

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 Hutchison 3G Austria GmbH, Guglgasse 12/10/4, Gasometer C, 1110 Wien, vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt, Seilergasse 16, 1010 Wien auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG zwischen dem Mobilfunknetz der Hutchison 3G Austria GmbH und dem Festnetz der Telekom Austria AG, in der Sitzung vom 12.05.2003 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Der Antrag der Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden „H3G“) auf Zusammenschaltung des öffentlichen Mobilfunknetzes der H3G mit dem öffentlichen festen Telekommunikationsnetz der Telekom Austria AG (im Folgenden „TA“) betreffend eine Branchenlösung zur Portierung von Mobilfunknummern zwischen den genannten Telekommunikationsnetzen wird gemäß § 41 Abs 3 in Verbindung mit § 111 Z 6 Telekommunikationsgesetz, BGBl I Nr 100/1997 idF BGBl I Nr 134/2002 (im Folgenden „TKG“)

zurückgewiesen.

II. Begründung

[Von der Veröffentlichung der Ausführungen zum Antrag der Antragstellerin sowie zum Gang des Verfahrens wurde abgesehen.]

A. Rechtliche Beurteilung

1. Zu den Regelungen des § 41 TKG

Die Systematik des § 41 TKG sieht in Abs.1 vor, dass jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes verpflichtet ist, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben. Hierbei haben alle Beteiligten das Ziel anzustreben, die Kommunikation verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.

Die Antragstellerin hat am 04.02.2003 bei der TA um die Aufnahme von Verhandlungen betreffend MNP nachgefragt. Diese Nachfrage richtete sich konkret nach der „Zusammenschaltungsleistung Mobile Number Portability (MNP)“.

Gegenstand der Verpflichtung auf Abgabe eines Angebotes im Sinne des § 41 Abs. 1 TKG können jedoch nur jene Leistungen sein, die einer Grundlage unterliegen, welche ihnen die Eigenschaft als Zusammenschaltungsleistung verleiht. Bezieht sich die Nachfrage eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes auf eine solche Leistung, so ist der andere (befragte) Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes verpflichtet, ein Angebot auf Zusammenschaltung hinsichtlich der nachgefragten Leistung abzugeben.

§ 41 Abs. 2 TKG sieht für den Fall, dass zwischen einem Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleitungen für die Öffentlichkeit anbietet und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung binnen einer Frist von 6 Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande kommt, vor, dass jeder der an der Zusammenschaltung Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen kann.

Nach § 41 Abs. 3 TKG hat die Regulierungsbehörde nach Anhörung der Beteiligten, innerhalb einer Frist von 6 Wochen, beginnend mit der Anrufung, über die Anordnung der Zusammenschaltung zu entscheiden. Diese Anordnung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung.

2. Zur Frage der Eignung von MNP als Zusammenschaltungsleistung im Sinne des § 41 TKG

Unter Zusammenschaltung ist nach der Legaldefinition des § 3 Z 16 TKG jener Netzzugang zu verstehen, der die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen herstellt, um Nutzern, die an verschiedenen Telekommunikationsnetzen angeschaltet sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen. Zusammenschaltung stellt weiters eine Unterform des Netzzuganges dar („...*jenen Netzzugang, der...*“). Unter Netzzugang ist nach der Legaldefinition des § 3 Z 7 TKG die physische und logische Verbindung eines Telekommunikationsnetzes mit einem anderen Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben zum Zwecke des Zugriffs auf Funktionen dieses

Telekommunikationsnetzes oder auf die darüber erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen zu verstehen.

Der Begriff der Zusammenschaltung hat jedenfalls die physische (durch Netzübergangspunkte) und logische Verbindung (durch Signalisierung) der Netze zum Gegenstand. Weiters ist aufbauend auf die durch die Zusammenschaltung bestehende physische Verbindung der beteiligten Netze auch die logische Verbindung der Netze so zu gestalten, dass die Erreichbarkeit der Nutzer, die ihre Rufnummer in ein anderes Netz mitnehmen möchten, gesichert ist und die Kommunikation mit Nutzern, die in anderen Netzen angeschaltet sind, funktioniert. Aus der Sicht des nationalen Rechts ist daher die Portierung von Rufnummern grundsätzlich als Zusammenschaltungsleistung zu sehen. Dies hat auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 06.09.2001 zu Zl. 2000/03/0195-10 (vgl. Seite 30) bestätigt.

Der Gegenstand der hier erfolgten Nachfrage durch die Antragstellerin bezieht sich jedoch auf die Portierung von Mobilfunkrufnummern.

§ 52 Z 7 TKG definiert den Begriff der Nummernportabilität mit der Möglichkeit des Teilnehmers, den Diensteanbieter und den Ort unter Beibehaltung seiner Adresse zu ändern. § 54 Abs. 3 normiert weiters eine Verpflichtung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr, sicherzustellen, dass die erforderlichen Vorarbeiten und Maßnahmen zur Einführung der Nummernportabilität bei Telefonnummern in der Form einer Netzbetreiberportabilität unverzüglich eingeleitet und so zügig vorangetrieben werden, dass Nummernportabilität zum frühestmöglichen Zeitpunkt, jedenfalls aber im Einklang mit dem von der Europäischen Union vorgegebenen Zeitplan in Österreich verfügbar ist, um den Wettbewerb auf einzelnen Märkten und die Interessen nicht wesentlich zu behindern.

Das TKG setzt in der vorliegenden Fassung hinsichtlich des Bereiches Nummernportabilität die Richtlinien 97/33/EG in der Fassung 98/61/EG um.

Art 12 Abs. 5 Unterabs. 1 der RL 97/33/EG in der Fassung 98/61/EG sieht Folgendes vor:

„Die nationalen Regulierungsbehörden fördern die frühestmögliche Einführung der Übertragung von Nummern, bei der der Teilnehmer auf Antrag seine Nummer(n) im festen öffentlichen Telefonnetz und dem diensteintegrierendem digitalen Fernmeldenetz (ISDN) – im Falle geographisch gebundener Nummern an einem bestimmten Standort und im Falle aller anderen Rufnummern an einem beliebigen Standort – beibehalten kann, und zwar unabhängig von der Organisation, die den Dienst erbringt; sie stellen sicher, dass dieses Leistungsmerkmal spätestens ab dem 01. Januar 2000 oder, in denjenigen Ländern, denen eine zusätzliche Übergangsfrist eingeräumt wurde, sobald wie möglich danach, spätestens jedoch zwei Jahre nach einem für die vollständige Liberalisierung der Sprachtelefondienste vereinbarten späteren Zeitpunkt, zur Verfügung steht.“

Hieraus ergibt sich zweifelsfrei, dass sich die Portierung von Rufnummern ausschließlich auf feste Telekommunikationsnetze bezieht. Die konforme Umsetzung dieser Richtlinie im österreichischen TKG kann daher nur die Portierung von Rufnummern „im festen öffentlichen Telefonnetz und dem diensteintegrierenden digitalen Fernmeldenetz (ISDN)“ zum Gegenstand haben und bezieht sich weiters auf geographisch gebundene Nummern an einem bestimmten Standort sowie auf alle anderen Nummern an einem beliebigen Standort (Diensterufnummern). Auch ergibt sich weiters aus der zeitlichen Vorgabe („spätestens ab dem 01. Januar 2000“), dass nur Festnetzportierung gemeint sein konnte, zumal im Entstehungszeitpunkt der Richtlinie 98/61/EG in gesamt Europa nur von Portierung in Festnetzen die Rede war. Hätte die EU die Portierung von Mobilfunkrufnummern in dieser

Richtlinie anordnen wollen, so hätte sie dies zweifellos mit ausdrücklichen Worten getan und eine spätere Norm zur Portierung von Mobilfunkrufnummern in der RL 2002/22/EG wäre nicht mehr erforderlich gewesen. Genau so ist dies aber nunmehr in Art 30 der Richtlinie 2002/22/EG durch die ausdrücklichen Worte „einschließlich mobiler Dienste“ erfolgt. Es wird dadurch offen sichtlich, dass seitens der Europäischen Union hinsichtlich Portierung in einem „Stufenplan“ vorgegangen werden sollte, der im Jahr 2000 mit der Portierung von Festnetznummern und Diensterufnummern begonnen wurde und nunmehr im Jahr 2003 auch durch Portierung von Mobilfunkrufnummern fortgesetzt wird. Dieser „Stufenplan“ ergibt sich weiters auch aus Art. 6 der RL 90/387/EG, der unter Bezugnahme auf Art 4 und 5 dieser Richtlinie festlegt, dass der Rat Einzelrichtlinien zur Festlegung der ONP-Bedingungen, einschließlich des Zeitplans für deren Anwendung erlässt. Dies deswegen, da neben marktspezifischen Überlegungen, mit der Einführung der einzelnen Leistungsmerkmale auch erhebliche Investitionsvolumina verbunden sind, welche eine Einführung nach und nach rechtfertigen. Durch die Verwendung der Formulierung „im festen öffentlichen Telefonnetz“ in der RL 98/61/EG ist somit eindeutig der Wille des Europäischen Richtliniengebers erkennbar, zum damaligen Zeitpunkt den Umfang des bezogenen Leistungsmerkmals auf diesen Bereich einzugrenzen.

Exakt in diesem Umfang ist auch die Umsetzung in Österreich durch das TKG erfolgt. Die nähere Ausgestaltung der Portierung erfolgt in Österreich im Rahmen der NVO. Dort heißt es in § 9 Abs 2 und 3:

„(2) Die Festnetzbetreiber haben in den für Regionen vorgesehenen Bereichen Betreiberportabilität hinsichtlich aller anderen Festnetzbetreiber zu gewährleisten.“

„(3) Die Festnetzbetreiber haben in den für Regionen vorgesehenen Bereichen geographische Portabilität innerhalb der Regionen hinsichtlich aller anderen Festnetzbetreiber zu gewährleisten.“

Auch diesen Bestimmungen der NVO ist eindeutig zu entnehmen, dass sich die Verpflichtung zur Portierung von Rufnummern ausschließlich auf den Bereich der Festnetzbetreiber bezieht.

Hieraus ergibt sich, dass MNP zum Zeitpunkt der Nachfrage keine verpflichtende Zusammenschaltungsleistung dargestellt hat und dies auch nach wie vor nicht darstellt. Die Nachfrage der Antragstellerin hat sich daher auf eine Leistung bezogen, die zum Zeitpunkt der Nachfrage keine Zusammenschaltungsleistung darstellt. Das Telekommunikationsnetz, bei dem diese Leistung nachgefragt wurde, ist zur Abgabe eines Angebots im Sinne des § 41 Abs. 1 TKG nur dann verpflichtet, wenn eine Zusammenschaltungsleistung nachgefragt wird. Eine Befugnis der Telekom-Control-Kommission im Sinne des § 41 Abs. 3 TKG über die Zusammenschaltung zu entscheiden, liegt daher im gegenständlichem Fall auch nicht vor, da durch die vereinbarungseretzende Anordnungsbefugnis der Regulierungsbehörde nur jener Bereich umfasst sein kann, der auch tatsächlich unter Zusammenschaltung zu verstehen ist.

MNP verfügte zum Zeitpunkt der Nachfrage und zum Zeitpunkt der Antragstellung über keine gültige Anspruchsgrundlage in Österreich.

Der Argumentation der Antragstellerin, wonach MNP durch Nichtunterscheidung zwischen Festnetz- und Mobilnummernportierung im TKG nicht ausgeschlossen werde, vermag die Telekom-Control-Kommission aus den oben angegebenen Gründen nicht zu folgen, ergibt sich doch deutlich aus der Formulierung der RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG, deren Umsetzung durch das TKG Rechnung getragen wurde, dass der Gegenstand der

Rufnummernportierung im gesamten TKG sich ausschließlich auf Festnetze beziehen kann. Die Behandlung von MNP steht daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission einem Verfahren nach § 41 TKG sehr wohl entgegen, da MNP wie bereits oben ausgeführt, zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Eignung als Zusammenschaltungsleistung nicht zukommt.

3. Zur Umsetzungspflicht der neuen Universaldienstrichtlinie

Es ist richtig, dass Art 38 der Universaldienstrichtlinie RL 2002/22/EG die Mitgliedsstaaten verpflichtet, bis zum 24.07.2003 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie nachzukommen, zu erlassen und diese Vorschriften ab dem 25.07.2003 anzuwenden. Aber genau dieser Verpflichtung ist zu entnehmen, dass eben diese (zu erlassenden Vorschriften) am 25.07.2003 anzuwenden sind. Die Telekom-Control-Kommission kann diese Verpflichtung daher keinesfalls schon vor Umsetzung durch die Republik Österreich in einer Anordnung gewissermaßen voranwenden. Die sich aus Art 38 der Universaldienstrichtlinie erwachsende Verpflichtung richtet sich daher ausschließlich an die nationalen Gesetzgebungsinstitutionen, die ihrerseits verpflichtet sind, alle zur Umsetzung erforderlichen Maßnahmen zu treffen, einschließlich der Verpflichtung, keine Vorschriften zu erlassen, die geeignet wären das Richtlinienziel ernstlich zu gefährden.

Die sich aus Art 38 ergebende Umsetzungsverpflichtung begründet jedoch nicht die Verpflichtung für die Telekom-Control-Kommission, bereits während der Umsetzungsfrist die Parameter für das „Funktionieren“ von MNP festzulegen, zumal auch gerade für diese Parameter eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist.

Es kann daher der Antragstellerin dahingehend nicht beigeplant werden, dass die Umsetzungspflicht iSd. Art 249 Abs. 3 EG eine Verpflichtung der Regulierungsbehörde auslöst, wonach diese bereits jetzt verpflichtet sei eine Zusammenschaltungsanordnung des Inhaltes zu treffen, wonach der Zusammenschaltungspartner zu einer Leistung verpflichtet wird, die einer unmittelbar anwendbaren rechtlichen Grundlage in Österreich entbehrt.

Es steht außer Frage, dass die Realisierung der Nummernportabilität aus Sicht einzelner Betreiber von großer Bedeutung ist. Wenn die Antragstellerin jedoch vermeint „einen markanten Mangel der österreichischen Regulierungspolitik“ zu erkennen, so vermag diese Auffassung schon vor dem Hintergrund von Art. 18 Abs. 1 BV-G nicht dazu führen, dass die Telekom-Control-Kommission ermächtigt wäre, ohne gesetzliche Grundlage die Einführung von MNP anzuordnen.

Da zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Telekom-Control-Kommission jedoch aus den oben angeführten Gründen keine Zusammenschaltungsanordnung zur MNP treffen kann, ist der Antrag der Antragstellerin daher zurückzuweisen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 115 Abs 2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweise

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 12.05.2003

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Zustellverfügung:

- Hutchison 3G Austria GmbH, z. Hd. Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt, Seilergasse 16 per Rsa