

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der eTel Austria AG, COLT Telecom Austria GmbH und Silver Server GmbH, alle vertreten durch RA Dr. Karin Wessely, Reinprechtsdorferstraße 62, in ihrer Sitzung vom 21.03.2005 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

1. Der Antrag der eTel Austria AG, der COLT Telecom Austria GmbH und der Silver Server GmbH vom 19.01.2005, die Telekom-Control-Kommission möge

„der Telekom Austria AG auftragen,

Pkt. 2.1 von Anhang 8 des mit uns jeweils bestehenden Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Entbündelungsvertrag) sowie ihres Standardangebots derart zu ändern, dass das Überlassungsentgelt maximal einen Betrag in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) beträgt; sowie

Pkt. 2.2.1 von Anhang 8 des mit uns jeweils bestehenden Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Entbündelungsvertrag) sowie ihres Standardangebots derart zu ändern, dass die Set-Up-Entgelte maximal einen Betrag in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) betragen;“

wird zurückgewiesen.

2. Die Anträge der eTel Austria AG, der COLT Telecom Austria GmbH und der Silver Server GmbH vom 09.02.2005, die Telekom-Control-Kommission möge

„für den Fall, dass die Behörde zur Auffassung gelangt, unser Antrag vom 19.1.2005 wäre verfrüht und daher zurückzuweisen, unseren Antrag vom 19.1.2005 als am ersten Tag des Ablaufes einer 6-wöchigen Frist nach dem 22.12.2004, somit am 3.2.2005, eingebracht anzusehen; in eventu als am heutigen Tag eingebracht anzusehen“

werden zurückgewiesen.

II. Begründung

A. Festgestellter Sachverhalt

1. Zum Antrag vom 19.01.2005:

Am 19.01.2005 übermittelten Tel Austria AG, COLT Telecom Austria GmbH und Silver Server GmbH vertreten durch ISPA Internet Service Providers Austria, alle vertreten durch RA Dr. Karin Wessely, einen Schriftsatz an die Telekom-Control-Kommission, in dem beantragt wurde, die Telekom-Control-Kommission möge „*der Telekom Austria AG auftragen,*

Pkt. 2.1 von Anhang 8 des mit uns jeweils bestehenden Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Entbündelungsvertrag) sowie ihres Standardangebots derart zu ändern, dass das Überlassungsentgelt maximal einen Betrag in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) beträgt; sowie

Pkt. 2.2.1 von Anhang 8 des mit uns jeweils bestehenden Vertrages über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (Entbündelungsvertrag) sowie ihres Standardangebots derart zu ändern, dass die Set-Up-Entgelte maximal einen Betrag in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) betragen;

Wir stützen unsere Anträge auf jede erdenkliche Rechtsgrundlage, insbesondere auf § 50 TKG, aber auch auf § 91 TKG.“

Diesem Schriftsatz waren zwei Schreiben beigelegt, die beide von RA Dr. Wessely an die Telekom Austria gerichtet waren, wobei das erste Schreiben vom 10.11.2004, das zweite Schreiben vom 22.12.2004 datiert.

Das Schreiben vom 10.11.2004 trägt den Betreff „*ISPA / Entbündelung*“ und beginnt, nach der Anrede, mit den Worten: „*Ich vertrete die ISPA.*“ In der Folge wird zu verschiedenen Themen im Zusammenhang mit der Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung (TASL) ausgeführt.

Das Schreiben vom 22.12.2004 trägt den Betreff „*Nachfrage geändertes Standard-entbündelungsangebot / Nachfrage Änderung des bestehenden Entbündelungsvertrags*“ und beginnt, nach der Anrede, mit den Worten: „*Ich vertrete die ISPA. Die Silver Server GmbH, die eTel Austria AG und die Colt Telecom Austria GmbH haben meiner Mandantin Vollmacht erteilt, in ihrem Namen an Telekom Austria eine Nachfrage betreffend eine Änderung des Standardentbündelungsangebots bzw betreffend eine Nachfrage nach Änderung des mit ihr abgeschlossenen Entbündelungsvertrags zu stellen. Aus anwaltlicher Vorsicht habe ich auch darauf bestanden, dass mir Silverserver, COLT und eTel auch direkt eine entsprechende Vollmacht erteilen. Ich berufe mich somit auf die von ISPA, Silverserver, COLT und eTel erteilten Vollmachten.*“ In der Folge wird auch in diesem Schreiben zu verschiedenen Themen im Zusammenhang mit der Entbündelung der TASL, unter anderem zum Herstellungsentgelt und zum Überlassungsentgelt für die TASL, ausgeführt.

2. Zum Verfahren nach § 121 TKG 2003:

Entsprechend dem Rahmenbeschluss der Telekom-Control-Kommission vom 01.09.2003 wurde der Akt der RTR-GmbH zur Durchführung des verpflichtenden Streitschlichtungsverfahrens nach § 121 TKG 2003 weitergeleitet. Am 10.02.2005 fand in diesem zur Zahl RVST 1/05 geführten Verfahren eine Verhandlung statt.

Im Rahmen dieser Verhandlung verzichteten die Antragsteller auf die Fortführung des Streitschlichtungsverfahrens. Die Telekom Austria gab mit e-Mail vom 10.02.2004 bekannt, ebenfalls auf die Weiterführung des RVST-Verfahrens zu verzichten.

3. Zur Stellungnahme der Antragsgegnerin:

In einer Stellungnahme 04.03.2005 führt Telekom Austria aus, dass die in § 50 vorgesehene 6-Wochen-Frist nicht abgelaufen sei und bestreitet eine eigene „Antragslegitimation der ISPA“. In der Verhandlung vom 10.02.2005 bestritt Telekom Austria ausdrücklich, dass ihr gegenüber vor dem Schreiben vom 22.12.2004 eine Bevollmächtigung der ISPA bzw. von RA Dr. Wessely durch die Antragsteller Silver Server GmbH, eTel Austria AG und Colt Telecom Austria GmbH offen gelegt worden sei.

4. Zu den Anträgen vom 09.02.2004:

Am 09.02.2005 wurde von denselben Unternehmen, wiederum vertreten durch RA Dr. Wessely, in einem weiteren Schriftsatz beantragt, die Telekom-Control-Kommission möge *„für den Fall, dass die Behörde zur Auffassung gelangt, unser Antrag vom 19.1.2005 wäre verfrüht und daher zurückzuweisen, unseren Antrag vom 19.1.2005 als am ersten Tag des Ablaufes einer 6-wöchigen Frist nach dem 22.12.2004, somit am 3.2.2005, eingebracht anzusehen; in eventu als am heutigen Tag eingebracht anzusehen.“*

Die Antragsformulierung wurde dahingehend *„präzisiert“*, dass – auf Grund der Formulierung *„präzisiert“* erkennbar ohne neue Antragstellung – nunmehr beantragt war, die *„Regulierungsbehörde möge insb. folgende Änderungen des RUO 2005 (Standardentbündelungsangebot der TA) anordnen sowie ein Anordnung folgenden Inhalts in Ergänzung bzw. Änderung des bestehenden Entbündelungsvertrages (Vertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung) zwischen uns und TA treffen:*

Das in Pkt 2.1 von Anhang 8 vorgesehene Überlassungsentgelt darf maximal einen Betrag in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) betragen.

Das in Pkt 2.2.1 von Anhang 8 vorgesehene Herstellungsentgelt darf maximal einen Betrag in Höhe der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) betragen.“

5. Zum Schriftsatz der Antragsteller vom 28.02.2005:

Mit Schreiben vom 22.02.2005 wurde RA Dr. Wessely von der Telekom-Control-Kommission aufgefordert, im Hinblick auf die Vielzahl der gestellten Anträge bekannt zu geben, welches ihr aktueller Antrag sei. Mit Schriftsatz vom 28.02.2005 wurde diese Frage dahingehend beantwortet, dass nach Auffassung der Antragsteller alle Anträge aufrecht seien.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt und sind unstrittig.

B. Rechtliche Beurteilung

1. Zum Antrag vom 19.01.2005:

§ 50 Abs. 1 TKG 2003 sieht vor, dass ein Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes erst dann einen Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung eines vertragsersetzenden Bescheides (§ 121 Abs. 3 TKG 2003) gegen einen anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes bei der Regulierungsbehörde stellen kann, wenn *„trotz Verhandlungen binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen einer Nachfrage“* keine Vereinbarung zustande kommt.

Die Nachfrage und die 6-Wochen-Frist sind daher Voraussetzungen der Zulässigkeit der Antragstellung nach § 50 TKG 2003.

Das Schreiben vom 10.11.2004 war von RA Dr. Wessely lediglich für die ISPA, nicht aber auch für die Antragsteller an Telekom Austria gerichtet worden und stellte somit keine Nachfrage für diese iSd § 50 TKG 2003 dar. Nach den Feststellungen wurde erst im Schreiben vom 22.12.2004 der Telekom Austria gegenüber klargestellt, dass eine Nachfrage der drei Antragsteller vorliegt, auf deren Basis Verhandlungen betreffend die Entbündelung der TASL geführt werden sollten. Die 6-Wochen-Frist nach § 50 Abs. 1 TKG 2003 ist erst ab der Nachfrage vom 22.12.2004 zu berechnen, weshalb eine Antragstellung – unter der Annahme, dass das Schreiben auch am 22.12.2004 bei Telekom Austria eingelangt war – frühestens ab 03.02.2005 zulässig war.

Die Antragsteller brachten im Verfahren zusammengefasst folgende Argumente vor, warum trotz Nichteinhaltung der genannten Frist die Antragstellung bereits mit 19.01.2005 zulässig gewesen sei:

Einerseits wurde argumentiert, die Bestimmung des § 50 Abs. 1 TKG 2003 sei teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass in Fällen, in denen keine Aussicht auf Erfolg der Verhandlungen bestehe, die Frist nicht anzuwenden sei. Telekom Austria habe erklärt, dass kein Angebot hinsichtlich der Entgelte gelegt werde, um sich hinsichtlich eines anderen laufenden Verfahrens nicht zu präjudizieren, weshalb keine Aussicht auf Erfolg bestehe. Dazu ist auszuführen, dass nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weder der klare Wortlaut des § 50 Abs. 1 TKG 2003, noch der erkennbare Zweck der Bestimmung die von den Antragstellern geforderte teleologische Reduktion nahe legen. Dieser Zweck besteht darin, einem Verfahren, das auf Erlassung eines vertragsersetzenden Bescheides gerichtet ist, privatrechtliche Verhandlungen der Parteien vorausgehen zu lassen. Wäre demgegenüber die Rechtsansicht der Antragsteller in diesem Punkt zutreffend, könnte jede Partei, die aus welchem Grund auch immer kein Interesse an einer vertraglichen Einigung hat, sofort einen Antrag nach § 50 stellen, da auch eine eigene Erklärung, dass keine Verhandlungsbereitschaft besteht, zum Wegfall der Frist als Antragsvoraussetzung führen würde. Der genannte Zweck des § 50 TKG 2003 könnte daher jederzeit einseitig vereitelt werden.

Im Übrigen kann aus der am Beginn einer Verhandlungsphase gemachten Aussage, dass kein Angebot abgegeben werde, nicht zweifelsfrei geschlossen werden, dass auch keinerlei Verhandlungen über allenfalls von der anderen Partei zu legenden Angebote geführt werden würden. Selbst wenn daher der Rechtsansicht der Antragsteller gefolgt werden könnte, wäre im gegenständlichen Fall keine Möglichkeit für eine teleologische Reduktion gegeben.

Andererseits stützten sich die Antragsteller auf die Bestimmung des Punktes 11.3. ihres jeweils mit der Telekom Austria abgeschlossenen Vertrages, der vorsieht, dass über bestimmte Punkte Verhandlungen geführt werden können, ohne dass der gesamte Vertrag gekündigt werden muss. Diese vertraglichen Bestimmungen sehen nach dem Vorbringen der Antragsteller keine sechswöchige Frist, sondern lediglich nicht näher bestimmte „angemessene“ Zeiträume vor, in denen Verhandlungen geführt werden müssten. Nach Lage der Verhandlungen sei bei Antragstellung am 19.01.2005 ein derartiger angemessener Zeitraum vergangen gewesen, weshalb die Antragstellung nach der vertraglichen Regelung zulässig gewesen sei.

Auch diese Argumentation kann nicht überzeugen, weil die dargestellte vertragliche Regelung nicht geeignet ist, die in der zwingenden verfahrensrechtlichen Bestimmung des § 50 Abs. 1 TKG 2003 normierte Frist zu verkürzen. Die vertraglichen Regelungen können vielmehr lediglich so verstanden werden, dass sie einen Hinweis enthalten, dass eine Anrufung der Telekom-Control-Kommission nach „angemessenen“ Verhandlungen dann stattfinden kann, wenn die Antragsvoraussetzungen des § 50 Abs. 1 TKG 2003 vorliegen.

Der Antrag vom 19.01.2004 war daher verfrüht iSd § 50 Abs. 1 TKG 2003 und ist zurückzuweisen.

2. Zu den Anträgen vom 09.02.2005:

Mit ihren Anträgen vom 09.02.2005 beehrten die Antragsteller, die Telekom-Control-Kommission möge für den Fall, dass der Antrag vom 19.01.2005 als verfrüht iSd § 50 Abs. 1 TKG 2003 gewertet werden sollte, diesen Antrag als am ersten Tag des Ablaufes einer 6-wöchigen Frist nach dem 22.12.2004 bzw. in eventu als am Einbringungstag, dem 09.02.2005, eingebracht ansehen. Da der Hauptantrag der Antragsteller vom 19.01.2005 erfolglos geblieben ist, hat die Telekom-Control-Kommission über dieses eventualiter gestellte Begehren zu entscheiden.

Wie bereits oben unter Punkt B.1. ausgeführt wurde, sieht § 50 Abs. 1 TKG 2003 als Voraussetzungen der Zulässigkeit der Antragstellung neben einer Nachfrage auch vor, dass wenigstens 6 Wochen lang Verhandlungen geführt werden müssen. Diese Verhandlungen müssen, wie auch schon nach der Vorgängerbestimmung des § 41 Abs. 2 TKG (1997) ernsthaft geführt werden, bloße „Alibi-Gespräche“ erfüllen diese Voraussetzung nicht (Feiel/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 2003, Anm. zu § 50).

Wenn auch die zu fordernde Intensität bzw. die Anzahl der zu führenden Verhandlungsgespräche je nach Gegenstand der Verhandlungen unterschiedlich sein kann, so ist die Dauer der Verhandlungsphase mit 6 Wochen vorgegeben und kann, wie bereits unter Punkt B.1 ausgeführt wurde, auch nicht verkürzt werden. Die Antragsteller haben durch die Antragstellung am 19.01.2005 – und damit weniger als sechs Wochen nach der Nachfrage vom 22.12.2005 – eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie keine weiteren privatrechtlichen Verhandlungen mit der Telekom Austria führen würden. Die Verfahrensvoraussetzung der ernsthaften Verhandlungsführung während einer Frist von sechs Wochen liegt daher im gegenständlichen Fall auch betreffend die Antragstellungen vom 09.02.2005 nicht vor.

Nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission könnten zwar grundsätzlich die in Verfahren nach § 121 TKG 2003 vor der RTR-GmbH geführten Verhandlungen auch als Verhandlungen nach § 50 TKG 2003 herangezogen werden. Die Verhandlung im konkreten Verfahren RVST 1/05 wurde allerdings erst am 10.02.2005 und damit nach Antragstellung abgehalten und kann daher nicht als Verhandlung iSd § 50 Abs. 1 TKG 2003 gewertet werden.

Bezüglich der Anträge vom 09.02.2005 sind daher nicht alle Verfahrensvoraussetzungen des § 50 Abs. 1 TKG 2003 gegeben, so dass auch diesbezüglich mit Zurückweisung vorzugehen ist.

3. Zu den sonstigen von den Parteien angeführten Rechtsgrundlagen bzw. gestellten Anträgen:

Soweit die Antragsteller ihre Anträge auch auf §§ 91 und 34 TKG 2003 sowie auf jede sonstige erdenkliche Rechtsgrundlage stützen ist auszuführen, dass weder § 91 Abs. 1 noch § 34 Abs. 4 TKG 2003 Antragsrechte von Parteien vorsehen, sodass die gestellten Anträge auch nicht auf diese Bestimmungen gestützt werden können. Auch sonstige Rechtsgrundlagen für die gestellten Anträge sind nicht ersichtlich.

Mit der Zurückweisung der verfahrenseinleitenden Anträge sind auch die Anträge auf Verbindung des Verfahrens mit anderen Verfahren miterledigt, weshalb sich ein gesondertes inhaltliches Eingehen darauf erübrigt.

Da sämtliche Antragsteller zumindest auch an RA Dr. Karin Wessely Vollmacht erteilt haben, und die Berufung auf die einem Rechtsanwalt erteilte Vollmacht deren urkundlichen Nachweis ersetzt, erübrigt sich im gegenständlichen Zusammenhang ein detailliertes Eingehen auf die Frage, inwieweit eine rechtsgültige Bevollmächtigung nach § 10 AVG auch der ISPA, bzw. von deren Funktionären, vorliegt bzw im Verfahren nachgewiesen wurde.

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 Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von € 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 21.03.2005

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann