



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP

RECHTSANWÄLTE

em. Dr Heinz H Löber, MCJ
DDr Georg Bahn
Dr Günther J Horvath, MCJ
Mag Dr Willibald Plesser
Dr Maria Th Pflügl
Mag Dr Thomas Zottl
Dr Christof Pöchhacker, MCL
Dr Stefan Köck, LL M
Mag Dr Axel Reidlinger, LL M
Dr Michael Sedlaczek
Dr Thomas Kustor, LL M
Dr Friedrich Jergitsch
Mag Dr Bertram Burtscher
Dr Konrad Gröller
Dr Alfred Zehner, LL M
Dr Andreas Zellhofer
Dr Herbert Buzanich, LL M
Dr Farid Sigari-Majd
DDr Martina Antal
Dr Stephan Pachinger, LL M
Dr Christian W Konrad, LL M
Dr Mario Züger
Mag Ulrike Sehrs Schön
Dr Philipp Maier, LL M

Dr Ulrich Tauböck, LL M
Dr Michael Raninger, LL M
Mag Alexander Operenyi, LL M
Dr Florian Klimscha, LL M
Dr Thomas Schobel, LL M
Mag Dr Hans-Jörgen Aigner
Dr Stephan Denk
Dr Sabine Prossinger
Mag Astrid Paiser, LL M
Dr Heinrich Kühnert, MJUR
Mag Dr Nidal Karaman
Mag Dr Michal Dobrowolski
Als europäischer Rechtsanwalt in
Österreich niedergelassen:
Dr Attila K Csongrády, LL M, MSc
Solicitor, England und Wales
In Österreich nicht als
Rechtsanwälte zugelassen:
Jenny W T Power, JD
zugelassen in Florida, USA
Univ Prof Dr Claus Staringer
Steuerberater

Einschreiben

(Vorab per E-Mail)
Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

Form with fields for GZ, date (23. März 2009), and checkboxes for various categories like GE-1, GE-2, etc.

Antragsstellerin: mobilkom austria AG
Obere Donaustrasse 29
1020 Wien

Antragsgegnerin: Hutchison 3G Austria GmbH
Gasometer C
Guglgasse 12/10/3
1110 Wien

vertreten durch: RECHTSANWALT
MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER
A-1010 Wien, Seilergasse 16
Tel. 515 15-0
RA-Code/R 142569

(unter Berufung auf die erteilte Vollmacht)

Seilergasse 16
1010 Wien
T+ 43 1 515 15 0
F+ 43 1 512 63 94
E bertram.burtscher@freshfields.com
W freshfieldsbruckhausderinger.com

DOK NR DAC4978071/9
UNSER ZEICHEN BB/ERL
CLIENT MATTER NR 126460-0009
DVR 0114383

GZ: Z 24/03 (fortg)

STELLUNGNAHME
zum Entwurf einer Vollziehungshandlung im Verfahren Z 24/03

1-fach
1 Halbschrift

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit dem Sitz in 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS, England, registriert beim Companies House, Registrar of Companies for England and Wales unter der Company Number OC334789. Sie wird von der Solicitors Regulation Authority beaufsichtigt. Die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Zweigniederlassung Wien ist im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien unter FN 311246 s eingetragen.

Eine Liste der Gesellschafter von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (und der Personen, die nicht Gesellschafter der LLP sind, aber ebenfalls als „Partner“ bezeichnet werden) und ihrer jeweiligen Qualifikationen ist an ihrem Sitz erhältlich. Die Bezeichnung „Partner“ bezieht sich auf einen Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. der mit ihr verbundenen Kanzleien und Gesellschaften oder auf einen ihrer Consultants oder Mitarbeiter mit vergleichbarer Position und Qualifikation. Weitere Informationen erhalten Sie unter www.freshfields.com/support/legalnotice.

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Barcelona Beijing Berlin Bratislava Brüssel Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York Paris Rom Shanghai Tokyo Washington Wien



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP

**Einschreiben**

(Vorab per E-Mail)  
Telekom-Control-Kommission  
Mariahilferstraße 77-79  
1060 Wien

RTR - OmbH					
GZ: / /					
eingel. am: 23. März 2009					
GF-TM	GF-RE	GF-RE	KOA		
F	T	R	B	V	FM

RECHTSANWÄLTE

em. Dr Heinz H Löber, MCJ  
 DDr Georg Bahn  
 Dr Günther J Horvath, MCJ  
 Mag Dr Willibald Plesser  
 Dr Maria Th Pflügl  
 Mag Dr Thomas Zottl  
 Dr Christof Pöchhacker, MCL  
 Dr Stefan Köck, LL M  
 Mag Dr Axel Reidlinger, LL M  
 Dr Michael Sedlaczek  
 Dr Thomas Kustor, LL M  
 Dr Friedrich Jergitsch  
 Mag Dr Bertram Burtscher  
 Dr Konrad Gröller  
 Dr Alfred Zehner, LL M  
 Dr Andreas Zellhofer  
 Dr Herbert Buzanich, LL M  
 Dr Farid Sigari-Majd  
 DDr Martina Antal  
 Dr Stephan Pachinger, LL M  
 Dr Christian W Konrad, LL M  
 Dr Mario Züger  
 Mag Ulrike Sehrschön  
 Dr Philipp Maier, LL M

Dr Ulrich Tauböck, LL M  
 Dr Michael Raninger, LL M  
 Mag Alexander Operenyi, LL M  
 Dr Florian Klimscha, LL M  
 Dr Thomas Schobel, LL M  
 Mag Dr Hans-Jörgen Aigner  
 Dr Stephan Denk  
 Dr Sabine Prossinger  
 Mag Astrid Paiser, LL M  
 Dr Heinrich Kühnert, MJur  
 Mag Dr Nidal Karaman  
 Mag Dr Michal Dobrowolski  
 Als europäischer Rechtsanwalt in Österreich niedergelassen:  
 Dr Attila K Csongrády, LL M, MSC  
 Solicitor, England und Wales  
 In Österreich nicht als Rechtsanwälte zugelassen:  
 Jenny W T Power, JD  
 zugelassen in Florida, USA  
 Univ Prof Dr Claus Staringer  
 Steuerberater

**Antragsstellerin:** mobilkom austria AG  
Obere Donaustrasse 29  
1020 Wien

Seilergasse 16  
1010 Wien  
T+43 1 515 15 0  
F+43 1 512 63 94  
E bertram.burtscher@freshfields.com  
W freshfieldsbruckhausderinger.com

**Antragsgegnerin:** Hutchison 3G Austria GmbH  
Gasometer C  
Guglgasse 12/10/3  
1110 Wien

DOK NR DAC4978071/9  
UNSER ZEICHEN BB/ERL  
CLIENT MATTER NR 126460-0009  
DVR 0114383

vertreten durch:

RECHTSANWALT  
MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER  
A-1010 Wien, Seilergasse 16  
Tel. 515 15-0  
RA-Code/R 149369  
*(Handwritten signature)*  
(unter Berufung auf die erteilte Vollmacht)

**GZ: Z 24/03 (fortg)**

**STELLUNGNAHME  
zum Entwurf einer Vollziehungshandlung im Verfahren Z 24/03**

1-fach  
1 Halbschrift

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit dem Sitz in 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS, England, registriert beim Companies House, Registrar of Companies for England and Wales unter der Company Number OC334789. Sie wird von der Solicitors Regulation Authority beaufsichtigt. Die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Zweigniederlassung Wien ist im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien unter FN 311246 s eingetragen.  
 Eine Liste der Gesellschafter von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (und der Personen, die nicht Gesellschafter der LLP sind, aber ebenfalls als „Partner“ bezeichnet werden) und ihrer jeweiligen Qualifikationen ist an ihrem Sitz erhältlich. Die Bezeichnung „Partner“ bezieht sich auf einen Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. der mit ihr verbundenen Kanzleien und Gesellschaften oder auf einen ihrer Consultants oder Mitarbeiter mit vergleichbarer Position und Qualifikation. Weitere Informationen erhalten Sie unter [www.freshfields.com/support/legalnotice](http://www.freshfields.com/support/legalnotice).



In umseits bezeichneter Rechtssache hat die Telekom-Control-Kommission (**TKK**) einen Entwurf einer Vollziehungshandlung (**Entwurf**) veröffentlicht. Interessierten Personen wurde nach § 128 TKG 2003 die Möglichkeit eingeräumt hierzu bis zum 31.03.2009 Stellung zu nehmen. Hutchison 3G Austria GmbH (**H3G**) erstattet durch ihre ausgewiesenen Rechtsvertreter, die sich auf die erteilte Bevollmächtigung berufen<sup>1</sup> in offener Frist nachfolgende

## STELLUNGNAHME

Die Regelungen zur mobilen Rufnummernportierung im TKG 2003 und in der NÜV sind primär dem Ziel verschrieben, fairen und effektiven Wettbewerb zu fördern und sicherzustellen. Tariftransparenz ist dabei kein Primärziel, sondern dient der Wahrung berechtigter Endkundeninteressen bei der Verfolgung des vorstehend genannten Regelungsziels. Der Entwurf verkehrt diese Priorität und hebt die unstrittig geforderte Tariftransparenz ohne sachliche Rechtfertigung und sogar mit unschlüssiger Begründung dermaßen hervor, dass der eigentliche Normzweck der Portierungsregelungen auf der Strecke bleibt. Wesentliche Sachverhaltselemente, die diesen Befund belegen, bleiben ohne jede Erwähnung, was dem Entwurf bedauerlicherweise den Anschein einer Art "*lex mobilkom*" angeleiht lässt.

### 1. Vereitelung des Normzweckes durch Portieransage

Mit Stellungnahme vom 6.11.2008 (amtsbekannt) hat H3G in diesem Verfahren eine eidesstattliche Erklärung der mobilkom vorgelegt, in der diese sehr klar darlegt, dass und auch warum die Portieransage dem Normzweck der mobilen Rufnummernportierung nahezu diametral entgegensteht. Ein Mitarbeiter der mobilkom führt darin aus:

*"Dabei ist es unter Marketingexperten ein notorisches Wissen, dass gerade diese 'Portieransage', welche verhindern soll, dass der Anrufende durch das Verlassen 'seines Netzes' allenfalls höhere Gesprächsentgelte für sein gewünschtes Telefonat in Kauf nehmen muss, von vielen Business(Telefon)-Kunden als Zumutung für ihre regelmäßig anrufende Klientel und/oder Schädigung ihres Images ('Sparer') gesehen wird, was einer der häufigsten Fälle dafür ist, dass Wechselwillige im Businessbereich entweder vom Betreiberwechsel Abstand nehmen oder auf die Portierung ihrer Nummer(n) verzichten."*

H3G teilt diese Auffassung und sie könnte kaum überzeugender als durch die Antragsgegnerin vorgetragen werden. Um das wettbewerbliche (Haupt-)Ziel der Portierung unter Wahrung der Tariftransparenz zu erreichen, bedarf es einer tiefer gehenden Auseinandersetzung, als sie in diesem Entwurf vorgefunden wird.

---

<sup>1</sup> Mit Wirkung zum 1. Mai 2008 wurde der Geschäftsbetrieb von Freshfields Bruckhaus Deringer in die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP eingebracht, die nunmehr die Antragsgegnerin vertritt. Die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP erstattet den vorliegenden Schriftsatz vertreten durch und im Einvernehmen mit Dr. Bertram Burtscher der sich auf die erteilte Bevollmächtigung beruft.



Selbst wenn man zum Ergebnis gelangt, dass die Portieransage de lege lata nicht ganz abgeschafft werden kann, so muss sie doch in enger Auslegung und unter Berücksichtigung des Normzwecks der eigentlich maßgeblichen Portierungsregelungen kürzest möglich ausfallen.

## 2. Mangelnde Bestimmtheit des Spruches

In dem vom VwGH behobenen Bescheid zu GZ Z 24/03 vom 6.3.2006 hatte die TKK festgelegt, dass die Portieransage "*möglichst kurz*" zu erfolgen hat. Der Zusatz "*möglichst*" wurde im Entwurf gestrichen. Daraus soll sich nach Ansicht der TKK ergeben, "*dass die Ansage jedenfalls kurz zu sein hat*". Für die Praxis und im Sinne des Normzweckes lässt sich daraus aber nichts gewinnen.

Aus dem letzten Absatz des Spruches lässt sich insbesondere nicht ableiten, welche Bedeutung dem Begriff "*kurz*" im gegebenen Sach- und Rechtszusammenhang zukommt (vgl. VwGH vom 20.3.2001, ZI 2000/11/0264). Eine nähere Erläuterung findet sich auch in der Begründung nicht. Selbst unter Beiziehung von Fachleuten kann der Inhalt der Verpflichtung nicht verlässlich ermittelt werden (vgl. VwGH vom 26.4.2007, ZI 2006/07/0049), sodass eine bescheidkonforme Gestaltung der Portieransage, die auch dem Normzweck gerecht wird, nicht mit hinreichender Sicherheit erfolgen kann; das aktuelle Spektrum an Gestaltungsvarianten für die Portieransage (amtsbekannt), zeigt dieses Manko auch deutlich auf.

Es liegt an der TKK, konkrete Vorgaben zur Länge – und sei es auch nur durch nähere Angaben über die normzweckkonforme Gestaltung der Portieransage – zu treffen. Die Verpflichtung ist im Sinne des § 59 Abs 1 AVG nicht ausreichend bestimmt. Es muss den Bescheidadressaten nämlich möglich sein, auf Basis des Bescheides eine gesetzeskonforme Portieransage zu gestalten; das ist derzeit nicht der Fall.

Der Bestimmtheit jener Begriffe, die die Gestaltung der Portieransage determinieren, kommt im vorliegenden Zusammenhang besondere Bedeutung zu, weil im Verfahren unstrittig dargetan wurde, dass eine falsche Gestaltung den Normzweck zu vereiteln droht. Vor diesem Hintergrund ist nicht nur dem Bestimmtheitsgebot besondere Bedeutung beizumessen, sondern es ist dieser Gestaltungsspielraum auch eng zu begrenzen. Die TKK führt zwar auf Seite 4 des Entwurfes an, dass es "*unverhältnismäßig [sei] den Betreibern den genauen Text der Portieransage anzuordnen*" sie nimmt aber gar keine Abwägung vor, die diesen Schluss rechtfertigen könnte. Würde sie das im Verfahren konkret und mit entsprechenden Nachweisen dargestellte Potential der Vereitelung des Normzweckes durch die Portieransage (siehe dazu Punkt 1 oben) in irgendeiner Weise in die Abwägung einbeziehen, könnte sie denkunmöglich zu diesem Schluss kommen. Eine nähere Bestimmung der Gestaltung der Portieransage ist daher in jedem Fall geboten.



### 3. Entfall der Netzansage bei Flattarifen

Durch die Portieransage soll der Teilnehmer wissen, in welches Netz er telefoniert, um allenfalls Rückschlüsse auf das dafür verrechnete Entgelt ziehen zu können. Dieser Zweck der Portieransage kann denkmöglich nur erreicht werden, wenn im Tarifpaket des betreffenden Kunden überhaupt nach Betreibern des jeweils angerufenen Teilnehmers differenziert wird. Die aktuelle Tarifgestaltung der Betreiber tendiert jedoch zunehmend in Richtung von Tarifen, in denen nicht nach dem angerufenen (Mobil-)Netzbetreiber differenziert wird. Unter diesen Voraussetzungen kann die Portieransage ihrem intendierten Zweck nicht mehr gerecht werden.

Entgegen den Ausführungen der TTK in der Begründung ist dem Spruch keine Einschränkung dahingehen zu entnehmen, dass bei Tarifen ohne Differenzierung zwischen mobilen Zielnetzen keine Portieransage erfolgen darf. Eine solche Beschränkung wäre aber angesichts der drohenden Vereitelung des Normzweckes bei überschießender Portieransage geboten. Der Spruch ist diesbezüglich zu ergänzen.

### 4. Konkret zur Portieransage der mobilkom

Die einschränkende Normierung der zweckentsprechenden Gestaltung der Portieransage ist vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen geboten. Nach Abwägung von Normziel und schutzwürdiger sonstiger Interessen der Portierungsregelung muss man zum Ergebnis kommen, dass über die Bezeichnung des gerufenen Netzes hinaus keine weiteren Angaben zulässig sind.

Als Beispiel für eine überschießende Portieransage hat H3G im Verfahren konkret auf die unzulässige Portieransage der Antragsgegnerin verwiesen: *"Sie rufen eine portierte Rufnummer im Netz von Drei"*. Diese Gestaltung der Portieransage ist aus den nachstehenden Gründen nicht mehr mit dem Normzweck in Deckung zu bringen.

4.1 Zur Erreichung des regulatorischen Ziels ist über die Nennung des Zielnetzes hinaus keine weitere Information nötig. Dass der Anrufer eine Rufnummer in einem Zielnetz wählt ist eine Information, die keinerlei Mehrwert für den Kunden beinhaltet. Auch hat die Behörde in keiner Weise dargetan, dass diese Formulierung erforderlich wäre, um eine aus Kundensicht verständliche Darlegung des Zielnetzes sicherzustellen. Umgekehrt wären andernfalls die aus einem einzigen Wort bestehenden Portieransagen anderer Betreiber als nicht regelkonform im Sinne von Aufsichtsverfahren zu beanstanden. Eine unnötig lange Portieransage stellt ein Portierhemmnis iSd § 23 Abs 1 TKG 2003 dar. Ab wann und in welcher Form die Portieransage als Portierhemmnis empfunden wird, hat die Behörde im Rahmen ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht (notfalls durch ein demoskopisches Gutachten) zu ermitteln.



- 4.2 Die Portieransage wird jedenfalls als störend empfunden, darin sind sich Betreiber und Endkunden einig. Auch der Ordnungsgeber kommt zu diesem Schluss, wenn er in § 12 Abs 1 (letzter Satz) NÜV normiert, dass Endnutzer die Möglichkeit haben müssen, die Portieransage abzustellen. Immerhin kommt mobilkom selbst zum Ergebnis, dass Teilnehmer durch unnötig lange Portieransagen vom Betreiberwechsel abgehalten werden.

## 5. Anordnung der bloßen Nennung des Zielnetzes ist nicht unverhältnismäßig

Auf Seite 4 des Entwurfs geht die TKK auf die Verhältnismäßigkeit des Entwurfs ein und führt aus: *"Die NÜV gibt nicht vor, in welcher Form die Ansage zu erfolgen hat, dh ob nur das gerufene Netz als solches zu nennen ist oder ein Hinweis, dass in ein anderes Netz gerufen wird. Die NÜV gibt lediglich vor, dass die Information kostenlos zu erfolgen hat. Vor diesem Hintergrund ist es unverhältnismäßig den Betreibern den genauen Text der Portieransage anzuordnen. Aus der NÜV selbst ergibt sich auch nicht, dass es ausreichend ist, wenn lediglich das Netz an sich genannt wird."*

- 5.1 Worin die Interessenabwägung oder die Beurteilung liegt, auf deren Basis die TKK die Unverhältnismäßigkeit annimmt, bleibt in der Begründung offen. Insbesondere das Verbot einer Portieransage in Fällen, in denen der Anrufer aus der Ansage keinerlei Entgeltinformation ziehen kann, wäre nach dem Wortlaut und der Zweckbindung der Ansage gemäß § 12 NÜV gerechtfertigt.
- 5.2 Unrichtig ist auch, dass sich aus der NÜV laut TKK nicht ergäbe, dass die bloße Netzansage ausreichend sei. § 12 NÜV normiert nur, dass die Identität des Zielnetzes zu nennen ist und die Betreiber haben *"[...] am Beginn jeden Gespräches kostenlos eine Information über die Identität des tarifrelevanten Zielnetzes anzusagen"*. Dem wird auch durch die bloße Nennung des Netzes entsprochen. Was sich allerdings tatsächlich nicht aus § 12 NÜV ergibt, ist ein Grund dafür, warum ein Netzbetreiber gehalten sein sollte, mehr als nur das Zielnetz an sich zu nennen. Die Behörde liefert konkret keine Rechtfertigung für die eine oder andere Vorgangsweise oder warum die Ansage des Netzes "(zum Beispiel "Drei") alleine nicht ausreicht sein soll bzw. worin der Mehrwert der Ansage von mobilkom ("*Sie rufen eine portierte Rufnummer im Netz von Drei*") liegen solle.
- 5.3 Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass H3G eine Vereinbarung über die Netzansage mit nur einem Wort (Nennung des Zielnetzes) mit allen anderen Betreibern (T-Mobile, ORANGE und Barablu) ausdrücklich vereinbart hat.



## 6. Widersprüchlichkeit des Antrages von H3G?

Den vorigen Ausführungen entsprechend, hat H3G beantragt, die Portieransage auf die Nennung des angerufenen Netzes in jenen Fällen zu beschränken, in denen der Kunde aus der Nennung des angerufenen Netzes eine Tarifinformation ableiten kann. Was daran ein "*Widerspruch in sich*" sein soll, bleibt unklar.

Selbstverständlich muss der Kunde aus der Nennung des Netzes eine Tarifinformation ableiten können; was hätte diese sonst für einen Sinn? Das Ableiten einer Tarifinformation setzt aber gerade nicht die Nennung konkreter Tarife voraus. Wäre das so, dann müsste der Gesetzgeber nicht davon sprechen, dass die Tarifinformation "abzuleiten" sein soll. Es geht also gerade nicht darum, Entgelte konkret zu nennen. Die "tarifrelevante Information" liegt also in der Kennung des Netzes in Verbindung mit den Kenntnissen des Kunden. Nichts anderes hat H3G aber beantragt: "[...] *die TKK möge die Anordnung treffen, [...] dass die Portieransage darauf zu beschränken ist, dass lediglich das angerufene Netz und dieses nur bei solchen Tarifpaketen genannt werden darf, in denen der Kunde aus der Nennung des angerufenen Netzes eine Tarifinformation ableiten kann.*" (Hervorhebung H3G).

## 7. Anregung

Aus den oben dargelegten Gründen regt H3G an:

- 7.1 die TKK möge von der Anordnung des Bescheides auf Basis des gegenständlichen Maßnahmenentwurfes Abstand nehmen;
- 7.2 die TKK möge den Spruch des Bescheides dahingehend ergänzen, dass die Portieransage bei Flattarifen ohne ableitbare Tarifinformation nicht zur Anwendung gelangen darf;
- 7.3 die TKK möge im Rahmen ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht ein demoskopisches Gutachten darüber einholen, ob, in welcher Form und Dauer die Portieransage als störend empfunden wird;
- 7.4 die TKK möge in Entsprechung des Bestimmtheitsgebotes im Bescheid klarstellen, wie eine Portieransage gestaltet sein muss, damit sie als "kurz" im Sinne des Bescheides gelte.

Wien, am 19. März 2009

Hutchison 3G Austria GmbH