

Z 4/14-28

## Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über den Antrag der A1 Telekom Austria AG, Lassallestraße 9, 1020 Wien, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 48 Abs 1 iVm § 50 Abs 1 TKG 2003 gegenüber der 3 U Telecom GmbH, Mariahilfer Straße 123/3, 1060 Wien, vertreten durch Field Fisher Waterhouse LLP, in der Sitzung vom 15.09.2014 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

### I. Spruch

Gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm §§ 117 Z 7, 121 Abs 3 TKG 2003 wird der Antrag der A1 Telekom Austria AG gegen 3 U Telecom GmbH vom 29.04.2014 auf Erlass einer Teilzusammenschaltungsanordnung in Bezug auf Festnetz-Terminierungsentgelte zurückgewiesen.

## **II. Begründung**

### **A. Festgestellter Sachverhalt**

A1 Telekom Austria AG (A1 Telekom) ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs 4 Satz 2 TKG 2003 (Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003 idgF). Sie erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

3 U Telecom GmbH (3 U Telecom) verfügt über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes (amtsbekannt).

Mit Schriftsatz vom 29.04.2014 beantragte A1 Telekom die Erlassung einer Teilzusammenschaltungsanordnung betreffend die Festnetz-Terminierungsentgelte gegenüber 3 U Telecom für den Zeitraum ab 1.02.2013 bzw 1.03.2013 bis 31.10.2013 auf Basis der alten Bescheidlage sowie für den Zeitraum ab 1.11.2013 auf der Basis der neuen Bescheidlage entsprechend dem Bescheid M 1.8/12. In dem von der RTR-GmbH geführten Streitschlichtungsverfahren gemäß § 121 TKG 2003 konnte keine einvernehmliche Lösung zwischen den Verfahrensparteien herbeigeführt werden, weshalb das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortgesetzt wurde. Die Verfahrensunterlagen zu RVST 4/14 (ON 4) sowie das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen aus dem Verfahren M 1.11/12 „Festnetzterminierung (fünf Betreiber)“ (ON 8) wurden zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen.

A1 Telekom sowie 3 U Telecom bieten die Leistung der Terminierung an und sind Zusammenschaltungspartnerinnen aufgrund eines Vertrages über die gegenseitige Verkehrsabwicklung, abgeschlossen mit der vormaligen mobilkom austria AG & Co KG, sowie eines Zusammenschaltungsvertrages, abgeschlossen mit der vormaligen Telekom Austria AG. Weiters wurden eine Zusatzvereinbarung vom 24.08.2001 (Anhang 3) sowie eine Ergänzungsvereinbarung vom 1.12.2010 (Anhänge 6 und 7) zwischen den Vertragsparteien abgeschlossen.

Es kann nicht festgestellt werden, dass das eingeschrieben aufgegebene Kündigungsschreiben der A1 Telekom vom 30.10.2012 (ON 9), mit welchem die entsprechenden Entgeltanhänge (Anhang 3 und Anhänge 6 und 7) gekündigt werden sollten, 3 U Telecom tatsächlich zugegangen ist.

Somit kann nicht festgestellt werden, dass die beantragten Anhänge betreffend Festnetz-Terminierungsentgelte gekündigt sind.

### **B. Beweiswürdigung**

Die Feststellungen ergeben sich aus den in Klammer angeführten Beweismitteln.

Strittig ist, ob das Kündigungsschreiben der A1 Telekom betreffend die Entgeltregelungen 3 U Telecom tatsächlich zugegangen ist. A1 Telekom kann jedoch nur den Beweis erbringen, dass das Schreiben bei der Österreichischen Post aufgegeben wurde und dieses nicht mehr von dieser retour geschickt wurde, wie es bei nicht zugestellten oder nicht zustellbaren eingeschriebenen Briefen üblich ist. Da es sich lediglich um eine eingeschriebene Sendung handelt, welche bei der Post nur sechs Monate nach diesem Absenden nachverfolgt werden kann („Track & Trace“ bzw durch „gelbes Informationsschreiben“), kann A1 Telekom den

Nachweis, dass die Kündigung zweifelslos 3 U Telecom zugegangen ist, nicht erbringen. Alleine aus dem Umstand, dass der zuständige Wholesale-Mitarbeiter der A1 Telekom, [REDACTED], bezeugen kann, dass der eingeschriebene Brief nicht retour gekommen ist, kann nicht zweifellos geschlossen werden, dass das Einschreiben der 3 U Telecom auch tatsächlich zugegangen ist. Schließlich könnte das Schreiben zB am Postweg verloren gegangen sein. Auch wäre es für A1 Telekom möglich gewesen, die Kündigung mittels Brief mit Rückschein aufzugeben, um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden.

Das Vorbringen der A1 Telekom, dass in den Verhandlungen zwischen A1 Telekom und 3 U Telecom der Nichtzugang der Kündigung nie ein Thema gewesen wäre und das Vorbringen, dass 3 U Telecom bei den Verhandlungen den Eindruck erweckt habe, dass diesen das Kündigungsschreiben sowie dessen Inhalt bekannt waren, können nicht zweifelsfrei darlegen, dass 3 U Telecom tatsächlich Kenntnis von der Kündigung erlangt hat. Auch ist dies nicht eindeutig dem Schriftverkehr mit 3 U Telecom (Beilagen zum Antrag der A1 Telekom, ON 1) zu entnehmen. Aus Verhandlungen über neue Vertragsbedingungen kann nicht implizit darauf geschlossen werden, dass die entsprechenden Entgeltanhänge bereits gekündigt wurden.

Dem Antrag auf Zeugeneinvernahme war nicht statt zu geben, da [REDACTED] lediglich Angaben zur Aufgabe des Schreibens bzw dazu, dass es nicht wieder retour geschickt wurde, machen könnte, wovon die Telekom-Control-Kommission ohnehin ausgeht. Über die entscheidende Frage jedoch, ob die Kündigung 3 U Telecom tatsächlich zugegangen ist, verfügt der Zeuge über keine Wahrnehmungen. Die Zeugeneinvernahme kann somit nicht zur Lösung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes beitragen.

### **C. Rechtliche Beurteilung**

Gemäß § 117 Z 7 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zu, in Verfahren gemäß §§ 48 iVm 50 TKG 2003 eine Entscheidung zu treffen.

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).

Unbestritten ist, dass die beantragten Regelungen bezüglich Festnetz-Terminierung die Zusammenschaltung iSd §§ 3 Z 25 iVm 48 TKG 2003 betreffen, es sich also um eine Zusammenschaltungsleistung handelt.

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.

Nach § 50 Abs 1 TKG 2003 ist für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde Voraussetzung, dass die Zusammenschaltungsleistung nachgefragt wurde, dass zumindest sechs Wochen über die gegenständlichen Leistungen verhandelt wurde, dass beide Parteien selbst ein öffentliches Kommunikationsnetz betreiben und dass weder eine Anordnung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung noch eine diesbezügliche Zusammenschaltungsvereinbarung vorliegt. Es konnte nicht festgestellt werden, dass die Kündigung der 3 U Telecom zugegangen ist. Somit konnte auch nicht festgestellt werden, dass zwischen den Parteien kein Vertrag betreffend Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte besteht.

Nach dem allgemeinen Zivilrecht ist die tatsächliche Kenntnis der Willenserklärung (diesfalls die Kündigung) nicht erforderlich. Rechtlich wirksam wird diese nach dem Zugangsprinzip ab dem Zeitpunkt, in dem sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt und somit der Empfänger die Möglichkeit hat, sich damit vertraut zu machen. Verlust und Entstellungen gehen zu Lasten des Erklärenden (der A1 Telekom).

Nach der Judikatur des OGH (OGH 30.3.2009, 7 Ob 24/09v; OGH 30.6.2010, 3 Ob 69/10h) obliegt der Beweis des Zugangs dem Absender. Dieser könne nicht prima facie durch den Beweis der Aufgabe der eingeschriebenen Briefsendung bei der Post geführt werden. Im Urteil des OGH zu 7 Ob 24/09v wird betont, dass für den Zugang die Grundsätze des Anscheinsbeweises auch für Einschreibsendungen nicht anwendbar seien, weil es in der Hand des Absenders liege, Beweisschwierigkeiten – etwa durch Einschreiben mit Rückschein – zu vermeiden. Da sich in den letzten Jahren die Möglichkeit des Zugangsnachweises eingeschriebener Postsendungen ganz entscheidend verbessert hat („Track & Trace“), kann nicht von einem Beweisnotstand, welcher einen Anscheinsbeweis rechtfertigen würde, gesprochen werden.

Da A1 Telekom nicht beweisen kann, dass die entsprechenden Zusammenschaltungsanhänge gekündigt wurden und dies zu ihren Lasten geht, liegt die Verfahrensvoraussetzung, dass kein aufrechter Vertrag besteht, nicht vor. Der Antrag war daher zurückzuweisen.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 490/2013). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 15.09.2014

Der Vorsitzende  
Mag. Nikolaus Schaller