

Dr. Norbert Wiesinger

Dr. Norbert Wiesinger, LL.M.
(Columbia University)
Rechtsanwalt
R134985
also admitted in New York
A-1010 Wien
Rudolfsplatz 3
Tel: +43 1 533 32 49- 0
Fax: +43 1 533 32 49 10
email: wiesinger@wal-law.at

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstr. 77-79
1060 Wien

Wien, am 09. Juli 2009

M 13/09

mitbeteiligte Partei:

COLT Telecom Austria GmbH
Kärntner Ring 10-12
1010 Wien

vertreten durch:

Dr. Norbert Wiesinger
Rechtsanwalt
Rudolfsplatz 3, 1010 Wien
Vollmacht erteilt

Stellungnahme zum Maßnahmenentwurf M 13/09

1. Einleitung

Am 16. Juni 2009 veröffentlichte die Telekom-Control-Kommission gemäß § 128 Abs. 1 TKG den **Maßnahmenentwurf M 13/09**. Der Maßnahmenentwurf zielt darauf ab, die Verpflichtungen der Telekom Austria auf dem Markt „Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz (Vorleistungsmarkt)“ aufzuheben. Nach Ansicht der COLT Telecom Austria GmbH ist die geplante Maßnahme rechtswidrig, da sie auf einem rechtswidrigen Gesetz (siehe hierzu unten Punkt 2) und einer rechtswidrigen Verordnung (siehe hierzu unten Punkt 3) beruhen würde.

2. Zur Rechtswidrigkeit des Gesetzes

Gemäß Artikel 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG von 07. März 2002 haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass

„ ... es auf nationaler Ebene wirksame Verfahren gibt, nach denen jeder Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und/oder -Dienste, der von einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde betroffen ist, bei einer von den beteiligten Parteien einer unabhängigen Beschwerdestelle Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung einlegen kann. Diese Stelle, die auch ein Gericht sein kann, muss über den angemessenen Sachverstand verfügen, um Ihrer Aufgabe gerecht zu werden. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass den Umständen des Falles angemessen Rechnung getragen wird um wirksame Einspruchsmöglichkeiten gegeben sind.“

Diese Ansprüche auf rechtliche Kontrolle sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

2.1 Zur nationalen Rechtslage

Gemäß § 36 TKG, definiert die RTR GmbH mittels Verordnung jene Märkte, die im Rahmen des Verfahrens gemäß § 37 TKG Gegenstand des Marktanalyseverfahrens sind.

Mit der Verordnung legt die RTR fest, auf welchem Markt es zur Anordnung von spezifischen Verpflichtungen kommen kann und auf welchen Märkten das nicht der Fall ist. Im vorliegenden Fall hat die RTR den gegenständlichen Markt „Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz (Vorleistungsmarkt)“ in der TKMVO 2008 nicht mehr definiert. Demgemäß kann auf diesem

Markt die TKK weder neue Auflagen anordnen noch die bestehenden Auflagen aufrecht halten. Die Entscheidung, dass die Auflagen auf diesem Markt aufgehoben werden, erfolgt daher de jure bereits im Rahmen der Verordnungsgebung.

Das in Österreich vorgesehene Verfahren zur Verordnungsprüfung im Rahmen einer Bescheidbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof stellt aber weder eine effektive Einspruchsmöglichkeit vor einer Behörde mit angemessenem Sachverstand noch ein effektives Rechtsmittel im Sinne von Art. 4 der Rahmenrichtlinie dar.

2.2 Unvereinbarkeit mit Art 4 Rahmenrichtlinie

Daraus kann im folgenden Fall nur geschlossen werden, dass die vom Gesetzgeber gewählte Struktur der Verordnungsgebung durch die RTR gemäß § 36 TKG und die Durchführung der an diese Verordnung gebundene Marktanalyse durch die TKK gemäß § 37 TKG gegen die Vorgaben des Artikel 4 Rahmenrichtlinie verstößt und damit rechtswidrig ist.

Die geplante Maßnahme wäre daher rechtswidrig, da sie auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen würde, die gegen Europarecht verstößt.

3. Rechtswidrigkeit der Verordnung

Darüber hinaus ist auch die TKMVO selbst gesetzwidrig, da sie den Markt „Transitdienste im öffentlichen Telefonnetz (Vorleistungsmarkt)“ nicht mehr als einen für die ex ante Regulierung in Frage kommenden Markt definiert.

Gemäß § 36 Abs 1 TKG hat die TKMVO im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung der Erfordernisse sektor-spezifischer Regulierung erlassen zu werden. Die Behörde hat dabei gemäß § 36 Abs 2 TKG die Festlegung der relevanten Märkte unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften durchzuführen. Nach den Vorgaben der Europäischen Kommission sind Märkte, auch wenn sie nicht in der Märkteempfehlung genannt sind, zu definieren, wenn sie bestimmte Eigenschaften haben. Dies ist im Rahmen des 3-Kriterien Tests zu prüfen.

3.1 Nicht-substituierbare Leistungen der Telekom Austria

Im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme verweist COLT lediglich kurz auf die nicht substituierbaren Leistungen der Telekom Austria, die im Rahmen der Transitdienste erbracht werden, Dazu zählen unter anderem:

- **Festnetz-Nummernportierung:** lediglich die TA verfügt über eine zentrale Datenbank. Bei Änderung der Transitleistungen durch die Telekom Austria wäre das Routing nicht mehr möglich.
- **Transit Im Rahmen der Originierung von Diensternummern:** Die derzeitigen Leistungen der TA sind eine Voraussetzung für Zustellung und Abrechnung des Gesprächs.
- **SLA bei Verbindungsnetzbetrieb und Carrier Preselection:** Die derzeitigen Leistungen der TA sind eine notwendige Voraussetzung, weil die Auswertung der A-Nummer allein nicht aussagekräftig ist.

Es ist derzeit keine Konstellation denkbar, in der diese Leistungen von einem anderen Provider als von der Telekom Austria erbracht werden können. Ein Wegfall dieser Leistungen der Telekom Austria würde die Erbringung zahlreicher Dienste **direkt oder indirekt unmöglich machen**. Dazu zählen auch Leistungen, die von der Europäischen Kommission als **Grundvoraussetzung für die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte** betrachtet (zB Verbindungsnetzbetrieb).

3.2 Verstoß gegen § 36 TKG

Eine nähere Betrachtung der Umstände der Märkte, auf denen diese Leistungen bis heute erbracht werden, macht deutlich, dass diese **nicht geeignet sind, sich im Wettbewerb zu entwickeln**. Eine ordnungsgemäße Durchführung des 3-Kriterien Tests würde zweifellos zum Ergebnis gelangen, dass die betreffenden Märkte nach wie vor einer **ex-ante Regulierung bedürfen**. Die TKMVO 2008 erfüllt die **Erfordernisse der sektor-spezifischer Regulierung nicht**.

Die TKMVO widerspricht somit der Bestimmung des § 36 TKG und ist gesetzwidrig. Die geplante Maßnahme würde somit auch auf der Grundlage einer **rechtswidrigen Verordnung** erlassen.

COLT Telecom Austria GmbH