

# office@legal.at

Dr. Karin Wessely Rechtsanwältin

Reinprechtsdörferstr. 62  
A-1050 WienTel (01) 548 42 24  
Fax (01) 548 42 24-24  
mobil 0699 1599 1699mail: office@legal.at  
web: www.legal.atTelekom Control Kommission &  
RTR GmbH  
Mariahilfer Straße 77-79  
1060 Wien  
**FAX-Nr: 01/58058 9191**Wien, am 26.07.2005  
eTel/PAC /  
**Z 8/04**

Antragstellerin: Telekom Austria Aktiengesellschaft  
Lassallestraße 9  
1020 Wien

Antragsgegnerin: eTel Austria AG  
Thomas A. Edison Str. 1  
7000 Eisenstadt

vertreten durch: Dr. Karin Wessely  
Rechtsanwältin  
Reinprechtsdörferstraße 62  
1050 Wien  
Code R18772

wegen: Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung

## **Stellungnahme zum Konsultationsentwurf vom 28.06.2005**

Vollmacht erteilt  
1-fach

Wir verweisen auf unser bisheriges Vorbringen zu Z 8/04 und nehmen zum Entwurf einer Anordnung gem § 128 Abs. 1 TKG 2003 der TKG vom 28.06.2005 wie folgt Stellung:

Neben verfahrensrechtlichen Mängeln finden sich im Konsultationsentwurf krasse materiellrechtliche Fehler. Wir stimmen weder Ziel noch Inhalt oder Ergebnis dieses Entwurfes zu.

Wir verweisen auf unsere ausführlichen bisherigen Stellungnahmen. Konkret nehmen wir zum vorliegenden Entwurf ergänzend Stellung wie folgt:

## **1.1 Mangelnde rechtliche Grundlage, rechtswidrige „Rechtsfortbildung“**

Die Regulierungsbehörde versucht in diesem Entwurf eine über die Grenzen der Gesetzesauslegung weit hinausgehende Rechtsfortbildung durchzusetzen, die in diesem Umfang nur dem Gesetzgeber zusteht. Eine **Deckung im Legalitätsprinzip findet sich nicht**.

Eine rechtliche Grundlage für die Einführung einer PAC ist nicht vorhanden. Der Argumentation im Entwurf kann nicht gefolgt werden.

Der Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.10.2004 ZI 2000/03/0300, dass um einen fairen Ausgleich zu schaffen die Behörde nicht für jede in einer Zusammenschaltungsanordnung getroffene Bestimmung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfe, ist in diesem Verfahren nicht treffend, da der österreichische Gesetz- und Verordnungsgeber Regelungen im TKG und in der UDV geschaffen hat, die diesen fairen Ausgleich zum Inhalt haben. So ist dem Universaldienstleister seine für die Allgemeinheit erbrachten Dienste ein finanzieller Ausgleich zu bezahlen. Eine Rechtsfortbildung durch die Regulierungsbehörde ist daher aufgrund vorhandener rechtlicher Bestimmungen nicht angebracht und notwendig und würde gegen das Legalitätsprinzip verstoßen.

## **1.2 Universaldienst**

### **1.2.1 Zum Gebot der wirtschaftlichen Betriebsführung**

Die Regulierungsbehörde argumentiert in Punkt D.7 des Entwurfes *grosso modo*, dass das dem Universaldienstleister auferlegte Gebot der wirtschaftlichen Betriebsführung gem § 31 Abs 1 TKG dazu führen müsse, dass die Behörde dem Antrag der TA auf PAC stattzugeben habe.

Dies steht im Widerspruch zu den im gleichen Punkt richtig angeführten und von uns auch argumentierten rechtlichen Bedingungen, die das TKG und die UDV vorgeben:

**§ 26 Abs 2 Z 4 TKG 2003 sieht vor, dass der Universaldienstleister die flächendeckende Versorgung mit öffentlichen Sprechstellen an allgemein und jederzeit zugänglichen Standorten zu gewährleisten hat.**

**§ 23 Abs. 1 Z 4 der Universaldienstverordnung (kurz „UDV“, BGBl II Nr. 192/99 idF BGBl II Nr. 173/2000) legt in diesem Zusammenhang fest, dass aus öffentlichen Sprechstellen der ungehinderte Zugang zu allen Rufnummern möglich sein muss.**

Weiters ergibt sich aus § 71 Abs. 1 KEM-V, dass der Zugang zu Rufnummern im Bereich 800 für den Endkunden kostenfrei erfolgen muss.

Die Einführung einer PAC würde diesen Bestimmungen eindeutig widersprechen; sollte die Behörde in diesen Bestimmungen einen Widerspruch zu § 31 Abs 1 TKG (Prinzip der wirtschaftlichen Betriebsführung) sehen, so kann dieser nicht dadurch aufgelöst werden, dass die Behörde diese Bestimmungen ignoriert!

Daraus folgt, dass der Universaldienstbringer dem Gebot der wirtschaftlichen Betriebsführung auf eine andere Weise entsprechen muss. Ohne rechtliche Basis ist jedoch die Forderung einer PAC, solange der Gesetzgeber hierfür keine Rechtsgrundlage geschaffen hat!

Dass der Universaldienstbringer nach Standpunkt der Behörde durch die maßgeblichen Vorschriften nicht daran „gehindert wäre“, sich Universaldienstkosten auf andere Weise abgelteten zu lassen, bedeutet nicht, dass er berechtigt ist, solche zu verlangen. Vielmehr hat TA keinerlei Rechtsanspruch auf eine PAC!

### **1.2.2 Unzulässige Verlagerung der Universaldienstkosten auf den Vorleistungsmarkt**

Eine **Verlagerung der Universaldienstkosten auf den Vorleistungsmarkt widerspricht der Intention des Gesetzgebers**, da mit der Argumentation der Behörde in letzter Konsequenz dem Universaldienst bzw den Bestimmungen über die Kosten des Universaldienstes jeglicher Anwendungsbereich genommen würde.

Der Bescheidentwurf versucht einen Wechsel der Perspektive bei der Anschauung dessen, was „Vorleistung“ ist – vom Endkunden zum Diensteanbieter. Dies ist jedoch rechtlich unzulässig und falsch.

Folgt man dem Gedankengang der Behörde, würde für den Diensteanbieter letztlich alles Vorleistung für die Zusammenschaltung bedeuten, was dazu dient, dass der Endkunde seine Diensterufnummer anwählen kann (zB Zugangsmarkt; Endgerät); **dies widerspricht jedoch der Märktedefinition** bzw der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors.

In Punkt D.6 des Entwurfes meint die Behörde, dass mit Einhebung einer PAC Leistungen der TA abgegolten werden sollen, die diese gegenüber dem Zusammenschaltungspartner erbringt. Im Anschluss daran werden allerdings Leistungen aufgezählt und auch bei der Berechnung der Kosten herangezogen, die die TA gegenüber dem Endkunden und nicht dem Zusammenschaltungspartner erbringt.

Festzuhalten ist, dass es stets um Leistungen geht, die TA dem Endkunden gegenüber erbringt, nicht gegenüber dem Zusammenschaltungspartner. Dass dann das Netz des Zusammenschaltungspartners (bzw bei ihm eingerichtete Nummern) erreicht werden können, macht die Payphoneerhaltung nicht zu einer Vorleistung!

### 1.2.3 Verursachergerechte Kostentragung und Wettbewerbsverzerrung

Die Behörde erkennt richtig, dass eine restriktive Auslegung der entsprechenden Passagen des TKG 2003 bzw der UDV geboten ist, legt diese entgegen der Erkenntnis aber anschließend sehr weit aus bzw übergeht sie, um zum von ihr gewünschten Ergebnis, der Einführung einer PAC, zu gelangen.

Im Übrigen ist die Argumentation der angeblich verursachergerechten Kostentragung insofern nicht nachvollziehbar, da zum einen die Antragsgegnerinnen der Verfahren Z 8/04 – Z 11/04 auch jene Marktteilnehmer sind, die TA einen Universaldienstausgleich leisten, und zum anderen dass wir mit Einführung einer PAC für eine Leistung doppelt zu zahlen hätten: einmal den Universaldienstausgleich und zum anderen die PAC, was einer verursachergerechten Kostentragung keinesfalls entspricht.

Eine **Wettbewerbsverzerrung** würde überdies genau dadurch entstehen, dass TA selber „Calling-Card“ Anbieter und Anbieter von 0800-Nummern ist. Während es für ANBs nicht mehr wirtschaftlich ist, „Calling-Cards“ anzubieten, bleibt die Wirtschaftlichkeit dieses Angebotes für TA aufrecht. Zwar müsste sie sich intern (der eigenen Retail-Abteilung) theoretisch auch die Kosten einer PAC verrechnen, aus bisherigen Verfahren und Handlungsweisen der Antragstellerin ist aber bekannt, dass dies lediglich theoretisch ist.

**Da es sich nicht um regulierte Preise handelt, kann TA ihren eigenen 0800-Kunden gegenüber billigere Preise anbieten als ANBs, da TA faktisch an sich selber keine PAC zu zahlen hat und selbst wenn sie eine solche rechnungskreismäßig ausweist, dies keine realen Kosten und keine Beeinträchtigung der Liquidität von TA bedeutet.**

Mit Einführung einer PAC wäre es den Diensteanbietern wirtschaftlich nicht mehr möglich, preiswerte Anrufe zu 800er Nummern aus Telefonzellen anzubieten. Damit bleiben Netzbetreibern faktisch nur die Möglichkeit, keine Angebote dieser Art („Calling-Cards“) mehr anzubieten, was der Intention des Gesetzgebers widerspricht (§ 3 Z 15 TKG).

## 1.3 PAC als Grundentgelt - Äquivalent

Gemäß Punkt 1.4 des wirtschaftlichen Gutachtens soll die PAC jene Kosten abdecken, die bei einem herkömmlichen Telefonanschluss mit dem Grundentgelt und dem Herstellungsentgelt abgedeckt sind.

### 1.3.1 Widerspruch im Gutachten und Entwurf

Gemäß Bescheid der TKG G 11/99 sind nur Kosten des Zugangsnetzes (Access Net) solche Kosten, die durch das Grundentgelt abgedeckt sind.

Das Zugangsnetz endet bei einem herkömmlichen Telefonanschluss am Netzabschlusspunkt. Für die daran anschließenden Komponenten (Faxgerät, Telefon,...) ist der Kunde selber verantwortlich.

Dies entspricht im vorliegenden Zusammenhang den Kosten der öffentlichen Sprechstelle.

Dem wirtschaftlichen Gutachten in Punkt 1.4 somit folgend, dürften die Kosten der Sprechstelle nicht in die Berechnung der PAC einfließen!

Gemäß Punkt B.5 des Entwurfes sollen allerdings genau diese Leistungen (Telefonzelle, Apparat, Wartung, Instandhaltung, Reinigung und Stromversorgung für Beleuchtung) mit der PAC abgegolten werden. Das Gutachten in sich sowie in Zusammenschau damit der Entwurf sind in dieser Hinsicht widersprüchlich; dieser Widerspruch wird im Entwurf nicht aufgeklärt, weshalb ein auf diesem Entwurf ergehender Bescheid rechtswidrig wäre.

### 1.3.2 Grundentgelt für Telefonzellen

Abgesehen davon, dass wir die Auffassung nicht teilen, dass die diversen Kosten für Münzer und Zellen, in eine PAC einzurchnen sind, da diese Kosten typische Universaldienstkosten darstellen und nicht den Leistungen (bzw Kosten) eines Grundentgeltes eines herkömmlichen Anschlusses entsprechen, wäre bei gegenteiliger Ansicht der Behörde die **Höhe einer PAC mit dem durchschnittlichen (angemessenen) Grundentgelt (bzw den durchschnittlichen Kosten der Leitung) begrenzt** – dies verteilt auf sämtliche Gesprächsminuten!

Die derzeit im Entwurf angegebene PAC ist jedenfalls höher als dies bei Berechnung mit der Höhe eines Grundentgeltes der Fall ist.

### 1.3.3 Kostenverursachung durch 800er – Anrufe

Keine der im Gutachten angeführten Kosten werden von Anrufen zu 800er Nummern unmittelbar verursacht.

Abschreibungen und Kapitalkosten, Prozesskosten, Aufwandsentschädigungen (für Vandalismus etc.), Anschlusskosten sind keine zusätzlichen durch 800er Anrufe entstehenden Kosten, sondern davon absolut unabhängig!

Die angeführten Kosten sind Fixkosten, die unmittelbar bestimmt sind durch die Verpflichtung des Universaldienstbetreibers öffentliche Sprechstellen mit einer bestimmten Ausstattung und in einer festgelegten Anzahl zu betreiben gem § 24 UDV.

**Ein Kostenersatz ist – wenn überhaupt! – nur für Kosten denkbar, die durch Anrufe zu 800er Nummern zusätzlich verursacht werden. Da also aus den im Gutachten berücksichtigten Fixkosten keine mit Benützung von 800er Nummern zusätzlichen Kosten entstehen, wäre die Höhe einer PAC folgerichtig mit Null anzusetzen.**

Dies wird weder von den Gutachtern noch im Bescheidentwurf erkannt.

### 1.3.4 Sprechstelle als zugehörige Einrichtung?

Die Argumentation der Behörde, dass eine Originierung nur aufgrund der Nutzung der Sprechstelle erfolgen könne, ist nicht nachvollziehbar. Ein grundsätzlicher Kausalzusammenhang liegt zwar vor und dies ist eine „no na,-Aussage, denn **wenn es keinen Telefonapparat gibt, kann es nie zu einer Originierungsleistung kommen, auch nicht von „normalen“ Festnetzanschlüssen weg, aber dies macht den Apparat nicht zu einer Annexleistung zur Zusammenschaltung oder zu einer zugehörigen Einrichtung.**

Unrichtig und nicht nachvollziehbar ist auch die Argumentation der Behörde, warum die öffentliche Sprechstelle eine „zugehörige Einrichtung“ sein soll und ein privates Telefon nicht. Es kann wohl keinen Unterschied machen, wem der Apparat gehört.

**Im übrigen sind ja auch TA-eigene Telefonapparate (zB die Apparate in der Lassallestraße!) keine zugehörigen Einrichtungen und TA ist – zumindest bis jetzt – noch nicht auf die Idee gekommen, von uns auch hierfür PAC zu verlangen.**

Die Behörde unterlässt es auch, den Bescheidadressaten aufzuklären, was der Unterschied zwischen einem „dazugehörigen Endgerät“ (das dem Teilnehmer bei einem „normalen“ Anschluss gehört, siehe Entwurf S. 23) und einer „zugehörigen Einrichtung“ sein soll.

Richtigerweise erkennt die Behörde, dass Teilnehmer für die Vorhaltung des Netzabschlusspunktes und Anschluss ein Grundentgelt zu entrichten haben. Genau diese Leistung soll nun auch bei öffentlichen Sprechstellen vom Zusammenschaltungspartner eingehoben werden. Nur: Warum vom Zusammenschaltungspartner??

**Tatsächlich würden außerdem der im Bescheidentwurf vorgesehenen PAC (deren Höhe auf dem Gutachten und den dort genannten Kostenfaktoren basiert) Leistungen (für das Endgerät) abgegolten, die beim Endkunden (Teilnehmer) nicht mehr eingehoben werden.**

## 1.4 Annexleistung zur Zusammenschaltung

Die Auffassung der Behörde, dass die mit der von TA begehrten PAC abzugeltenden Leistungen im Zusammenhang mit der Bereitstellung der Originierungsleistung von öffentlichen Sprechstellen der TA zu den im Netz des Zusammenschaltungspartners stünden und als Annexleistungen zur Zusammenschaltung einzustufen wären, ist unrichtig.

**Annexleistungen wurden in der ständigen Judikatur der TTK stets als Leistungen definiert, die nötig sind, weil sonst die eigentliche Zusammenschaltungsleistung überhaupt nicht erbracht werden kann. Es gibt jedoch keinerlei Zusammenschaltungsleistung, die ohne eine PAC nicht erbracht werden könnte.**

Der Umstand, dass ohne einen Apparat nicht telefoniert werden kann und dann auch keine Zusammenschaltung nötig ist, macht Apparate nicht zu Annexleistungen.

Betrieb und Erhaltung von Payphones, wie sich auch im wirtschaftlichen Gutachten herangezogen wurden, ist vielmehr genau typischer Inhalt von Universaldienstkosten. Warum sollten solche durch eine PAC abzugelten sein, wo das Gesetz doch klare Regelungen über den Universaldienstausgleich enthält?

Weiters kann – anders als die Behörde vermeint – auch aus der aktuellen Begriffsdefinition der Zusammenschaltung kein erweitertes Verständnis dieses Begriffes abgeleitet werden, die dazu führen würde, dass eine PAC als eine Annexleistung im Rahmen der Originierung gewertet werden könnte. **Vielmehr sagt die Begriffsbestimmung des TKG 2003 im Wesentlichen das gleiche aus wie jene des TKG 1997 – bloß in anderen Worten.**

Somit bleibt für die Argumentation der Behörde, warum sie von ihrer bisherigen Spruchpraxis bzw jener des VwGH abweicht, kein Platz.

**Jedenfalls ist weder eine Zusammenschaltungsleistung im engeren Sinn noch eine Annexleistung zur Zusammenschaltung gegeben.**

## 1.5 Ergänzungsbedürftiges Gutachten

Trotz mehrfacher Anträge an die Behörde die Gutachten aufgrund mangelnder Schlüssigkeit und Vollständigkeit ergänzen zu lassen, ist ein derartiger Auftrag an die Gutachter unterblieben. Der sich in weiten Teilen auf das wirtschaftliche und technische Gutachten stützende Entwurf ist daher auch un schlüssig und nicht nachvollziehbar; ein Bescheid nach diesem Entwurf wäre daher rechtswidrig.

Im Übrigen müsste eine Berechnung nach FL-LRAIC stattfinden.

## 1.6 Keine Frist, um sich auf PAC einzustellen

Der Entwurf sieht weiters keine Frist zur Einführung der PAC vor, sondern es würden die Bestimmungen des neuen Anhangs „PAC“ sofort mit Zustellung des Bescheides in Kraft treten.

Sollte dies, wie im Entwurf vorgesehen, aufrecht bleiben, so bleibt uns keine Zeit mehr, uns technisch und vor allem wirtschaftlich auf diese Zusatzkosten einzustellen.

**Massive technische kostspielige Implementationen** in unseren Systemen sind erforderlich, damit wir die **höheren Entgelte für Anrufe aus Payphones weiter verrechnen können** (dies ist durchaus eine Option für uns, da eine Mischkalkulation aus Kundensicht preislich eher unattraktiv erscheint).

Wir merken an, dass wir, wenn keine Übergangsfrist vorgesehen wird, diese hohen Kosten und Aufwendungen für Systemumstellung jedenfalls sofort tragen müssten – selbst wenn wir unsere VwGH-Beschwerde mit einem Antrag auf aufschiebende Wirkung verbinden, müssen wir entsprechend vorkehren. Eine **aufschiebende Wirkung schützt uns nicht**, denn sollte der Bescheid wider Erwarten vom VwGH bestätigt werden, ist ja die PAC mangels Übergangsfrist rückwirkend ab Bescheidzustellung jedenfalls zu zahlen. Dieses Risiko können wir nicht tragen und müssen daher ab sofort für die Weiterverrechnung vorkehren und die entsprechenden Systemumstellungen vornehmen.

Dazu kommt, dass sich die Frage stellt, wie eine Verrechnung an die Inhaber von Wertkarten, die bereits im Umlauf sind, erfolgen soll, ohne dass in deren erworbene Rechte eingegriffen wird.

Insgesamt zeigt sich, dass eine **Übergangsfrist von zumindest 1,5 Jahren ab Zustellung festgelegt werden muss**. In diesem Zeitraum hat der VwGH sodann Zeit, eine Entscheidung zu treffen und wir müssen nicht „auf Verdacht“ und „zur Sicherheit“ jetzt schon enorm hohe Investitionen für die Systemumstellung in Kauf nehmen.

Abschließend erlauben wir uns folgende Anmerkung: **Der Bescheidentwurf widerspricht der bestehenden VwGH-Judikatur**. Wir halten die von der Behörde vertretene Rechtsauffassung für falsch und **juristisch unvertretbar**. Es muss daher eine **entsprechende Übergangsfrist** vorgesehen werden, **die uns vor sofortigen hohen Investitionen schützt** und es ermöglicht, die Entscheidung des VwGH ohne Investitionen abzuwarten. Setzt die Behörde keine Übergangsfrist fest, sind wir aus den dargestellten Gründen zu sofortigen Investitionen gezwungen. Im Fall der von uns erwarteten Aufhebung des Bescheides durch den VwGH stellt sich dann natürlich die Frage, wer uns den Schaden (resultierend aus den dann rückblickend frustrierten Investitionen) ersetzt. In diesem Fall wären wir gezwungen, **Amtshafungsansprüche** geltend zu machen.

## 1.7 Ergebnis

Zusammenfassend ist eine rechtliche Grundlage für die Einführung einer PAC nicht vorhanden. Die Erlassung eines Bescheides nach dem vorliegenden Entwurf würde gegen den Grundsatz des Art 18 Abs 1 B-VG verstoßen.

**Wir halten sämtliche unserer Anträge daher aufrecht.**

etel Austria AG