

An die
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien

MultiKom, am 04.12.2006

Betreff: Stellungnahme zu M 13a-f/06 Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen
(Vorleistungsmarkt)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir nehmen die Gelegenheit wahr, zu den Bescheidentwürfen M 13a-f/06 über die Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen Stellung zu nehmen und beziehen uns auf den Spruchpunkt 2.5, wo eine weitere spezifische Verpflichtungen auferlegt wird, nämlich die Einräumung einer maximalen zweimonatigen Kündigungsfrist betreffend Vertragsbedingungen über die Leistung der Terminierung.

Bei der (externe) Preisdiskriminierung (Punkt 4.4) hat die Telekom-Control-Kommission richtig erkannt, dass marktbeherrschende Mobiltelefonbetreiber Festnetzbetreibern durch vertraglich eingeräumte Konditionen, hinsichtlich Weitergabe von Terminierungsentgelten, ihre Zusammenschaltungspartner diskriminieren können und dadurch Wettbewerbsverzerrungen auftreten können. Dies ist auf die spezifische Regulierungssituation in Österreich (grundsätzlich privatrechtliche Verträge und subsidiäre hoheitliche Feststellung der Terminierungsentgelte) zurückzuführen. Das externe Preisdiskriminierungsverbot soll sicherstellen, dass Mobiltelefonbetreiber ihren Zusammenschaltungspartner **die selben Konditionen mit selbem Wirkungsbeginn** einräumen und nicht durch geschickte Vertragsgestaltung versuchen zu umgehen. Die Telekom-Control-Kommission stellt klar, dass Mobiltelefonbetreiber nach § 37 Absatz 2 TKG bei der Gestaltung und bei Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen den auferlegten Verpflichtung nachzukommen haben und **die bescheidmäßig angeordneten Terminierungsentgelte mit dem angeordneten Wirkungsbeginn weiterzugeben haben.**

Ein sehr gutes operatives Instrument zum Unterbinden solcher externen Preisdiskriminierungen ist die Anordnung einer Anpassungsklausel, wie sie in Anordnungen, die Telekom Austria betreffend, zu finden ist.

Eine solche Anpassungsklausel wird von Multikom als weitere spezifische Verpflichtung vorgeschlagen und möge wie folgt durch die Telekom-Control-Kommission angeordnet werden:

1. Anpassung an Entscheidungen der Regulierungsbehörde

Liegt eine rechtskräftige Entscheidung einer Regulierungsbehörde vor, deren Rechtskraft sich zwar nicht unmittelbar auf diesen Zusammenschaltungsvertrag und dessen Vertragspartner erstreckt, die aber Fragen der Zusammenschaltung betrifft, welche In dem gegenständlichen Vertrag nicht oder anders geregelt sind und nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung auf den jeweils anderen Vertragspartner Anwendung zu finden haben, so kann der Zusammenschaltungspartner eine Anpassung dieses Vertrages entsprechend der Entscheidung der Regulierungsbehörde verlangen und zwar mit gleichem Wirksamkeitszeitpunkt, wie in der betreffenden Entscheidung vorgesehen. Diesfalls werden die Vertragspartner die Zusammenschaltungsbedingungen einvernehmlich anpassen. Kommt über die Anpassung keine Einigung zu Stande, so steht es jedem Vertragspartner frühestens nach dem Verstreichen einer Frist von sechs Wochen frei, die Regulierungsbehörde anzurufen.

2. Anpassung an günstigere Bedingungen für Dritte

Die Regelung des Pkt 1 ist sinngemäß für den Fall anzuwenden, dass ein Vertragspartner, der über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, mit einem dritten Netzbetreiber Zusammenschaltungsbedingungen vertraglich vereinbart oder praktiziert, welche für den Zusammenschaltungspartner festgelegten Bedingungen und dass solche günstigeren Bedingungen wegen des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung auch für den anderen Vertragspartner zu gelten haben. Wird das Zusammenschaltungsentgelt der Mobilfunkbetreiber durch eine Anordnung der zuständigen Regulierungsbehörde geändert, so werden die Parteien das zwischen ihnen zur Verrechnung gelangende Mobil-Zusammenschaltungsentgelt einvernehmlich und mit dem selbem Wirkungsbeginn wie in der bezugnehmenden Anordnung anpassen.

Mit dieser Anpassungsklausel wird versucht, geltendes Recht nachzubilden, nämlich dem Zusammenschaltungspartner auf Nachfrage die bescheidmäßig angeordneten Terminierungsentgelte weiterzugeben. Damit wird eine vertragliche und einvernehmliche Anpassung bezweckt. Aufgrund der Einvernehmlichkeit würde auch eine Kündigung des Anhangs über die Terminierungsentgelte nicht zwingend sein. Eine Kündigung macht nur dann Sinn, wenn der Rechtsweg zur Regulierungsbehörde eröffnet werden soll, denn die Anrufung der Regulierungsbehörde ist nach derzeitiger Praxis nur dann möglich, wenn keine vertragliche Regelung vorhanden ist. Die angeordnete Kündigungsfrist von zwei Monaten wird dennoch von Multikom sehr begrüßt. Bislang ungeklärt blieb, ob der Rechtsweg zur Telekom-Control-Kommission auch dann offen steht, wenn Vertragsbestandteile nichtig beziehungsweise teilnichtig geworden sind. Etwa wenn neue Terminierungsentgelte angeordnet werden und jene Vertragsbestandteile über die alten Terminierungsentgelte gemäß § 879 ABGB nichtig werden und im Falle der Nichteinigung zwischen den Zusammenschaltungspartner einer Regelung durch die Telekom-Control-Kommission bedürfen. In diesem Fall kann Multikom nicht erkennen, warum der Rechtsweg zur Telekom-Control-Kommission nicht offen stünde.

Eine Anpassungsklausel ist das geeignete Instrument, um der Gleichbehandlungsverpflichtung nachzukommen. Sie bezweckt eine Verwaltungsvereinfachung; es werden einvernehmliche vertragliche Änderungen (auf Nachfrage) zwischen den Zusammenschaltungspartner gesucht; damit wird klargestellt, dass Terminierungsentgelte mit dem angeordneten Wirkungsbeginn weiterzugeben sind; die Mobiltelefonbetreiber hätten durch die Anpassungsklausel keinerlei Nachteile. Da es sich um ein gesetzliches Diskriminierungsverbot gemäß § 38 (2) TKG handelt, das dem öffentlichen Interesse an einem regulierten Markt dient und aufgrund der marktbeherrschenden Stellung in diesem Bereich sämtliche Betreiber gleich zu behandeln sind, spricht die Rechtsprechung von einer absoluten Nichtigkeit. Die Privatautonomie wird daher nur insofern und auch gerechtfertigter Weise eingeschränkt, nämlich so weit, dass der Nichtdiskriminierungsverpflichtung nachgekommen wird - die Anpassung hat auf Nachfrage durch den Zusammenschaltungspartner zu erfolgen. Als Beispiel einer solchen Anpassungsklausel sei auf die Bescheide, die Telekom Austria AG betreffend, hingewiesen, welche vorbildhaft gelebt wird.

Zusammenschaltungsverhandlungen mit Mobiltelefonbetreibern erweisen sich im Regelfall als komplex (insbesondere im Hinblick auf unterschiedliche Rechtsansichten), welche einen hohen Abstimmungsbedarf im Unternehmen erfordern und Verhandlungen über Monate hinweg dauern können. Kommt keine Einigung zu Stande, bleibt nur noch der Rechtsweg über die Telekom-Control-Kommission offen, der wiederum Monate dauern kann. Wäre zwischen den Zusammenschaltungspartner eine Anpassungsklausel vereinbart, welche klarstellt, dass Anordnungen der TKK über die Höhe der Terminierungsentgelte auf Nachfrage angepasst werden, wäre dies eine immense Verwaltungserleichterung und Zeitersparnis für jeden Beteiligten. Es besteht eine vertragliche Rechtsgrundlage und die Klarstellung, Terminierungsentgelte mit angeordnetem Wirkungsbeginn weiterzugeben. Mobiltelefonbetreiber werden durch diese Anpassungsklausel auch dazu angehalten, ernsthafte und effiziente Verhandlungen zu führen.

Ausdrücklich sei auf § 879 ABGB hingewiesen, wonach es sogar sittenwidrig ist, wenn Mobilfunkbetreiber die Zustimmung zu einer Vertragsänderung verweigern, die dem einen Vertragsteil, also dem nachfragenden Zusammenschaltungspartner, wirtschaftliche Vorteile, z. B. einen geringeren Verwaltungsaufwand und Rechtssicherheit bringt, und für den anderen zumindest mit keinerlei Nachteilen verbunden ist (vgl. Dittrich-Tades, ABGB, 36. Auflage, § 879, E 472). Eine Anordnung durch die Telekom-Control-Kommission würde demnach nichts entgegenstehen.

Multikom weist auf einen weiteren Missstand, eine gesetzwidrige Verrechnungspraxis, hin. Dadurch dass die Bescheide der TKK über die Höhe der Terminierungsentgelte nach Rechtskraft ihre volle Wirkung entfalten, hat dies zur Konsequenz, dass ab dem Zeitpunkt der Nachfrage nur jenes Entgelt verrechnet werden darf, welches von der TKK angeordnet wurde. Wenn Mobiltelefonbetreiber nicht das bescheidmäßig angeordnete Terminierungsentgelt an das nachfragende Telekommunikationsunternehmen verrechnen, so können sich diese weder auf eine vertragliche Regelungen (aufgrund des Nichtig-Werdens des Vertragsteils) noch auf einen Bescheid der TKK stützen. Es besteht die Verpflichtung die angeordneten Terminierungsentgelte auch dem nachfragenden Telekommunikationsbetreiber anzubieten und in weiterer Folge freilich zur Verrechnung zu bringen. Art. 10 RL 2002/19/EG, der die Grundlage für § 38 TKG 2003 darstellt, zeigt deutlich auf, dass das Wesen der Nichtdiskriminierung nicht nur das bloße „Anbieten“, sondern auch das „Anwenden“ von gleichwertigen Bedingungen ist (Entscheidung der

TKK, Z 8/06, S 13). Dadurch, dass ein Mobiltelefonbetreiber trotzdem überhöhte Terminierungsentgelte verrechnet, hat dieser gemäß § 109 (2) Z 9 TKG gegen die ihm auferlegten bescheidmäßig angeordneten Verpflichtungen verstoßen. Diese Verrechnungspraktiken kommen zum Teil aufgrund der Rechtsunsicherheit vor.

Insgesamt lässt sich große Rechtsunsicherheit unter den Telekommunikationsbetreibern feststellen, welche von marktmächtigen Mobiltelefonbetreibern zu ihren Gunsten ausgenutzt werden können. Diese Rechtsunsicherheit kann zu Lasten vor allem kleinerer Telekommunikationsunternehmen gehen, welche keine eigene Rechtsabteilung oder dergleichen haben. So kann es dazu kommen, dass Terminierungsentgeltsenkungen durch Verhandlungstaktik wider Treu und Glauben nicht weitergegeben werden und Betreiber durch falsche Verrechnungspraktiken verunsichert werden. Eine Anpassungsklausel würde dem Abhilfe schaffen.

Die Anordnung einer Anpassungsklausel würde für die Mobiltelefonbetreiber mit keinerlei Nachteil verbunden sein und würde in gerechtfertigtem Maße in die Privatautonomie eingreifen. Aus diesen Gründen ist die Anordnung einer Anpassungsklausel gerechtfertigt und unabdingbar und möge von der TKK angeordnet werden, beziehungsweise möge sich als Klausel in den zu veröffentlichenden Standardangeboten der Mobiltelefonbetreiber wieder finden.

In diesem Sinne hoffen wir, dass unsere Vorschläge Berücksichtigung finden und eine Anpassungsklausel in Erwägung gezogen wird.

Mit freundlichen Grüßen
MultiKom Austria Telekom GmbH

Mag. Thomas Weißkind-Schygulla
Rechtsabteilung