

EINSCHREIBEN
Telekom-Control-Kommission
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien

RTR - GmbH					
GZ: / /					
eingel am: 01. Feb. 2005					
GF - TK	TKK	GF - RF	KOA		
F	T	R	B	V	FM

Parking 10
A-1010 Wien
Tel +43 (1) ▶ 513 514-0
Fax +43 (1) ▶ 513 5140-91
www.piepenbrock-schuster.biz

Wien
Rechtsanwalt
MMag. Ewald Lichtenberger
zugelassen auch in der Tschechischen Republik

vorab per Fax: 58058-9191

T 1/04 (RVST 4/04)

Antragsstellerin: 11820 Telecom GmbH
Mariahilfer Straße 123/3
1060 Wien

Düsseldorf
Rechtsanwälte
Hermann-J. Piepenbrock*
Dr. Fabian Schuster*
Dr. Martin Geppert*
Dr. Peter Schmitz*
Mirjam Mann LL.M.
Birgit Kemper
Dr. Marc Schütze
Dr. Jens Schulze zur Wiesche*
* zugelassen beim OLG Düsseldorf

vertreten durch:

PIEPENBROCK • SCHUSTER
RECHTSANWÄLTE
Parking 10 • A-1010 Wien
Tel: +43 1 513 514 - 0 • Fax DW 91
Vollmacht erteilt (§8 Abs. 1 RAO und § 10 AVG)

Ihr Ansprechpartner:
MMag. Lichtenberger
Lichtenberger@ra-ps.biz
Li/as

Datum: 31.01.2005

Antragsgegnerin: Telekom Austria AG
Lassallestraße 9
1020 Wien

wegen: § 18 Abs 3 TKG 2003

STELLUNGNAHME
zum
Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs 1 TKG

2-fach
1 HS

Am 22.12.2004 hat die Regulierungsbehörde den Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs 1 TKG hinsichtlich des Zugangs zu den Teilnehmerdaten der Telekom Austria AG („TA“) veröffentlicht („Bescheidentwurf“). Der *Bescheidentwurf* bezieht sich auf stellungnahme_11820 die Regulierung der Entgelte für den „Offline-Zugang“ und den „Online-Zugang“. Interessierten Personen und insbesondere den Verfahrensparteien wurde die Möglichkeit eingeräumt, bis zum 31.1.2005 Stellung zu nehmen.

Wir nehmen im folgenden zum *Bescheidentwurf* im Detail Stellung und verweisen ergänzend auf unser bisheriges Vorbringen, das wir aufrecht erhalten; wir verweisen dabei insbesondere auf unsere Stellungnahme zum Gutachten der Amtssachverständigen („Gutachten“).

Der erste Teil der Stellungnahme (Abschnitt A) bezieht sich auf den Offline-Zugang, der zweite Teil auf den Online-Zugang (Abschnitt B). Abschnitt C bezieht sich übergreifend auf beide Arten des Zugangs.

Abschnitt A: Offline-Zugang

1. Umfang der zu übermittelnden Daten für den Offline-Zugang

Die *TKK* billigt der *TA* ein Wahlrecht zu, wie die regelmäßigen Updates der Teilnehmerdaten zu erfolgen haben, ob mittels einzelner Updates oder durch wöchentliche Übermittlung des Gesamtdatenbestands. Die Behörde ordnet dabei auch an, dass die von *TA* einmal getroffene Wahl im Folgenden beizubehalten sei.

Eine durch *TA* getroffene Wahl kann für uns zu operativen Problemen und Ineffizienzen führen, abhängig von der aktuellen Art der technischen Abwicklung in unseren Systemen. Wir würden daher befürworten, dass die Art und Weise der Vornahme der Updates in erster Linie zwischen den Parteien festzulegen ist, wobei die Festlegung auch jederzeit einvernehmlich geändert werden kann. Sollte es zu keiner Einigung kommen, besteht ein Wahlrecht des Leistungsempfängers.

Diese Regelung ist sachgerecht, weil sie die spezifischen Bedürfnisse verschiedener Nachfrager besser berücksichtigt und *TA* ohnehin beide Arten der Updatelieferung beherrscht.

2. Entgelte für den Offline-Zugang

Im Folgenden gehen wir auf einige Aspekte der Entgelte ein und ziehen den Vergleich zwischen den von *TA* gelieferten Daten, der gutachterlichen Bewertung und den Feststellungen im *Bescheidentwurf*.

Die Entgelte teilen sich in Einmalgebühren und monatliche Gebühren. Zum Teil sind die Entgelte von jedem Nachfrager zur Gänze zu tragen, zum Teil sind sie auf die jeweiligen Nachfrager – deren Zahl ex ante unbekannt ist - aufzuteilen.

Die Einmalgebühr beträgt EUR 615,52 für jeden einzelnen Nachfrager. Dazu kommt eine weitere Einmalgebühr von EUR 14.772,48, die auf alle Nachfrager zu verteilen ist.

Die monatlichen Gebühren betragen EUR 295,46 für jeden einzelnen Nachfrager; dazu kommt eine weitere monatliche Gebühr in Höhe von EUR 443,19, die auf alle Nachfrager zu verteilen ist.

Die Amtssachverständigen hatten festgestellt, dass die Kosten der Implementierung sich auf insgesamt EUR 23.480,00 belaufen und die monatlichen Kosten auf EUR 671,50. Im *Bescheidentwurf* werden diese Kostenansätze unterschiedlich behandelt. Die Einmalgebühren werden in einer Höhe von EUR 15.388,00 festgesetzt, wobei sich von diesem Kostenanteil 96 % nicht einzelnen Nachfragern zuordnen lassen, sondern Systemkosten sind, die alle Nachfrager zu tragen haben, und 4 % für jeden einzelnen Nachfrager anfallen. So ergibt sich auch der Betrag von EUR 615,52 als Einmalgebühr pro

Nachfrager, während der Restbetrag in Höhe von EUR 14.772,48 auf alle Nachfrager verteilt werden muss. Die Telekom-Control-Kommission („TKK“) bleibt in diesem Punkt daher unterhalb des Wertes, den die TA beantragt hat bzw. die Amtssachverständigen festgestellt *Stellungnahme_11820* haben.

Bei den monatlichen Gebühren geht die TKK allerdings über den Ansatz der Gutachter hinaus. Diese hatten den Betrag von EUR 671,50 als laufende Kosten ermittelt und auch angegeben, dass diese zum großen Teil (60 %) nur einmal anfallen, unabhängig von der Zahl der Anbieter. Die TKK erhöht diesen Wert auf EUR 738,65 und verteilt ihn im Verhältnis 60:40 auf alle Nachfrager (EUR 443,19) bzw. jeden spezifischen Nachfrager (EUR 295,46). Somit geht die TKK in Bezug auf die laufenden Kosten sogar über den Ansatz der TA und der Amtssachverständigen hinaus. Gründe dafür werden nicht genannt, eine Nachvollziehbarkeit der Kalkulationen ist nicht gegeben.

Nicht nachvollziehbar für uns ist auch die Aufteilung der Kosten in solche, die einmal anfallen, unabhängig davon, wie viele Nachfrager das Angebot annehmen werden. Dies ist weder im *Gutachten* noch im *Bescheidentwurf* näher erläutert. Die Festlegung ist daher aus unserer Sicht entweder willkürlich vorgenommen worden oder sie beruht auf einem z.B. von der TA genannten, aber für die andere Verfahrenspartei nicht transparent gemachten Verhältnis der Kosten bei der TA. Ohne entsprechende Transparenz in den relevanten Kosten, die zu kommentieren sind, kann aber eine solide fundierte Stellungnahme nicht erfolgen.

3. Liefertermin für den Offline-Zugang

Die TKK normiert eine Bereitstellungsfrist von drei Monaten ab Einlangen der Anzeige, die Anordnung in Gang setzen zu wollen. Diese Bereitstellungsfrist ist bei weitem zu lang bemessen und würde den Nachfragern eine Periode bescheiden, in der sie mangels Daten operativ nicht tätig sein können. Die Bereitstellungsfrist darf im Interesse eines funktionierenden Auskunftsdienstes maximal einen Monat betragen. Eine so bemessene Frist ist für TA auch bei weitem ausreichend. Dies gilt auch deshalb, weil die Zurverfügungstellung der Daten mittels Offline-Zugang für die TA keine grundsätzlich neue Aufgabe / Herausforderung darstellt und die Prozesse bekannt sind. Um einen reibungslosen Übergang zu ermöglichen, ist auch ein Übergangsregelung in die Anordnung aufzunehmen, die sicherstellt, dass ein durchgehender operativer Betrieb der alternative Anbieter stattfinden kann.

Dazu kommt, dass TA bereits seit dem Inkrafttreten des TKG 2003 im August 2003 ein auf aktuellem Stand zu haltendes Verzeichnis ihrer Teilnehmer zu führen hat (§ 18 Abs 1 TKG 2003). Es wäre nicht einzusehen, weshalb TA per Anordnung ein Aufschub für die Implementierung eines Verzeichnisses eingeräumt würde, zu dessen Implementierung TA von Gesetzes wegen ohnehin verpflichtet ist.

Wir werden darauf auch im Zusammenhang mit der Frage der Berücksichtigung von set-up-Kosten im Rahmen der Ermittlung kostenorientierter Entgelte noch zurückkommen.

4. Inkrafttreten der Anordnung für den Offline-Zugang

Die Anordnung des Inkrafttretens durch die TKK erfolgt ex nunc. Eine Begründung dafür gibt die Behörde nicht. Richtigerweise hat die Anordnung aber rückwirkend jedenfalls ab Antragstellung zur erfolgen, weil die Verpflichtung zur Bereitstellung der Teilnehmerdaten zu kostenorientierten Entgelten für Teilnehmernetzbetreiber ja bereits ab dem Inkrafttreten des TKG 2003 besteht und die Nachfrage nach den Daten auslösend ist (vgl. § 18 Abs 1 Z TKG 2003: „auf Nachfrage [...] gegen kostenorientiertes Entgelt zur Verfügung zu stellen [...]“). Die Teilnehmernetzbetreiber hätten es ansonsten in der Hand, durch Verfahrenverschleppung

die Entgelte für die Überlassung der Teilnehmerdaten auf für die Verfahrensdauer rechtswidrig überhöhtem Niveau zu halten.

5. Ordentliche Kündigung der Anordnung für den Offline-Zugang

Die Kündigungsfristen und Kündigungstermine sind angesichts des langfristigen Charakters des Geschäfts des Auskunftsdienstes, wo es – ähnlich wie im Bereich des Netzzugangs - auf die Langfristigkeit und Kontinuität der Wholesalebeziehung ankommt, zu kurz gewählt. Die Anordnung sollte sich an Kündigungsfristen und Terminen in der Zusammenschaltungsanordnung IC 2002 (Z 20/01) orientieren, die vier Monate zum Kalenderhalbjahr beträgt. Es besteht keine Notwendigkeit, im Bereich der Überlassung von Teilnehmerdaten andere Grundsätzen anzuwenden.

Abschnitt B: Online-Zugang

1. Entgelte für den Online-Zugang

Für die Teilnehmerdaten im Wege der „Online-Abfrage“ erfolgt die Anordnung von Einmalgebühren je Nachfrager von EUR 11.356,88. Dazu kommt eine weitere Einmalgebühr von EUR 130.604,10, die auf alle Nachfrager verteilt wird.

Die monatlichen Gebühren betragen EUR 4.132,61, die auf jeden einzelnen Nachfrager aufgeteilt werden; eine gesonderte Gebühr für jeden Nachfrager wird im Bereich des Online-Zugangs nicht angeordnet.

Die *TKK* folgt weitgehend den Angaben der Amtssachverständigen und damit auch dem Antrag der *TA*. Sie weicht aber in beiden Kostenkategorien leicht ab, und zwar jeweils nach oben. Im *Gutachten* ist von Einmalkosten in Höhe von EUR 140.904,98 die Rede, die *TKK* setzt einen etwas erhöhten Betrag von EUR 141.960,98 (Unterschied: EUR 1.056,00) an.

In Bezug auf die laufenden Kosten pro Monat hatte das *Gutachten* einen Wert von EUR 4.000,61 ermittelt, während die *TKK* EUR 4.132,61 ermittelt, somit auch hier eine Abweichung nach oben.

Beide Abweichungen werden allerdings mit keinem Wort erläutert und sind nicht nachvollziehbar.

Nicht nachvollziehbar für uns ist auch bei den Kosten im Online-Zugang die Aufteilung der Kosten in solche, die einmal anfallen, unabhängig davon, wie viele Nachfrager das Angebot annehmen werden. Dies ist weder im *Gutachten* noch im *Bescheidentwurf* näher erläutert.

2. Termin für die Ermöglichung des Online-Zugangs

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zum Offline-Zugang (vgl. oben). Die Dauer von vier Monaten ist noch weniger angemessen als die dreimonatige Implementierungsfrist für den Offline-Zugang. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum diese Implementierungsdauer noch länger gestaltet sein sollte als für den Offline-Zugang.

3. Inkrafttreten der Anordnung für den Online-Zugang

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zum Offline-Zugang (vgl. oben).

4. **Ordentliche Kündigung der Anordnung für den Online-Zugang**

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zum Offline-Zugang (vgl. oben).

5. **Anhang B: Einzelaspekte der Dienstleistung**

Tendeziell stellt diese Schnittstelle den kleinsten gemeinsamen Nenner dar und wird von allen Anbietern im Rahmen der EIDQ unterstützt. Das Protokoll ist für die Antragstellerseite grundsätzlich akzeptabel. Die Übertragung scheint allerdings auf X. 25 zu basieren. Es sollte die IP-Lösung als zukunftssträchtigere Variante noch eingefügt werden, weil E.115 / IP noch im Jahr 2005 von allen Anbietern angeboten werden soll.

Abschnitt C: Allgemeine Stellungnahme

1. **Kostenansatz im Bescheidentwurf**

Der Beschluss enthält keine Bezugnahme auf Kosten für die Abfrage einzelner Datensätze. Dies ist im Prinzip positiv und greift implizit die Kritik, die die Antragstellerseite schon geäußert hatten auf, nämlich dass die Mengenkomponekte fehlte.

Bedenklich stimmt aber, dass die Werte des *Gutachtens* nicht nur übernommen, sondern in mehreren Fällen auch noch erhöht werden, und dies vor dem Hintergrund, dass die Antragsstellerseite schon in der Stellungnahme zum *Gutachten* der Amtssachverständigen argumentiert hatte, dass die Zahlenwerte des *Gutachtens* weitgehend unkritisch aus den Angaben der TA übernommen wurden und somit tendenziell bereits als überhöht anzusehen sind.

Merkwürdig erscheint, dass die *TKK* angesichts dessen eine Korrektur der Werte nach unten nicht einmal andenkt und auch die (freilich relativ geringfügigen) Abweichungen nach oben im Verhältnis zum *Gutachten* nicht weiter erläutert.

Ein anderer unklarer Punkt ist, ob bei der Verteilung der o.g. Kosten die TA als „Nachfrager bei sich selbst“ bereits berücksichtigt wurde. Aus Gründen der Nichtdiskriminierung müsste TA sich intern die Leistungen zu den selben Kosten bereitstellen wie sie es gegenüber Dritten tut. Hat die *TKK* dies nicht gemacht, müssten die Einmalentgelte entsprechend reduziert werden bzw. der Nenner um die Zahl 1 größer sein.

2. **Aufschlag für Zinsen und Gemeinkosten**

Der *Bescheidentwurf* berücksichtigt einen Aufschlag von 10 % für Zinsen und Gemeinkosten (vgl. S 27). Als Gemeinkostenaufschlag erscheint dieser Wert grundsätzlich nicht unangemessen hoch. Verwunderlich sind jedoch Aufschläge für Zinsen, da man erwarten würde, dass diese bereits in den Kapitalkosten in den vorgenannten Berechnungen enthalten sein müssten. Auf Seite 36 wird hierzu aber ausgeführt, dass die Tages- bzw. Stundensätze der TA solche Overhead- bzw. Zinskosten nicht beinhalten. Letztlich ist dieser Kostenblock für die Antragstellerseite in keiner Weise nachprüfbar.

Im Übrigen ist die Berücksichtigung eines mark-up sowohl der Richtlinie, als auch dem Gesetz als auch insbesondere der Entscheidung des *EuGH* fremd.

3. **Fehlende vertragliche Bestimmungen**

Die Anordnung enthält keine Bestimmungen über eine Pönale, die im Fall schlechter Servicequalität des Leistungserbringers an den Leistungsempfänger zu bezahlen ist. Die

TKK begründet dies damit, dass dies gesetzlich nicht vorgesehen ist und auch sachlich nicht angemessen wäre.

Dem ist entgegenzuhalten, dass auch in Zusammenschaltungsanordnungen sowie insbesondere in der Anordnung betreffend des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleistung (Entbündelung) seit Jahren regelmäßig Pönalen festgeschrieben sind, obwohl es keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dafür gibt. Zum Argument der mangelnden sachlichen Angemessenheit ist auszuführen, dass Pönalen ein wirksames vertragliches Mittel sind, Leistungserbringer zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung zu verhalten. Pönalen sind auch völlig üblich und es wäre nicht zu verstehen, warum dieses wesentliche Vertragselement in der gegenständlichen Anordnung im Bezug auf die Lieferung von Teilnehmerdaten, deren Qualität Voraussetzung für die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch die alternative Auskunftsdienstbetreiber ist, fehlen sollte.

4. Folgerungen aus den Entscheidungen des EUGH und des VwGH

Der *Bescheidentwurf* geht auf die Entscheidung des *EuGH* in der Rechtssache *KPN Telecom BV* gegen *OPTA*, C-109/03 nur insofern ein, als referiert wird, dass die Antragstellerseite darauf und auf die vorausgegangenen Schlussanträge des Generalanwalts verwiesen hatte (vgl. S 24 und S 28). Es ist völlig unverständlich, warum in der rechtlichen Begründung auf diese maßgebliche und wegweisende europäische Entscheidung mit keinem Wort eingegangen wird. Selbst wenn die TKK der Meinung wäre, dass die Entscheidung für den gegenständlichen Fall nicht relevant ist, würde man erwarten, dass sie dies sagt und entsprechend begründet.

Wir wiederholen daher unseren Hinweis auf die Relevanz der Entscheidung und verweisen zur Unterstützung unserer Argumentation insbesondere auch auf die beiden jüngst ergangenen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs vom 17.12.2004, ZI. 2004/03/0059 und ZI. 2004/03/0060. Der *VwGH* hatte in diesen Verfahren zwar primär die Frage eines Anspruchs von Auskunftsdienstbetreibern auf Daten des betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnisses zu entscheiden, beschäftigt sich dabei aber auch intensiv mit der Entscheidung des *EuGH*, die er auch unter dem Regime der Universaldienstrichtlinie und des darauf aufbauenden TKG 2003 für relevant erachtet (vgl. S 11 der Entscheidung zur ZI. 2004/03/0059). Der *VwGH* sagt auch ausdrücklich, dass sich im maßgeblichen Zusammenhang die ONP-Sprachtelefoniedienstrichtlinie nicht von der Universaldienstrichtlinie unterscheidet (vgl. S 10 der Entscheidung zur ZI. 2004/03/0059). Beide Richtlinien sprechen von „gerechten, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen, zu denen die Teilnehmerdaten zur Verfügung zu stellen sind. Die Identität der Richtlinienbestimmungen in Bezug auf die Entgeltregulierung ist evident.

Wir zitieren daher nochmals die relevanten Textstellen der Entscheidung des *EuGH* und verweisen nochmals auch auf die Schlussanträge des Generalanwalts in dieser Rechtssache, die sich in großem Detail auch mit der Kostenthematik auseinandersetzen. Der *EuGH* führt folgendes aus:

„Zur zweiten Frage

37

Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, welche mit der Erhebung, der Aktualisierung und dem Zurverfügungstellen der entsprechenden Informationen über die Teilnehmer verbundenen Kosten in den Preis für das Zurverfügungstellen der Daten im Sinne des Artikels 6 Absatz 3 der Richtlinie einbezogen werden können.

38

In dieser Hinsicht genügt die Feststellung, dass, wie die OPTA und Denda zu Recht geltend machen, der Erhalt der Basisdaten über die Teilnehmer, d. h. deren Name,

Anschrift und Telefonnummer, untrennbar mit dem Telefondienst verbunden ist und keinen besonderen Aufwand seitens des Universaldiensteanbieters erfordert.

39

Wie der Generalanwalt in Nummer 49 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, sind nämlich die mit dem Erhalt oder der Zuordnung dieser Daten verbundenen Kosten, anders als die Kosten, die berechnet werden, um diese Daten Dritten zur Verfügung zu stellen, jedenfalls vom Anbieter eines Sprachtelefondienstes zu tragen und bereits in den Kosten und Einnahmen eines solchen Dienstes enthalten. Die mit dem Erhalt oder der Zuordnung der Daten verbundenen Kosten an die Personen weiterzugeben, die Zugang zu diesen Daten erbitten, würde zu einem ungerechtfertigten Mehrfachausgleich dieser Kosten führen.

40

Daher können, wenn diese Daten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, die auf dem Markt für die Bereitstellung von Verzeichnissen miteinander konkurrieren, nur die zusätzlichen mit diesem Zurverfügungstellen verbundenen Kosten, nicht aber die mit dem Erhalt dieser Daten verbundenen Kosten vom Universaldiensteanbieter in Rechnung gestellt werden.

41

Etwas anderes würde jedoch gelten, wenn es um zusätzliche Daten ginge, für deren Erhalt der Universaldiensteanbieter selbst zusätzliche Kosten aufwenden musste. Wenn dieser in einem solchen Fall beschließt, diese Daten Dritten zur Verfügung zu stellen, ohne durch die Richtlinie dazu verpflichtet zu sein, ist es ihm durch keine ihrer Vorschriften verwehrt, den Dritten diese zusätzlichen Kosten in Rechnung zu stellen, sofern deren nichtdiskriminierende Behandlung gewährleistet ist.

42

Auf die zweite Frage ist somit zu antworten, dass Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie, soweit er vorsieht, dass die entsprechenden Informationen Dritten zu gerechten, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, dahin auszulegen ist, dass

- der Universaldiensteanbieter für Daten wie den Namen und die Anschrift der Personen sowie die Telefonnummer, die an sie vergeben wurde, nur die Kosten für das tatsächliche Zurverfügungstellen dieser Daten an Dritte in Rechnung stellen kann;*
- ein solcher Anbieter berechtigt ist, für zusätzliche Daten, die er Dritten nicht zur Verfügung stellen muss, die zusätzlichen Kosten, die er selbst für den Erhalt dieser Daten aufwenden musste, nicht aber die Kosten für dieses Zurverfügungstellen, in Rechnung zu stellen, sofern eine nichtdiskriminierende Behandlung der Dritten gewährleistet ist.*

[...]

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt:

1.

[...]

2.

Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 98/10 ist, soweit er vorsieht, dass die entsprechenden Informationen Dritten zu gerechten, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, dahin auszulegen, dass

- der Universaldiensteanbieter für Daten wie den Namen und die Anschrift der Personen sowie die Telefonnummer, die an sie vergeben wurde, nur die Kosten für das tatsächliche Zurverfügungstellen dieser Daten an Dritte in Rechnung stellen kann;**

– ein solcher Anbieter berechtigt ist, für zusätzliche Daten, die er Dritten nicht zur Verfügung stellen muss, die zusätzlichen Kosten, die er selbst für den Erhalt dieser Daten aufwenden musste, nicht aber die Kosten für dieses Zurverfügungstellen, in Rechnung zu stellen, sofern eine nichtdiskriminierende Behandlung der Dritten gewährleistet ist.“

Auch das TKG 2003 sieht diese Differenzierung in eine Verpflichtung des Teilnehmernetzbetreibers zum Führen des jeweiligen Teilnehmerverzeichnisses (§ 18 Abs 1 Z 1 TKG 2003) einerseits und die Verpflichtung zur Zugverfügungstellung der Daten an Auskunftsdienstbetreiber gemäß § 18 Abs 1 Z 4 TKG 2003 andererseits. Nur auf Letzteres bezieht sich die Kostenorientierung, was auch aus dem Verweis auf § 18 Abs 1 Z 4 TKG 2003 in § 18 Abs 3 TKG 2003 mehr als deutlich wird.

Diese Differenzierung spricht auch der *VwGH* in den zitierten Entscheidungen an, wenn er sagt, dass die *TA*, auch wenn sie als Erbringerin des Universaldienstes ein betreiberübergreifendes Teilnehmerverzeichnis von allen Teilnehmern öffentlicher Telefondienste gemäß § 26 Abs 2 Z 3 TKG 2003 erstellt, doch daneben jedenfalls die Verpflichtung trifft, ein auf aktuellem Stand zu haltendes Verzeichnis ihrer Teilnehmer zu führen (§ 18 Abs 1 Z 1 TKG 2003), das vom betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnis gemäß § 26 Abs 21 Z 3 TKG 2003, für dessen Erstellung, Aktualisierung und Veröffentlichung andere Regelungen (vgl. § 28 TKG 2003) als für das unternehmensbezogene Teilnehmerverzeichnis gelten – zu unterscheiden ist.

Beide Gerichtshöfe, *EuGH* und *VwGH* unterscheiden also zwischen dem Führen des Verzeichnisses der eigenen Teilnehmer und der Bereitstellung der Teilnehmerdaten an Dritte Unternehmen. Nur für die Bereitstellung der Daten, nicht aber für das Führen des Verzeichnisses sind von den Dritten Unternehmen kostenorientierte Entgelte zu bezahlen:

Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 98/10 ist, soweit er vorsieht, dass die entsprechenden Informationen Dritten zu gerechten, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, dahin auszulegen, dass nur die Kosten für das tatsächliche Zurverfügungstellen dieser Daten an Dritte in Rechnung gestellt werden können.

Das bedeutet, dass die Kosten der Implementierung des Systems zum Führen der Verzeichnisse und die Kosten der Bereithaltung und Wartung des Systems einschließlich seiner Wartung und allfälliger Adaptation nicht Teil der kostenorientierten Entgelte ist, sondern lediglich die inkrementellen Kosten der Übermittlung der Daten im Wege des Offline-Zugangs oder des Online-Zugangs.

Die *TKK* erläutert auf S 37 des *Bescheidentwurfs*, was sie unter kostenorientierten Entgelten versteht: Der zur Übermittlung verpflichtete soll so gestellt werden, dass er durch die Übermittlung weder einen finanziellen Vorteil noch einen Nachteil hat. Es seien daher jene Kosten zu ersetzen, die mit der tatsächlichen Bereitstellung dieser Daten in kausalem Zusammenhang stehen. Dies seien aber nicht bloß die Kosten der Datenträger und das Porto bzw. die reinen Leitungskosten im Fall des Online-Zugangs, sondern auch die Bereitstellung und der Aufbau der technischen Systeme, die ein solche Übermittlung erst ermöglichen. Diese Argumentation ist berücksichtigt aber nicht die Differenzierung, die Gesetz, *EuGH* und *VwGH* vornehmen, wonach die Leistung des Führens und Bereithaltens des Verzeichnisses der eigenen Teilnehmer dem Teilnehmernetzbetreiber auf eigene Kosten obliegt und er kostenorientierte Entgelte nur für die reine Übermittlung an Dritte Unternehmen verlangen kann. Nur dieser letztgenannte Teil der Kosten von *TA* ist also zu berücksichtigen und auf die Zahl der Nachfrager aufzuteilen. Die Kosten der *TA* wären im Hinblick auf diese vom *EuGH* vorgenommene Differenzierung aufzuschlüsseln. Unzulässig wäre es, Kosten der *TA* auf die nachfragenden Unternehmen zu überwälzen, die mit der Führung des Verzeichnisses der eigenen Teilnehmer verbunden sind.

Analysiert man die Kostenblöcke für den Offline- und Online-Zugang, so zeigt sich, dass die überwiegende Zahl der Einzelkosten der Führung des Verzeichnisses der eigenen Teilnehmer zuzuordnen ist.

Offline-Zugang: Dies gilt für die Positionen „Design und Integration auf S. 6 des *Gutachtens*. Lediglich die Position Einrichtung FTP-Gateway und VPN-Verbindung könnte der Datenübermittlung zuzuordnen sein. Beide Positionen unter dem Titel der laufenden Kosten (pro Monat) sind evident der Führung und Wartung des TA-eigenen Teilnehmerverzeichnis zuzurechnen. Es verbleibt also eine einzige Position (EUR 880,-), die entsprechend zu gewichten und aufzuteilen wäre.

Online-Zugang: Mit Ausnahme der Position „Installationsarbeiten“ auf S. 8 oben des *Gutachtens* sind die Positionen unter dem Titel der Setup-Kosten allesamt der Führung und Wartung des TA-eigenen Teilnehmerverzeichnis zuzurechnen. Dies gilt auch für die laufenden Kosten pro Monat. Möglicherweise sind darin auch Kosten der Datenübertragung enthalten, dies ist aber für uns nicht nachvollziehbar und der Anteil auch nicht errechenbar.

In einer Übersicht könnte daher die Zuordnung der einzelnen Kostenpositionen wie folgt dargestellt werden. Sofern nicht anders gekennzeichnet handelt es sich um einmalige Entgelte.

Tabelle 1

Kostenart	Höhe der Kosten in EUR	Zuordnung der Kosten		Anerkennung der Kosten
		Führen des Verzeichnisses eigener Teilnehmer	Übermittlung der Daten	
Offline				
Design, Programmierung, Tests und Abnahme von Programmen für Erstellung der Daten	20.400	X		Nein (0)
Integration des Programms in TA-Umgebung	2.200	X		Nein (0)
Einrichtung FTP-Gateway (Firewall) und VPN-Verbindung	880		X	Ja (880)
Durchführung von und Wartungsarbeiten und Anpassungen	405 / Monat	X		Nein (0)
Durchführung der wöchentlichen Datenbereitstellung	266,50 / Monat		X	Ja (266,50)
Online				
Hardware: Cluster Lösung von IBM	110.000	X		Nein (0)
Applikationsanpassung durch Fa. Vareti	19.720	X		Nein (0)
Installationsarbeiten zur Einrichtung von erforderlichen Datex-P-Zugängen	624,98		X	Ja (624,98)
Durchführung Projektmanagement, Realisation und Integration	10.560	X		Nein (0)
Anteilige Wartungskosten für SW-Lösung der Fa. Vareti	2680,61 / Monat	Evtl.	Evtl.	Höhe unklar

TA-interner Wartungsaufwand (Z.B. Fehlersuche und - behebung)	495 / Monat	X		Nein (0)
Durchführung der Wartungsarbeiten an Betriebssystemen sowie Operatingkosten	825 / Monat	X		Nein (0)

Von allen im Gutachten und im Entscheidungsentwurf der *TKK* enthaltenen Positionen zeigt sich, dass nur ein sehr geringer Teil tatsächlich für die Übertragung der Daten verwendet wird und daher auch nur diese Kosten anerkannt werden können.

Wir bringen **in eventu** vor, dass das *Gutachten* dem rechtlichen Ansatz des *EuGH* nicht gerecht wird, insofern die Aufschlüsselung der einzelnen Kosten nicht einer Weise erfolgt, dass eine einwandfreie Zuordnung zu den Kosten der Führung und Wartung des *TA*-eigenen Teilnehmerverzeichnis einerseits und den Kosten der Datenübermittlung vorgenommen werden kann.

Die würde bedingen, dass das *Gutachten* entsprechend zu adaptieren ist. Es müsste zuvor auch seitens *TA* aufgeschlüsselt werden, welche Kosten welchem Bereich zuzuordnen sind und dies müsste in einer Weise belegt werden, dass es sowohl für die Amtssachverständigen als auch für die Antragstellerseite nachvollziehbar ist.

11820 Telecom GmbH

Telekom-Control-Kommission
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien

RTR - GmbH			
GZ: / /			
eingel. am: 01. Feb. 2005			
GF - TK	TKK	GF - RF	KOA
F	T	R	B
		V	FM

Parking 10
A-1010 Wien
Tel +43 (1) ▶ 513 514-0
Fax +43 (1) ▶ 513 5140-91
www.piepenbrock-schuster.biz

Wien
Rechtsanwalt
MMag. Ewald Lichtenberger
zugelassen auch in der Tschechischen Republik

vorab per Fax: 58058-9191

T 1/04 (RVST 4/04)

Antragsstellerin: 11820 Telecom GmbH
Mariahilfer Straße 123/3
1060 Wien

Düsseldorf
Rechtsanwälte
Hermann-J. Piepenbrock*
Dr. Fabian Schuster*
Dr. Martin Geppert*
Dr. Peter Schmitz*
Mirjam Mann LL.M.
Birgit Kemper
Dr. Marc Schütze
Dr. Jens Schulze zur Wiesche*
* zugelassen beim OLG Düsseldorf

vertreten durch:

PIEPENBROCK • SCHUSTER
RECHTSANWÄLTE

Parking 10 • A-1010 Wien

Tel: +43 1 513 514 - 0 • Fax DW 91

Vollmacht erteilt (§8 Abs. 1 RAO und § 10 AVG)

Ihr Ansprechpartner:
MMag. Lichtenberger
Lichtenberger@ra-ps.biz
Li/as

Datum: 31.01.2005

Antragsgegnerin: Telekom Austria AG
Lassallestraße 9
1020 Wien

wegen: § 18 Abs 3 TKG 2003

STELLUNGNAHME

zum

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs 1 TKG

2-fach
1 HS

Am 22.12.2004 hat die Regulierungsbehörde den Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs 1 TGK hinsichtlich des Zugangs zu den Teilnehmerdaten der Telekom Austria AG („TA“) veröffentlicht („Bescheidentwurf“). Der *Bescheidentwurf* bezieht sich auf stellungnahme_11820 die Regulierung der Entgelte für den „Offline-Zugang“ und den „Online-Zugang“. Interessierten Personen und insbesondere den Verfahrensparteien wurde die Möglichkeit eingeräumt, bis zum 31.1.2005 Stellung zu nehmen.

Wir nehmen im folgenden zum *Bescheidentwurf* im Detail Stellung und verweisen ergänzend auf unser bisheriges Vorbringen, das wir aufrecht erhalten; wir verweisen dabei insbesondere auf unsere Stellungnahme zum Gutachten der Amtssachverständigen („Gutachten“).

Der erste Teil der Stellungnahme (Abschnitt A) bezieht sich auf den Offline-Zugang, der zweite Teil auf den Online-Zugang (Abschnitt B). Abschnitt C bezieht sich übergreifend auf beide Arten des Zugangs.

Abschnitt A: Offline-Zugang

1. Umfang der zu übermittelnden Daten für den Offline-Zugang

Die *TKK* billigt der *TA* ein Wahlrecht zu, wie die regelmäßigen Updates der Teilnehmerdaten zu erfolgen haben, ob mittels einzelner Updates oder durch wöchentliche Übermittlung des Gesamtdatenbestands. Die Behörde ordnet dabei auch an, dass die von *TA* einmal getroffene Wahl im Folgenden beizubehalten sei.

Eine durch *TA* getroffene Wahl kann für uns zu operativen Problemen und Ineffizienzen führen, abhängig von der aktuellen Art der technischen Abwicklung in unseren Systemen. Wir würden daher befürworten, dass die Art und Weise der Vornahme der Updates in erster Linie zwischen den Parteien festzulegen ist, wobei die Festlegung auch jederzeit einvernehmlich geändert werden kann. Sollte es zu keiner Einigung kommen, besteht ein Wahlrecht des Leistungsempfängers.

Diese Regelung ist sachgerecht, weil sie die spezifischen Bedürfnisse verschiedener Nachfrager besser berücksichtigt und *TA* ohnehin beide Arten der Updatelieferung beherrscht.

2. Entgelte für den Offline-Zugang

Im Folgenden gehen wir auf einige Aspekte der Entgelte ein und ziehen den Vergleich zwischen den von *TA* gelieferten Daten, der gutachterlichen Bewertung und den Feststellungen im *Bescheidentwurf*.

Die Entgelte teilen sich in Einmalgebühren und monatliche Gebühren. Zum Teil sind die Entgelte von jedem Nachfrager zur Gänze zu tragen, zum Teil sind sie auf die jeweiligen Nachfrager – deren Zahl ex ante unbekannt ist - aufzuteilen.

Die Einmalgebühr beträgt EUR 615,52 für jeden einzelnen Nachfrager. Dazu kommt eine weitere Einmalgebühr von EUR 14.772,48, die auf alle Nachfrager zu verteilen ist.

Die monatlichen Gebühren betragen EUR 295,46 für jeden einzelnen Nachfrager; dazu kommt eine weitere monatliche Gebühr in Höhe von EUR 443,19, die auf alle Nachfrager zu verteilen ist.

Die Amtssachverständigen hatten festgestellt, dass die Kosten der Implementierung sich auf insgesamt EUR 23.480,00 belaufen und die monatlichen Kosten auf EUR 671,50. Im *Bescheidentwurf* werden diese Kostenansätze unterschiedlich behandelt. Die Einmalgebühren werden in einer Höhe von EUR 15.388,00 festgesetzt, wobei sich von diesem Kostenanteil 96 % nicht einzelnen Nachfragern zuordnen lassen, sondern Systemkosten sind, die alle Nachfrager zu tragen haben, und 4 % für jeden einzelnen Nachfrager anfallen. So ergibt sich auch der Betrag von EUR 615,52 als Einmalgebühr pro

Nachfrager, während der Restbetrag in Höhe von EUR 14.772,48 auf alle Nachfrager verteilt werden muss. Die Telekom-Control-Kommission („TKK“) bleibt in diesem Punkt daher unterhalb des Wertes, den die TA beantragt hat bzw. die Amtssachverständigen festgestellt stellungnahme_11820haben.

Bei den monatlichen Gebühren geht die TKK allerdings über den Ansatz der Gutachter hinaus. Diese hatten den Betrag von EUR 671,50 als laufende Kosten ermittelt und auch angegeben, dass diese zum großen Teil (60 %) nur einmal anfallen, unabhängig von der Zahl der Anbieter. Die TKK erhöht diesen Wert auf EUR 738,65 und verteilt ihn im Verhältnis 60:40 auf alle Nachfrager (EUR 443,19) bzw. jeden spezifischen Nachfrager (EUR 295,46). Somit geht die TKK in Bezug auf die laufenden Kosten sogar über den Ansatz der TA und der Amtssachverständigen hinaus. Gründe dafür werden nicht genannt, eine Nachvollziehbarkeit der Kalkulationen ist nicht gegeben.

Nicht nachvollziehbar für uns ist auch die Aufteilung der Kosten in solche, die einmal anfallen, unabhängig davon, wie viele Nachfrager das Angebot annehmen werden. Dies ist weder im *Gutachten* noch im *Bescheidentwurf* näher erläutert. Die Festlegung ist daher aus unserer Sicht entweder willkürlich vorgenommen worden oder sie beruht auf einem z.B. von der TA genannten, aber für die anderen Verfahrenspartei nicht transparent gemachten Verhältnis der Kosten bei der TA. Ohne entsprechende Transparenz in den relevanten Kosten, die zu kommentieren sind, kann aber eine solide fundierte Stellungnahme nicht erfolgen.

3. Liefertermin für den Offline-Zugang

Die TKK normiert eine Bereitstellungsfrist von drei Monaten ab Einlangen der Anzeige, die Anordnung in Gang setzen zu wollen. Diese Bereitstellungsfrist ist bei weitem zu lang bemessen und würde den Nachfragern eine Periode bescheiden, in der sie mangels Daten operativ nicht tätig sein können. Die Bereitstellungsfrist darf im Interesse eines funktionierenden Auskunftsdienstes maximal einen Monat betragen. Eine so bemessene Frist ist für TA auch bei weitem ausreichend. Dies gilt auch deshalb, weil die Zurverfügungstellung der Daten mittels Offline-Zugang für die TA keine grundsätzlich neue Aufgabe / Herausforderung darstellt und die Prozesse bekannt sind. Um einen reibungslosen Übergang zu ermöglichen, ist auch ein Übergangsregelung in die Anordnung aufzunehmen, die sicherstellt, dass ein durchgehender operativer Betrieb der alternative Anbieter stattfinden kann.

Dazu kommt, dass TA bereits seit dem Inkrafttreten des TKG 2003 im August 2003 ein auf aktuellem Stand zu haltendes Verzeichnis ihrer Teilnehmer zu führen hat (§ 18 Abs 1 TKG 2003). Es wäre nicht einzusehen, weshalb TA per Anordnung ein Aufschub für die Implementierung eines Verzeichnisses eingeräumt würde, zu dessen Implementierung TA von Gesetzes wegen ohnehin verpflichtet ist.

Wir werden darauf auch im Zusammenhang mit der Frage der Berücksichtigung von set-up-Kosten im Rahmen der Ermittlung kostenorientierter Entgelte noch zurückkommen.

4. Inkrafttreten der Anordnung für den Offline-Zugang

Die Anordnung des Inkrafttretens durch die TKK erfolgt ex nunc. Eine Begründung dafür gibt die Behörde nicht. Richtigerweise hat die Anordnung aber rückwirkend jedenfalls ab Antragstellung zur erfolgen, weil die Verpflichtung zur Bereitstellung der Teilnehmerdaten zu kostenorientierten Entgelten für Teilnehmernetzbetreiber ja bereits ab dem Inkrafttreten des TKG 2003 besteht und die Nachfrage nach den Daten auslösend ist (vgl. § 18 Abs 1 Z TKG 2003: „auf Nachfrage [...] gegen kostenorientiertes Entgelt zur Verfügung zu stellen [...]“). Die Teilnehmernetzbetreiber hätten es ansonsten in der Hand, durch Verfahrenverschleppung

die Entgelte für die Überlassung der Teilnehmerdaten auf für die Verfahrensdauer rechtswidrig überhöhtem Niveau zu halten.

5. Ordentliche Kündigung der Anordnung für den Offline-Zugang

Die Kündigungsfristen und Kündigungstermine sind angesichts des langfristigen Charakters des Geschäfts des Auskunftsdienstes, wo es – ähnlich wie im Bereich des Netzzugangs - auf die Langfristigkeit und Kontinuität der Wholesalebeziehung ankommt, zu kurz gewählt. Die Anordnung sollte sich an Kündigungsfristen und Terminen in der Zusammenschaltungsanordnung IC 2002 (Z 20/01) orientieren, die vier Monate zum Kalenderhalbjahr beträgt. Es besteht keine Notwendigkeit, im Bereich der Überlassung von Teilnehmerdaten andere Grundsätzen anzuwenden.

Abschnitt B: Online-Zugang

1. Entgelte für den Online-Zugang

Für die Teilnehmerdaten im Wege der „Online-Abfrage“ erfolgt die Anordnung von Einmalgebühren je Nachfrager von EUR 11.356,88. Dazu kommt eine weitere Einmalgebühr von EUR 130.604,10, die auf alle Nachfrager verteilt wird.

Die monatlichen Gebühren betragen EUR 4.132,61, die auf jeden einzelnen Nachfrager aufgeteilt werden; eine gesonderte Gebühr für jeden Nachfrager wird im Bereich des Online-Zugangs nicht angeordnet.

Die *TKK* folgt weitgehend den Angaben der Amtssachverständigen und damit auch dem Antrag der *TA*. Sie weicht aber in beiden Kostenkategorien leicht ab, und zwar jeweils nach oben. Im *Gutachten* ist von Einmalkosten in Höhe von EUR 140.904,98 die Rede, die *TKK* setzt einen etwas erhöhten Betrag von EUR 141.960,98 (Unterschied: EUR 1.056,00) an.

In Bezug auf die laufenden Kosten pro Monat hatte das *Gutachten* einen Wert von EUR 4.000,61 ermittelt, während die *TKK* EUR 4.132,61 ermittelt, somit auch hier eine Abweichung nach oben.

Beide Abweichungen werden allerdings mit keinem Wort erläutert und sind nicht nachvollziehbar.

Nicht nachvollziehbar für uns ist auch bei den Kosten im Online-Zugang die Aufteilung der Kosten in solche, die einmal anfallen, unabhängig davon, wie viele Nachfrager das Angebot annehmen werden. Dies ist weder im *Gutachten* noch im *Bescheidentwurf* näher erläutert.

2. Termin für die Ermöglichung des Online-Zugangs

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zum Offline-Zugang (vgl. oben). Die Dauer von vier Monaten ist noch weniger angemessen als die dreimonatige Implementierungsfrist für den Offline-Zugang. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum diese Implementierungsdauer noch länger gestaltet sein sollte als für den Offline-Zugang.

3. Inkrafttreten der Anordnung für den Online-Zugang

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zum Offline-Zugang (vgl. oben).

4. Ordentliche Kündigung der Anordnung für den Online-Zugang

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zum Offline-Zugang (vgl. oben).

5. Anhang B: Einzelaspekte der Dienstleistung

Tendenziell stellt diese Schnittstelle den kleinsten gemeinsamen Nenner dar und wird von allen Anbietern im Rahmen der EIDQ unterstützt. Das Protokoll ist für die Antragstellerseite grundsätzlich akzeptabel. Die Übertragung scheint allerdings auf X. 25 zu basieren. Es sollte die IP-Lösung als zukunftssträchtigere Variante noch eingefügt werden, weil E.115 / IP noch im Jahr 2005 von allen Anbietern angeboten werden soll.

Abschnitt C: Allgemeine Stellungnahme

1. Kostenansatz im Bescheidentwurf

Der Beschluss enthält keine Bezugnahme auf Kosten für die Abfrage einzelner Datensätze. Dies ist im Prinzip positiv und greift implizit die Kritik, die die Antragstellerseite schon geäußert hatten auf, nämlich dass die Mengenkomponekte fehlte.

Bedenklich stimmt aber, dass die Werte des *Gutachtens* nicht nur übernommen, sondern in mehreren Fällen auch noch erhöht werden, und dies vor dem Hintergrund, dass die Antragsstellerseite schon in der Stellungnahme zum *Gutachten* der Amtssachverständigen argumentiert hatte, dass die Zahlenwerte des *Gutachtens* weitgehend unkritisch aus den Angaben der *TA* übernommen wurden und somit tendenziell bereits als überhöht anzusehen sind.

Merkwürdig erscheint, dass die *TKK* angesichts dessen eine Korrektur der Werte nach unten nicht einmal andenkt und auch die (freilich relativ geringfügigen) Abweichungen nach oben im Verhältnis zum *Gutachten* nicht weiter erläutert.

Ein anderer unklarer Punkt ist, ob bei der Verteilung der o.g. Kosten die *TA* als „Nachfrager bei sich selbst“ bereits berücksichtigt wurde. Aus Gründen der Nichtdiskriminierung müsste *TA* sich intern die Leistungen zu den selben Kosten bereitstellen wie sie es gegenüber Dritten tut. Hat die *TKK* dies nicht gemacht, müssten die Einmalentgelte entsprechend reduziert werden bzw. der Nenner um die Zahl 1 größer sein.

2. Aufschlag für Zinsen und Gemeinkosten

Der *Bescheidentwurf* berücksichtigt einen Aufschlag von 10 % für Zinsen und Gemeinkosten (vgl. S 27). Als Gemeinkostenaufschlag erscheint dieser Wert grundsätzlich nicht unangemessen hoch. Verwunderlich sind jedoch Aufschläge für Zinsen, da man erwarten würde, dass diese bereits in den Kapitalkosten in den vorgenannten Berechnungen enthalten sein müssten. Auf Seite 36 wird hierzu aber ausgeführt, dass die Tages- bzw. Stundensätze der *TA* solche Overhead- bzw. Zinskosten nicht beinhalten. Letztlich ist dieser Kostenblock für die Antragstellerseite in keiner Weise nachprüfbar.

Im Übrigen ist die Berücksichtigung eines mark-up sowohl der Richtlinie, als auch dem Gesetz als auch insbesondere der Entscheidung des *EuGH* fremd.

3. Fehlende vertragliche Bestimmungen

Die Anordnung enthält keine Bestimmungen über eine Pönale, die im Fall schlechter Servicequalität des Leistungserbringers an den Leistungsempfänger zu bezahlen ist. Die

TKK begründet dies damit, dass dies gesetzlich nicht vorgesehen ist und auch sachlich nicht angemessen wäre.

Dem ist entgegenzuhalten, dass auch in Zusammenschaltungsanordnungen sowie insbesondere in der Anordnung betreffend des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleistung (Entbündelung) seit Jahren regelmäßig Pönalen festgeschrieben sind, obwohl es keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dafür gibt. Zum Argument der mangelnden sachlichen Angemessenheit ist auszuführen, dass Pönalen ein wirksames vertragliches Mittel sind, Leistungserbringer zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung zu verhalten. Pönalen sind auch völlig üblich und es wäre nicht zu verstehen, warum dieses wesentliche Vertragselement in der gegenständlichen Anordnung im Bezug auf die Lieferung von Teilnehmerdaten, deren Qualität Voraussetzung für die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch die alternative Auskunftsdienstbetreiber ist, fehlen sollte.

4. Folgerungen aus den Entscheidungen des EUGH und des VwGH

Der *Beschidentwurf* geht auf die Entscheidung des *EuGH* in der Rechtssache *KPN Telecom BV* gegen *OPTA*, C-109/03 nur insofern ein, als referiert wird, dass die Antragstellerseite darauf und auf die vorausgegangenen Schlussanträge des Generalanwalts verwiesen hatte (vgl. S 24 und S 28). Es ist völlig unverständlich, warum in der rechtlichen Begründung auf diese maßgebliche und wegweisende europäische Entscheidung mit keinem Wort eingegangen wird. Selbst wenn die TKK der Meinung wäre, dass die Entscheidung für den gegenständlichen Fall nicht relevant ist, würde man erwarten, dass sie dies sagt und entsprechend begründet.

Wir wiederholen daher unseren Hinweis auf die Relevanz der Entscheidung und verweisen zur Unterstützung unserer Argumentation insbesondere auch auf die beiden jüngst ergangenen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs vom 17.12.2004, ZI. 2004/03/0059 und ZI. 2004/03/0060. Der *VwGH* hatte in diesen Verfahren zwar primär die Frage eines Anspruchs von Auskunftsdienstbetreibern auf Daten des betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnisses zu entscheiden, beschäftigt sich dabei aber auch intensiv mit der Entscheidung des *EuGH*, die er auch unter dem Regime der Universaldienstrichtlinie und des darauf aufbauenden TKG 2003 für relevant erachtet (vgl. S 11 der Entscheidung zur ZI. 2004/03/0059). Der *VwGH* sagt auch ausdrücklich, dass sich im maßgeblichen Zusammenhang die ONP-Sprachtelefoniedienstrichtlinie nicht von der Universaldienstrichtlinie unterscheidet (vgl. S 10 der Entscheidung zur ZI. 2004/03/0059). Beide Richtlinien sprechen von „gerechten, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen, zu denen die Teilnehmerdaten zur Verfügung zu stellen sind. Die Identität der Richtlinienbestimmungen in Bezug auf die Entgeltregulierung ist evident.

Wir zitieren daher nochmals die relevanten Textstellen der Entscheidung des *EuGH* und verweisen nochmals auch auf die Schlussanträge des Generalanwalts in dieser Rechtssache, die sich in großem Detail auch mit der Kostenthematik auseinandersetzen. Der *EuGH* führt folgendes aus:

„Zur zweiten Frage

37

Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, welche mit der Erhebung, der Aktualisierung und dem Zurverfügungstellen der entsprechenden Informationen über die Teilnehmer verbundenen Kosten in den Preis für das Zurverfügungstellen der Daten im Sinne des Artikels 6 Absatz 3 der Richtlinie einbezogen werden können.

38

In dieser Hinsicht genügt die Feststellung, dass, wie die OPTA und Denda zu Recht geltend machen, der Erhalt der Basisdaten über die Teilnehmer, d. h. deren Name,

Anschrift und Telefonnummer, untrennbar mit dem Telefondienst verbunden ist und keinen besonderen Aufwand seitens des Universaldiensteanbieters erfordert.

39

Wie der Generalanwalt in Nummer 49 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, sind nämlich die mit dem Erhalt oder der Zuordnung dieser Daten verbundenen Kosten, anders als die Kosten, die berechnet werden, um diese Daten Dritten zur Verfügung zu stellen, jedenfalls vom Anbieter eines Sprachtelefondienstes zu tragen und bereits in den Kosten und Einnahmen eines solchen Dienstes enthalten. Die mit dem Erhalt oder der Zuordnung der Daten verbundenen Kosten an die Personen weiterzugeben, die Zugang zu diesen Daten erbitten, würde zu einem ungerechtfertigten Mehrfachausgleich dieser Kosten führen.

40

Daher können, wenn diese Daten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, die auf dem Markt für die Bereitstellung von Verzeichnissen miteinander konkurrieren, nur die zusätzlichen mit diesem Zurverfügungstellen verbundenen Kosten, nicht aber die mit dem Erhalt dieser Daten verbundenen Kosten vom Universaldiensteanbieter in Rechnung gestellt werden.

41

Etwas anderes würde jedoch gelten, wenn es um zusätzliche Daten ginge, für deren Erhalt der Universaldiensteanbieter selbst zusätzliche Kosten aufwenden musste. Wenn dieser in einem solchen Fall beschließt, diese Daten Dritten zur Verfügung zu stellen, ohne durch die Richtlinie dazu verpflichtet zu sein, ist es ihm durch keine ihrer Vorschriften verwehrt, den Dritten diese zusätzlichen Kosten in Rechnung zu stellen, sofern deren nichtdiskriminierende Behandlung gewährleistet ist.

42

Auf die zweite Frage ist somit zu antworten, dass Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie, soweit er vorsieht, dass die entsprechenden Informationen Dritten zu gerechten, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, dahin auszulegen ist, dass

– der Universaldiensteanbieter für Daten wie den Namen und die Anschrift der Personen sowie die Telefonnummer, die an sie vergeben wurde, nur die Kosten für das tatsächliche Zurverfügungstellen dieser Daten an Dritte in Rechnung stellen kann;

– ein solcher Anbieter berechtigt ist, für zusätzliche Daten, die er Dritten nicht zur Verfügung stellen muss, die zusätzlichen Kosten, die er selbst für den Erhalt dieser Daten aufwenden musste, nicht aber die Kosten für dieses Zurverfügungstellen, in Rechnung zu stellen, sofern eine nichtdiskriminierende Behandlung der Dritten gewährleistet ist.

[...]

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt:

1.

[...]

2.

Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 98/10 ist, soweit er vorsieht, dass die entsprechenden Informationen Dritten zu gerechten, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, dahin auszulegen, dass

– der Universaldiensteanbieter für Daten wie den Namen und die Anschrift der Personen sowie die Telefonnummer, die an sie vergeben wurde, nur die Kosten für das tatsächliche Zurverfügungstellen dieser Daten an Dritte in Rechnung stellen kann;

– ein solcher Anbieter berechtigt ist, für zusätzliche Daten, die er Dritten nicht zur Verfügung stellen muss, die zusätzlichen Kosten, die er selbst für den Erhalt dieser Daten aufwenden musste, nicht aber die Kosten für dieses Zurverfügungstellen, in Rechnung zu stellen, sofern eine nichtdiskriminierende Behandlung der Dritten gewährleistet ist.“

Auch das TKG 2003 sieht diese Differenzierung in eine Verpflichtung des Teilnehmernetzbetreibers zum Führen des jeweiligen Teilnehmerverzeichnisses (§ 18 Abs 1 Z 1 TKG 2003) einerseits und die Verpflichtung zur Zugverfügungstellung der Daten an Auskunftsdienstbetreiber gemäß § 18 Abs 1 Z 4 TKG 2003 andererseits. Nur auf Letzteres bezieht sich die Kostenorientierung, was auch aus dem Verweis auf § 18 Abs 1 Z 4 TKG 2003 in § 18 Abs 3 TKG 2003 mehr als deutlich wird.

Diese Differenzierung spricht auch der *VwGH* in den zitierten Entscheidungen an, wenn er sagt, dass die *TA*, auch wenn sie als Erbringerin des Universaldienstes ein betreiberübergreifendes Teilnehmerverzeichnis von allen Teilnehmern öffentlicher Telefondienste gemäß § 26 Abs 2 Z 3 TKG 2003 erstellt, doch daneben jedenfalls die Verpflichtung trifft, ein auf aktuellem Stand zu haltendes Verzeichnis ihrer Teilnehmer zu führen (§ 18 Abs 1 Z 1 TKG 2003), das vom betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnis gemäß § 26 Abs 21 Z 3 TKG 2003, für dessen Erstellung, Aktualisierung und Veröffentlichung andere Regelungen (vgl. § 28 TKG 2003) als für das unternehmensbezogene Teilnehmerverzeichnis gelten – zu unterscheiden ist.

Beide Gerichtshöfe, *EuGH* und *VwGH* unterscheiden also zwischen dem Führen des Verzeichnisses der eigenen Teilnehmer und der Bereitstellung der Teilnehmerdaten an Dritte Unternehmen. Nur für die Bereitstellung der Daten, nicht aber für das Führen des Verzeichnisses sind von den Dritten Unternehmen kostenorientierte Entgelte zu bezahlen:

Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 98/10 ist, soweit er vorsieht, dass die entsprechenden Informationen Dritten zu gerechten, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, dahin auszulegen, dass nur die Kosten für das tatsächliche Zurverfügungstellen dieser Daten an Dritte in Rechnung gestellt werden können.

Das bedeutet, dass die Kosten der Implementierung des Systems zum Führen der Verzeichnisse und die Kosten der Bereithaltung und Wartung des Systems einschließlich seiner Wartung und allfälliger Adaptation nicht Teil der kostenorientierten Entgelte ist, sondern lediglich die inkrementellen Kosten der Übermittlung der Daten im Wege des Offline-Zugangs oder des Online-Zugangs.

Die *TKK* erläutert auf S 37 des *Bescheidentwurfs*, was sie unter kostenorientierten Entgelten versteht: Der zur Übermittlung verpflichtete soll so gestellt werden, dass er durch die Übermittlung weder einen finanziellen Vorteil noch einen Nachteil hat. Es seien daher jene Kosten zu ersetzen, die mit der tatsächlichen Bereitstellung dieser Daten in kausalem Zusammenhang stehen. Dies seien aber nicht bloß die Kosten der Datenträger und das Porto bzw. die reinen Leitungskosten im Fall des Online-Zugangs, sondern auch die Bereitstellung und der Aufbau der technischen Systeme, die ein solche Übermittlung erst ermöglichen. Diese Argumentation ist berücksichtigt aber nicht die Differenzierung, die Gesetz, *EuGH* und *VwGH* vornehmen, wonach die Leistung des Führens und Bereithaltens des Verzeichnisses der eigenen Teilnehmer dem Teilnehmernetzbetreiber auf eigene Kosten obliegt und er kostenorientierte Entgelte nur für die reine Übermittlung an Dritte Unternehmen verlangen kann. Nur dieser letztgenannte Teil der Kosten von *TA* ist also zu berücksichtigen und auf die Zahl der Nachfrager aufzuteilen. Die Kosten der *TA* wären im Hinblick auf diese vom *EuGH* vorgenommene Differenzierung aufzuschlüsseln. Unzulässig wäre es, Kosten der *TA* auf die nachfragenden Unternehmen zu überwälzen, die mit der Führung des Verzeichnisses der eigenen Teilnehmer verbunden sind.

Analysiert man die Kostenblöcke für den Offline- und Online-Zugang, so zeigt sich, dass die überwiegende Zahl der Einzelkosten der Führung des Verzeichnisses der eigenen Teilnehmer zuzuordnen ist.

Offline-Zugang: Dies gilt für die Positionen „Design und Integration auf S. 6 des *Gutachtens*. Lediglich die Position Einrichtung FTP-Gateway und VPN-Verbindung könnte der Datenübermittlung zuzuordnen sein. Beide Positionen unter dem Titel der laufenden Kosten (pro Monat) sind evident der Führung und Wartung des TA-eigenen Teilnehmerverzeichnisses zuzurechnen. Es verbleibt also eine einzige Position (EUR 880,-), die entsprechend zu gewichten und aufzuteilen wäre.

Online-Zugang: Mit Ausnahme der Position „Installationsarbeiten“ auf S. 8 oben des *Gutachtens* sind die Positionen unter dem Titel der Setup-Kosten allesamt der Führung und Wartung des TA-eigenen Teilnehmerverzeichnisses zuzurechnen. Dies gilt auch für die laufenden Kosten pro Monat. Möglicherweise sind darin auch Kosten der Datenübertragung enthalten, dies ist aber für uns nicht nachvollziehbar und der Anteil auch nicht errechenbar.

In einer Übersicht könnte daher die Zuordnung der einzelnen Kostenpositionen wie folgt dargestellt werden. Sofern nicht anders gekennzeichnet handelt es sich um einmalige Entgelte.

Tabelle 1

Kostenart	Höhe der Kosten in EUR	Zuordnung der Kosten		Anerkennung der Kosten
		Führen des Verzeichnisses eigener Teilnehmer	Übermittlung der Daten	
Offline				
Design, Programmierung, Tests und Abnahme von Programmen für Erstellung der Daten	20.400	X		Nein (0)
Integration des Programms in TA-Umgebung	2.200	X		Nein (0)
Einrichtung FTP-Gateway (Firewall) und VPN-Verbindung	880		X	Ja (880)
Durchführung von und Wartungsarbeiten und Anpassungen	405 / Monat	X		Nein (0)
Durchführung der wöchentlichen Datenbereitstellung	266,50 / Monat		X	Ja (266,50)
Online				
Hardware: Cluster Lösung von IBM	110.000	X		Nein (0)
Applikationsanpassung durch Fa. Varetis	19.720	X		Nein (0)
Installationsarbeiten zur Einrichtung von erforderlichen Datex-P-Zugängen	624,98		X	Ja (624,98)
Durchführung Projektmanagement, Realisation und Integration	10.560	X		Nein (0)
Anteilige Wartungskosten für SW-Lösung der Fa. Varetis	2680,61 / Monat	Evtl.	Evtl.	Höhe unklar

TA-interner Wartungsaufwand (Z.B. Fehlersuche und - behebung)	495 / Monat	X		Nein (0)
Durchführung der Wartungsarbeiten an Betriebssystemen sowie Operatingkosten	825 / Monat	X		Nein (0)

Von allen im Gutachten und im Entscheidungsentwurf der *TKK* enthaltenen Positionen zeigt sich, dass nur ein sehr geringer Teil tatsächlich für die Übertragung der Daten verwendet wird und daher auch nur diese Kosten anerkannt werden können.

Wir bringen **in eventu** vor, dass das *Gutachten* dem rechtlichen Ansatz des *EuGH* nicht gerecht wird, insofern die Aufschlüsselung der einzelnen Kosten nicht einer Weise erfolgt, dass eine einwandfreie Zuordnung zu den Kosten der Führung und Wartung des *TA*-eigenen Teilnehmerverzeichnis einerseits und den Kosten der Datenübermittlung vorgenommen werden kann.

Die würde bedingen, dass das *Gutachten* entsprechend zu adaptieren ist. Es müsste zuvor auch seitens *TA* aufgeschlüsselt werden, welche Kosten welchem Bereich zuzuordnen sind und dies müsste in einer Weise belegt werden, dass es sowohl für die Amtssachverständigen als auch für die Antragstellerseite nachvollziehbar ist.

11820 Telecom GmbH

Telekom-Control-Kommission
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien

RTR - GmbH					
GZ: / /					
eingel. am: 01. Feb. 2005					
GF - TK	TKK	GF - RF	KOA		
F	T	R	B	V	FM

Parking 10
A-1010 Wien
Tel +43 (1) ▶ 513 514-0
Fax +43 (1) ▶ 513 5140-91
www.piepenbrock-schuster.biz

Wien
Rechtsanwalt
MMag. Ewald Lichtenberger
zugelassen auch in der Tschechischen Republik

vorab per Fax: 58058-9191

T 1/04 (RVST 4/04)

Antragsstellerin: 11820 Telecom GmbH
Mariahilfer Straße 123/3
1060 Wien

Düsseldorf
Rechtsanwälte
Hermann-J. Piepenbrock*
Dr. Fabian Schuster*
Dr. Martin Geppert*
Dr. Peter Schmitz*
Mirjam Mann LL.M.
Birgit Kemper
Dr. Marc Schütze
Dr. Jens Schulze zur Wiesche*
* zugelassen beim OLG Düsseldorf

vertreten durch: **PIEPENBROCK • SCHUSTER**
RECHTSANWÄLTE

Parking 10 • A-1010 Wien
Tel: +43 1 513 514 - 0 • Fax DW 91
Vollmacht erteilt (§8 Abs. 1 RAO und § 10 AVG)

Ihr Ansprechpartner:
MMag. Lichtenberger
Lichtenberger@ra-ps.biz
Li/as

Datum: 31.01.2005

Antragsgegnerin: Telekom Austria AG
Lassallestraße 9
1020 Wien

wegen: § 18 Abs 3 TKG 2003

STELLUNGNAHME
zum
Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs 1 TKG

2-fach
1 HS