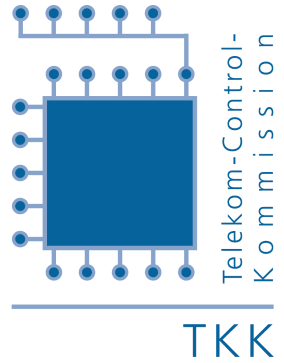


M 1.10/12-168



## Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 19.12.2014 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

### I. Spruch

Der Antrag der A1 Telekom Austria AG vom 17.9.2014 auf Wiederaufnahme des Verfahrens M 1.10/12 wird gemäß § 69 AVG iVm §§ 36, 117 Z 6 TKG 2003 abgewiesen.

**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 und festgestellter Sachverhalt

a. Am 17.9.2014 langt eine „*Stellungnahme der A1 Telekom Austria AG zum Bescheid [M 1.10/12] - Terminierungsentgelte als Standortnachteil für Österreich – Antrag auf Wiederaufnahme*“ bei der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission ein (ON 154).

b. A1 Telekom Austria AG (A1 Telekom) nimmt darin Bezug auf die am 30.9.2013 erlassenen Bescheide der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 36, 37, 117 Z 6 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl I Nr 70/2003 idgF, zu M 1.10/12 (ON 99 - 102):

Mit diesen – rechtskräftigen – Bescheiden wurden vier betreiberindividuelle Märkte für Terminierung von Sprachanrufen in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen als für die sektorspezifische Regulierung relevant festgestellt. Die auf diesen Märkten tätigen Mobilbetreiber (A1 Telekom, T-Mobile Austria GmbH, Hutchison Drei Austria GmbH sowie Mundio mobile [Austria] Ltd) wurden jeweils als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (§§ 35, 37 TKG 2003) festgestellt und es wurde diesen Unternehmen unter anderem eine spezifische Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 zur Verrechnung eines Mobilterminierungsentgeltes in der maximalen Höhe von Cent 0,8049 auferlegt. Im Rahmen der Bescheide zu M 1.10/12 hat sich die Telekom-Control-Kommission (auch) mit dem Umstand auseinandergesetzt, dass in anderen europäischen Ländern höhere Mobil-Terminierungsentgelte festgelegt werden (vgl Punkt D.6.3.2. des Bescheides M 1.10/12-99 „*Zur Asymmetrie zwischen nationalen und internationalen Terminierungsentgelten und zur wirtschaftlichen Situation*“).

c. Gegen die sie betreffenden Bescheide haben A1 Telekom sowie T-Mobile Austria GmbH jeweils eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof eingebracht (ON 115, 146). Die Behandlung der Beschwerde der A1 Telekom an den Verfassungsgerichtshof wurde zuvor mit Beschluss vom 20.2.2014 (B 1452/2013) abgelehnt (ON 136).

d. A1 Telekom weist in ihrem Schriftsatz vom 17.9.2014 zusammengefasst darauf hin, dass auf europäischer Ebene bislang keine Schritte gegen die deutschen Entscheidungen zur Analyse der Mobil-Terminierungsmärkte in Deutschland gesetzt worden seien (wie etwa *verbindliche Beschlüsse* nach Art 19 RahmenRI) und die deutsche Bundesnetzagentur am 3.9.2014 Entwürfe von „Nachfolgeentscheidungen“ veröffentlicht habe, mit denen die Entgelte für Mobilterminierung lediglich geringfügig – von Cent 1,79 auf Cent 1,72 und ab 1.12.2015 auf Cent 1,66 – gesenkt werden sollen.

Vor dem Hintergrund einer „*Subventionierung*“ der deutschen Mobilfunkbetreiber durch eine Asymmetrie der wechselseitig zu verrechnenden Mobil-Terminierungsentgelte (derzeit Cent 0,8049 vs Cent 1,72) regt A1 Telekom an, dass auf nationaler Ebene auf diese Situation reagiert werden soll; im Konkreten begehrt A1 Telekom die Wiederaufnahme des Verfahrens M 1.10/12 und „*schlägt vor*“, dass die Telekom-Control-Kommission für aus Deutschland originierenden Verkehr zu österreichischen Mobilnetzen einen anderen Regulierungsansatz für Mobilterminierungs-Entgelte, wie etwa *Benchmarking* oder ein *Reziprozitätsprinzip*, wählen solle.

e. Zur Frage der Asymmetrie der Mobil-Terminierungsentgelte im Verhältnis zu Deutschland hat sich die Telekom-Control-Kommission mit Schreiben vom 29.10.2014 sowohl an das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie als auch an die Europäische Kommission gewandt (ON 161, 162). Am 28.11.2014 langt hierzu ein Schreiben der Europäischen Kommission ein (ON 163).

## **B. Beweiswürdigung**

Der Sachverhalt ergibt sich aus den vorerwähnten Dokumenten und ist unstrittig.

## **C. Rechtliche Beurteilung**

### **1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission**

Gemäß § 117 Z 6 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zur Feststellung der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte sowie zur Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist und zur Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen zu.

Die Bescheide zu M 1.10/12 wurden von der Telekom-Control-Kommission erlassen.

### **2. Gesetzliche Regelungen**

§ 69 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG, BGBl Nr 51/1991, zuletzt geändert durch BGBl I Nr 33/2013) lautet auszugsweise:

*„Wiederaufnahme des Verfahrens*

*(1) Dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch Bescheid abgeschlossenen Verfahrens ist stattzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist und:*

- 1. der Bescheid durch Fälschung einer Urkunde, falsches Zeugnis oder eine andere gerichtlich strafbare Handlung herbeigeführt oder sonstwie erschlichen worden ist oder*
- 2. neue Tatsachen oder Beweismittel hervorkommen, die im Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten und allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten, oder*
- 3. der Bescheid gemäß § 38 von Vorfragen abhängig war und nachträglich über eine solche Vorfrage von der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. vom zuständigen Gericht in wesentlichen Punkten anders entschieden wurde;*
- 4. nachträglich ein Bescheid oder eine gerichtliche Entscheidung bekannt wird, der bzw. die einer Aufhebung oder Abänderung auf Antrag einer Partei nicht unterliegt und die im Verfahren die Einwendung der entschiedenen Sache begründet hätte.*

*(2) Der Antrag auf Wiederaufnahme ist binnen zwei Wochen bei der Behörde einzubringen, die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von dem Wiederaufnahmegrund Kenntnis erlangt hat, wenn dies jedoch nach der Verkündung des mündlichen Bescheides und vor Zustellung der schriftlichen Ausfertigung geschehen ist, erst mit diesem Zeitpunkt. Nach Ablauf von drei Jahren nach Erlassung des Bescheides kann der Antrag auf Wiederaufnahme nicht mehr gestellt werden. Die Umstände, aus welchen sich die Einhaltung der gesetzlichen Frist ergibt, sind vom Antragsteller glaubhaft zu machen. [ ... ]*

(4) Die Entscheidung über die Wiederaufnahme steht der Behörde zu, die den Bescheid in letzter Instanz erlassen hat.“

### 3. Zur Wiederaufnahme des Verfahrens M 1.10/12

Mit der in § 69 AVG vorgesehenen Wiederaufnahme des Verfahrens wird die Möglichkeit geschaffen, ein Verfahren, das mit einem (oder mehreren) rechtskräftigen Bescheid(en) abgeschlossen wurde (wie das bezughabende Verfahren M 1.10/12), aus bestimmten Gründen wieder zu eröffnen.

Eine Wiederaufnahme eines Verfahrens setzt zum einen voraus, dass es sich um ein Verwaltungsverfahren handelt, welches durch Bescheid erledigt wurde; dieser Bescheid muss in formelle Rechtskraft erwachsen sein. Diese Voraussetzungen sind ebenso erfüllt wie der Umstand, dass der Antrag auf Wiederaufnahme bei jener Behörde eingebracht wurde, die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat.

A1 Telekom geht offenkundig davon aus, dass die am 3.9.2014 veröffentlichten Entscheidungsentwürfe der Bundesnetzagentur betreffend Mobil-Terminierung einen Grund für die Wiederaufnahme des Verfahrens M 1.10/12 darstellen. Die Frist zur Stellung eines Wiederaufnahmeantrages beträgt nach § 69 Abs 2 AVG zwei Wochen ab Kenntnis. Der Antrag der A1 Telekom vom 17.9.2014 ist damit fristgerecht.

Zum anderen muss einer der in § 69 Abs 1 AVG taxativ aufgezählten Wiederaufnahmegründe vorliegen. Nur wenn eine der Tatbestandsvoraussetzungen des § 69 Abs 1 AVG erfüllt ist, darf die seinerzeitige Entscheidung im Wiederaufnahmeverfahren neu aufgerollt werden (VwGH 24.11.1993, 93/02/0272).

Von den in § 69 Abs 1 AVG genannten Gründen kommt lediglich der (relative) Wiederaufnahmegrund der „Neuerungen“ iSd Z 2 in Frage. Auch wird von A1 Telekom in ihrem Antrag auf Wiederaufnahme vom 17.9.2014 lediglich dieser Grund nahe gelegt.

Die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens nach § 69 Abs 1 Z 2 AVG setzt voraus, dass neue Tatsachen oder Beweise hervorgekommen sind, die im Zeitpunkt der Bescheiderlassung bereits bestanden haben, aber nicht bekannt waren und im Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht „geltend gemacht“ werden konnten. Es muss sich um Tatsachen oder Beweise handeln, die bei Abschluss des wieder aufzunehmenden Verfahrens schon vorhanden waren, aber erst danach hervorgekommen sind. § 69 Abs 1 Z 2 AVG stellt auf die sog „*nova reperta*“ ab, deren Verwertung der Partei – ohne ihr Verschulden – erst nachträglich möglich wurde bzw die der Behörde im rechtskräftig durchgeführten Verfahren nicht zugänglich waren. Tatsachen, die erst nach Abschluss des Verfahrens entstanden sind, sog „*nova causa superveniens*“ oder „*nova producta*“, stellen, da sie von der Rechtskraft des Bescheides nicht umfasst sind, keinen Grund für eine Wiederaufnahme des Verfahrens dar (*Hengstschläger/Leeb*, AVG<sup>2</sup>, 2014, § 69 Rz 20).

Neu hervorgekommene Tatsachen oder Beweise stellen jedoch nur dann einen Grund für die Wiederaufnahme des Verfahrens dar, wenn sie allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten (Z 2 als „*relativer Wiederaufnahmegrund*“). Das bloße Hervorkommen neuer Tatsachen oder Beweise allein genügt nicht (vgl beispielhaft VwGH 2012/03/0165, 24.09.2014).

Es muss sich also – zusammengefasst – um neu hervorgekommene Tatsachen oder Beweismittel handeln, die den Sachverhalt betreffen und die, wenn sie schon im wieder aufzunehmenden Verfahren berücksichtigt worden wären, zu einer anderen Feststellung des Sachverhalts und voraussichtlich zu einem im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid geführt hätten (*Hengstschläger/Leeb*, AVG<sup>2</sup>, 2014, § 69 Rz 42).

Die Voraussetzungen dieses relativen Wiederaufnahmegrundes liegen nicht vor:

Wie sich aus der Begründung der bezughabenden Bescheide zu M 1.10/12 ergibt, war der Umstand, dass die Mobil-Terminierungsentgelte in Deutschland deutlich höher sind als das in Österreich vorgesehene, zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung bekannt. Die Telekom-Control-Kommission hat sich in den Bescheiden zu M 1.10/12 mit dieser Frage bereits auseinandergesetzt. Es sind damit keine neue Tatsachen oder Beweise hervorgekommen, die im Zeitpunkt der Bescheiderlassung bereits bestanden haben, aber nicht bekannt waren und nicht geltend gemacht werden konnten.

Darüber hinaus stellt das am 3.9.2014 bekannt gewordene – konkrete – Vorhaben der Bundesnetzagentur, die deutschen Mobilterminierungsentgelte lediglich geringfügig zu senken und weiterhin keine Entgelte in Übereinstimmung mit dem (rechtlich und ökonomisch) gebotenen Kostenrechnungsstandard „Pure LRIC“ iSd Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7. Mai 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU („Terminierungsempfehlung“) festzulegen, eine Tatsache dar, die erst nach Abschluss des Verfahrens zu M 1.10/12 „entstanden“ ist. Dieses „*novum productum*“ stellt jedoch keinen Grund für eine Wiederaufnahme des Verfahrens dar, weswegen der Antrag der A1 Telekom vom 17.9.2014 auf Wiederaufnahme des Verfahrens M 1.10/12 abzuweisen war.

Selbst wenn man aber von einem „*novum repertum*“ ausgehen würde, kann – mit Blick auf die Begründung der Bescheide zu M 1.10/12 (etwa Bescheid M 1.10/12-99, Seiten 67f) – nicht mit „*hoher Wahrscheinlichkeit*“ (VwGH 2013/08/0275, 19.02.2014) davon ausgegangen werden, dass die Telekom-Control-Kommission zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, wenn sie gewusst hätte, dass die Mobilterminierungsentgelte in Deutschland längerfristig und unter Außerachtlassung der Terminierungsempfehlung auf einem höheren Niveau festgelegt werden.

So wurde etwa im Bescheid M 1.10/12-99, Seiten 67f, wie folgt ausgeführt:

*„Der festgelegte Pure LRIC Wert liegt im europäischen Vergleich im unteren Bereich. Aus diesem Umstand kann jedoch eine Rechtfertigung eines höheren Wertes nicht abgeleitet werden, da verfahrensgegenständlich lediglich die Analysen der bundesweit abgegrenzten Märkte sind und die durchgeführten Ermittlungen der Inkrementalkosten der verfahrensgegenständlichen Leistung zeigen, dass ein effizienter Betreiber in Österreich die verfahrensgegenständliche Leistung (im europäischen Vergleich) zu den festgestellten Kosten erbringen kann. Die festgestellten allokativen Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte können mit einem höheren Wert nicht bekämpft werden; eine Verpflichtung, die ein höheres Entgelt als Zielwert vorsehen würde, kann damit nicht als geeignet iSd § 37 TKG 2003 angesehen werden.*

*Die vorgenommene Abgrenzung des gegenständlichen Marktes umfasst die Leistung der Zustellung von Sprach-Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle zum angewählten Mobiltelefon, unabhängig davon wo der Anruf originiert (Inland, Ausland, Mobil- oder Festnetz) [ ... ].*

*Auch die Asymmetrie in den Zahlungsflüssen für Terminierungsleistungen im Auslandsverkehr wegen eines unterschiedlichen Niveaus der Mobil-Terminierungsentgelte zwischen Österreich und dem restlichen Europa (vgl. Stellungnahmen der A1 TA, etwa vom 13.5. und 10.9.2013, sowie der T-Mobile) bedeutet nicht, dass ein höheres Terminierungsentgelt festgelegt wird. Verfahrensgegenständlich ist lediglich die (nationale) Monopolleistung der Anrufzustellung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen. Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission nach §§ 36ff TKG 2003 bezieht sich primär (vgl. § 37 Abs 3 TKG 2003) auf nationale Kommunikationsleistungen, weswegen im Rahmen*

einer Marktanalyse kein Einfluss auf Terminierungsentgelte ausländischer Betreiber genommen werden kann. [ ... ]

*Abschließend ist auf einschlägige Judikatur zu verweisen, aus der sich ergibt, dass höhere Kosten für Auslandsterminierung keinen Bezug zu den von der Telekom-Control-Kommission zu berücksichtigenden Regulierungszielen haben (VwGH vom 20.6.2012, ZI 2009/03/0058: „Der Hinweis auf höhere Kosten, die der beschwerdeführenden Partei bei Terminierungen im Ausland entstehen und den damit nach den Ausführungen der beschwerdeführenden Partei verbundenen ‘weiteren Vermögensabfluss’ stellt – wie auch der Wunsch nach einem Schutz der Interessen der Branche im Verhältnis zu ausländischen Volkswirtschaften’ – keinen Bezug zu den von der belangten Behörde zu berücksichtigenden Regulierungszielen gemäß § 1 Abs 2 und § 34 TKG 2003 bzw Art 8 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG her.*

*Zum Vorbringen der A1 TA (etwa vom 13.5.2013), dass die Festsetzung von (niedrigen) Terminierungsentgelten (auf der Basis von Pure LRIC) zu erheblichen Zahlungsabflüssen und Erlöseinbußen führen (vgl dazu auch die Stellungnahme der Tele2 vom 22.11.2012 zu einem „negativen Nettoeffekt“) und keine Rücksicht auf die Wirtschaftskrise genommen werden würde, ist auszuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20.06.2012 (betreffend Mobil-Terminierung, ZI 2009/03/0059) ausgeführt hat, dass der Schutz der Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste gegen Umsatzeinbußen ebensowenig zu den Regulierungszielen des TKG 2003 zählt wie die Berücksichtigung der „allgemeinen wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen“. Der Behörde ist eine Bedachtnahme auf „allgemeine wirtschaftliche Rahmenbedingungen“ verwehrt, soweit sich diese nicht in den gesetzlich festgelegten Regulierungszielen widerspiegeln. (...)*

Diese Begründungselemente zeigen deutlich, dass die Mobilterminierungsentgelte in Deutschland der Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1.10/12 bekannt waren, diese (höheren) Entgelte die Telekom-Control-Kommission jedoch nicht veranlasst haben, andere oder anderes ausgestaltete spezifische Verpflichtungen vorzusehen.

Ungeachtet dessen ist die Asymmetrie der Terminierungsentgelte in Europa und im Besonderen im Verhältnis zu Deutschland zu kritisieren; dies insbesondere dann, wenn Abweichungen vom europäischen Standard durch Nicht-Anwendung der Terminierungsempfehlung entstehen. Vor diesem Hintergrund hat sich die Telekom-Control-Kommission auch an das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie sowie die Europäische Kommission gewandt. Die Europäische Kommission hat in ihrer Antwort vom 28.11.2014 „versichert“, dass sie bereit ist, „alle [ ] zur Verfügung stehenden Optionen zu nutzen, um sicherzustellen, dass in der Zukunft keine solchen Asymmetrien innerhalb der EU existieren werden“.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Bei der Einbringung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist eine Gebühr von Euro 30,- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 19.12.2014

Die Vorsitzende  
Dr. Elfriede Solé