

Z 7/08- 21

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über Antrag der Telekom Austria TA AG, Lassallestraße 9, 1020 Wien, in der Sitzung vom 23.3.2009 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Der Antrag der Telekom Austria TA AG, die Telekom-Control-Kommission möge in einer (Teil-)Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 50 iVm §§ 48 Abs 1, 49 TKG 2003 angemessene Entgelte für die Leistungen „Terminierung im öffentlichen Mobilnetz von Hutchison 3G Austria GmbH“ und „Originierung im öffentlichen Mobilnetz von Hutchison 3G Austria GmbH“ für den Zeitraum ab 1.1.2007 anzuordnen, wird zurückgewiesen.

TELEKOM-CONTROL-KOMMISSION
BEI DER RUNDFUNK UND TELEKOM
REGULIERUNGS-GMBH

A-1060 Wien, Mariahilfer Straße 77-79
Tel: +43 (0) 1 58058 - 0
Fax: +43 (0) 1 58058 - 9191
http://www.rtr.at
e-mail: rtr@rtr.at
FN: 208312t HG Wien
DVR-Nr.: 0956732 Austria

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

Die Telekom Austria TA AG (im Folgenden „TA“) brachte am 15.12.2008 einen Antrag gemäß § 50 iVm §§ 48 Abs 1 und 49 TKG 2003 gegenüber Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden „H3G“) auf Erlass einer Teilzusammenschaltungsanordnung ein. Antragsgegenständlich sind Entgelte für die Leistung der Mobil-Terminierung und für die Mobil-Originierung.

In dem von der RTR-GmbH geführten Streitschlichtungsverfahren gemäß § 121 TKG 2003 konnte keine einvernehmliche Lösung zwischen den Verfahrensparteien herbeigeführt werden. Die Verfahrensunterlagen zu RVST 7/08 wurden zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen.

Mit Schriftsatz vom 3.2.2009 beantragte H3G den Antrag der TA mangels Aktivlegitimation zurückzuweisen, in eventu die Antragslegitimation im Zuge einer mündlichen Verhandlung zu erörtern (ON 15).

Für die Sitzung der Telekom-Control-Kommission vom 23.2.2009 wurden Vertreter beider Parteien, insbesondere Herr Kurt Dvorak (TA) und Herr Ing. Gerhard Horvath (H3G) geladen. Es wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

TA verfügt über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

H3G verfügt ebenfalls über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

2. Zum derzeitigen Stand der Zusammenschaltung betreffend Mobiloriginierung und -terminierung

Die Parteien haben am 22.5.2006 bzw 15.5.2006 einen Zusammenschaltungsvertrag abgeschlossen. Die Geltung des darin enthaltenen Anhangs 6, welcher unter anderem die Entgelte für „Terminierung Mobilnetz“ (Beilage 4a des Zusammenschaltungsvertrages) und „Originierung Mobilnetz“ (Beilage 4b des Zusammenschaltungsvertrages) regelt, wurde befristet bis 31.12.2006 vereinbart (Beilage ./1 zu ON 1). Seit 1.1.2007 besteht zwischen den Parteien keine schriftliche vertragliche Regelung betreffend Entgelte für Mobilterminierung und -originierung (ON 1).

3. Zur Nachfrage

H3G hat TA am 13.12.2006 ein Vertragsangebot betreffend eine Regelung für mobile Terminierungsentgelte per E-Mail übermittelt. Bei einem für den 14.12.2006 festgesetzten Verhandlungstermin konnte das Vertragsangebot nicht näher besprochen werden, weil es TA nicht möglich war, das Angebot bis zu diesem Termin zu prüfen.

Weitere Verhandlungstermine fanden zwischen den Parteien nicht statt.

Aufgrund der Aufhebung der Bescheide M 15 a-e/03 durch den Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis ZI 2004/03/0210 ua vom 28.2.2007 hat H3G TA mit E-Mail vom 26.4.2007 ein weiteres Vertragsangebot betreffend Anhang 6 (Entgelte für die Mobilterminierung sowie die Mobiloriginierung) übermittelt. Es fanden auch aufgrund des neuen Vertragsangebotes keine Verhandlungen zwischen TA und H3G statt.

Es fand am 25.7.2007 zwischen den Parteien eine Verhandlungsrunde statt. Gegenstand dieser Besprechung waren jedoch Regelungen betreffend die Festnetzentgelte.

Mit E-Mail vom 9.5.2008 wurde von H3G ein „Vorschlag betreffend Mobilterminierungsentgelte vom 1.1.2006 bis ins Jahr 2009 sowie Festnetzentgelte TA ab 1.5.2008“ übermittelt. Es konnte nicht festgestellt werden, ob diesem E-Mail eine entsprechende Nachfrage seitens TA voranging.

Es wird festgestellt, dass keine Verhandlungen geführt wurden.

C. Beweiswürdigung

Beide Parteien haben in der mündlichen Verhandlung am 23.2.2009 übereinstimmend angegeben, dass H3G am 13.12.2006 TA ein Vertragsangebot betreffend Terminierungsentgelte übermittelt hat (ON 13 sowie Beilage ./4 zu ON 13 aus RVST 7/08).

Darüber hinaus hat TA mit Schriftsatz vom 16.1.2009 weitere Vertragsangebote, welche H3G an TA übermittelt hat, vorgelegt. Es handelt sich hierbei insbesondere um ein Vertragsangebot betreffend Anhang 6 (Entgelte für die Mobilterminierung sowie die Mobiloriginierung), welches H3G mit E-Mail vom 26.4.2007 an TA übermittelt hat (Beilage ./5 zu ON 13 aus RVST 7/08). Weiters ist das E-Mail der H3G vom 9.5.2008 an TA zu erwähnen (Beilage ./6 zu ON 13 aus RVST 7/08).

TA bringt sowohl in ihren Schriftsätzen (ON 1 aus Z 7/08 und ON 13 aus RVST 7/08) als auch in der mündlichen Verhandlung am 23.2.2009 vor der Telekom-Control-Kommission vor (ON 13), dass beide Verfahrensparteien sowohl über die Mobilterminierungs- als auch die Mobiloriginierungsentgelte verhandelt hätten. Darüber hinaus legt TA eine eidesstattliche Erklärung eines Mitarbeiters, Herrn Kurt Dvorak, vor. Darin erklärt dieser, dass es im Jahr 2007 zu den Terminierungs- und Originierungsentgelten regelmäßige Gespräche und Kontaktaufnahmen mit H3G gegeben habe (Beilage ./9 zu ON 13 aus RVST 7/08).

Dahingegen hat H3G in der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission am 23.2.2009 vorgebracht, dass sie von TA bis November 2007 bezüglich des am 13.12.2006 übermittelten Angebotes nichts gehört hätten. Es habe zwar Verhandlungen gegeben, diese hätten jedoch die Terminierungs- und Originierungsentgelte im Festnetz zum Thema gehabt. H3G bringt in der mündlichen Verhandlung weiters vor, dass es Gespräche zwischen H3G und TA gegeben habe, diese wären jedoch nicht konkret zum Thema Terminierungsentgelte und Originierungsentgelteabsenkung geführt worden.

Darüber hinaus legte H3G mit Schriftsatz vom 4.3.2009 (ON 17) eine Aktennotiz zu einer Besprechung zwischen TA und H3G vom 25.7.2007 vor. Aus dieser Aktennotiz geht nur hervor, dass es Gespräche zu einer Regelung betreffend die Festlegung der Festnetzentgelte gegeben hat. Aus dieser Aktennotiz geht jedoch nicht hervor, dass Verhandlungen zwischen den Parteien zum antragsgegenständlichen Thema der Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte stattgefunden hätten.

Während H3G das Führen von Verhandlungen zwischen den Parteien betreffend Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte verneint, wird dies von TA bejaht. Die von TA diesbezüglich zum Beweis vorgelegte eidesstattliche Erklärung wird von H3G bestritten. In der mündlichen Verhandlung vom 23.2.2009 wurden die Vertreter beider Parteien zur Frage, ob Verhandlungen stattgefunden haben, befragt. Die mündliche Verhandlung brachte jedoch kein Ergebnis betreffend diese Frage, weil die Aussagen der Parteien diesbezüglich nicht übereinstimmen und keiner der Aussagen so glaubwürdig waren, dass die Telekom-Control-Kommission von ihrer Richtigkeit überzeugt worden wäre.

Da TA keine schriftlichen Aufzeichnungen über geführte Verhandlungen vorlegen kann und H3G die Führung von Verhandlungen zum antragsgegenständlichen Thema bestreitet, konnte der Nachweis nicht erbracht werden, dass die Verfahrensparteien tatsächlich Verhandlungen zu Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte geführt haben. Hinzu kommt, dass in der mündlichen Verhandlung vom 23.2.2009 TA vorgebracht hat, alle schriftlichen Unterlagen vorgelegt zu haben. Da es aber nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission der allgemeinen Erfahrung im Wirtschaftsleben widerspricht, dass ein geplanter Abschluss eines Vertrages nicht auch nur ansatzweise dokumentiert wird, ist für die Telekom-Control-Kommission nicht erwiesen, dass ernsthafte Verhandlungen über den Abschluss eines Vertrages zu Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelten geführt worden sind.

Die von TA vorgelegte eidesstattliche Erklärung ist daher kein Beleg dafür, dass Verhandlungen geführt wurden. Dies zum einen, weil der Inhalt derselben von H3G bestritten wurde und TA darüber hinaus zum Beweis für das Führen von Verhandlungen keine weiteren Unterlagen, wie beispielsweise Aktennotizen oder Verhandlungsprotokolle, vorlegen konnte.

Daher konnte der Beweis nicht erbracht werden, dass zwischen den Parteien Verhandlungen im Sinne des § 50 Abs 1 TKG 2003 geführt wurden.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zum Verfahren nach § 50 TKG 2003

Gemäß § 48 Abs 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten gemäß § 50 TKG 2003 die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Weiters ist Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw keine – die nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten

Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung festgelegt werden, ersetzt die nicht zustande gekommene Vereinbarung (§ 121 Abs 3 TKG 2003).

2. Zum Streitschlichtungsverfahren

Im Verfahren gemäß § 121 Abs 2 und 3 TKG 2003 vor der RTR-GmbH konnte zwischen den Verfahrensparteien keine einvernehmliche Lösung erzielt werden, weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortzusetzen war.

3. Zu den Antragsvoraussetzung nach § 50 Abs 1 TKG 2003

Ein Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 ist (subsidiär) zulässig, wenn Kommunikationsnetzbetreiber eine privatautonome Lösung über Fragen der Zusammenschaltung auf privatrechtlichem Weg nicht zu Stande bekommen. Diesfalls entscheidet die Telekom-Control-Kommission als „Schiedsrichter“ und hat in ihrer vertragsersetzenden (subsidiären) Entscheidung einen fairen Interessenausgleich herbeizuführen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass eine Einigung trotz Verhandlung nicht zustande gekommen ist.

Bei der Nachfrage im Sinne des § 50 TKG 2003 handelt es sich um eine formfreie Willenserklärung, mit dem Adressaten in Verhandlungen eintreten zu wollen, um eine vertragliche Vereinbarung über die nachgefragten Leistungen, deren Grundzüge sich daher aus der Nachfrage ergeben müssen, zu erzielen. Welche Leistungen von der Nachfrage umfasst sind, ist aus der Sicht des redlichen Erklärungsempfängers und im Lichte einer in den Verhandlungen allenfalls erfolgten Konkretisierung zu beurteilen (vgl VwGH vom 17.12.2004, ZI 2004/03/0059).

Die Voraussetzungen für eine Anrufung der Regulierungsbehörde gemäß § 50 TKG 2003 liegen mangels Nachweises der ernsthaften Verhandlungsführung im Sinne des § 50 TKG 2003 nicht vor.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweise

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung des Bescheides Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 23.3.2009

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:



Dr. Georg Serentschy
Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation

