall des Scheiterns dieser Verhandlungen die Regulierungsbehörde anzurufen, so könnte dies in einer entsprechenden Klausel, die diesen Grundsatz auch klar zum Ausdruck bringt, festgelegt werden. Verweigert ein marktbeherrschender Anbieter die Aufnahme einer derartigen Klausel in den Vertrag, so könnte darüber eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach § 41 TKG herbeigeführt werden, bzw. könnte in der Weigerung (auch) eine mißbräuchliche Anwendung der Marktmacht im Sinne des § 34 Abs 3 TKG zu sehen sein*“).

Nun besteht kein Zweifel, daß auf Seiten eines Zusammenschaltungspartners, der nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, ein schützenswertes Interesse daran besteht, nicht gegenüber anderen Anbietern diskriminiert zu werden bzw. sich die ihm durch das Telekommunikationsrecht eingeräumten rechtlichen Möglichkeiten nicht vertraglich soweit

abbedingen zu lassen, daß auch nach einer angemessenen Geltungsdauer einer Zusammenschaltungsvereinbarung im Falle gescheiterter Anpassungsverhandlungen eine Anrufung der Regulierungsbehörde erst nach Kündigung des gesamten Zusammenschaltungsvertrages möglich wäre. Die Vereinbarung entsprechender Öffnungsklauseln ist daher – wie bereits in der Begründung des Bescheids vom 9.3.1998, Z 1/97, zum Ausdruck gebracht wurde – ein legitimes Anliegen im Rahmen von Zusammenschaltungsverhandlungen. Es kann daher der Antragstellerin auch nicht verwehrt werden, im Rahmen einer beantragten Zusammenschaltungsanordnung auch die Aufnahme einer Öffnungsklausel zu begehren.

Die Antragstellerin hat nun aber – auch nach entsprechender Anleitung (ON 12) – keinen Antrag auf Anordnung der gesamten von ihr im Verfahren vorgelegten Zugangsvereinbarungen (bei denen es sich im wesentlichen um Entwürfe der Telekom Austria handelt), modifiziert mit der beantragten Öffnungsklausel, gestellt; vielmehr blieb ihr Antrag ausdrücklich auf die Öffnungsklausel beschränkt. Es besteht zwischen den Verfahrensparteien keine aufrechte Vereinbarung über den Zugang zu den gegenständlichen Diensten. Auch besteht zwischen den Parteien kein Konsens darüber, die von der Telekom Austria vorgelegten Vertragsentwürfe mit Ausnahme der Öffnungsklausel privatrechtlich wirksam zu vereinbaren und die Anordnung der Regulierungsbehörde hinsichtlich der beantragten Öffnungsklausel nach getroffener Entscheidung zum Bestandteil der Zugangsvereinbarungen machen zu wollen. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus der diesbezüglichen Willensbekundung der Telekom Austria (ON 10).

Gemäß § 41 Abs 3 TKG ersetzt die Anordnung der Zusammenschaltung durch die Regulierungsbehörde die zwischen den Parteien zu treffende Vereinbarung. Hinsichtlich des Mindestumfangs einer Zusammenschaltungsvereinbarung ordnet § 6 Zusammenschaltungsverordnung, BGBl II 1998/14, an, daß derartige, zwischen den Parteien zustande gekommene Vereinbarungen jedenfalls die in der Anlage zur Zusammenschaltungsverordnung angeführten Bestandteile (wie zB Beschreibung der Zusammenschaltungsleistungen, Zahlungsbedingungen, Standorte der Zusammenschaltungspunkte, etc) enthalten müssen.

Im Bescheid vom 9.3.1998, Z 1/97, hat die Telekom-Control-Kommission festgehalten, daß - wie sich bereits aus § 41 Abs 1 und 2 TKG ergibt - die Tätigkeit der Regulierungsbehörde bei der Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen grundsätzlich subsidiär gegenüber den privatautonomen Vereinbarungen der Zusammenschaltungspartner ist. In der zitierten Entscheidung wurde ausdrücklich die Zulässigkeit von Teilanordnungen bejaht, dies jedoch vor dem Hintergrund, daß alle Verfahrensparteien das Verfahren auf die im Rahmen der Teilanordnung letztlich entschiedenen Punkte beschränkten; alle übrigen Punkte sollten nach dem Parteiwillen, sofern über sie nicht ohnedies bereits Einigung bestand, weiter zwischen den Parteien verhandelt und zu einem auf einer privatrechtlichen Basis zustande gekommenen Ergebnis geführt werden.

Im hier zu entscheidenden Fall hat die Antragstellerin ebenfalls nur eine Teilanordnung und nicht die Anordnung der gesamten Vereinbarung über den Zugang zu den gegenständlichen Diensten beantragt. Die beantragte Teilanordnung betreffe lediglich die Festlegung einer einzigen Vertragsklausel, die ihrem Inhalt nach zudem – im Unterschied zum Antragsgegenstand im Verfahren Z 1/97 – keines der essentialia negotii der zu schließenden Vereinbarung (zB Festlegung der Entgelte) ist, sondern eine bloße Nebenabrede darstellt. Die Verfahrensparteien haben die sonstigen Teile der Vertragsentwürfe zwar erörtert, jedoch keinen Konsens darüber hergestellt, daß diese Entwürfe unabhängig von der Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Öffnungsklausel zwischen ihnen als vereinbart gelten sollten.

Eine Teil-Zusammenschaltungsanordnung über die beantragte Klausel wäre daher nicht geeignet, im Sinne des § 41 Abs 3 TKG eine vertragliche Vereinbarung über die

Zusammenschaltung zu ersetzen; sie wäre weder ausreichend, um eine Zusammenschaltungsvereinbarung mit dem Mindestumfang, wie er in der Anlage zur ZVO festgehalten ist, zu ersetzen, noch könnte davon ausgegangen werden, daß beide Verfahrensparteien die Entscheidung als Grundlage für einen tatsächlichen Abschluß einer umfassenden Zusammenschaltungsvereinbarung akzeptieren würden; die beantragte Klausel bildet zudem keinen eigenständig – losgelöst von den sonstigen Inhalten einer Zusammenschaltungsvereinbarung – zu beurteilenden Vertragsteil, der unabhängig vom Abschluß der Zusammenschaltungsvereinbarung (etwa auf Basis der vorgelegten Entwürfe) Bestand haben könnte. Eine Teilanordnung in dem von der Antragstellerin beehrten – sehr beschränkten – Umfang kann daher im Zusammenschaltungsverfahren gemäß § 41 Abs 3 TKG nicht erfolgen.

Aufgrund des klaren Parteiwillens der Antragstellerin war es der Telekom-Control-Kommission aber auch verwehrt, eine Gesamtanordnung auf der Grundlage der vorgelegten Entwürfe zu treffen, sodaß im Ergebnis der Antrag abzuweisen war.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 115 Abs. 2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweise

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muß von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ist gemäß § 115 Abs. 2 TKG iVm Art 133 Z 4 B-VG ausgeschlossen.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 26. November 1998

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Zustellverfügung:

1. Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, Brünner Straße 52, 1210 Wien (RSa)
2. Telekom Austria AG, z. Hd. Cerha, Hempel & Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten, 1010 Wien, Parkring 2 (RSa)