mobilkom austria

Einschreiben

vorab per Fax

An die

Telekom-Control-Kommission

Mariahilferstraße 77 – 79

1060 Wien

**mobilkom austria AG & Co KG**

Obere Donaustraße 29
A-1020 Wien

Telefon:
Nat. (01) 33161-2020
Int. +43 1 33161-2020
A1 (GSM) +43 664 3312020
Telefax: +43 1 33161-2069

| Ihr Zeichen | Ihre Nachricht vom | Unser Zeichen | Datum |
|---|---|---|---|
| Z 24/03, Z 5/04 | | | 23.1.2006 |

**Stellungnahme zu den Entwürfen von Vollziehungshandlungen in den fortgesetzten Verfahren Z 24/03, Z 5/04, u.a.**

mobilkom austria

Zu den mit Schreiben vom 20.12.2005 übermittelten Entwürfen von Vollziehungshandlungen erlauben wir uns, wie folgt Stellung zu nehmen.

## 1. Einleitung

Eingangs sei ausdrücklich festgehalten, dass der verfahrenseinleitende Antrag von mobilkom, sowie das weitere bisherige Vorbringen in den Verfahren Z 24/03 und Z 5/04 unverändert aufrecht bleibt. Nur beispielhaft erwähnt werden sollen hier die vorgebrachten Einwände gegen die konkrete Umsetzung des One-Stop-Shopping Prozesses, nach wie vor bestehende datenschutzrechtliche Bedenken, und so weiter.

Diese Stellungnahme beschränkt sich im wesentlichen darauf, die im Erkenntnis des VwGH genannten Punkte, die zur Aufhebung des Bescheids führten, zu behandeln, und die ersatzweise getroffenen Regelungen. Dies bedeutet jedoch keine Zustimmung zu den übrigen, hier nicht neuerlich kommentierten Bereichen.

Unabhängig davon möchte mobilkom dennoch auf einen Punkt in der Bescheidbegründung zur Rechtfertigung des One-Stop-Shopping Prozesses (Seite 69) eingehen. Mit einiger Verwunderung mussten wir zur Kenntnis nehmen, dass die Beibehaltung dieses Prozesses im Ersatzbescheid nun unter anderem auch damit argumentiert wird, dass dieser ja nun seit einem Jahr – auch von mobilkom – in der Praxis so durchgeführt wird. mobilkom hat sich nach eingehender Überlegung im Sinne der Kundenfreundlichkeit dazu entschlossen, auch nach Aufhebung der Bescheide durch den Gerichtshof des öffentlichen Rechts den Prozess freiwillig weiterhin anzuwenden. Dies geschah jedoch keineswegs aus einer Überzeugung heraus, One-Stop-Shopping sei aus Kundensicht und insbesondere datenschutzrechtlicher Sicht eine gute und zulässige Lösung – das Gegenteil ist der Fall. Grund für diesen Entschluss war vielmehr, dass im Erkenntnis des VwGH dieser Aspekt gar nicht behandelt wurde, und daher eine Abänderung des Bescheides in dieser Hinsicht nicht zu erwarten war. Es sollte vermieden werden, dass Kunden durch eine mehrmalige Änderung des Prozesses – eine wenigstens vorübergehende Rückkehr zu One-Stop-Shopping wäre ja nach der Ersatzbescheiderlassung notwendig gewesen - weiter verunsichert werden. Dass dieses Entgegenkommen nun offensichtlich gegen mobilkom verwendet wird, lässt Zweifel entstehen, ob ein ähnliches Vorgehen in vergleichbaren Situationen in Zukunft ratsam ist.

mobilkom austria

## 2. Pönalen

### 2.1 Notwendigkeit von Pönalen?

mobilkom möchte eingangs noch einmal auf die Unzulässigkeit einer Anordnung von Pönalen durch die Regulierungsbehörde im konkreten Fall eingehen. In der Begründung (S. 80) wird die Anordnung von Pönalia als „zur Sicherstellung der Verpflichtungen aus der vorliegenden Anordnung erforderlich und angemessen" bezeichnet. Während auf die in keinster Weise gegebene Angemessenheit noch bei der Höhe einzugehen sein wird, ist jedoch schon die grundlegende Voraussetzung der Erforderlichkeit nicht gegeben. Dies erhellt sich unter anderem nicht zuletzt daraus, dass seit Aufhebung der Bescheide des Erstverfahrens jedenfalls mobilkom weder eine bescheidmäßig auferlegte, noch eine vertragliche Verpflichtung zur Zahlung von Pönalstrafen bei Nichteinhaltung von Antwortzeiten hat. Vielnmehr gibt es in den meisten Fällen - wegen der Nichtexistenz von bescheidlichen oder vertraglichen MNP-Verpflichtungen überhaupt - nicht einmal eine Verpflichtung zur Beantwortung von NÜV-Requests eines anderen Betreibers. Dennoch erfolgt auch seither nicht nur eine zeitgerechte Beantwortung sämtlicher Anfragen, sondern sogar eine stetige Verbesserung in Richtung kürzerer Antwortzeiten und reduzierter Fehlerfälle. Es besteht daher überhaupt kein Grund für die Annahme, dass die allgemeinen privatrechtlichen bzw. nach dem TKG bestehenden Möglichkeiten, die Einhaltung der Bescheidverpflichtungen durch die andere Partei zu erzwingen, nicht ausreichen würden. Allein deshalb ist schon das Gebot der Verhältnismäßigkeit verletzt und die Pönalanordnung daher unzulässig.

### 2.2 Berechnungsmethode und Höhe des Pönales – Antragsänderung

mobilkom hat im Schriftsatz vom 1.4.2005, Punkt 2.2.5, angeregt, für den Fall der Anordnung eines Pönales für die Ermittlung der Höhe derselben nachstehende Formel heranzuziehen:

$$X = A \times B \times 10\% \times 5{,}25$$

Hierbei gilt:
X = Höhe des Pönales in Euro
A = Anzahl der in diesem Monat von diesem Betreiber gestellten, gültigen NÜV-Anfragen
B = Anzahl der verspätet beantworteten Anfragen
10% → Annahme, dass 10% der Kunden, die die NÜV-Info verspätete erhalten haben, „verlorene" Kunden für den anfragenden Betreiber sind
5,25 → durchschnittlicher Gewinn pro Kunde und Monat in Euro

Dabei ist bedauerlicher Weise ein Fehler unterlaufen. Tatsächlich sollte die Formel lauten:

$$X = 12 \times B \times 10\% \times 5{,}25$$

mobilkom austria

mobilkom ist überrascht, dass die Formel nun unverändert, wie im Schriftsatz vom 1.4.2005 enthalten, in den Bescheid Eingang gefunden hat, zumal der Irrtum nach Ansicht von mobilkom ganz offensichtlich war und die Berechnungsformel, wie sie nun angeordnet wurde, zu exorbitanten Pönalsummen und wahrlich abstrusen Ergebnissen führt. Im gleichen Schriftsatz wurde von mobilkom nämlich in Punkt 2.2.3. die Berechnung des potentiell entstehenden Schadens pro Monat erklärt mit der Anzahl der verspätet beantworteten Anfragen, multipliziert mit 5,25 Euro. In Punkt 2.2.5. fand sich dann die Anregung, die Höhe des Pönales anhand des potentiell entstandenen Schadens zu bemessen. Wäre die Multiplikation mit der Anzahl der insgesamt in diesem Monat gestellten Anfragen tatsächlich beabsichtigt gewesen, so wäre wohl auch erklärt worden, warum dieser an sich logisch nicht nachvollziehbare Schritt für sinnvoll erachtet würde. Eine solche Erklärung ist aber weder im Schriftsatz enthalten, noch gibt es eine solche. Der potentiell entstandene Schaden ist genau der Gleiche (nämlich 10 x € 5,25), egal ob zehn von zehn, zehn von hundert, oder zehn von tausend Anfragen nicht oder zu spät beantwortet wurden. Nach dieser Formel würde jedoch jener Betreiber, der nur zehn Prozent seiner Anfragen verspätet beantwortet hat, eine zehn mal so hohe Strafzahlung zu leisten haben, als jener Betreiber, der keine einzige Antwort rechtzeitig geliefert hat – was schlichtweg absurd wäre.

Zur Verdeutlichung möchte mobilkom ein Beispiel vorbringen, welches sich an den tatsächlich im Monat November zwischen mobilkom und tele.ring gestellten NÜV-Anfragen orientiert. mobilkom hat an tele.ring rund 600 Anfragen gestellt, tele.ring an mobilkom rund 3000 Anfragen (bei beiden Betreibern waren die verspäteten Antworten in Wirklichkeit innerhalb der Toleranzgrenzen) . Nur für das Beispiel angenommen wird jedoch, dass beide Betreiber die gleich Anzahl, nämlich 230 Anfragen, zu spät beantwortet hätten, d.h. für mobilkom 7,6 Prozent, für tele.ring 38,3 Prozent, gemessen jeweils an der Gesamtzahl an Anfragen. mobilkom hätte damit die zulässige Toleranz ganz knapp (um 0,1 Prozent oder 5 Anfragen) überschritten, tele.ring hingegen ganz deutlich (um 30,8 Prozent oder 185 Anfragen). Das Pönale nach der im Bescheidentwurf enthaltenen Formel würde sich wie folgt berechnen:

mobilkom: 3.000 x 230 x 0,2 x € 5,25 = € 724.500 (!)

tele.ring: 600 x 230 x 0,2 x € 5,25 = € 144.900

Der potentiell entstandene Schaden bei beiden Betreibern beträgt nach der von der TKK in der Bescheidbegründung als nachvollziehbar bezeichneten Berechnung bei beiden Betreibern € 241,5, gerechnet auf ein Monat. Zieht man für die Berechnung eine Verweildauer beim

aufnehmenden Betreiber von zwölf Monaten heran, beträgt der potentielle Schaden Schaden somit € 2.415. Zwölf Monate als Berechnungszeitraum erscheint insbesondere auf Grund der Tatsache schon eher hoch gegriffen, dass ein nicht unerheblicher Anteil der Portierungen Prepaid-Kunden betrifft, bei denen natürlich nicht von der Einhaltung einer Mindestvertragsdauer ausgegangen werden kann. mobilkom hält allerdings die Annahme der TKK für weit überzogen, dass 20% jener Kunden, deren Anfrage zu spät beantwortet wurde, verlorene Kunden für den anfragenden Betreiber wären. Zu beachten ist hier insbesondere, dass ja nur jene Kunden einen Schaden beim NBauf verursachen, die dann auf einen Betreiberwechsel überhaupt verzichten, was äußerst unwahrscheinlich ist. Einige Teilnehmer werden wohl auf die Portierung verzichten, aber trotzdem wechseln. Nach Ansicht von mobilkom beträgt der potentielle Schaden in obigem Beispiel daher überhaupt maximal € 1.208, da realistischer Weise höchstens zehn Prozent der verspäteten Anfragen tatsächlich verlorene Kunden für den anfragenden Betreiber sind. Das Pönale würde damit bei mobilkom zumindest das 300-fache (!) des Schadens lt. Bescheidbegründung betragen, bei tele.ring immer noch das 60-fache. Diese Beträge sind ganz offensichtlich absolut unverhältnismäßig. Umso absurder erscheint das Ergebnis, das die Pönalsumme von mobilkom sechs Mal so hoch ist wie jene von tele.ring, obwohl mobilkom die SLA-Vorgabe nur ganz knapp verfehlt hat, tele.ring aber nur etwas mehr als die Hälfte der Anfragen rechtzeitig beantwortet hat. Selbst wenn tele.ring keine einzige rechtzeitige Antwort geliefert hätte, wäre die Pönalsumme gerade einmal halb so hoch wie jene von mobilkom! Die TKK hat in der Begründung (Seite 80) festgehalten, die Pönalregelung wäre insbesondere deshalb angemessen und verhältnismäßig, weil sie sich bei der Bemessung an der konkret zu erwartenden Schadenshöhe orientiere. Genau dies ist aber, wie die vorherigen Ausführungen zeigen, nicht der Fall. Die Pönalhöhe ist nicht nur direkt proportional zur Anzahl der verspäteten Antworten (was ja berechtigt wäre), sondern ebenso direkt proportional zur Anzahl der insgesamt gestellten Anfragen – mit dem völlig inakzeptablen Ergebnis, dass ein Betreiber, der von hundert Anfragen keine Einzige überhaupt beantwortet, nur einen Bruchteil jener Pönalsumme zu leisten hätte wie einer, der von tausend Anfragen achtzig um eine Minute zu spät beantwortet. In beiden Fällen stünde die Höhe der Pönale zudem in keinem zu rechtfertigenden Verhältnis zur konkret zu erwartenden Schadenshöhe. Die Multiplikation mit der Anzahl der Anfragen ist daher unbedingt zu streichen. Ein von H3G geforderter disziplinierender Effekt des Pönales ergibt sich schon daraus, dass bei Nichterfüllung der SLA-Vorgaben die Pönalsumme anhand der Gesamtheit der verspäteten Antworten berechnet wird, und nicht nur anhand der Anzahl der über die zulässige Toleranzgrenze hinausgehenden. Während also z.B. bei 1000 Anfragen 75 „straflos" zu spät

beantwortet werden können, erfolgt bei 80 verspäteten Antworten die Pönalberechnung bereits mit dem Faktor 80 (und nicht mit der Differenz zu der gerade noch zulässigen Anzahl, also Faktor 5). Ein sogar erheblicher disziplinierender Charakter ist daher zweifellos gegeben.

mobilkom berichtigt hiermit ausdrücklich den irrtümlich unrichtig gestellten Eventualantrag. Die TKK möge für den Fall der Anordnung eines Pönales folgende Formel heranziehen:

$$X = 12 \times B \times 10\% \times 5{,}25$$

Hierbei gilt:
X = Höhe des Pönales in Euro
12 → für die Schadensberechnung herangezogene, voraussichtliche Verweildauer des Kunden in Monaten
B = Anzahl der verspätet beantworteten Anfragen
10% → Annahme, dass 10% der Kunden, die die NÜV-Info verspätete erhalten haben, „verlorene" Kunden für den anfragenden Betreiber sind
5,25 → durchschnittlicher Gewinn pro Kunde und Monat in Euro

## 2.3 Pönalen für verspätet beantwortete Durchführungsaufträge

Die TKK hat Pönalen sowohl für verspätet beantwortete NÜV-Anfragen, als auch für verspätet beantwortete Durchführungsaufträge in den Bescheidentwurf aufgenommen. Hinsichtlich der Durchführungsaufträge wurde in der Begründung bemerkt, mobilkom hätte zwar eine völlige Streichung der Pönalen bei Durchführungsaufträgen verlangt, dies jedoch nicht näher begründet. Letzteres wurde aber sehr wohl begründet (siehe dazu den Schriftsatz vom 1.4.2005, Seite 5). Es ist nämlich davon auszugehen, dass die verspätete Beantwortung eines Durchführungsauftrages keinerlei konkret zu erwartenden Schaden verursacht, weil dieser – bereits zur Portierung entschlossene – Kunde im schlimmsten Fall zu einem späteren Zeitfenster portiert wird. Der aufnehmende Betreiber würde daher maximal um den Gewinn aus den Gesprächsumsätzen weniger Tage geschädigt (nämlich aus jenem Zeitraum zwischen ursprünglich beantragtem, und letztlich bestätigtem Portiertermin). Es handelt sich also allenfalls um einen Bagatellbetrag von wenigen Euro, weshalb es keinerlei Rechtfertigung für irgendein Pönale gibt. Diesen aber nun mit Pönaldrohungen in der Höhe von – wie oben gezeigt – mehreren hunderttausend Euro zu sanktionieren, entbehrt schlichtweg jeder Grundlage.

## 2.4 Separate Pönalen für Großkunden- und Standardprozess, sowie NÜV-Information und Durchführungsauftrag

Der Bescheidentwurf sieht kumulative Pönalen für die verspätete Beantwortung von Anfragen im Standard- und im Großkundenprozess vor. Dies führt zu dem Ergebnis, dass ein

Betreiber in einem Monat, bei Verfehlung der SLA-Erfordernisse in beiden Prozessen, jeweils für NÜV-Information und Durchführungsauftrag (zur generellen Unzulässigkeit von Pönalen für den DFA siehe oben), vierfach pönalpflichtig würde. Die TKK geht dabei offensichtlich davon aus, dass es sich um vier völlig voneinander unabhängige Prozessschritte handelt, die in keiner Weise technisch oder organisatorisch zusammenhängen. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass eine Nichteinhaltung der SLA-Werte mit sehr großer Wahrscheinlichkeit ihre Ursache in einem technischen Gebrechen eines internen Systems, oder im Zusammenhang mit dem Datenaustausch zwischen den Betreibern hat. In einem solchen Fall beschränken sich die Auswirkungen dieses Gebrechens nicht nur auf einen einzelnen Prozessschritt, sondern sowohl auf Großkunden- als auch auf Standardprozess, und sowohl auf NÜV-Information als auch auf Durchführungsauftrag. Selbst wenn dieses technische Gebrechen dem Betreiber nun schadenersatzrechtlich vorwerfbar wäre, ist es wohl nicht zulässig, ein und dasselbe Verhalten vierfach (!) zu pönalisieren. Insbesondere die Kumulierung der Pönalstrafen für NÜV-Information und Durchführungsauftrag bewirkt im Normalfall in etwa eine Verdoppelung der Pönalsumme – ohne dass eine zusätzliche oder schwerere Verfehlung vorliegen würde, und ohne dass (wie bereits oben ausgeführt) ein höherer Schaden zu erwarten wäre!

Sollte die TKK daher nicht zu dem Entschluss gelangen, auf einzelne oder alle Pönalen gänzlich zu verzichten, so wäre zumindest eine Regelung aufzunehmen, dass mit der höchsten Einzelpönale sämtliche anderen Pönalen im selben Monat gleichfalls abgedeckt sind.

## 2.5 Verschulden – Beweislastumkehr – richterliches Mäßigungsrecht

mobilkom hat für den Fall der Anordnung von Pönalen beantragt, ein richterliches Mäßigungsrecht vorzusehen, sowie eine Einschränkung auf grobes Verschulden bzw. Vorsatz. Ersterem wurde insbesondere mit dem Einwand nicht Folge gegeben, da es sich ja um ein Verhältnis zwischen zwei Vollkaufleuten handle. mobilkom kann dieses Argument nicht nachvollziehen. Ein richterliches Mäßigungsrecht hat in keiner Weise seinen einzigen Zweck darin, einen Konsumenten vor der „Übermacht" eines Unternehmers zu schützen. Es soll auch eine Berücksichtigung von Art und Ausmaß des Schadens sowie des Grades des Verschuldens ermöglichen – was in bestimmten Fällen, wie dem vorliegenden - auch zwischen Kaufleuten sinnvoll sein kann, und in der Praxis auch vereinbart wird. Hierbei zu berücksichtigen wäre etwa, ob auf Grund eines leichten Verschuldens das SLA-Ziel knapp

verfehlt wurde, oder – im krassen Gegensatz dazu – auf Grund von Unwillen einer Partei keine einzige Anfrage überhaupt beantwortet wurde.

Gegen beides – das richterliche Mäßigungsrecht und die Einschränkung auf grobes Verschulden und Vorsatz – wurde eingewandt, dass ja ohnehin eine Fehlertoleranz von 7,5 Prozent vorgesehen wurde. Hierbei vermengt die TKK völlig unterschiedliche Themenbereiche. Die Fehlertoleranz soll verhindern, dass in die Verfügbarkeit von Systemen und sonstigen Ressourcen nicht unverhältnismäßig hohe Summen investiert werden müssen, um eine (nahezu) hundertprozentige SLA-Einhaltung zu garantieren. Die Einschränkung des Verschuldensgrades hingegen hat den Zweck, dass der Beweis, dass nicht einmal das leichteste Verschulden des Pönalepflichtigen vorgelegen hat, in der Praxis kaum bzw. nicht zu erbringen ist. Es ist nun mal ungleich schwerer bzw. in vielen Fällen schlicht unmöglich, zu **beweisen**, ein bestimmtes Verhalten habe **nicht** vorgelegen. Aus genau diesem Grund erfolgt im Wirtschaftsleben üblicher Weise eine Einschränkung auf grobes Verschulden und Vorsatz. Eine solche Regelung wurde auch für die Pönalbestimmungen in einem anderen Vertrag zwischen mobilkom und H3G vereinbart, ist also sogar zwischen den Parteien des hier gegenständlichen Verfahrens gebräuchlich. Das Argument der TKK, der das SLA verletzende Betreiber sei alleine in der Lage, nachzuweisen, ob er seinen Verpflichtungen nachgekommen sei, geht am Problem vorbei. Die von mobilkom gewünschte Regelung hat nicht zum Ziel, dem (vermeintlich) Pönaleberechtigten die Beweislast aufzubürden, sondern geht dahin, die Beweislast des Betreibers, der das SLA verletzt, auf ein praxistaugliches Maß einzuschränken. Ohne diese Einschränkung bedeuten die im Bescheidentwurf enthaltenen Bestimmungen faktisch keinen Unterschied zu einer verschuldensunabhängigen Haftung, was wiederum unverhältnismäßig wäre.

## 3. Portierentgelt

### 3.1 Nichtberücksichtigung von Set-up Kosten

Der Ersatz von set-up Kosten wird von der TKK im wesentlichen mit dem Argument abgelehnt, dass es sich um die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung durch die Betreiber handle, und daher diese Kosten nicht anderen Betreibern aufgebürdet werden dürften. Dieses Argument erscheint jedoch nicht schlüssig. Es gibt gerade im Bereich des TKG mehrere Fälle „gesetzlicher Verpflichtungen", bei denen es sehr wohl so ist, dass beim Kostenersatz auch Investitionen berücksichtigt werden. Dies betrifft die gesetzliche Verpflichtung zur Zusammenschaltung ebenso wie etwa die Universaldienstverpflichtung der Telekom Austria. Im Verfahren W 2/02 wurde von der TKK selbst festgestellt, dass sich aus

mobilkom austria

der marktbeherrschenden Stellung der Telekom Austria eine gesetzliche Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung ergäbe, und damit eine Verpflichtung zur Legung eines Großhandelsangebotes betreffend des Zuganges zur Anschlussleitung. Für die Erbringung dieser Leistung waren vielfache Systemanpassungen seitens TA notwendig, unter anderem die Mandantenfähigkeit der Kundenschnittstellen, eine Adaptierung von Verkehrsmesssystemen, und vieles mehr. Als Ersatz für Investitions- und Implementierungskosten wurde der TA in der Entscheidung eine Pauschalsumme von € 750.000 pro Resale-Partner zugestanden! Die Frage, warum gerade bei MNP kein solcher Ersatz erfolgen sollte, wird von der TKK nicht beantwortet.

Die TKK behauptet weiters, es wäre beim Ersatz von kostenorientierten Entgelten aus Zusammenschaltungsleistungen undenkbar, etwa die Beschaffung der technischen Grundausstattung zu berücksichtigen. Etwa bei der Terminierungsleistung handelt es sich jedoch ganz zweifellos um eine Zusammenschaltungsleistung, bei der – ebenfalls unstrittig – im Rahmen der Netzkosten auch Investitionen berücksichtigt werden. Die Portierung ist – wie in der Bescheidbegründung umfassend ausgeführt – ebenfalls eine Zusammenschaltungsleistung, bei der Ersatz der Investitionskosten nun als undenkbar bezeichnet wird. Eine Begründung dieser unterschiedlichen Behandlung zweier Zusammenschaltungsleistungen bleibt die TKK jedoch schuldig.

Zum wiederholten Mal sei auch darauf hingewiesen, dass die Tatsache, dass Portierungen wechselseitig erfolgen (jeder Betreiber also sowohl als NBab, als auch als NBauf tätig wird), kein taugliches Argument für einen Entfall des Kostenersatzes ist. Dass es bei annähernd ausgeglichenen Portiermengen und ähnlichen Kostenstrukturen aus Effizienzgründen vernünftig sein wird, auf eine gegenseitige Verrechnung zu verzichten, ist natürlich richtig, hat aber mit einem grundsätzlichen Anspruch auf Kostenersatz nichts zu tun. Auch die Behauptung, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip sei schon deshalb genüge getan, weil Implementierungsmaßnahmen alle Betreiber gleich betreffen würden und daher keine einseitigen Belastungen vorliegen würden, widerspricht ganz offensichtlich den Ergebnissen des wirtschaftlichen Gutachtens. Die von den Gutachtern erhobenen Gesamtkosten des Betreibers mit den höchsten Kosten sind sechs Mal so hoch wie jene des Betreibers mit den niedrigsten Kosten. Einseitige Belastungen liegen daher sehr wohl vor.

mobilkom austria

## 3.2 Untaugliches Mengengerüst

Die TKK orientiert sich für die Kostenberechnung nicht an den tatsächlich bisher abgewickelten Portierungen, sondern an jenem theoretischen Kapazitätsmodell, anhand dessen beim Erstbescheid die sicherzustellenden Maximalkapazitäten der technischen Systeme festgelegt wurden. Zum damaligen Zeitpunkt nahm die TKK – entgegen der massiven Einwände mehrerer Verfahrensparteien, und entgegen den damals vorliegenden internationalen Vergleichswerten – an, dass 30 Prozent aller den Betreiber wechselnden Teilnehmer ihre Nummer mitnehmen würden. Dieser Wert hat sich, wie die tatsächlichen Portierzahlen zeigen, um zumindest das fünffache (!) zu hoch erwiesen. Als Erklärung für diese mangelnde Inanspruchnahme werden unter anderem technische Probleme am Anfang angeführt, aber auch „mangelnder Bekanntheitsgrad" und „erhebliche Schwankungen der Portierzahlen". Die Möglichkeit der Rufnummernmitnahme gibt es nunmehr seit fünfzehn Monaten, und seit zumindest zehn Monaten erfolgt auch eine intensive Bewerbung dieser Möglichkeit durch zwei Marktteilnehmer. Es ist also davon auszugehen, dass das Produkt mittlerweile ausreichend in den Köpfen der Menschen verankert ist, dass sie sich dieser Möglichkeit durchaus bewusst sind. mobilkom mag auch die angeblich erheblichen Schwankungen der Portierzahlen nicht erkennen. Von Juni (also nach dem Einsetzen der Werbekampagne von tele.ring und H3G) bis Oktober betrug die Abweichung der Port-out-Zahlen von mobilkom maximal rund 20 Prozent. Es folgte ein zu erwartender Anstieg im November und Dezember (Weihnachtsgeschäft) – im Dezember auf rund das Doppelte eines „normalen" Monats. Im Jänner wird der Wert, wie die bisherigen Zahlen erwarten lassen, wieder im Bereich der Monate Juni bis Oktober liegen. Es gibt also keinen wie immer gearteten Anhaltspunkt, der auf einen signifikanten Anstieg der Portierzahlen in den nächsten Monaten schließen ließe! Ebenso ist die Annahme völlig aus der Luft gegriffen, dass Werbung und Marketingmaßnahmen einen Zugewinn an Bekanntheit erwarten lassen würden – eine Begründung für diese Annahme wird auch nicht geliefert. Zwei Betreiber, H3G und tele.ring, bewerben MNP schon seit Mai 2005 intensiv, die restlichen Betreiber haben auch im Weihnachtsgeschäft 2005 auf einen Einsatz der Rufnummernmitnahme in ihren Kampagnen verzichtet. Warum nun nach den Annahmen der TKK offenbar eine plötzliche Änderung dieser Strategie erfolgen sollte, bleibt schleierhaft. Auch die Anfänge der Großkundenportierung bleiben hinter den ohnehin bescheidenen Erwartungen noch weit zurück. Obwohl die Möglichkeit seit Dezember besteht, sind die bisherigen NÜV-Anfragen im wahrsten Sinne des Wortes an einer Hand abzuzählen. Zum Zeitpunkt dieses Schriftsatzes wurde von mobilkom im Großkundenprozess ein einziger Kunde mit insgesamt 27 SIM-Karten (!) exportiert.

mobilkom austria

Eine zukunftsorientierte ex-ante-Regulierung muss sich selbstverständlich an den vorliegenden Erfahrungswerten orientieren. Dabei ist es natürlich möglich, etwaige tatsächlich bestehende technische Probleme am Beginn zu berücksichtigen. Es ist aber auch geboten, die im wesentlichen gleichbleibenden Portiermengen seit Juni 2005 (mit den zu erwartenden Steigerungen im Weihnachtsgeschäft, und dem anschließenden Rückgang auf das vorherige Niveau) gebührend zu würdigen. Wie oben erwähnt, gibt es auch keinerlei Anhaltspunkte, die eine signifikante Änderung des status quo erwarten lassen. Absolut unzulässig wäre daher eine Orientierung an Maximalkapazitäten, die im Erstbescheid ohne jegliche Erfahrungswerte – wie unter anderem von mobilkom immer eingewendet wurde, und sich auch im Nachhinein erwiesen hat – um ein Vielfaches zu hoch angenommen wurden. Nun zu argumentieren (Seite 89), die Nichtausnutzung der vollen Kapazitäten entspräche einer ineffizienten Nutzung, deshalb müsse mit einer vollen Ausnutzung gerechnet werden, ist schlichtweg paradox. Zudem widerspricht es auch jeglichen Grundsätzen einer vernünftigen Systemdimensionierung. Eine solche erfolgt in der Weise, dass das System in einem Prozess entstehende Kapazitätsschwankungen ausgleichen kann. Das System wird daher auf zu bestimmten Zeitpunkten bestehende Höchstbelastungen ausgelegt. Es liegt in der Natur der Sache, dass diese Peak-Auslastung natürlich nicht immer, sondern nur ausnahmsweise gegeben ist. Über die meiste Zeit liegt die Auslastung deutlich unter der Höchstkapazität. Eine 100-prozentige Auslastung, wie von der TKK angenommen, ist daher schon aus technischen Gründen nicht praxistauglich!

Ebenso unverständlich ist die Aussage, eine Heranziehung der Ist-Werte entspräche einer ex-post Betrachtung ohne jede zukünftige Entwicklung. mobilkom hat etwa im Schriftsatz vom 30.11.2005 ein Mengenmodell vorgeschlagen, dass eine Berücksichtigung der Ist-Werte und eine optimistischer Weise („best case") zu erwartende Steigerung für die Zukunft (Dauer der Bescheidlaufzeit) vornimmt. Ex-ante-Betrachtung kann nicht bedeuten, sich an einer auf einer freien Schätzung (die sich noch dazu als falsch herausgestellt hat) beruhenden Maximalkapazität zu orientieren, von der bereits heute gesagt werden kann, dass sie mit Sicherheit wenigstens für die Geltungsdauer des Bescheides nicht annähernd erreicht werden wird.

### 3.3 Keine Anordnung konkreter Entgelte

Im Bescheidentwurf erfolgt lediglich die Festlegung einer Kostenobergrenze, die sich an den Kosten jenes Unternehmens mit den höchsten Kosten orientiert. Die konkreten

wechselseitigen Ersatzbeträge werden bis zu dieser Grenze der „freien" Vereinbarung der Parteien überlassen. Die von der TKK errechneten Kosten betragen zwischen € 1,96 und € 8,21 – die höchsten Kosten betragen also mehr als das vierfache der niedrigsten. Die TKK hält fest, die getroffene Anordnung einer Obergrenze als ein höchstes errechnetes Entgelt solle als Maßnahme der Regulierung im Sinne des § 1 Abs. 2 lit. b TKG 2003 verhindern, dass durch die Festlegung unterschiedlicher Entgelte wettbewerbsverzerrende Effekte auftreten. Diese wettbewerbsverzerrenden Effekte wurden jedoch nicht näher erläutert. Es fehlt etwa eine spezifische Rechtfertigung für das Entstehen eines einheitlichen Marktpreises, wie sie etwa in den vor kurzem abgeschlossenen Verfahren über die Festlegung der Mobilterminierungsentgelte dargelegt wurde.

## 3.4 Großkundenrabatte

Die TKK hat in den Bescheidentwurf eine Rabattierungsregel für die Portierung von Großkunden aufgenommen, und sich dabei an dem privatrechtlich zwischen mobilkom und One bzw. mobilkom und T-mobile vereinbarten Vertrag über die Abgeltung von Portierkosten zwischen Betreibern orientiert. mobilkom hält diese Vorgehensweise für absolut unzulässig. Die genannten Vereinbarungen stellen eine in sich geschlossene Gesamtheit dar, deren Bestandteile nicht einfach herausgelöst werden können. Wesentliche Grundlage ist die Tatsache, dass durch das Portierentgelt von € 29 (zusätzlich zu der den Endkunden direkt verrechneten Gebühr) wenigstens ein erheblicher Teil der tatsächlich verursachten Kosten abgedeckt wird. Ausgehend davon wurde dann in den Verhandlungen ein Diskontierungsschema entworfen. Der im Entwurf festgelegte Betrag von € 8,21 verursacht schon an sich eine massive Kostenunterdeckung, die durch die Rabattierung selbstverständlich noch verschärft wird. Hier, wie von der TKK in der Begründung auf Seite 91 festgehalten, einen „grundsätzlichen Willen von mobilkom und der jeweiligen Vertragspartei zur Rabattierung" anzunehmen, übersieht, dass Rabatt und Ausgangswert untrennbar miteinander verknüpft sind. Es erscheint mobilkom absolut unverständlich, warum der zwischen jenen Betreibern, die mehr als drei Viertel des österreichischen Marktes (bzw. nach dem zu erwartenden Vollzug der tele.ring Übernahme 95 Prozent) abdecken, vereinbarte Grundbetrag von € 29 in keiner Weise Berücksichtigung gefunden hat, sehr wohl jedoch die Teil dieser Vereinbarungen bildende Rabattstaffel. Hinzu kommt noch, dass weder mobilkom noch die Verfahrensgegner H3G und tele.ring überhaupt irgendeine Rabattregelung für Großkunden beantragt hätten. H3G hat sich vielmehr sogar ausdrücklich gegen eine solche ausgesprochen. Die Anordnung einer Rabattstaffel in den hier gegenständlichen Verfahren ist daher unzulässig.

mobilkom austria

## 4. Anhang 1 (Datenmodell)

Eine Anordnung des sogenannten „Datenmodells" wird nun in Anhang 1 beabsichtigt. Obwohl mobilkom im Verfahren (jedoch unter Aufrechterhaltung sämtlicher genereller Positionen gegen den One-Stop-Shopping-Prozess allgemein) zwar inhaltlich keine Einwände gegen den Inhalt des Dokuments vorgebracht hat, hat sich mobilkom doch immer schon aus grundsätzlichen Erwägungen gegen eine Anordnung desselben ausgesprochen. Zum einen vertritt mobilkom nach wie vor die Ansicht, dass die TKK keine Zuständigkeit hat, um Regelungen in einer derartigen Tiefe, wie sie in Anhang 1 enthalten sind, anzuordnen. Nur beispielhaft sei erwähnt, dass in diesem Dokument unter anderem die genaue Bezeichnung von Dateien, e-mail-header, usw. festgelegt sind. Zum anderen aber besteht die Tatsache, dass insbesondere dieser Anhang laufenden Veränderungen unterworfen ist. Auch die TKK anerkennt in der Begründung (Seite 97), dass es sich dabei um ein „lebendes Dokument" bzw. „eine Art Momentaufnahme" handelt. Allein diese Feststellungen der Behörde sprechen ganz eindeutig gegen eine Anordnung, deren Eigenschaft es ja ist, Dinge wenigstens für eine gewisse Zeitdauer unveränderlich festzuschreiben. In diesem Fall würde das noch dazu in voneinander unabhängigen Regulierungsverfahren zwischen unterschiedlichen Parteien geschehen, wobei jedoch jede Abänderung alle am österreichischen Markt tätigen Betreiber (also auch solche, die an keinem Verfahren beteiligt sind) betreffen würde. Ein permanent in Veränderung befindliches Dokument ist keinesfalls ein tauglicher Gegenstand einer Anordnung.

In diesem Zusammenhang sei auch auf ein jüngstes Erkenntnis des VwGH vom 19.12.2005, Zl. 2005/03/0200, verwiesen, in dem festgehalten ist, dass eine zulässige Anordnung der TKK auf Regelungen im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung beschränkt ist, die zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich oder mit der Zusammenschaltungsleistung zwingend verbunden sind. Dies betrifft wohl den grundlegenden Prozessablauf, Fristen, Entgelte, oder Kündigungsbestimmungen, nicht jedoch detaillierteste technische Spezifikationen, Kontaktdaten von Help-Desks, und ähnliches. Gemäß dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit iSd § 34 Abs. 1 TKG 2003 muss die Anordnung „auf das für die Zusammenschaltung Erforderliche beschränkt bleiben", mag letztlich auch im Rahmen der Zusammenschaltung bilateral ein weiterer Umfang vereinbart werden.

mobilkom austria

## 5. Übersendung der NÜV-Information per e-mail

mobilkom hat einer Übersendung der NÜV-Information im Großkundenprozess bereits in den Betreibergesprächen überhaupt nur unter der Voraussetzung zugestimmt, dass es sich um eine persönliche oder eine Firmenadresse des Teilnehmers handelt. Verhindert werden sollte damit, dass sich Mitbewerber unzulässiger Weise Einblick in vertrauliche Daten des abgebenden Betreibers verschaffen. Es handelt sich nämlich, entgegen den Ausführungen der TKK, sehr wohl um vertrauliche Daten des NBab. Ein wesentlicher Bestandteil von Großkundenkonditionen ist meistens auch eine Rabattierung des Grundentgelts, die somit ganz leicht aus den dem anfragenden Betreiber übermittelten Informationen abzulesen wäre. Es bestehen daher ganz erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken hinsichtlich vertraulicher Daten des abgebenden Betreibers! Die Aussage, solche Sonderkonditionen würden in einem „gesonderten Vertrag zwischen Betreiber und Kunden geregelt, der ohnedies nicht zu übermitteln ist" (Seite 84), ist daher in keiner Weise nachvollziehbar, ebenso wenig wie die abschließende Bemerkung, eine gesonderte Zustimmung durch den NBab würde nicht „als notwendig erachtet". Die TKK verabsäumt es umgekehrt aber, auch nur den geringsten Ansatz einer Begründung dafür zu geben, wieso eine Übermittlung an den anfragenden Betreiber per e-mail überhaupt als notwendig für den Prozess erachtet wird. Während es beim One-Stop-Shopping Prozess außer Frage steht, dass aus Zeitgründen und auf Grund des sonstigen Prozesses eine elektronische Übermittlung sämtlicher Dokumente an den anfragenden Betreiber erfolgen muss, so ist dies beim Großkundenprozess in keinster Weise der Fall. Auf Grund der zulässigen Antwortzeit von drei Tagen muss der Kunde ohnehin zumindest ein zweites Treffen mit dem Vertreter des NBauf vereinbaren, weshalb eine Übermittlung an den NBauf den Ablauf nicht im geringsten vereinfacht. Die TKK ist jedoch angehalten, bei regulatorischen Eingriffen das gelindeste Mittel zu wählen, das noch zum gewünschten Erfolg führt. Der Großkundenprozess funktioniert in genau gleicher Weise, unabhängig davon, ob die NÜV-Information an den Kunden direkt, oder den anfragenden Betreiber übersendet wird. Daher besteht hier keine Notwendigkeit für einen regulatorischen Eingriff, und es ist das gelindere Mittel, die Übermittlung an den Kunden anzuordnen. Es besteht nicht einmal ein zwingender Bedarf einer Übermittlung per e-mail überhaupt, ebenso wie etwa die Übermittlung der einem Kunden zugeordneten Rufnummern per csv-Datei an den anfragenden Betreiber – ohne Übereinstimmung der Parteien in diesem Punkt – einer Anordnung nicht zugänglich wäre. Allein der Wunsch einer Partei, oder eine geringfügige Aufwandsersparnis, ist nicht ausreichend, um eine Anordnung einer an sich nicht zwingend für den Prozess und das Gesamtergebnis notwendigen Regelung zu rechtfertigen.

mobilkom möchte nicht zuletzt auch darauf hinweisen, dass im Schriftsatz vom 2.8.2005 für den Fall der Nichtaufnahme des von mobilkom beantragten Zusatzes beantragt wurde, die Anforderung der NÜV-Information im Wege über den NBauf generell zu streichen, zumal diese Möglichkeit aus prozesstechnischer Sicht in keiner Weise notwendig ist. Für den Fall der Anordnung dieser Möglichkeit wäre daher von der TKK ausführlich zu begründen, weshalb ein solcher Schritt beim Großkundenprozess – mit einer zulässigen Antwortzeit von drei Tagen (!) - notwendig und verhältnismäßig iSd § 34 Abs. 1 TKG 2003 ist.

## 6. Informationspflichten

Im neuen Bescheidentwurf werden die derzeit bestehenden Berichtspflichten doch zum Teil erheblich abgeändert. Es ist daher notwendig, für die dafür notwendigen technischen Anpassungen auch eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen. mobilkom beantragt daher, folgenden Zusatz beim Punkt „Informationspflichten" aufzunehmen:

> Für die Dauer von maximal drei Monaten ab Rechtskraft des Bescheides ist es zulässig, die Informationspflichten in Übereinstimmung mit den Vorschriften der vom VwGH aufgehobenen Bescheide Z 24/03, Z 5/04, u.a., zu erfüllen.

mobilkom möchte weiters festhalten, dass durch die beabsichtigten Informationspflichten die tatsächliche Dauer der Diensteunterbrechung nicht ermittelt werden kann. Vernünftiger Weise kann „Diensteunterbrechung" nur mit der uneingeschränkten aktiven und passiven Funktionalität beim jeweiligen Netzbetreiber definiert werden. Aus dem festgelegten Zeitablauf von *Port-in*, bzw. *Port-out und Routingänderung der Quellnetze* folgt, dass bis zum Beginn des Port-out Zeitfensters die volle Erreichbarkeit beim abgebenden Betreiber gegeben sein muss. Die volle Funktionalität mit der SIM-Karte des NBab ist ab dem Zeitpunkt nicht mehr gegeben, wo entweder der NBab den Port-out durchführt, oder das erste direkt routende Quellnetz sein Routing zum NBauf ändert. Mit der SIM-Karte des NBauf ist der portierte Teilnehmer schon vom Zeitpunkt des Port-in an in der Lage, aktive Gespräche zu führen. Die passive Erreichbarkeit aus allen Netzen ist jedoch erst mit der Routingänderung durch das letzte direkt routende Quellnetz gegeben. Der Beginn des Imports durch den NBauf, in Zusammenhang mit dem Ende der Routingänderungen durch den NBauf, trägt nichts zur Beantwortung der Frage zur Dauer der Diensteunterbrechung bei. Hierfür wäre der Zeitpunkt der am spätesten erfolgten Routingänderung durch ein Quellnetz erforderlich. Dieser Zeitpunkt lässt sich jedoch schon allein deshalb nicht feststellen, zumal es auch direkt routende Festnetze, bzw. einen Mobilbetreiber (Tele2) gibt, die nicht Bescheidadressaten sind und daher nicht den Informationspflichten unterliegen. Wie die Behörde richtig festhält, müssen die im Rahmen der Informationspflichten geforderten Daten in einem angemessenen

mobilkom austria

Verhältnis zur Wahrnehmung der behördlichen Überprüfungsaufgabe liegen. Diese Angemessenheit kann aber schon deshalb nicht gegeben sein, weil die gewünschte Information aus den geforderten Daten nicht ableitbar sind. Diese spezifische Informationspflicht ist daher zu streichen. Die Dauer der Diensteunterbrechung kann als Näherungswert nur mit der zulässigen Dauer des Zeitfensters für Port-out und Routingänderungen angegeben werden. Es stehen mobilkom auch keine tauglichen Statistikdaten zur Verfügung, die etwa den Zeitpunkt von auf Grund von Fehlern verspätet portierter Nummern festhält und dem ursprünglich geplanten Termin zuordnet. Die Entwicklung eines solchen Systems würde erhebliche Kosten verursachen, was aus oben genannten Gründen ohne Zweifel unverhältnismäßig wäre.

Wien, am 23.1.2006

Dr. Alexander Zuser
Handlungsbevollmächtigter