

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über die Anträge der 11880 telegate GmbH, Siebensterngasse 21, 1070 Wien, vertreten durch Juconomy Rechtsanwälte, Parkring 10/1/10, 1010 Wien; auf Erlassung einer Anordnung hinsichtlich der Bedingungen des Zugangs der Antragstellerin zu den Teilnehmerdaten der mobilkom austria Aktiengesellschaft (vormals mobilkom austria Aktiengesellschaft & Co KG) und zwar insbesondere hinsichtlich der weiteren Verwendung dieser Daten sowie bezüglich der kostenorientierten Entgelte für die Leistung „offline-Zugang“, in ihrer Sitzung vom 17.09.2007 folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 beschlossen:

I. Spruch

A.)

Der Antrag der 11880 telegate GmbH vom 18.05.2005 auf Erlassung einer Anordnung hinsichtlich der Bedingungen des Zugangs der Antragstellerin zu den Teilnehmerdaten der mobilkom austria AG wird, soweit er die Erlassung einer Anordnung, die die weitere Verwendung der übermittelten Daten durch die Antragstellerin regelt, insoweit abgewiesen, als dadurch Regelungen beantragt werden, die über die in nachstehender Anordnung enthaltenen Regelungen hinausgehen.

B.)

Gemäß § 18 Abs. 3 TKG 2003 i.V.m. § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 wird für das Zurverfügungstellen der Daten der Teilnehmer des Telefondienstbetreibers mobilkom austria AG an die 11880 telegate GmbH zum Zweck der Herausgabe betreiberübergreifender Teilnehmerverzeichnisse oder des Betriebes eines betreiberübergreifenden telefonischen Auskunftsdiestes Nachstehendes angeordnet:

Anordnung über die Übermittlung von Teilnehmerdaten in elektronisch lesbarer Form („offline-Übermittlung“)

1.) Gegenstand der Anordnung

Die mobilkom austria AG übermittelt der 11880 telegate GmbH die für die Eintragung in das Telefonbuch bzw. für die Beauskunftung im Rahmen eines telefonischen Auskunftsdiestes vorgesehenen Daten über ihre Teilnehmer zu den nachstehenden Bedingungen, ausschließlich zu folgenden Zwecken:

- a) Herausgabe betreiberübergreifender Teilnehmerverzeichnisse und/oder
- b) Betrieb eines betreiberübergreifenden telefonischen Auskunftsdiestes.

11880 telegate GmbH wird die Teilnehmerdaten zu keinen anderen als in dieser Anordnung vorgesehenen Zwecken verwenden.

Sowohl die mobilkom austria AG als auch die 11880 telegate GmbH haben bei der Übermittlung und Verwendung der Daten die relevanten Gesetzesbestimmungen, insbesondere des Telekommunikationsgesetzes 2003 und des Datenschutzgesetzes 2000 einzuhalten.

2.) Umfang der zu übermittelnden Daten

Die mobilkom austria AG übermittelt den Gesamtbestand der ihre Teilnehmer betreffenden Datensätze im Ausmaß des § 69 Abs. 3 und 4 TKG 2003, sofern der betroffene Teilnehmer sich nicht gem. § 69 Abs. 5 TKG 2003 gegen die Eintragung in das Teilnehmerverzeichnis ausgesprochen hat. Sofern ein Teilnehmer gegenüber der mobilkom austria AG den Wunsch geäußert hat, dass die Eintragung der ihn betreffenden Daten in ein elektronisches Teilnehmerverzeichnis, das die Suche anhand anderer Daten als anhand des Namens des Teilnehmers ermöglicht, unterbleibt, hat die mobilkom austria AG dem entsprechenden Teilnehmerdatensatz diese Information beizufügen. Sofern ein Teilnehmer gegenüber der mobilkom austria AG den Wunsch geäußert hat, dass seine Daten zwar im Rahmen telefonischer Auskunftsdiene beauskunftet werden, jedoch nicht in gedruckten Verzeichnissen zu listen sind, so hat der entsprechende Datensatz diese Information zu enthalten. Ein derart gekennzeichneter Datensatz darf von der 11880 telegate GmbH nicht in Teilnehmerverzeichnisse in gedruckter Form oder auf anderen Datenträgern, die an Endkunden vertrieben werden, aufgenommen werden.

Ein Teilnehmerdatensatz besteht aus den nachstehenden Daten: Familienname, Vorname(n), bei juristischen Personen deren Name, akademischer Grad, Adresse (inklusive Postleitzahl), Teilnehmernummer (worunter auch Faxnummern zu verstehen sind), sofern der Kunde die

entsprechenden Angaben gemacht hat. Hat der Teilnehmer gegenüber der mobilkom austria AG die Eintragung seiner Berufsbezeichnung gewünscht, so ist auch diese zu übermitteln. Zusätzliche mit Zustimmung des Teilnehmers in das Teilnehmerverzeichnis der mobilkom austria AG aufgenommene Daten sind ebenso zu übermitteln.

Nach Übermittlung des Gesamtdatenbestandes übermittelt die mobilkom austria AG für jeden Teilnehmerdatensatz, für den sich eine Änderung ergibt, für alle Teilnehmerdatensätze, die neu hinzukommen, sowie für alle Löschungen von Teilnehmerdaten täglich (Montag bis Freitag, werktags) Updates an die 11880 telegate GmbH.

Die Datensätze sind in geeigneter Form zu übermitteln, die der 11880 telegate GmbH die Weiterverarbeitung bzw. Datenübernahme in eigene Datenbanken nach Möglichkeit erleichtert.

Schnittstellenformat

Datenfelder, die Muss-Felder sind, müssen ausgefüllt sein. Alle Felder sind linksbündige Charakterfelder. Alle Felder, die nicht ausgefüllt sind, müssen mit blank geliefert werden (keine Nullen, Punkte, etc). Die Teilnehmerdaten müssen den Zeichensatz iso8859-1 verwenden und eine fixe Feldlänge aufweisen. Im Datenfile müssen die in Tabelle 2 dargestellten Datenfelder in der nun genannten Reihenfolge enthalten sein.

Feld aus Schnittstelle	Format	Beschreibung und Anmerkung	Muss-Feld
Netzanbietercode	Char(2)	Nummer des Netzanbieter, siehe Punkt 23.8	Ja
Netzanbieter	Char(50)	Siehe Punkt 23.8	Nein
Überspielungsdatum	Char(8)	Datum der Filegenerierung, im Format jjjjmmtt	Ja
Erledigungsart	Char(2)	11 = Neuaufnahme 12 = Änderung 13 = Löschung Wird an einen Kunden eine andere Rufnummer vergeben, so ist mit der alten Telefonnummer ein Löschsatz (Erledigungsart 13) und mit der neuen Telefonnummer eine Neuaufnahme (Erledigungsart 11) zu liefern.	Ja
internationale Kennzahl	Char(4)	Standardwert 0043	Nein
Kennzahl	Char(7)	Das Feld Kennzahl ist mit führender Null zu füllen	Ja
Rufnummer	Char(12)		Ja
Faxnummer	Char(1)	0 = kein Fax 1 = Fax 2 = Tel&Fax	Nein
Abtragedatum	Char(8)	Format jjjjmmtt	Ja bei Erledigungsart 13 (Löschen)
Anschlussart	Char(1)	0 = österreichweite Rufnummer 1 = Festnetz	Ja

		2 = Mobil	
Elektronisch	Char(1)	Veröffentlichung über elektronische Medien (z.B.: CD-ROM) 1 = Ja (Standardwert) 0 = Nein	Ja
internet	Char(1)	Veröffentlichung über Internet 1 = Ja (Standardwert) 0 = Nein	Ja
Telefonbuch	Char(1)	Veröffentlichung über gedruckte Medien (z.B.: Telefonbuch) 1 = Ja (Standardwert) 0 = Nein	Ja
Beauskunftung	Char(1)	Veröffentlichung über Auskunft 1 = Ja (Standardwert) 0 = Nein	Ja
Vermittlung	Char(1)	Vermittlung über Auskunft (call completion) 1 = Ja (Standardwert) 0 = Nein	Ja
Reverse Suche	Char(1)	Ist Reverse Suche zulässig 1 = Ja (Standardwert) 0 = Nein	Ja
Kanal1	Char(1)	Distributionskanal Reserve 1 1 = Ja 0 = Nein (Standardwert)	Ja
Kanal2	Char(1)	Distributionskanal Reserve 2 1 = Ja 0 = Nein (Standardwert)	Ja
Kundentyp	Char(1)	0 = Privat (Standardwert) 1 = Behörde 2 = Firma 3 = Gemischt (Priv. und Firma)	Ja
Name	Char(250)	Nach- bzw. Organisationsname mindestens 2 Zeichen	Ja
Vorname	Char(50)	Nur bei Privat immer gefüllt, bei Gemischt darf es gefüllt sein, sonst muss es leer sein; wenn gefüllt, dann mindestens 2 Zeichen	Ja bei Kundentyp = Privat
Geschlecht	Char(1)	Nur bei Privat oder Gemischt gefüllt sonst leer (unbekannt), 1 = weiblich 2 = männlich Blank = unbekannt oder nicht anwendbar (Standardwert)	Nein
Firmenbuchnummer	Char(11)	Nur bei Firma auszufüllen: Erste 8 Stellen numerisch (führende Nullen), 9. Stelle alphanumerisch	Ja, aber nur bei Kundentyp = Firma
Titel	Char(50)	Nur bei Privat/Gemischt gefüllt sonst leer	Ja
Berufsbezeichnung / Branche	Char(80)	Beruf bei Privat/Gemischt Branche bei Firma Leer bei Behörde	Nein
Geburtsdatum	Char(8)	Format jjjjmmtt	Nein
PLZ	Char(12)		Ja
Ort	Char(40)		Ja
Straßenname	Char(70)		Ja
Hausnummer	Char(7)		Ja
Block	Char(3)		Nein
Stiege	Char(3)		Nein
Stock	Char(3)		Nein
Türnummer	Char(4)		Nein
Adresscode	Char(7)	Laut Bundesanstalt „Statistik Austria“	Nein
AdressID	Char(1)	Laut Bundesanstalt „Statistik Austria“	Nein
SubCode	Char(3)	Laut Bundesanstalt „Statistik Austria“	Nein

Straßenkennzahl	Char(6)	Laut Bundesanstalt „Statistik Austria“	Nein
Ortschaftskennziffer	Char(6)	Laut Bundesanstalt „Statistik Austria“	Nein
Gemeindekennziffer	Char(6) -	Laut Bundesanstalt „Statistik Austria“	Nein
Nebeneintrag	Char(500)	Der Text aus diesem Feld wird unverändert als Nebeneintrag in das Telefonbuch nach Punkt 5 übernommen. Es erfolgt keine vorherige Bearbeitung durch TA. Das Feld darf nur befüllt werden, wenn eine gesonderte Vereinbarung zwischen Netzanbieter und TA über die Aufnahme von NEBENEINTRAGUNGEN besteht. Andernfalls ist das Feld leer zu halten.	Nein
Eintrag unter Kennzahl	Char(7)	Kunde wünscht eine Reihung seines Eintrags unter einer bestehenden Nummer; hier bitte die Kennzahl dieser Nummer hineinschreiben.	Nein
Eintrag unter Rufnummer	Char(12)	Kunde wünscht eine Reihung seines Eintrags unter einer bestehenden Nummer; hier bitte die Rufnummer dieser Nummer hineinschreiben,	Nein
Infotext	Char(250)	Bei Anlieferung leer Bei Retoursätzen seitens TA gefüllt mit erklärendem Text	Nein

TABELLE 1: Datenfelder mit Teilnehmerdaten

Das File muss einen Abschlussatz mit folgendem Aufbau enthalten und alle Datenfelder des Abschlusssatzes müssen ausgefüllt sein.

Feld aus Schnittstelle	Format	Beschreibung	Muss-Feld
Netzanbietercode	Char(2)		Ja
Netzanbieter	Char(50)		Nein
Überspieldatum	Char(8)	Datum der Überspielung Format jjjJmmtt	Ja
Erledigungsart	Char(2)	=99 (Summensatz)	Ja
Summe_gesamt	Char(7)	Anzahl der übergebenen Datensätze exkl. Abschlussatz	Ja
Summe_Loeschung	Char(7)	Anzahl der Datensätze mit Erledigungsart Löschung	Ja
Summe_Aenderung	Char(7)	Anzahl der Datensätze mit Erledigungsart Änderung	Ja
Summe_Neuaufnahme	Char(7)	Anzahl der Datensätze mit Erledigungsart Neuaufnahme	Ja

Tabelle 2: Datenfelder mit Teilnehmerdaten

3.) Art der Datenübermittlung

Die Datenübertragung des Gesamtdatenbestandes und der Updates erfolgt mittels Filetransfer (ftp). Mobilkom austria AG erstellt und übermittelt einen Initialdatenbestand an die 11880 telegate GmbH, der mit den gleichen Deltadatensätzen, wie sie auch die Telekom Austria AG erhält, aktualisiert werden kann. Dabei ist das Schnittstellenformat wie bei der Übermittlung an Telekom Austria AG zu verwenden. Nach korrekter Absendung der Daten haftet die mobilkom austria AG nicht für allfällige Beschädigungen oder den Datenverlust von Teilnehmerdaten auf dem Transportweg.

Sollte ein offensichtlicher Übermittlungsfehler von einer der Parteien dieser Anordnung erkannt werden, teilt sie dies unverzüglich der anderen Partei mit und beteiligt sich adäquat an der Fehlersuche und –behebung. Sollte die 11880 telegate GmbH Daten beschädigt oder trotz Versendung durch die mobilkom austria AG gar nicht erhalten, teilt sie dies der mobilkom austria AG mit und hat Anspruch auf eine gebührenfreie Ersatzlieferung.

4.) Entgelte

Die Entgelte, die von der 11880 telegate GmbH zu bezahlen sind, umfassen laufende monatliche nachfragerindividuelle Kosten der Übermittlung sowie nachfragerindividuelle Kosten zur Erstellung und Übermittlung von Initialladungen. Die laufenden nachfragerindividuellen Kosten der Übermittlung von Teilnehmerdaten sind nicht abhängig von der Häufigkeit der Übermittlung (wöchentlich oder täglich). Die 11880 telegate GmbH bezahlt einmalig den Betrag von € 5.950,-- und monatlich den Betrag von € 140,--.

Die in dieser Anordnung angeführten Beträge enthalten keine Umsatzsteuer.

5.) Zahlungsbedingungen

Das von jedem Nachfrager in gleicher Höhe zu zahlende einmalige Entgelt wird fällig, sobald die mobilkom austria AG die technischen Voraussetzungen für die Datenübermittlung bereitstellt und die erforderlichen Systeme vollständig implementiert sind. Das quartalsmäßig von der 11880 telegate GmbH zu zahlende Entgelt wird erstmalig mit der ersten Überlassung des Gesamtdatenbestandes fällig. Die Daten gelten im Sinne dieser Anordnung als überlassen, sobald sie der 11880 telegate GmbH zur Verfügung stehen. Mobilkom austria AG wird das ihr zustehende Entgelt jeweils quartalsmäßig im Nachhinein in Rechnung stellen, sohin jeweils nach Ablauf des 31.3., 30.6., 30.9. und 31.12. eines jeden Jahres. Der Rechnungsbetrag muss spätestens 30 Tage nach Zugang der Rechnung ohne Abzug auf dem in der Rechnung angegebenen Konto gutgeschrieben sein. Allfällige Überweisungskosten oder Bankspesen gehen zu Lasten der 11880 telegate GmbH. Die Parteien verzichten auf die Einrede der Zug um Zug Erfüllung.

6.) Aufrechnungsverbot

Gegen wechselseitige Ansprüche können die Parteien der Anordnung nur mit Ansprüchen, die im rechtlichen Zusammenhang mit dieser Anordnung stehen, sowie mit gerichtlich festgestellten oder von der jeweils anderen Partei anerkannten Ansprüchen aufrechnen.

7.) Liefertermin

Die mobilkom austria AG hat den Gesamtdatenbestand erstmalig längstens einen Kalendermonat nach Mitteilung der 11880 telegate GmbH, diese Anordnung in Gang setzen zu wollen, zu übermitteln. Die mobilkom austria AG ist nicht verpflichtet, eine für die offline-Übermittlung erforderliche Schnittstelle zugunsten der Antragstellerin zu implementieren, solange keine Anzeige der

Antragstellerin, die Anordnung in Gang setzen zu wollen, bei der mobilkom austria AG eingelangt ist. Die Anzeige, die Anordnung in Gang setzen zu wollen, hat schriftlich (eingeschrieben oder mit sonstigem Absendenachweis) zu erfolgen.

Die mobilkom austria AG wird der 11880 telegate GmbH den Termin, ab dem die Bereitstellung möglich ist, unverzüglich mitteilen.

Die Übermittlung der Updates erfolgt täglich (Montag bis Freitag, werktags).

8.) Gewährleistung

Die mobilkom austria AG leistet Gewähr, dass die in der Erstlieferung und den Folgelieferungen gelieferten Teilnehmerdaten vollständig (dh alle Muss-Felder sind ausgefüllt) und keine Geheimnummern sind. Die Rügepflicht gemäß § 377 UGB wird ausdrücklich abbedungen. Die mobilkom austria AG verzichtet auf den Einwand der nicht rechtzeitig erhobenen Mängelrüge.

9.) Belegexemplar

Auf Wunsch der mobilkom austria AG ist jener im Falle der Produktion von gedruckten Teilnehmerverzeichnissen oder Teilnehmerverzeichnissen auf anderen mobilen Datenträgern unverzüglich ein Belegexemplar zu übermitteln. Die Kosten für die Übermittlung dieses Belegexemplars und die Transportgefahr trägt die mobilkom austria AG.

Gibt die 11880 telegate GmbH ein Teilnehmerverzeichnis im Internet heraus, so ist sie verpflichtet, die Internet-Domain-Adresse innerhalb von zehn Arbeitstagen nach Herausgabe des Produktes der mobilkom austria AG mitzuteilen.

10.) Änderungen der Anordnung

Ohne Kündigung der Gesamtanordnung oder des Anhanges zu dieser Anordnung können die Parteien einander begründete Änderungswünsche bezüglich der Neufestlegung von einzelnen Bestimmungen dieser Anordnung schriftlich übermitteln und Verhandlungen darüber führen. Eine erstmalige Bekanntgabe von begründeten Änderungswünschen ist mit Ablauf eines Jahres nach In-Kraft-Treten dieser Anordnung möglich. Für den Fall des Scheiterns dieser Verhandlungen kann die Regulierungsbehörde von jeder der Parteien frühestens nach sechs Wochen ab Einlangen der Änderungswünsche angerufen werden. Die Regelung, auf die sich der Änderungswunsch einer der Parteien bezieht, bleibt bis zum In-Kraft-Treten der neuen Regelung aufrecht.

Dieses Vorgehen ist auch einzuhalten, wenn die von der mobilkom austria AG eingesetzte technische Infrastruktur aufgrund von Veralterung ausgetauscht bzw. erneuert werden muss und sich die Kosten der mobilkom austria AG dadurch erhöhen.

Sämtliche Änderungen und Ergänzungen dieser Anordnung bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform und der Untertierung durch die Parteien; dies gilt auch für ein Abgehen vom Erfordernis der Schriftform. Auch ein Verzicht auf Rechte kann nur schriftlich erfolgen.

11.) In-Kraft-Treten, Dauer

Diese Anordnung tritt sofort in Kraft. Spätestens ab Einlangen der Mitteilung der 11880 telegate GmbH bei der mobilkom austria AG, die offline-Übermittlung der Daten der Teilnehmer der mobilkom austria AG in Anspruch nehmen zu wollen, hat die mobilkom austria AG dafür Sorge zu tragen, dass die zur Übermittlung erforderliche Schnittstelle zur Antragstellerin bei ihr implementiert wird. Sobald die Übermittlung möglich ist, teilt sie dies der 11880 telegate GmbH unverzüglich mit.

Diese Anordnung gilt nach ihrem In-Kraft-Treten auf unbestimmte Zeit.

12.) Ordentliche Kündigung

Jede Partei kann diesen Vertrag unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zu jedem Monatsletzten kündigen.

Die Kündigung hat jeweils schriftlich (eingeschrieben oder mit sonstigem Absendenachweis) zu erfolgen.

Sofern die kündigende Partei mit Ausspruch der Kündigung oder die gekündigte Partei binnen vier Wochen ab Erhalt der Kündigung den ausdrücklichen Wunsch nach Fortführung der Datenübermittlung über den Kündigungsstermin hinaus, wenngleich zu geänderten Bedingungen, äußert, und diese vorgebracht und begründet werden, so erbringen die Parteien die anordnungsgegenständlichen Leistungen zu den bestehenden Bedingungen weiter, bis zum Abschluss einer Vereinbarung bzw. einer das Übermittlungsverhältnis regelnden Anordnung der zuständigen Regulierungsbehörde. Andernfalls erbringen die Parteien die anordnungsgegenständlichen Leistungen nicht mehr und eine Weiterverwendung der Daten hat zu unterbleiben.

Gelingt keine Einigung im Verhandlungswege innerhalb von sechs Wochen (nach Äußerung des Wunsches auf Vertragsfortführung), so kann jede der Parteien innerhalb von weiteren zwei Wochen eine Entscheidung durch die Regulierungsbehörde beantragen, die die einvernehmliche Regelung ersetzt.

Mangels anderer Vereinbarung erlangt eine solche Vereinbarung bzw. eine diese ersetzende Entscheidung der Regulierungsbehörde rückwirkend Wirkung mit jenem Tag, der auf die Vertragsbeendigung durch die Kündigung erfolgt.

13.) Anzeigepflichten

Die Parteien haben Änderungen ihrer Firmenwortlauten, Änderungen bei den jeweiligen Ansprechpartnern sowie jede Änderung ihrer Anschrift

(Sitzverlegung), der Zahlstelle und jede Änderung ihrer Rechtsform und ihrer Firmenbuchnummern ehestmöglich, spätestens jedoch innerhalb eines Monats ab der Änderung schriftlich bekannt zu geben.

Gibt eine der beiden Parteien eine Änderung ihrer Anschrift nicht bekannt und gehen ihr deshalb an die von ihr zuletzt bekannt gegebene Anschrift gesandte, rechtlich bedeutsame Erklärungen der anderen Partei nicht zu, so gelten die Erklärungen trotzdem als zugegangen. Rechnungen und Mahnungen einer Partei an die andere gelten unter den gleichen Voraussetzungen als zugegangen, wenn sie an die von der Partei zuletzt bekannt gegebene Zahlstelle gesandt wurden.

Bei nicht bescheinigten oder nicht bescheinigbaren schriftlichen Erklärungen trägt der Absender das Risiko des Zuganges an den Empfänger. Als Bescheinigung des Zuganges von Erklärungen gelten Rückschein, Faxsendungen mit positiver Faxbestätigung sowie Zustellung durch Boten bei gleichzeitiger schriftlicher Bestätigung des Empfanges einer nach Zustellgesetz empfangsberechtigten Person.

14.) Teilnichtigkeit

Sollten einzelne Bestimmungen dieser Anordnung unwirksam oder undurchführbar werden, berührt dies nicht die Wirksamkeit oder Durchführbarkeit der restlichen Bestimmungen dieser Anordnung. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung wird einvernehmlich durch eine wirksame oder durchführbare Bestimmung ersetzt, die in ihrem technischen und wirtschaftlichen Gehalt der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung möglichst nahe kommt.

Analogen gilt schließlich auch für den Fall, dass einzelne Bestimmungen dieser Anordnung durch eine rechtskräftige Entscheidung der Regulierungsbehörde oder eines Gerichtes, für ganz oder teilweise unwirksam, oder undurchführbar befunden werden. Diesfalls werden die Parteien diese Bestimmung einvernehmlich binnen angemessener Frist ersetzen, soweit diese nicht durch rechtskräftige Entscheidung, Verordnung oder Gesetz näher bestimmt ist.

15.) Rechtsnachfolge

Alle Rechte und Pflichten aus dieser Anordnung gehen auf die Gesamtrechtsnachfolger der Parteien über, auf Seiten der 11880 telegate GmbH jedoch nur dann, wenn es sich bei dem Rechtsnachfolger um einen gem. § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 Berechtigten handelt.

16.) Geheimhaltung

Die Parteien verpflichten sich, alle Tatsachen, Informationen und Daten, die die jeweils andere Partei betreffen, und die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen und wegen der Durchführung der gegenständlichen Anordnung der anderen Partei bekannt wurden, als vertraulich und geheim zu behandeln. Diese Geheimhaltungspflicht gilt auch intern bei einer Partei gegenüber

anderen Geschäftsbereichen, Abteilungen oder Tochtergesellschaften der jeweiligen Partei, die im aktuellen oder potenziellen Wettbewerb mit der anderen Partei oder deren Tochtergesellschaft steht.

Die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung gilt nicht für Tatsachen, Informationen und Daten, die zum allgemeinen Stand der Technik gehören, von der Regulierungsbehörde aufgrund der jeweils geltenden Rechtslage veröffentlicht wurden oder ohne Zutun und Verschulden der geheimhaltungsverpflichteten Partei sonst öffentlich zugänglich oder bekannt sind. Keine Vertraulichkeitsverpflichtung besteht gegenüber der Regulierungsbehörde, doch sind geheimhaltungspflichtige Umstände als solche zu kennzeichnen. Ebenfalls werden Verpflichtungen zur Offenlegung bzw. Auskunftserteilung aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder gerichtlicher Anordnungen hiervon nicht berührt.

17.) Zahlungsverzug

Bei Zahlungsverzug werden Verzugszinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz gemäß § 1333 Abs. 2 ABGB verrechnet. Dabei ist der Basiszinssatz, der am letzten Kalendertag eines Halbjahres gilt, für das nächste Halbjahr maßgebend.

Bei Zahlungsverzug der 11880 telegate GmbH ist die mobilkom austria AG berechtigt, die Erbringung weiterer Leistungen vorübergehend einzustellen, dies unter der Voraussetzung, dass die mobilkom austria AG dem Empfänger eine Nachfrist von 30 Tagen mittels eingeschriebenem Brief (oder mit sonstigem Absendenachweis) zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen eingeräumt hat und die 11880 telegate GmbH innerhalb der Nachfrist ihre Verpflichtungen nicht erfüllt hat. In diesem Fall haftet die mobilkom austria AG nicht für direkte oder indirekte Schäden, die Folge der Einstellung der Leistungserbringung sind.

18.) Absicherung der Vertragspflichten, außerordentliche Kündigung

Jede Partei ist berechtigt, das Anordnungsverhältnis mit Ablauf eines jeden Werktages unter Einhaltung einer sechstägigen Kündigungsfrist mit eingeschriebenem (oder mit sonstigem Absendenachweis übermittelten) Brief zu kündigen, wenn:

- die andere Partei trotz schriftlicher Aufforderung und Setzung einer Nachfrist von einem Monat gegen wesentliche Bestimmungen der Anordnung verstößt und/oder
- über das Vermögen der anderen Partei ein Konkursverfahren eröffnet wird oder die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels kostendeckender Masse abgelehnt wird und/oder
- die weitere Erfüllung dieser Anordnung für die kündigende Partei aus regulierungs- und wettbewerbsrechtlichen Gründen unzumutbar wird und/oder

- zumindest eine der Anordnung entgegenstehende Entscheidung einer Behörde oder eines Gerichts vorliegt und/oder
- die 11880 telegate GmbH die Teilnehmerdaten entgegen gesetzlich geltenden Vorschriften zum Zwecke von Marketing oder Vertriebsmaßnahmen verwendet.

Soweit in dieser Anordnung nichts anderes vorgesehen, haften die Parteien für Schäden nur bei mindestens grober Fahrlässigkeit. Soweit zwingendes Recht nicht entgegensteht, ist die Ersatzpflicht der Parteien je schadenversachendem Ereignis auf einen Betrag von EUR 7.268,-- beschränkt und die Haftung für mittelbare Schaden, Folgeschäden, Datenverlust, Datenzerstörung, reine Vermögensschäden, entgangenen Gewinn, nicht erzielte Ersparnisse, Zinsverluste und für Schäden aus Ansprüchen Dritter, auch wenn sich derartige Ansprüche auf das Produkthaftungsgesetz gründen, ausgeschlossen.

Eine Partei, die eine der in dieser Anordnung (Punkt 1 der Anordnung) genannten Pflichten grob fahrlässig verletzt, hat unbeschadet allenfalls darüber hinausgehenden Schadenersatzes der verletzten Partei binnen Monatsfrist nach Aufforderung eine nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Konventionalstrafe von EUR 15.000,-- je Verletzungshandlung (bei Dauerverletzung je angefangenen Monat) zu bezahlen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 18.05.2005 beantragte die 11880 telegate GmbH die „*Einleitung eines Streitschlichtungsverfahrens nach § 18 Abs. 3 TKG 2003 i.V.m. § 117 Z 2 und §§ 121 f TKG 2003*“ und beantragte die Erlassung einer Anordnung „*hinsichtlich der Bedingungen des Zugangs der Antragstellerin zu den Teilnehmerdaten der Antragsgegnerin und zwar insbesondere hinsichtlich der weiteren Verwendung dieser Daten sowie bzgl. der kostenorientierten Entgelte für die Leistung „Offline-Zugang“*“, wobei diese Anordnung auf Basis eines von der 11880 telegate GmbH übermittelten Vertragsentwurfs geschehen möge. Alternativ zu einer Anordnung wurde eine „*Klarstellung*“ beantragt, dass die Anordnung, die sich aus dem Bescheid T 2/04 ergibt, auch die Teilnehmerdaten der Tochtergesellschaft der Telekom Austria AG, d.h. der Antragsgegnerin, mitumfasse.

Zur Begründung des Antrages wurde im Wesentlichen Nachstehendes ausgeführt: Die Antragstellerin biete einen betreiberübergreifenden Auskunftsdiest in Österreich für Inlandsauskünfte und Auslandsauskünfte unter der Rufnummer 11880 an und errichte derzeit ein betreiberübergreifendes Teilnehmerverzeichnis, indem sie selbst die Daten von allen relevanten Betreibern öffentlicher Telefondienste „einsammelt“.

Die Antragstellerin habe mit Datum vom 01.02.2005 den Zugang zu Teilnehmerdaten im Offline-Verfahren schriftlich bei der Antragsgegnerin beantragt. Der beantragten Legung eines Angebots sei die Antragsgegnerin nicht nachgekommen. In telefonischen Gesprächen habe die Antragsgegnerin als wesentliche Probleme betreffend die Angebotslegung die Frage der Weitergabe der zu übermittelnden Daten und die Festlegung der Entgelte thematisiert. Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin einen Vertragsentwurf übermittelt, in dem sie sich verpflichtet hätte, Daten aus ihrem betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnis nur im Wege des Online-Zugriffs anderen Anbietern von Auskunfts- oder Teilnehmerverzeichnisdiensten zur Verfügung zu stellen. Bezuglich der Entgelte hätte die Antragstellerin ein Entgelt von € 0,01 je übermitteltem Datensatz akzeptiert. Die Telekom Austria AG habe ihrer Tochtergesellschaft, der Antragsgegnerin, untersagt, Teilnehmerdaten an Herausgeber betreiberübergreifender Teilnehmerverzeichnisse oder an betreiberübergreifende Auskunftsdiene zu übermitteln, es sei denn, es würde zwischen der Antragsgegnerin und entsprechenden Nachfragern festgelegt, dass eine Weitergabe der Daten aus betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnissen, die im Wettbewerb zur Telekom Austria AG stehen, verhindert bzw. erschwert wird. Eine Vereinbarung über den Gegenstand des Antrags sei zwischen den Parteien ab dem Einlangen der Nachfrage bei der Antragsgegnerin trotz Verhandlungen nicht zustande gekommen.

Der Antrag wies mehrere Mängel auf. Die Antragstellerin hatte nicht ihren tatsächlichen Firmennamen verwendet und es ging aus dem Antrag nicht eindeutig hervor, welche Verfahrensart beantragt war. Die Telekom-Control-Kommission beschloss daher in ihrer Sitzung vom 30.05.2005, den Antrag zur Verbesserung zurückzustellen. Der entsprechend verbesserte Antrag langte am 01.06.2005 fristgerecht ein.

Mit Schriftsatz vom 16.06.2005 (ON 6 in RVST 12/05) führte die mobilkom austria AG dazu aus, sie sei bereit, ein Entgelt von € 0,01 pro Datensatz zu akzeptieren, wenn die Nutzung der Daten auf die Herausgabe betreiberübergreifender Teilnehmerverzeichnisse und/oder den Betrieb eines betreiberübergreifenden telefonischen Auskunftsdiens tes beschränkt bleibe. Die Antragstellerin wolle selbstständig die ihr zuerkannten Teilnehmerdaten an Dritte weiterverkaufen, dies sei weder aus dem TKG 2003 noch aus den einschlägigen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission abzuleiten.

In ihrer Sitzung vom 18.07.2005 beauftragte die Telekom-Control-Kommission die Amtssachverständigen mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens, in welchem die Kosten der mobilkom austria AG für die Bereitstellung und Übermittlung ihrer Teilnehmerdaten gem. § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 ermittelt werden. In dem Gutachten sollten – ausgehend von der derzeitigen Situation – die Kosten für die Offlineübermittlung festgestellt werden, wobei eventuelle Auswirkungen von Wiederverkauf und Mehrfachnutzung aufgezeigt werden sollten. Weiters sollte untersucht werden, inwieweit bei der Übermittlung der Teilnehmerdaten an die Antragstellerin auf bestehende Infrastruktur, die zur Übermittlung der Teilnehmerdaten an den

Universaldiensterbringer Telekom Austria AG zwecks Herausgabe des Universaldienstverzeichnisses verwendet wird, zurückgegriffen werden kann.

Mit Schriftsatz vom 29.09.2005 (ON 12) übermittelte die mobilkom austria AG einen Anordnungstext. Die Frage des Wiederverkaufs und der Mehrfachnutzung habe sich als Hauptstreitpunkt in den Verhandlungen herauskristallisiert. § 18 Abs. 1 Z 4 i.V.m. § 69 Abs. 3 und 4 TKG 2003 schaffen den rechtlichen Rahmen für die Verpflichtung zur Weitergabe der Teilnehmerdaten, welche ohne diese Bestimmung zweifellos gegen das Datenschutzgesetz verstößen würde. Daher erscheine eine enge Auslegung dieser Ausnahmeregelung geboten. Die sektorspezifische, Teilnehmerdaten betreffende Datenschutzbestimmung des § 103 TKG 2003 verpflichte nur Betreiber, Anbieter eines Auskunftsdiensstes fallen nicht unter diese Definition. Dies würde einerseits massiv in jene Rechte der Teilnehmer eingreifen, die durch ebendiese Regelung geschützt werden sollen, andererseits stellen die eigenen Teilnehmerdaten aber auch einen immensen Wert für jedes Telekomunternehmen dar. Ein Mitbewerber des Betreibers könne durch eine tagesaktuelle Gesamtdatenbank aller registrierten Teilnehmer eines Betreibers durch direkte Ansprache dieser Kunden gezielte Abwerbeaktionen starten. Auch der Verkauf an andere als Mitbewerber, etwa an Direktmarketingunternehmen, wäre mit erheblichem Schaden für den die Daten bereitstellenden Betreiber verbunden. Die Telekom-Control-Kommission habe daher im Ergebnis völlig zutreffend im Bescheid T 2/04 erkannt, dass die übermittelten Daten ausschließlich zur Herausgabe eines betreiberübergreifenden Telefonverzeichnisses bzw. für das Betreiben eines Auskunftsdiensstes verwertet werden dürfen. Überdies sei ein urheberrechtlicher Schutz der Teilnehmerdaten gegeben.

Bezüglich des Anordnungstextes verlangte die mobilkom austria AG ausdrückliche Klarstellungen, dass eine Weitergabe an Dritte, die auch ein Telefonverzeichnis oder einen Auskunftsdiest betreiben, ebenfalls ausgeschlossen sei. Zur Vereinfachung des Verwaltungsaufwandes und im Interesse einer möglichst einfachen Form der Abgeltung sei die mobilkom austria AG bereit, freiwillig ein Pauschalentgelt von € 2.500,-- (exklusive USt) pro Quartal zu akzeptieren. Zur Klarstellung sei festzuhalten, dass ab Wirksamwerden der Kündigung eine weitere Verwendung der Daten nicht mehr zulässig sei. Die beantragten Bestimmungen zu Verzugszinsen seien branchenüblich. Bezüglich der Pönale für unerlaubte Weitergabe der Daten solle ein Mindestwert von € 100,-- pro betroffenem Datensatz angeordnet werden.

In einer Replik vom 03.11.2005 (ON 14) führte die 11880 telegate GmbH zum Vorbringen des möglichen Eindringens in den Kundenkreis der Antragsgegnerin aus, dass jeder Mitbewerber der Antragsgegnerin, der einen betreiberübergreifenden Auskunftsdiest erbringen möchte, einen regulatorischen Anspruch darauf habe, dass ihm seine Mitbewerber die Daten ihrer Teilnehmer gegen kostenorientiertes Entgelt zur Verfügung stellen. Eine Weitergabe der gegenständlichen Daten an Direktmarketingunternehmen sei durch § 103 TKG 2003 untersagt. Die Einschränkung der Datennutzung werde

abgelehnt, weder das TKG 2003 noch andere Gesetze geben Raum für eine solche Einschränkung. Eine Bestimmung, dass die Datensätze „in geeigneter Form“ übermittelt werden, sei nicht ausreichend, es könne nicht angehen, dass die Antragsgegnerin berechtigt sei, den Aufbau der zu übermittelnden Datensätze aus wichtigen Gründen zu ändern. Das von der Antragsgegnerin vorgeschlagene Entgelt liege weit über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Bezuglich der Frage der Weitergabe der Daten spiele für die Antragsgegnerin der Schutz der Teilnehmer dann keine Rolle, wenn Auskunftsdiensstbetreiber bereit sind, höhere Entgelte zu bezahlen. Die Antragstellerin werde sich jederzeit an die Bestimmungen des TKG 2003 und die Datenschutzbestimmungen halten und habe nicht vor, Daten in anderer Weise als im Rahmen des Auskunftsdienstes zu verwenden. Eine Weitergabe von Daten sei nur im Wege des online-Zugriffs geplant und zwar nur an solche Unternehmen, die ihrerseits einen Auskunftsdiensst betreiben. Die Antragstellerin habe nicht vor, in den Kundenkreis der Teilnehmernetzbetreiber einzudringen. Sie ziehe allerdings in Zweifel, ob die Telekom Austria AG, Muttergesellschaft der Antragsgegnerin, die Teilnehmerdaten ausreichend schütze. Die offensichtliche Absprache zwischen Telekom Austria AG und der Antragsgegnerin begründe den Verdacht, dass das Vertragsverhältnis zwischen den vorgenannten weniger Einschränkungen enthalte als der vorgeschlagene Anordnungstext. Damit läge ein Fall von Diskriminierung vor, der in EU-richtlinienkonformer Auslegung einen Verstoß gegen § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 darstelle. Die Antragstellerin beantrage daher die Offenlegung des Datenlieferungsvertrags zwischen der Antragsgegnerin und der Telekom Austria AG.

Das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen (ON 16) vom November 2005 wurde den Parteien am 15.11.2005 zugestellt.

In ihrer Stellungnahme zum Amtsgutachten vom 24.11.2005 (ON 20) führte die Antragstellerin aus, die anrechenbaren Kosten seien nur die Kosten der Übermittlungsleistung von Teilnehmerdaten, die Telekom-Control-Kommission habe mit dem Gutachtensauftrag eine Vorentscheidung zugunsten des Maßstabes der Vollkosten getroffen. Ein Großteil der im Gutachten aufgelisteten Kosten habe mit den in § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 genannten kostenorientierten Entgelten für die Zurverfügungstellung von Teilnehmerdaten nichts zu tun. Es dürfen in Übereinstimmung mit dem Urteil des EuGH vom 25.11.2004 in der Rechtssache C-109/03 lediglich die „*inkrementellen Kosten der Datenübermittlung*“ verrechnet werden. Von den „*Kosten der reinen Datenübermittlung*“ seien sämtliche im Zusammenhang mit einer etwaigen Datenbank verbundenen Kosten strikt zu trennen. Es hätten die „*marginalen Kosten pro Datensatz*“ ermittelt werden müssen. Unbelegte Angaben der Antragsgegnerin seien nicht anhand konkreter Kriterien geprüft worden. Die Schnittstelle zur Datenübermittlung sei bereits vor Jahren von den nunmehr zur Übermittlung verpflichteten Unternehmen erstellt worden, die Kosten dafür seien bereits zum Großteil abgeschrieben. Die Kosten können nur aus Portokosten für die Übersendung von CD-ROM bestehen. Die Extraktion von Daten aus einer bestehenden Kunden-/Teilnehmerdatenbank erfolge automatisch im Rahmen der seit vielen Jahren praktizierten offline-Lieferung von Teilnehmerdaten an österreichische Anbieter von Telefonverzeichnissen.

Es seien keine Manntage für die Einrichtung einer neuen Schnittstelle notwendig, die Antragsgegnerin brauche der Antragstellerin lediglich „*Zugriff auf ihren Server*“ einräumen oder jede Woche „*Update-Datensätze auf einen FTP-Server der Antragstellerin transferieren*“. Bei beiden Alternativen sei keine Schnittstelle notwendig. Mit Ausnahme der Kosten der Überwachung der individuellen Datenübermittlung sei keine der Kostenpositionen im Sinne der Entscheidung des EuGH anerkennungsfähig. Die Einrichtung einer Schnittstelle könne nicht mehr als drei Manntage benötigen. Kosten wie für die Abrechnung und Buchhaltung seien Unternehmensgemeinkosten, die der Teilnehmernetzbetreiber zu tragen habe.

Die Antragsgegnerin führte in ihrer Stellungnahme zum Gutachten vom 25.11.2005 (ON 22) aus, die von ihr angegebenen Rechnerzeiten seien aus nicht nachvollziehbaren Gründen um den Faktor 10 gekürzt worden. Es seien für die Erhebung der laufenden Kosten „*die konkret bei mobilkom anfallenden Kosten*“ zu berücksichtigen, nicht abstrakte Kosten eines „effizienten“ Systems. Die Nichtberücksichtigung des Einfügens von Dummy-Datensätzen sei nicht nachvollziehbar. Es handle sich dabei um eine zwingend notwendige Maßnahme, um für den Fall unrechtmäßiger Datenweitergabe den schuldigen Nachfrager feststellen zu können. Allfällige aus einer unberechtigten Weitergabe resultierende Schadenersatzansprüche könnten von der Antragsgegnerin andernfalls nicht gestellt werden, die für die Einfügung von Dummy-Datensätzen anfallenden Kosten stehen daher in direktem Zusammenhang mit der Übermittlung an jeden neuen Nachfrager. Die Schutzmaßnahme sei auch im Interesse der von der Weitergabe betroffenen Teilnehmer unverzichtbar und einzig und allein durch das Auftreten eines neuen Nachfragers verursacht. Es sei unrichtig, dass für den Fall, dass die Antragstellerin die Daten zu den im Gutachten ermittelten Kosten beziehen und weiterverkaufen dürfte, dies keine Auswirkungen auf die Erlöse von mobilkom hätte. Eine rechtliche Verpflichtung zur Einräumung eines Rechtes zur Datenweitergabe könne nicht angeordnet werden.

Für den Fall einer Abweichung der Anordnung vom letzten von der Antragsgegnerin vorgelegten Antragstext stellte die Antragsgegnerin einen Eventualantrag, dass die Anordnung bestimmte – höhere als die in den Amtsgutachten festgestellten – Entgelte beinhalten möge und die erstmaligen Einrichtungskosten bei der Erteilung des Einrichtungsauftrags im Voraus zu entrichten seien.

Am 28.11.2005 fand eine mündliche Verhandlung unter Beteiligung der Parteien und ihrer Vertreter sowie der Amtssachverständigen vor der Telekom-Control-Kommission statt. Anlässlich dieser Verhandlung brachte die Antragstellerin vor, die Telekom Austria AG habe bis 2004 sogar Geld von den Mobilfunkbetreibern für die Entgegennahme der Teilnehmerdaten erhalten. Ab Ende 2004/Anfang 2005 haben sich Telekom Austria AG und die Mobilfunkbetreiber darauf geeinigt, dass die Telekom Austria AG eine Schnittstelle vorgebe und der Zahlungsfluss umgekehrt werde. Die Mobilfunkbetreiber würden dadurch „*die Chance wittern*“, nunmehr von den Auskunftsdiensbetreibern Geld zu lukrieren. Es müsse sichergestellt werden, dass die Mobilfunkbetreiber keinen Gewinn aus der Datenweitergabe lukrieren.

Die Antragsgegnerin kritisierte, dass Kosten für Dummydaten nicht einberechnet wurden. Die Schnittstelle sei historisch gewachsen, die Einrichtung einer Zweitschnittstelle wäre ineffizient. Die Daten wären so aufbereitet, wie sie auch für die Telekom Austria AG aufbereitet würden.

Am 22.12.2005 wurde im gegenständlichen Verfahren ein Bescheidentwurf gem. § 128 TKG 2003 veröffentlicht und interessierten Personen innerhalb einer Frist bis zum 31.01.2006 Gelegenheit zur Stellungnahme geboten.

Daniel AJ Sokolov brachte in seiner Stellungnahme vom 04.01.2006 vor, der Preis für die Daten sei nicht bestimmt und auch nicht vom Umfang der Leistung abhängig, es sei daher fraglich, ob ein solcher Bescheid dem Bestimmtheitsgebot ausreichend entspräche. Die Auslegung des Begriffs der Kostenorientierung durch die Behörde erfolge viel zu eng, es bleibe unklar, warum die Behörde in den vorliegenden Entwürfen Vollkosten veranschlagt, während in verwandten Bereichen Long Run Average Incremental Costs als „kostenorientiert“ gelten. Es fehlen Anordnungen für den Fall der absehbaren Übernahme von tele.ring durch T-Mobile, solche sollten im Bescheid vorgesehen werden.

Der Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber beantragte in seiner Stellungnahme vom 30.01.2006 die ersatzlose Streichung des für den Fall der nicht rechtzeitigen Datenlieferung vorgesehenen Pönales und die Erhöhung der Behebungszeit auf vier Werkstage.

Die 11880 telegate GmbH wiederholt in ihrer Stellungnahme vom 31.01.2006 zunächst ihre Rechtsansicht über die Auslegung des Begriffs der kostenorientierten Entgelte. Der Gutachtensauftrag wäre so zu verstehen gewesen, dass „*marginale Kosten pro Datensatz*“ vorzulegen gewesen wären. Die Antragstellerin akzeptiere nicht die vorgesehene Regelung, dass das Wahlrecht, ob nach der erstmaligen Übermittlung eines Gesamtdatenbestandes wöchentliche Update-Datensätze oder jeweils wöchentlich ein leicht veränderter Gesamtdatenbestand an die Antragstellerin übermittelt wird, dem Übermittlungspflichtigen zukommt. Die Vertragsstrafe von € 40.000,-- pro Verletzungshandlung im Fall von Verstößen gegen Punkt 1.) der Anordnung sei exzessiv, von der Behörde nicht begründet und rechtlich auch nicht ableitbar. Die Höhe sei unverhältnismäßig im Vergleich zu den Pönalia, die die Anordnung im Fall der mangelhaften oder verspäteten Erfüllung durch den Übermittlungspflichtigen vorsieht. Die Anordnung einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit für die Antragsgegnerin im Fall einer Verletzung von Punkt 1.) der Anordnung sei rechtlich nicht begründbar, die Regulierungsbehörde nehme auf mangelhafte oder verspätete Erfüllung durch den Übermittlungspflichtigen nicht Bezug, weshalb die Anordnung in diesem Punkt nicht symmetrisch sei.

Die mobilkom austria AG brachte in ihrer Stellungnahme vom 31.01.2006 vor, sie sei zur Integration von Dummydatensätzen verpflichtet und jene geschehe auch im Interesse des Datenempfängers und argumentiert, die Einfügung solcher Datensätze sei eine zwingende Voraussetzung, einer unerlaubten Datenweitergabe durch den Empfänger vorzubeugen. Betreffend das für den

Fall der unerlaubten Datenweitergabe anfallende Pönale beantragte die mobilkom austria AG die Festsetzung eines Mindestschadenersatzes von € 100,-- je betroffenem Datensatz neben einem pauschalierten Schadenersatz von € 40.000,-- je Verletzungshandlung, wobei im Zweifel die Vermutung gelten solle, dass sämtliche von der Übermittlung umfassten Datensätze von der Verletzung betroffen sein sollen. Die Anordnung eines Pónales für die verspätete Übermittlung der Offline-Daten sei überhöht und von keiner Partei im Verfahren beantragt worden, die vorgesehene Frist zur Störungsbehebung sei unzumutbar kurz, beantragt wurde die ersatzlose Streichung der betroffenen Bestimmung. In den Bescheidspruch wäre eine Klarstellung aufzunehmen, dass jede Datenweitergabe unzulässig ist. Belegexemplare seien ohne Kostenersatz bereitzustellen. Hinsichtlich eines allfälligen Internet-Verzeichnisses sollten im Fall, dass von Nutzern ein Entgelt oder eine Registrierung verlangt werde, alle notwendigen Zugangscodes der mobilkom austria AG & Co KG kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Weiters wurde eine abweichende Geheimhaltungsklausel beantragt. Weiters wurde beantragt, im Falle von Zahlungsverzug die ausständigen Ansprüche mit den gem. § 1333 Abs. 2 ABGB geltenden Unternehmenszinsen zu verzinsen, d. h. mit einer Höhe von 8 % über dem jeweiligen Basiszinssatz.

In der Sitzung vom 20.2.2006 beschloss die Telekom-Control-Kommission einstimmig den Bescheid T 1/05-38 (Erstbescheid), mit welchem A.) der Antrag der 11880 telegate GmbH vom 18.05.2005 auf Erlassung einer Anordnung hinsichtlich der Bedingungen des Zugangs der Antragstellerin zu den Teilnehmerdaten der mobilkom austria AG & Co KG, soweit er die Erlassung einer Anordnung betrifft, die die weitere Verwendung der übermittelten Daten durch die Antragstellerin regelt, insoweit abgewiesen wird, als dadurch Regelungen beantragt werden, die über die in nachstehender Anordnung enthaltenen Regelungen hinausgehen. Weiters wurden gem § 18 Abs. 3 TKG 2003 iVm § 18 Abs. 1 Z 4 TKG Bedingungen für das Zurverfügungstellen der Daten der Teilnehmer des Telefondienstbetreibers mobilkom austria AG & Co KG an die 11880 telegate GmbH zum Zweck der Herausgabe betreiberübergreifender Teilnehmerverzeichnisse oder des Betriebes eines betreiberübergreifenden telefonischen Auskunftsdienstes angeordnet.

Gegen diesen Bescheid er hob die Antragstellerin fristgerecht Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Als Beschwerdegründe machte die Antragstellerin Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend.

Gegen diesen Bescheid er hob auch die Antragsgegnerin ebenfalls fristgerecht Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Als Beschwerdegründe machte die Antragstellerin Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend.

In der Gegenschrift vom 29.05.2006 nahm die Telekom-Control-Kommission zu den Beschwerdegründen, nämlich zu den Kosten der Übermittlung der Daten, zu den kostenorientierten Entgelten, zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, zur Anordnung einer Kündigungsmöglichkeit, zur Anordnung einer Pönale und zur Anordnung einer Rügeobliegenheit Stellung.

In der Gegenschrift vom 26.06.2006 nahm die Telekom-Control-Kommission zu den Beschwerdegründen, nämlich zur Kostentragung der Dummydatensätze, zur Rügepflicht der Datenempfängerin wie auch zur Pönaleregelung Stellung.

Mit Erkenntnis vom 14.11.2006, Zl. 2006/03/0062-7, der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission zugestellt am 5.12.2006, hob der Verwaltungsgerichtshof den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof dazu aus, dass sich aus dem Umstand, dass das Teilnehmerverzeichnis iSd § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 von dem – in § 26 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 als Teil des Universaldienstes gesondert geregelten – betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnis zu unterscheiden ist, der von der Telekom-Control-Kommission gezogene Schluss, dass auch den Begriffen „Verzeichnis ihrer Teilnehmer“ und „ihr Teilnehmerverzeichnis“, wie sie in § 18 Abs. 1 Z 1 und 4 TKG 2003 verwendet werden, unterschiedliche Bedeutung zukommt, keinesfalls ziehen lasse. Unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 25.11.2004 zur diesbezüglich vergleichbaren Rechtslage gem Art. 6 der RL 98/10/EG führte der VwGH weiters aus, dass der Erhalt der „Basisdaten“ – dem entsprechen jedenfalls die gem § 69 Abs. 3 TKG 2003 ermittelten Daten – untrennbar mit dem Telefondienst verbunden sei und keinen besonderen Aufwand seitens des Telefondienstbetreibers erfordere. Die mit dem Erhalt und der Zuordnung dieser Daten verbundenen Kosten seien, anders als die Kosten, die berechnet werden, um diese Daten Dritten zur Verfügung zu stellen, jedenfalls vom Anbieter eines Sprachtelefondienstes zu tragen und seien bereits in den Kosten und Einnahmen eines solchen Dienstes enthalten. Nur die zusätzlichen mit dem Zurverfügungstellen verbundenen Kosten, nicht aber die mit dem Erhalt dieser Daten verbundenen Kosten, könnten dem Nachfragenden in Rechnung gestellt werden. Der VwGH hielt außerdem fest, dass, indem die Telekom-Control-Kommission bei der Festlegung der Entgelte für die Übermittlung von Teilnehmerverzeichnisdaten gem § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 Kosten berücksichtigte, die für die Führung eines den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Teilnehmerverzeichnisses und das Betreiben eines Auskunftsdiestes durch die mobilkom oder – in ihrer Verantwortung – durch einen Dritten entstehen, der angefochtene Bescheid mit der Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet sei. Der Bescheid sei auch aus dem Grund mit Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet, da hinsichtlich der Höhe der festgelegten Pönale die Telekom-Control-Kommission es unterlassen habe, auf das Vorbringen und die Vorschläge der Parteien konkret einzugehen und Einwendungen gegen die Zulässigkeit einer Regelung im Einzelnen zu widerlegen. Die Telekom-Control-Kommission hätte auch das Vorbringen der 11880 telegate GmbH zu prüfen gehabt, inwieweit die von der mobilkom der Telekom Austria AG eingeräumten Bedingungen für die Übermittlung der Teilnehmerverzeichnisdaten gegebenenfalls – auch in Hinblick auf die sich aus der getroffenen Anordnung ergebenden Nebenpflichten – günstiger seien als jene, die mit angefochtenen Bescheid festgelegt wurden.

In ihrer Sitzung vom 22.1.2007 beauftragte die Telekom-Control-Kommission die RTR-GmbH den Verfahrensparteien die Fortsetzung des Verfahrens sowie den Beschluss mitzuteilen, Mag. Norbert Kremminger und Mag. Michael Spineth gem § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen zu bestellen und mit der Erstellung eines Ergänzungsgutachtens zum Gutachten vom November 2005 (GZ T 1/05-16) zu beauftragen. Im Ergänzungsgutachten sollen die Kosten dargestellt werden, die bei der mobilkom Austria AG für die Erstellung und Übermittlung eines Initialdatenbestandes anfallen, der mit den gleichen Deltadatensätzen, wie sie auch die Telekom Austria AG erhält, aktualisiert werden kann. Weiters ist zu untersuchen, ob eine wöchentliche anstatt der täglichen Übermittlung neben der täglichen Übermittlung an Telekom Austria AG zu einer Reduktion der Kosten führen würde. Weiters beschloss die Telekom-Control-Kommission die Verfahrensparteien aufzufordern, bis zum 7.2.2007 zu den in der Anordnung enthaltenen Regelungen über Kündigungsmöglichkeiten, Höhe der vorgesehenen Pönalia sowie Rügepflichten ergänzendes Vorbringen zu erstatten und diesbezüglich Vorschläge für konkrete Regelungen vorzubringen.

Die mobilkom Austria AG brachte in ihrem Schriftsatz vom 7.2.2007 zum Punkt „ordentliche Kündigung“ vor, dass die Anordnung die Klarstellung enthalten sollte, dass ab Wirksamwerden der Kündigung eine weitere Verwendung der Daten nicht mehr zulässig ist. Weiters hielt die mobilkom austria AG zu Punkt 12.) Abs. 2 fest, dass die in diesem Absatz formulierte Weiterführungsklausel nur im Fall der Kündigung durch den Datenempfänger Sinn mache und daher die beidseitige Formulierung zu streichen und analog dem oa Formulierungsvorschlag zu überarbeiten sei. Zur Höhe der vorgesehenen Pönalia für nicht zweckmäßige Verwendung der Daten durch den Datenbezieher brachte die mobilkom austria AG vor, dass sie die Pönaleregelung auf Grund der besonderen Sensibilität der Daten für angemessen und unverzichtbar halte. Die Anordnung einer Pönale für verspätete Übermittlung der Offline-Daten ist nach Ansicht der mobilkom austria AG unzulässig, weil diese unverhältnismäßig hoch und aus diesem Grund sittenwidrig iSv § 879 ABGB sei. Die angeordneten Pönalezahlungen seien unverhältnismäßig hoch, stünden in einem auffallenden Missverhältnis zu dem zu erwartenden Schaden, knüpfen an eine unzumutbar kurze Frist zur Störungsbehebung und seien überdies verschuldensunabhängig zu begleichen. Hinsichtlich der Rügepflichten brachte die mobilkom austria AG vor, dass die Anordnung in Modifikation von § 377f UGB auf Grund von gröblicher Beeinträchtigung der Interessen der mobilkom austria AG rechtswidrig sei.

Die 11880 telegate GmbH sprach sich in ihrem Schriftsatz vom 7.2.2007 gegen den Ergänzungsgutachtensauftrag aus, soweit damit die Kosten für die Erstellung des Initialdatenbestandes als überwälzungsfähig akzeptiert werden sollen und verweist weiters auf ihre Stellungnahme im Verfahren gegen tele2UTA vom 12.12.2006. In dieser Stellungnahme erklärte die 11880 telegate GmbH unter Bezugnahme auf das Erkenntnis des VwGH vom 14.11.2006, dass dem Grunde nach die laufenden Kosten pro Monat je Nachfrager (im konkreten Fall EUR 140,-) und die Set-Up Kosten je Nachfrager (im konkreten Fall EUR 3000,-) als vom nachfragenden Unternehmen zu tragenden Kosten

zu berücksichtigen sind. Bei der erstgenannten Kostenposition handle es sich um die „Nachfragerindividuelle Betreuung der Schnittstelle, die Datenübertragung und die Buchhaltung“; bei der zweitgenannten Position um die Erstellung der Initialbefüllung. Diese Kostenpositionen wurden dem Grunde nach anerkannt, hinsichtlich der Höhe wurde auf die Stellungnahme zum Amtsgutachten vom 22.05.2006 verwiesen. Der Antragsteller bringt weiters vor, dass der Teilnehmernetzbetreiber die Kostenposition „Set-Up Kosten teilbar“ (im konkreten Fall EUR 50.812,50) wie auch die „teilbaren laufenden Kosten pro Monat“ selbst zu tragen hat. Die 11880 telegate GmbH stellte weiters klar, dass die Führung und Pflege der „Datenbank 4“ und damit auch die Befüllung aus vorgesetzten „Datenbanken 1, 2, 3“ kostenmäßig niemals auf das nachfragende Auskunftsdienstleistungsunternehmen überwälzt werden kann.

Mit Beschluss vom 29.1.2007 erklärte der Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde der mobilkom Austria AG als gegenstandslos und stellte das Verfahren ein.

Mit Schreiben vom 21.2.2007 legte die mobilkom austria AG den Vertrag über die Aufnahme von Teilnehmerdaten der mobilkom zwischen der Telekom Austria AG und der mobilkom austria AG vor (ON 60) und weist darauf hin, dass es sich bei dieser Vereinbarung um ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis von mobilkom austria AG und Telekom Austria AG handelt, welches zur Gänze von einer Einsichtnahme durch andere Verfahrensparteien auszunehmen ist.

Das wirtschaftliche Ergänzungsgutachten der Amtssachverständigen (ON 62) vom Mai 2007 wurde den Parteien am 15.05.2007 zugestellt und ihnen Gelegenheit eingeräumt, zum Gutachten bis zum 12.06.2007 Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurden die Parteien zur mündlichen Verhandlung am 25.06.2007 eingeladen.

In der Stellungnahme zum wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten vom 12.06.2007 brachte die mobilkom austria AG vor, dass sie an alle Nachfrager der Teilnehmerdaten täglich liefert. Mobilkom austria AG kritisierte die Kürzung der Rechnerzeiten durch die Gutachter um den Faktor 10 und die Nichtanerkennung der Kosten für das Einfügen von Dummy-Datensätzen. Weiters hob mobilkom austria AG hervor, dass der Hardwarebedarf (Firewall, Ports, Speicherbedarf) in den nicht teilbaren laufenden Kosten berücksichtigt werden sollte.

In der daraufhin anberaumten mündlichen Verhandlung am 25.06.2007 verwies 11880 telegate GmbH auf ihr bereits erstattetes Vorbringen in der Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. 11880 telegate GmbH plädierte für ein paralleles Kündigungsrecht und brachte weiters vor, dass die Rügefrist auf vier Wochen verlängert werden sollte. Hinsichtlich der Pönalen führte 11880 telegate GmbH aus, dass diese entweder entfallen oder mit den anderen Pönaleregelungen in einem sinnvollen Verhältnis stehen sollten. Sofern dies auch für die mobilkom austria AG gelte, könnte die 11880 telegate GmbH auch ohne Pönaleregelungen leben. Weiters bestritt 11880 telegate GmbH, dass es

bei den gegenständlichen Kosten nicht um die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gehe.

Mobilkom austria AG stellte in der mündlichen Verhandlung am 25.06.2007 klar, dass sie selbst auch einen Auskunftsdiensst für ihre Teilnehmer betreibt. Zur Frage der Kündigungsmöglichkeit führte mobilkom austria AG aus, dass noch nicht klargestellt sei, ob 11880 telegate GmbH die Daten an Dritte weitergeben dürfe. Aus Sicht von mobilkom austria AG sei es nicht zulässig, die Daten weiterzugeben, 11880 telegate GmbH ginge jedoch davon aus, dass die Daten weitergegeben werden dürfen. Zur Kostenregelung führte mobilkom austria AG aus, dass zur Verhinderung von Missbrauch Dummydatensätze eingefügt werden, um im Fall einer Weitergabe nachweisen zu können, wer die Daten weitergegeben hat. Diese Kosten sollten nach Ansicht von mobilkom austria AG von den Nachfragern mitgetragen werden. Die Pönaleregelungen im Allgemeinen seien nach Ansicht der mobilkom austria AG grob ungleichgewichtig. Gegen die Weitergabe des Vertrags zwischen mobilkom austria AG und Telekom Austria AG bestünden keine Bedenken. Mobilkom austria AG sehe im Gegensatz zu 11880 telegate GmbH keine Möglichkeit, auf die Pönaleregelungen zu verzichten. Zur Weitergabe der Daten an andere Auskunftsdiensstbetreiber, insbesondere zur Frage, an wen sich dieser wendet, wenn er alle Daten der österreichischen Betreiber haben will, und ob etwas gegen die Weitergabe spricht, führt mobilkom austria AG aus, dass es dabei zu Problemen beim Kostenteilungsmechanismus kommen könnte. Bei einem Recht zur Weitergabe der Daten ergäbe sich das Problem, wie gewährleistet werden kann, dass die Daten nicht in weiterer Folge weitergegeben werden. Durch die Dummydatensätze werden die Kunden vor einer Weitergabe der Daten geschützt.

Mit Schriftsatz vom 09.07.2007 nahm 11880 telegate GmbH zum Vertrag über die Aufnahme von Teilnehmerdaten der mobilkom austria AG und Telekom Austria AG Stellung und brachte vor, dass mobilkom austria AG die Teilnehmerdaten 11880 telegate GmbH in gleichem Umfang wie Telekom Austria AG zur Verfügung zu stellen habe, und zwar ohne Überwälzung von Kosten für Dummy-Datensätze. Weiters wies 11880 telegate GmbH auf das umfängliche Verwertungsrecht der Telekom Austria AG auf Seite 3 des Vertrages hin. 11880 telegate GmbH brachte weiters vor, dass hinsichtlich der Rügepflicht und der außerordentlichen Kündigung identische Bedingungen wie in diesem Vertrag zu gewähren seien.

Mit Schriftsatz vom 27.07.2007 brachte die mobilkom austria AG zum Thema „Weitergabe der Teilnehmerdaten der mobilkom austria AG durch 11880 telegate GmbH“ vor, dass ein gesetzlicher Anspruch auf Übermittlung des Teilnehmerverzeichnisses nur zum Zweck der Herausgabe eines betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnisses und des Betriebs eines telefonischen Auskunftsdienstes bestehe. Eine Weitergabe der Teilnehmerdaten der mobilkom austria AG durch 11880 telegate GmbH an Dritte bleibe privatrechtlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien vorbehalten. Mobilkom austria AG stellte weiters den Antrag, in Punkt B.) 1.) „Gegenstand der Anordnung“ ausdrücklich aufzunehmen, dass eine

Weitergabe der Teilnehmerdaten an Dritte privatrechtlichen Vereinbarungen zwischen den Verfahrensparteien vorbehalten ist.

2. Festgestellter Sachverhalt

Die 11880 telegate GmbH ist im österreichischen Firmenbuch unter der Firmenbuchnummer 205558 t eingetragen. Der Geschäftszweig des Unternehmens ist laut Firmenbuch „Erbringung von Telekomdienstleistungen“, der Sitz der Gesellschaft ist 1070 Wien, Siebensterngasse 21. Die 11880 telegate GmbH erbringt in Österreich unter der Rufnummer 11880 einen betreiberübergreifenden telefonischen Auskunftsdiensst. Die Änderung des Firmennamens von „telegate GmbH“ auf „11880 telegate GmbH“ erfolgte mit Eintragung vom 19.08.2004.

Der mobilkom austria AG wurden mit Datum 06.11.1996 (damaliger Name „Mobilkom Austria Aktiengesellschaft“), 07.02.2000 und 20.11.2000 (damaliger Firmenname: „Mobilkom austria AG“) Konzessionen für Sprachtelefonie erteilt. Die mobilkom austria AG übermittelt die Daten ihrer Teilnehmer, die sich nicht gegen einen Eintrag in das betreiberübergreifende Telefonbuch oder gegen die Beauskunft ihrer Daten durch betreiberübergreifende Auskunftsdienste ausgesprochen haben, an die Telekom Austria AG, in deren Auftrag ein betreiberübergreifendes Teilnehmerverzeichnis herausgegeben wird und die einen betreiberübergreifenden Auskunftsdiensst erbringt.

Mit Schreiben vom 01.02.2005 (eingelangt bei der Antragsgegnerin am 03.02.2005) beantragte die Antragstellerin bei der mobilkom austria AG den Zugang zu deren Teilnehmerdaten im offline-Verfahren. Im April und Mai 2005 fanden zwischen den Parteien mehrere Telefonate zu dieser Thematik statt, wobei auf Seiten der Antragsgegnerin als wesentliche Streitpunkte die Zurverfügungstellung der zu übermittelnden Daten an Dritte und die Festlegung von Entgelten für die Teilnehmerdaten genannt wurden. Mit Datum vom 29.04.2005 hat die Antragstellerin einen Vertragsentwurf übermittelt, in dem sie ein Entgelt von € 0,01 pro übermitteltem Datensatz akzeptiert hätte. Eine Einigung über den Datenpreis und die übrigen Vertragspunkte konnte nicht erzielt werden, sodass die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 18.05.2005 bei der Telekom-Control-Kommission die Einleitung eines Verfahrens gem. § 18 Abs. 3 TKG 2003 beantragte. Im darauf hin vor der RTR-GmbH durchgeführten Streitschlichtungsverfahren nach § 121 Abs. 2 u. 3 TKG 2003 konnte ebenfalls keine Einigung zwischen den Verfahrensparteien erzielt werden.

Die Übermittlung der Daten der Teilnehmer der mobilkom austria AG für die offline-Übermittlung erfolgt derzeit über eine Schnittstelle bei der mobilkom austria AG, die den Transfer der Daten der Teilnehmer der mobilkom austria AG und in weiterer Folge die Übermittlung entsprechender Aktualisierungen hinsichtlich der stattfindenden Änderungen im Bestand der Teilnehmerdaten ermöglicht.

Über diese Schnittstelle erfolgt auch die Übermittlung der Teilnehmerdaten an Telekom Austria, wodurch mobilkom austria AG ihrer gesetzlichen Verpflichtung gemäß § 18 Abs. 1 Z 1 und 2 TKG 2003 nachkommt und somit kein eigenes Teilnehmerverzeichnis führt und keinen eigenen Auskunftsdiest betreibt.

Eine Initialdatenladung enthält die auskunftsdiestrelevanten Informationen über alle Teilnehmer eines Betreibers. Diese Initialdatenladung wird benötigt, um einem Nachfrager nach Teilnehmerdaten den vollständigen Datenbestand zur Verfügung zu stellen und bildet die Basis für die nachfolgenden wöchentlichen Aktualisierungen.

Der Initialdatenbestand kann mit den gleichen Deltadatensätzen, wie sie auch Telekom Austria AG erhält, aktualisiert werden. Dabei wird ausschließlich das Schnittstellenformat wie bei der Übermittlung an Telekom Austria AG angewendet.

Die Kosten der mobilkom austria AG für die Erstellung und Übermittlung von Initialladungen sowie die laufende Übermittlung (Montag bis Freitag, werktags) an die Antragstellerin betragen € 5.950,-- an nachfragerindividuellen Kosten zur Erstellung und Übermittlung von Initialladungen und € 140,-- an laufenden monatlichen nachfragerindividuellen Kosten. Die laufenden nachfragerindividuellen Kosten der Übermittlung von Teilnehmerdaten sind nicht abhängig von der Häufigkeit der Übermittlung (wöchentlich oder täglich).

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen über die Eigenschaften der Antragstellerin gründen sich auf das unwidersprochene Parteivorbringen und die aus dem Firmenbuch abrufbaren Daten. Die Feststellungen zu den Eigenschaften der mobilkom austria AG gründen sich auf das unwidersprochene Parteenvorbringen und sind amtsbekannt. Die Feststellungen hinsichtlich der Nachfrage und des Verhandlungsverlaufs gründen sich auf das unwidersprochene Parteenvorbringen und die vorgelegten Urkunden. Die Feststellungen über die Kosten für die laufende Übermittlung sowie die Erstellung und Übermittlung von Initialladungen der mobilkom austria AG gründen sich im Wesentlichen auf die schlüssigen und widerspruchsfreien wirtschaftlichen Gutachten vom November 2005 und vom Mai 2007.

4. Rechtliche Würdigung

Der Bescheid erlassenden Behörde wurde in Hinblick auf das Vorbringen der Antragstellerin vom VwGH aufgetragen zu prüfen, inwieweit die von der Antragsgegnerin der Telekom Austria AG eingeräumten Bedingungen für die Übermittlung der Teilnehmerverzeichnisdaten gegebenenfalls – auch in Hinblick auf die sich aus der getroffenen Anordnung ergebenden

Nebenpflichten – günstiger sind als jene, die mit dem angefochtenen Bescheid festgelegt wurden.

Gegenstand der Anordnung, Umfang der zu übermittelnden Daten

Der Umfang der von der mobilkom austria AG zu übermittelnden Daten ergibt sich vornehmlich aus § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003, der auf § 69 Abs. 3 und 4 verweist, wobei die Berufsbezeichnung (§ 69 Abs. 3 TKG 2003) immer dann zu übermitteln ist, wenn sie der mobilkom austria AG gegenüber zum Zweck der Eintragung in das Teilnehmerverzeichnis vom Kunden genannt wurde, die zusätzlichen Daten gem. Abs. 4 leg.cit. jedoch nur dann, wenn sie von der mobilkom austria AG tatsächlich in das Teilnehmerverzeichnis aufgenommen wurden. Gemäß Abs. 5 hat auf Wunsch des Teilnehmers die Eintragung seiner Daten in elektronische Verzeichnisse, die die Suche anhand anderer Daten als anhand des Namens ermöglicht, zu unterbleiben. Diese Bestimmung dient dem Schutz des Teilnehmers, daher ist auch diese Information von der mobilkom austria AG weiterzugeben. Der Empfänger der Daten hat dafür zu sorgen, dass eine solche ungewünschte Eintragung unterbleibt.

Der Umfang, in dem die übermittelten Daten von der Antragstellerin genutzt werden dürfen, ergibt sich aus dem TKG 2003 und den Datenschutzbestimmungen, welche selbstverständlich auch von der Antragstellerin einzuhalten sind. Im Übrigen beschränkt § 18 TKG 2003 den Gegenstand der zu treffenden Anordnung(en) auf die Regelung der Übermittlung der Daten und das dafür zu entrichtende Entgelt, sodass für Anordnungen über die Benutzung der Daten durch den Empfänger kein Raum bleibt. Eine schwerwiegend gegen gesetzliche Bestimmungen verstößende missbräuchliche Verwendung der Daten durch die 11880 telegate GmbH würde die mobilkom austria AG wohl auch zur außerordentlichen Kündigung berechtigen. Aus dem Zweck des § 18 TKG 2003, Herausgebern von betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnissen und Anbietern betreiberübergreifender Auskunftsdieneben kostenorientierten Zugang zu den Daten zu gewährleisten, die sie zur Ausübung der Geschäftstätigkeit im Rahmen der oben erwähnten Geschäftsfelder benötigen, und aus der spezifischen Schutzbestimmung des § 103 TKG 2003 folgt die im Kapitel „Gegenstand der Anordnung“ festgehaltene Einschränkung, dass die übermittelten Daten nur zum Zweck der Herausgabe betreiberübergreifender Teilnehmerverzeichnisse und des Betriebs eines betreiberübergreifenden telefonischen Auskunftsdienebtes verwendet werden dürfen. Eine Weitergabe der anordnungsgegenständlichen Daten an Personen oder Unternehmen, die diese Daten zu anderen Zwecken als zur Herausgabe von Telefonbüchern oder zur Beauskunftung verwenden, ist dem Datenempfänger in gleicher Weise untersagt wie dem Übermittler, was sich bereits aus dem Datenschutzgesetz und aus § 103 Abs. 1 TKG 2003 ergibt. Aus diesem Grund sieht die gegenständliche Anordnung für den Fall eines Verstoßes gegen diese Bestimmung zum Schutz des Übermittlungspflichtigen und der Endkunden Pönalezahlungen vor. Da Teilnehmerdaten in der Form, in der sie aufgrund dieser Anordnung zu übermitteln sind, bekanntlich insbesondere aufgrund der gewährleisteten Aktualität der Daten, die durch eine (wenn auch verbotene) Übernahme der Daten aus öffentlich zugänglichen Verzeichnissen wie dem

Telefonbuch nicht gewährleistet wäre, als Grundlage für unerwünschte Zusendungen durch Direktmarketingunternehmen geeignet wären, sind Vorkehrungen zu treffen, die einer missbräuchlichen Verwendung der Daten vorbeugen. Die Tatsache, dass eine unerlaubte Weitergabe der Daten durch einen aus einer Anordnung berechtigten Empfänger für das zur Übermittlung verpflichtete Unternehmen unter Umständen sehr schwer und für den Teilnehmer, dem die jeweiligen Daten zugeordnet sind, überhaupt nicht zurückzuverfolgen ist, könnte leicht dazu führen, dass ein erfolgter Missbrauch – neben dem entstandenen Schaden – weder vom zur Übermittlung verpflichteten Unternehmen, noch vom einzelnen Teilnehmer geahndet werden kann. Das Interesse der mobilkom austria AG, einer unerlaubten Weitergabe der Daten durch den Empfänger vorzubeugen, wird daher anerkannt und war durch entsprechende Klauseln und insbesondere durch die Anordnung eines Pönale für den Fall des Zuwiderhandelns in der gegenständlichen Anordnung abzusichern. Eine Weitergabe der gegenständlichen Teilnehmerdaten an Dritte muss daher privatrechtlichen Vereinbarungen mit dem Telefondienstbetreiber oder der Zustimmung der betroffenen Teilnehmer vorbehalten werden, wobei freilich auch in diesen Fällen von beiden Parteien die Bestimmungen des TKG 2003 und des Datenschutzgesetzes 2000 einzuhalten sind. Damit ist allerdings keine Aussage zur Frage getroffen, wie die Rechtslage in dem Fall zu beurteilen ist, dass die Parteien über die Frage der Datenweitergabe keine Einigung erzielen und die Daten mit Zustimmung des Empfängers von Dritten zu den oben erwähnten *erlaubten* Zwecken der Herausgabe von Telefonbüchern bzw. der Gewährung von Auskünften an Endkunden eines betreiberübergreifenden Auskunftsdiestes verwendet werden. Die sich aus § 18 TKG 2003 ergebende Anordnungsbefugnis der Telekom-Control-Kommission beschränkt sich darauf, das kostenorientierte Entgelt für die Übermittlung der Daten und die näheren Umstände dieser Übermittlung zu regeln. Eine weiter reichende Kompetenz der Telekom-Control-Kommission zur Regelung von Begleitumständen, wie zum Beispiel die Festsetzung von Pönalen für die Übermittlung der Daten an Unberechtigte, beschränkt sich auf Umstände, die schutzwürdige Interessen der Parteien berühren, die durch die Übermittlung der Daten und die näheren Modalitäten dieser Übermittlung beeinträchtigt werden könnten. Über den primären Anordnungsgegenstand der kostenorientierten Übermittlung von Teilnehmerdaten hinausgehende Ausgestaltungen sind nur dort erforderlich und zulässig, wo die Regelung der Begleitumstände notwendig erscheint, um möglichen Schädigungen einer Partei, die sich aus der Anordnung ergeben können, vorzubeugen. Da einerseits durch eine Verwendung der Daten zur Auskunftserteilung bzw. durch die Veröffentlichung in Telefonbüchern keine schutzwürdigen Interessen der Streitteile verletzt werden, andererseits aber festgehalten werden musste, dass die Daten an Personen oder Unternehmen, die nicht dem Kreis der gem. § 18 Abs. 1 Z 3 TKG 2003 Berechtigten angehören, keinesfalls weitergegeben werden dürfen, konnte den Anträgen beider Parteien, Nutzungsbefugnisse bzw. Nutzungseinschränkungen für die anordnungsgegenständlichen Daten festzusetzen, die über die in der Anordnung festgesetzten Rechte und Pflichten hinausgehen, nicht gefolgt werden.

Trotz des im Vertrag zwischen mobilkom austria AG und Telekom Austria AG enthaltenen Rechts der Telekom Austria AG zur Weitergabe der Daten ist ein

solches Weitergaberecht Daten an Dritte nicht Gegenstand der Anordnung. Dies ergibt sich daraus, dass das Datenweitergaberecht an Dritte nicht von § 18 TKG, der die gesetzlichen Vorkehrungen zur Erbringung eines Auskunftsdiensstes regelt, enthalten ist.

Hinsichtlich der divergierenden Auffassungen der Streitteile, ob die Datenbank der Teilnehmer der mobilkom austria AG dem Urheberrechtsschutz unterliege und daher entsprechende, an die Antragstellerin gerichtete, über die Bestimmungen des TKG 2003 und des Datenschutzgesetzes 2000 hinausgehende Verbote und Beschränkungen bei der Verwendung der Daten in die Anordnung aufzunehmen wären, ist zunächst festzuhalten, dass eine Datenbank den Schutz des Urheberrechtsgesetzes genießt, sofern für die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung ihres Inhalts eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erforderlich war (§ 76c Abs. 1 UrhG). Zweck dieser Bestimmung ist der Schutz der Investitionen in den Aufbau einer Datenbank. Durch das Schutzrecht des § 76d UrhG soll verhindert werden, dass ein Dritter die in der Datenbank enthaltenen Daten gegen den Willen des Eigentümers der Datenbank entnimmt, kopiert oder anders verwertet. Da § 18 TKG 2003 jedoch gerade anordnet, dass die Daten unabhängig vom Willen des Eigentümers der Datenbank an Dritte gegen einen reinen Kostenersatz weitergegeben werden müssen, und dieser Dritte die Daten entsprechend seinem Geschäftszweck verwenden darf, kann an den übermittelten Daten ein Schutzrecht nach dem Urheberrechtsgesetz nicht fortbestehen. Urheberrechtliche Bestimmungen waren daher nicht in die Anordnungen aufzunehmen. Aus dem gleichen Grunde waren in die Anordnung auch keine Bestimmungen aufzunehmen, die es der Antragstellerin untersagen würden, die einmal übermittelten Daten nach einer Aufkündigung der Anordnung weiter zu verwenden. Da die Verwendung der Daten ohnehin dahingehend eingeschränkt ist, dass die Teilnehmerdaten nur zur Veröffentlichung in betreiberübergreifenden Telefonverzeichnissen oder zur Beauskunftung im Rahmen eines telefonischen Auskunftsdiensstes verwendet werden dürfen, besteht auf Seiten der Antragsgegnerin kein schutzwürdiges Interesse, das eine derartige Einschränkung gebieten würde, und ist die Notwendigkeit einer solchen Einschränkung auch aus dem Gesetz nicht ableitbar.

Art der Datenübermittlung

Die Art der Übermittlung per ftp war vorzusehen, da eine Versendung per Post den administrativen Aufwand bei der mobilkom austria AG unnötig erhöhen würde. Auch eine Versendung per Kurierdienst ist nicht zweckmäßig, da die Übermittlung per ftp das Transportrisiko weitgehend einschränkt und zudem eine höhere Aktualität des Datenbestandes garantiert.

Entgelte

Die Daten sind gemäß § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 gegen kostenorientiertes Entgelt zur Verfügung zu stellen. Mangels Einigung zwischen den Parteien hatte die Telekom-Control-Kommission diese Entgelte festzusetzen und zu erwägen, in welcher Höhe für die Übermittlung der Daten Entgelte von der mobilkom austria AG in Rechnung gestellt werden können. Der Begriff der Kostenorientiertheit des § 18 TKG 2003 ist dabei so zu verstehen, dass der jeweils zur Übermittlung Verpflichtete so gestellt werden soll, dass er durch die Übermittlung weder einen finanziellen Vorteil noch einen Nachteil hat. Es sind daher jene Kosten zu ersetzen, die mit der tatsächlichen Bereitstellung dieser Daten in einem kausalen Zusammenhang stehen.

Im Urteil vom 25.11.2004, Rs C-109/03, hielt der EuGH fest, dass Art. 6 Abs. 3 der RL 98/10/EG („ONP-Richtlinie“), soweit er vorsieht, dass die entsprechenden Informationen Dritten zu gerechten, kostenorientierten und nicht diskriminierenden Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, dahin auszulegen ist, dass der Universaldienstanbieter 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 (VwGH ZI 2006/03/0062, 18). Dieses Urteil ist – in Hinblick auf die im Kern unveränderte Rechtsgrundlage („zu gerechten, kostenorientierten und nicht diskriminierenden Bedingungen“ gemäß RL 98/10/EG bzw. „zu gerechten, objektiven, kostenorientierten und nicht diskriminierenden Bedingungen“ in RL 2002/22/EG) – auch für die Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen maßgeblich, welche mit § 18 TKG 2003 umgesetzt wurden (VwGH ZI 2006/03/0062, 19). Der EuGH stellte weiters klar, dass der Erhalt der „Basisdaten“ – dem entsprechend die gemäß § 69 Abs. 3 TKG 2003 ermittelten Daten – untrennbar mit dem Telefondienst verbunden ist und keinen besonderen Aufwand seitens des Telefondienstbetreibers erfordert. Die mit dem Erhalt und der Zuordnung dieser Daten verbundenen Kosten sind, 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. Nur die zusätzlichen mit dem Zurverfügungstellen verbundenen Kosten, nicht aber die mit dem Erhalt dieser Daten verbundenen Kosten, können dem Nachfragenden in Rechnung gestellt werden. Der EuGH stellt hier die mit dem Erhalt und der Zuordnung verbundenen Kosten den zusätzlichen, mit dem Zurverfügungstellen verbundenen, Kosten gegenüber, wobei letztere von demjenigen zu tragen sind, der Zugang zu diesen Daten erbittet. Der Übermittlungspflichtige ist demnach so zu stellen, dass er durch die Datenübermittlung weder einen finanziellen Vorteil, noch einen Nachteil hat.

Gem. § 18 Abs. 1 Z 1 und 2 TKG 2003 haben Betreiber eines öffentlichen Telefondienstes „ein auf aktuellem Stand zu haltendes Verzeichnis ihrer Teilnehmer zu führen, welches in gedruckter Form (Buch), als telefonischer Auskunftsdiest, als elektronischer Datenträger oder in einer anderen technischen Kommunikationsform gestaltet sein kann, ... , wobei dieser Bestimmung auch dann entsprochen wird, wenn der Erbringer gewährleistet, dass ein anderer telefonischer Auskunftsdiest diese Auskünfte erteilt.“

Zweck der zitierten Bestimmung ist es, zu gewährleisten, dass über alle Kunden der Betreiber öffentlicher Telefondienste – sofern sie sich nicht dagegen ausgesprochen haben – im Rahmen eines telefonischen Auskunftsdienstes Auskünfte erteilt werden bzw. jene Kunden in einem Teilnehmerverzeichnis enthalten sind. § 18 Abs. 1 Z 1 u 2 TKG 2003 trifft allerdings die Einschränkung, dass diese Verpflichtung entfällt, sofern der Erbringer gewährleistet, dass ein solches Teilnehmerverzeichnis herausgegeben wird bzw. ein anderer telefonischer Auskunftsdiensst diese Auskünfte erteilt. Da im Rahmen der gesetzlichen Universaldienstverpflichtung – unabhängig davon, wer konkret mit der Erbringung des Universaldienstes beauftragt wurde, - und durch die Tatsache, dass die Betreiber öffentlicher Telefondienste ihre Teilnehmerdaten an die Telekom Austria AG zwecks Herausgabe eines betreiberübergreifenden Verzeichnisses und Betrieb eines betreiberübergreifenden Auskunftsdienstes übermitteln, gewährleistet ist, dass ein betreiberübergreifendes Teilnehmerverzeichnis herausgegeben wird und ein betreiberübergreifender Auskunftsdiensst zur Verfügung steht, entfällt für die Betreiber öffentlicher Telefondienste die Verpflichtung, ein eigenes Verzeichnis ihrer Teilnehmer zu führen bzw. einen solchen telefonischen Auskunftsdiensst zu erbringen.

Dies setzt voraus, dass der Betreiber die erforderlichen Daten ermittelt und dem Herausgeber des betreiberübergreifenden Teilnehmerverzeichnisses übermittelt. Der Anspruch der 11880 telegate GmbH als Erbringerin eines betreiberübergreifenden Auskunftsdienstes richtet sich gem § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 daher darauf, dass ihr diese Daten – wie sie die mobilkom austria AG gem § 18 Abs. 1 Z 1 und 2 TKG 2003 entweder in einem von ihr geführten Verzeichnis für eigene Auskunftsziecke bereitzuhalten oder aber einem Erbringer eines Auskunftsdienstes (dessen Leistungserbringung sei gewährleistet) bereitzustellen hat – übermittelt werden (VwGH ZI 2006/03/0062 21).

Durch die Übermittlung der Daten des Teilnehmerverzeichnisses der mobilkom austria AG an die Telekom Austria AG zwecks Herausgabe eines betreiberübergreifenden Verzeichnisses und Betrieb eines betreiberübergreifenden Auskunftsdienstes kommt die mobilkom austria AG ihrer Verpflichtung gemäß § 18 Abs. 1 Z 1 und 2 TKG 2003 nach und erbringt keinen eigenen Auskunftsdiensst bzw. führt kein eigenes Teilnehmerverzeichnis. Daher handelt es sich bei den Aufwendungen im Zusammenhang mit der Errichtung einer Schnittstelle, um aus den bei der mobilkom austria AG vorhandenen Daten die für das Teilnehmerverzeichnis bzw den Auskunftsdiensst relevanten Daten auszulesen und in standardisierter Form dem zur Erfüllung der eigenen Verpflichtung nach § 18 Abs. 1 Z 1 und 2 TKG 2003 herangezogenen Auskunftsdiensstbetreiber zur Verfügung zu stellen, um Kosten für den Erhalt und die Zuordnung dieser Daten iSd Urteils des EuGH vom 25.11.2004, wie wenn diese Aufbereitung zum Zweck der Erbringung eines eigenen Auskunftsdienstes erfolgt wäre.

Das System, in dem ein Anbieter von Sprachtelefoniediensten die Kundendaten, die er zur Erbringung des Sprachtelefoniedienstes benötigt, speichert und für seine eigenen Zwecke bereithält, enthält eine Vielzahl von

kundenbezogenen Daten, die über die zur Erstellung von Telefonbüchern und für den Betrieb eines Auskunftsdienstes benötigten Daten hinausgehen und die teilweise für diese Zwecke gar nicht genutzt werden dürfen, sofern der Kunde nicht seine ausdrückliche Einwilligung zur Veröffentlichung gegeben hat (zB Namen der Prokuristen einer Firma). Andererseits fehlen in diesem System Daten, die für einen Telefonbucheintrag (und die Auskunftserteilung) notwendig sind, wie zB die Information, unter welchem Namen der Telefonbucheintrag erfolgen soll, sowie die Angaben des Kunden, die jener nur zum Zweck der Eintragung in das Telefonbuch macht.

Die mobilkom austria AG hat daher eine Aufbereitung der Daten zur Erstellung eines Teilnehmerverzeichnisses als Basis für den Auskunftsdiest gemäß § 18 Abs. 1 Z 2 TKG 2003 vorzunehmen, um die Erbringung eines den gesetzlichen Anforderungen, wie sie insbesondere in den §§ 18, 69 und 103 TKG 2003 festgelegt sind, entsprechenden Dienstes zu gewährleisten. Unabhängig davon, ob diese Aufbereitung der Daten für Zwecke eines eigenen oder zur Übermittlung an einen iSD § 18 Abs. 1 Z 2 TKG 2003 „delegierten“ Auskunftsdiest – und damit jedenfalls zur Erfüllung einer die mitbeteiligte Partei selbst treffenden Verpflichtung nach § 18 Abs. 1 Z 1 und 2 TKG 2003 erfolgt, muss sich die 11880 telegate GmbH nicht an den dafür entstehenden Kosten beteiligen, da § 18 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 den Ersatz lediglich der für die Zurverfügungstellung entstehenden Kosten vorsieht. Es sind daher nicht die Kosten zu berücksichtigen, die für die Führung eines den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Teilnehmerverzeichnisses und das Betreiben eines Auskunftsdiestes durch die mobilkom austria AG oder – in ihrer Verantwortung – durch einen Dritten entstehen.

Die Antragstellerin hat keine Kosten zu tragen, die für den Übermittlungspflichtigen mit dem Erhalt oder der Zuordnung der Teilnehmerdaten verbunden waren, da solche Kosten mit dem Telefondienst verbunden sind und keinen besonderen Aufwand seitens des Übermittlungspflichtigen erfordern und somit vom Übermittlungspflichtigen selbst zu tragen sind. Die *zusätzlichen*, mit dem Zurverfügungstellen verbundenen Kosten, d.h. die Kosten, die durch die Nachfrage des Datenempfängers verursacht werden, sind allerdings vom entsprechenden Datenempfänger zu tragen.

Wenn die Antragstellerin vermeint, dies seien nur die „*reinen Kosten der Übermittlung*“ und daher im Fall einer offline-Übermittlung nur die Kosten für einen Datenträger und das Porto, so ist dem entgegenzuhalten, dass auch die Bereitstellung und entsprechende Adaptierung der technischen Systeme, die eine solche Übermittlung erst ermöglichen, mit dem Antrag auf Bereitstellung dieser Daten in einem kausalen Zusammenhang stehen und durch diesen Antrag bedingt sind.

11880 telegate GmbH hat daher die Kosten zu ersetzen, die bei mobilkom austria AG für die Erstellung und Übermittlung eines Initialdatenbestandes anfallen, der mit den gleichen Deltadatensätzen, wie sie auch Telekom Austria AG erhält, aktualisiert werden kann. Entsprechend der Entscheidung des VwGH sind teilbare laufende Kosten nicht zu berücksichtigen, da diese auch

bei ausschließlicher Übermittlung von Teilnehmerdaten an Telekom Austria AG anfallen. Berücksichtigt werden daher nur laufende nachfragerindividuelle Kosten der Übermittlung von Teilnehmerdaten und Kosten der Erstellung von Initialladungen. Unter den laufenden nachfragerindividuellen Kosten der Übermittlung von Teilnehmerdaten sind Kosten für die nachfragerindividuelle Betreuung der Schnittstelle, für Datenübertragung und Verrechnung inklusive Buchhaltung zu verstehen. Diese betragen € 140,--. Die Kosten der Erstellung von Initialladungen gliedern sich in Kosten der Errichtung der Funktionalität zur Erstellung von Initialladungen und in nachfragerindividuelle Kosten zur Erstellung und Übermittlung von Initialladungen. Eine Initialladung enthält die auskunftsdiestrelevanten Informationen über alle Teilnehmer eines Betreibers. Diese Initialdatenladung wird benötigt, um einem Nachfrager nach Teilnehmerdaten den vollständigen Datenbestand zur Verfügung zu stellen und bildet die Basis für die nachfolgenden wöchentlichen Updates. Für die Errichtung der Funktionalität zur Erstellung von Initialladungen sind keine Kosten anzusetzen. Bei den nachfragerindividuellen Kosten zur Erstellung und Übermittlung von Initialladungen handelt es sich um jene Kosten, die bei der mobilkom austria AG für die Erstellung und Übermittlung eines Initialdatenbestandes anfallen, der mit den gleichen Deltadatensätzen, wie sie auch Telekom Austria AG erhält, aktualisiert werden kann. Darunter sind jene Kosten zu verstehen, die je Nachfrager individuell anfallen und daher vom jeweiligen Nachfrager alleine zu tragen sind. Bei mobilkom austria AG sind dies das Design des Prozesses, das Entwickeln und Testen eines Vollabzugs, die Übergabe an den Betrieb inklusive Dokumentation und das Einrichten der Firewall-Einstellungen. All diese Tätigkeiten müssen für jeden Nachfrager individuell durchgeführt werden und sind auch Voraussetzung für die laufende nachfragerindividuelle Übermittlung der Teilnehmerdaten. Die Kosten hierfür betragen € 5.950,--.

Dem Vorbringen von mobilkom austria AG in ihrer Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten, dass im Ergänzungsgutachten die Rechnerzeiten von den Gutachtern zu Unrecht um den Faktor 10 gekürzt wurden, ist entgegen zu halten, dass diese Rechnerzeiten den Erfahrungen der Gutachter in ähnlich gelagerten Fällen entsprechen.

Von mobilkom konnten auch trotz mehrmaliger Nachfrage keine geeigneten Unterlagen (Protokolle, Log-Dateien) zur Verfügung gestellt werden, die die angegebenen Rechenzeiten bestätigen würden. Insbesondere wurde von Mobilkom zwar angegeben, dass gleichzeitig mehrere Jobs auf den zur Bearbeitung der Teilnehmerdaten verwendeten Systemen (Billingsystem, Data Warehouse) laufen, aber es konnten keine Aussagen über Anzahl und Priorisierung dieser Jobs gemacht werden. Daher wurde der Prozess des Auslesens und der Aufbereitung der Daten auf den Gutachtern zur Verfügung stehender Hard- und Software nachgestellt, woraus die im Gutachten angeführten Rechenzeiten resultieren.

Dem Vorbringen von mobilkom austria AG in ihrer Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten, dass der Hardwarebedarf in Hinblick auf Firewall, Ports und Speicherbedarf in den nicht teilbaren (nachfragerindividuellen) laufenden Kosten berücksichtigt werden sollte, ist Folgendes entgegen zu halten:

Da alle Nachfrager nach Teilnehmerdaten denselben Update-Datenbestand zur Verfügung gestellt bekommen fallen auch alle zugehörigen Rechnerzeiten nur einmal an. Die zugehörigen Kosten sind daher zwischen allen Nachfragern teilbar. Es werden im Gutachten keine Hardwarekosten den nicht teilbaren Kosten zugerechnet. Die von mobilkom vorgebrachten Gründe (steigender Hardwarebedarf durch mehrere Nachfrager insbesondere in Hinblick auf Firewall, Ports und Speicherbedarf), demzufolge die Hardwarekosten den nicht teilbaren Kosten zugerechnet werden sollten erweisen sich als nicht zutreffend. Die im Gutachten erwähnten und von Mobilkom gemeldeten Hardwarekosten beziehen sich ausschließlich auf Billingsystem und Data Warehouse. Für Firewall, Ports und Speicherplatz auf anderen Systemen wurden von mobilkom keine Angaben über Hardwarekosten gemacht. Dies wohl nicht zuletzt deswegen, da diese Kosten bei genauerer Betrachtung verschwindend gering wären. Es erscheint jedenfalls nicht zielführend die teilbaren Kosten für Billingsystem und Datawarehouse als Ausgleich für eventuelle Hardwarekosten für Firewall, Ports und Speicherbedarf den nicht teilbaren Kosten zuzuordnen.

Zum Vorbringen der mobilkom, dass ihr auch Ersatz für die Einpflegung von Dummydatensätzen zustehe geht die Telekom-Control-Kommission von folgenden Überlegungen aus:

Bei den so genannten „Dummydatensätzen“, handelt es sich um solche Datensätze, die vom Übermittlungspflichtigen in den Gesamtdatenbestand integriert werden, ohne dass sie tatsächlich existierenden Teilnehmern zuzuordnen wären, um in Missbrauchsfällen, d.h. wenn Daten rechts- und anordnungswidrig an Unternehmen übermittelt werden, die die Daten für unerlaubte Aktivitäten wie Direktmarketing verwenden, Rückschlüsse darauf zu ermöglichen, welcher Datenempfänger die Daten rechtswidrig weitergegeben hat. Dazu ist festzuhalten, dass die Kosten, die die Generierung und Übermittlung bzw. die Einpflegung solcher Datensätze in das System des Übermittlungspflichtigen verursacht, nicht vom Datenempfänger zu tragen sind. Jene Kosten werden zwar im weitesten Sinn von der entsprechenden Nachfrage verursacht. Allerdings besteht auf Seiten des Übermittlungspflichtigen keine Verpflichtung zur Integration jener Datensätze und geschieht dies nicht im Interesse des Datenempfängers. Da die Integration der Dummydatensätze nur für den Fall erfolgt, dass sich der Datenempfänger rechtswidrig verhält und gegen die Anordnung verstößt, können die damit verbundenen Kosten nicht im Voraus dem Datenempfänger zugerechnet werden. Für den Fall, dass der Datenempfänger die Daten anordnungswidrig verwendet und weitergibt, sieht die Anordnung im Rahmen der Pönaleregelungen einen pauschalierten Ausgleich vor, der den Übermittlungspflichtigen nicht daran hindert, einen weiteren nachweisbaren Schaden auch tatsächlich geltend zu machen. Andererseits wäre es unbillig, einen redlichen Datenempfänger, der sich anordnungskonform verhält, im Voraus mit Kosten zu belasten, die nur dem Interesse des Übermittlungspflichtigen an der Aufklärung von Missbrauchsfällen dienen.

Dem im Rahmen des Konsultationsverfahrens wie auch in der Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten von der Antragsgegnerin neuerlich vorgebrachten Einwand, sie sei zur Integration von Dummydatensätzen verpflichtet und jene

geschehe auch im Interesse des Datenempfängers, ist entgegenzuhalten, dass die Einfügung von Dummydatensätzen kein geeignetes Mittel darstellt, einer unerlaubten Weitergabe vorzubeugen, da sie einen Verstoß eben nicht zu verhindern vermag, sondern im Fall eines Verstoßes lediglich die Ermittlung des Schädigers erleichtert. Da unter der Voraussetzung eines anordnungskonformen Verhaltens des Datenempfängers der Antragsgegnerin aber kein Schaden entsteht, wäre es verfehlt, den Datenempfänger mit Zahlungen für Maßnahmen zu belasten, die lediglich der Aufklärung eines hypothetischen Schadens dienen.

Der im Rahmen des Konsultationsverfahrens vorgebrachte Einwand der Antragstellerin, es sei nicht gerechtfertigt, dass das Wahlrecht, ob nach der erstmaligen Übermittlung eines Gesamtdatenbestandes wöchentliche Update-Datensätze oder jeweils wöchentlich ein leicht veränderter Gesamtdatenbestand an die Antragstellerin übermittelt wird, dem Übermittlungspflichtigen zukomme, ist berechtigt. Da für die gegenständliche Anordnung davon auszugehen war, dass – wie das Ermittlungsverfahren bereits zeigte – die Antragsgegnerin die Daten ihrer Teilnehmer bereits an die Telekom Austria AG zwecks Herausgabe des Universaldienstverzeichnisses übermittelt, ist weiters davon auszugehen, dass bei der Antragsgegnerin bereits ein technisches System zur Übermittlung der Updates implementiert ist und die Antragsgegnerin die Wahl, ob sie regelmäßig den gesamten Teilnehmerdatenbestand oder regelmäßige Updates liefert, bereits zugunsten von Updatelieferungen getroffen hat. Eine Entscheidung der Antragsgegnerin, nunmehr an die Antragstellerin regelmäßig den Gesamtdatenbestand zu liefern, könnte in der Tat nur als unverhältnismäßig betrachtet werden. Die Anordnung konnte daher im Sinne der Antragstellerin geändert werden, sodass von der Antragsgegnerin nach erstmaliger Übermittlung des Gesamtdatenbestandes nur mehr Update-Datensätze in der Form, wie die Übermittlung seitens der Antragsgegnerin an die Telekom Austria AG erfolgt, zu übermitteln sind.

Die Zeitspanne, die zwischen der Mitteilung des Nachfragers, die Anordnung in Gang setzen zu wollen, und der Verpflichtung der mobilkom austria AG zur tatsächlichen Übermittlung der nachgefragten Daten liegt, war vorzusehen, da es der mobilkom austria AG nicht zumutbar ist, die entsprechenden Investitionen zur Ermöglichung der Übermittlung zu tätigen, solange sie nicht mit Sicherheit weiß, ob diese Übermittlung tatsächlich durchzuführen sein wird.

Zahlungsbedingungen

Der Zeitpunkt für die Fälligkeit der Leistungen der mobilkom austria AG war so festzusetzen, dass der mobilkom austria AG nach der Anzeige des aus einer Anordnung berechtigten Unternehmens, die Anordnung in Gang setzen zu wollen, genügend Zeit bleibt, die erforderlichen Vorkehrungen zur Schaffung der Voraussetzungen für die Übermittlung der nachgefragten Teilnehmerdaten zu treffen. Der mobilkom austria AG ist nicht zumutbar, Investitionen in die Einrichtung von Systemen zu tätigen, solange ihr nicht mitgeteilt wurde, dass das entsprechende System tatsächlich in Anspruch genommen wird und die getätigten Investitionen damit auch abgegolten werden. Daher war eine

Zeitspanne für die Einrichtung der nachfragerspezifischen Voraussetzungen der offline-Übermittlung vorzusehen. Dabei war zu berücksichtigen, dass diese Einrichtung einen gewissen zeitlichen Aufwand für die Planung des Personaleinsatzes und die Koordinierung der notwendigen Abläufe erfordert. Ein Zeitraum von einem Monat für die notwendigen Anpassungen im System zur offline-Übermittlung erscheint vor diesem Hintergrund als erforderlich und durchaus angemessen.

Gewährleistung

Die in der Anordnung aufgenommene Bestimmung über die Gewährleistung entspricht der im Vertrag über die Aufnahme von Teilnehmerdaten der mobilkom zwischen Telekom Austria AG und mobilkom austria AG und war entsprechend dem Gebot der Nichtdiskriminierung auf das Verhältnis zwischen den Parteien der Anordnung zu übertragen.

Belegexemplar

Für den Fall der Produktion von Teilnehmerverzeichnissen, die in ihrer Gesamtheit an Endkunden weitergegeben werden, war für den Fall, dass dies von der mobilkom austria AG gewünscht wird, die Übermittlung von Belegexemplaren vorzusehen, da dies mit Sicherheit keine unzumutbare Belastung für die 11880 telegate GmbH darstellt und der mobilkom austria AG die Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Pflichten durch die 11880 telegate GmbH ermöglicht. Darüber hinausgehende Kontrollrechte der mobilkom austria AG waren nicht vorzusehen, da solche einen unzumutbaren Eingriff in die Geschäftstätigkeit der Antragstellerin darstellen würden.

Zum Einwand der Antragsgegnerin, es sei von der Verfahrensgegnerin nicht beantragt worden, dass Gefahr und Kosten für die Übermittlung eines Belegexemplars von der Antragsgegnerin zu tragen wären, ist Folgendes festzuhalten: Die Antragstellerin ist Betreiberin eines telefonischen Auskunftsdienstes; dass sie auch gedruckte Telefonbücher herausgeben würde, wurde nicht vorgebracht. Da es der Antragstellerin allerdings gestattet wäre, die empfangenen Daten auch zur Herausgabe von gedruckten Verzeichnissen oder Verzeichnissen auf anderen Datenträgern zu verwenden, wurde die Verpflichtung der Antragstellerin zur Übermittlung eines Belegexemplars in die Anordnung aufgenommen, um der Antragsgegnerin eine Kontrolle des Inhalts zu ermöglichen. Gleches gilt für die eventuelle Herausgabe von Internet-Verzeichnissen. Da die Kosten des Belegexemplars nichts mit den Kosten der Übermittlung von Teilnehmerdaten zu tun haben, sind die Kosten von derjenigen Verfahrenspartei zu tragen, die diese Übermittlung wünscht. Analoges gilt für allfällige Internet-Verzeichnisse.

Aufrechnungsverbot, Rechtsnachfolge, Geheimhaltungsverpflichtungen

Die Aufrechnungsverbote, Rechtsnachfolge sowie Geheimhaltungsverpflichtungen betreffenden Punkte der Anordnung waren

jeweils reziprok auszugestalten, da diesbezüglich eine Besserstellung einer der Parteien der Anordnung gesetzlich nicht vorgesehen ist und unverhältnismäßig und sachlich nicht zu rechtfertigen wäre. Die Absicherung der sich aus der Anordnung ergebenden Leistungsverpflichtungen durch die Festsetzung von entsprechenden Pönen dienen einerseits dem Schutz der Parteien, die im Vertrauen darauf, dass sich die Gegenseite an die Anordnung halten wird, Dispositionen treffen, andererseits – wie bereits oben erwähnt – dem Schutz der Endkunden vor einer missbräuchlichen Datenverwendung. Dementsprechend konnten auch – wie dies in Zusammenschaltungsanordnungen üblich ist – Verzugszinsen in der angeordneten Höhe festgelegt werden, eine Benachteiligung der Antragstellerin ergibt sich daraus nicht, da die Notwendigkeit des Begleichens von Verzugszinsen lediglich einen Sonderfall darstellt und – Liquidität natürlich vorausgesetzt – von den Parteien verhindert werden kann. Der Hinweis auf die Höhe der in § 1333 Abs. 2 AGBG geregelten Zinsen aus unternehmerischen Geschäften ist berechtigt, die betroffene Bestimmung der Anordnung konnte daher im Sinne der Antragsgegnerin angepasst werden. Die festgesetzte Höhe der Verzugszinsen ist im Sinne einer vertragsersetzenden Anordnung jener Höhe angenähert, die in einer Geschäftsbeziehung zwischen Kaufleuten vorzufinden, dh. „marktüblich“ ist (vgl. hierzu VwGH ZI 2001/03/0181-7 v. 17.12.2004).

Die in der Anordnung vorgesehene Regelung zur Geheimhaltung ist ausreichend. Die von der Antragsgegnerin beantragten Zusätze, die sich bereits aus dem Datenschutzgesetz ergeben, mussten daher nicht erneut in den Anordnungstext aufgenommen werden, zumal bereits im Gegenstand der Anordnung unter Punkt 1.) darauf verwiesen wird, dass insbesondere das Datenschutzgesetz einzuhalten ist. Der Umfang der zulässigen Verwendung der Daten ist – soweit dies für die Telekom-Control-Kommission möglich war – bereits in der Anordnung geregelt. Ein Grund, warum dem Datenempfänger bei Einhaltung der datenschutzrechtlichen Verpflichtungen die Heranziehung eines Subverarbeiters zu verbieten wäre, ist weder aus dem TKG 2003, noch aus dem DSG 2000 ersichtlich.

Änderung der Anordnung, ordentliche Kündigung

Die in der Anordnung gewählten Modalitäten hinsichtlich Änderungen der vorliegenden Anordnung bzw. von Teilen davon und hinsichtlich der ordentlichen Kündigung der Anordnung, nämlich dass die Bestimmungen der Anordnung bis zum Abschluss einer neuen Vereinbarung oder bis zum Vorliegen einer das Übermittlungsverhältnis regelnden Anordnung der Regulierungsbehörde weiterhin zwischen den Parteien gelten, waren notwendig, um für die Antragstellerin Planungssicherheit und zu schaffen und sie vor einer unverhältnismäßigen nachträglichen Frustration getätigter Investitionen zu bewahren. Aufgrund eben dieser Übergangsregelungen ist die Langfristigkeit und Kontinuität der Wholesalebeziehung nicht gefährdet und würde eine Verlängerung der Kündigungsfristen und eine Verringerung der möglichen Kündigungstermine keine Vorteile für die Antragstellerin bedeuten. Die angeordneten Fristen und Termine sollen beiden Parteien die Möglichkeit bieten, adäquat auf geänderte Umstände reagieren zu können. Der

frühestmögliche Kündigungstermin war mit einem Jahr nach In-Kraft-Treten der Anordnung zu wählen, da nach derzeitigem Wissensstand nicht damit zu rechnen ist, dass sich vor Ablauf dieser Zeitspanne die Kostenstrukturen wesentlich ändern oder sich die Notwendigkeit von Anpassungen aufgrund technischer Neuerungen ergeben wird.

Die Klarstellung bei der Festsetzung der ordentlichen Kündigung, dass, soweit keine Erklärung hinsichtlich der Fortführung der Datenübermittlung über den Kündigungstermin hinaus erfolgt, ab Wirksamwerden der ordentlichen Kündigung die angeordneten Leistungen einzustellen und eine Weiterverwendung der Daten zu unterlassen ist, war notwendig, da für diesen Fall eine Regelung getroffen werden musste, andernfalls es zu einer Unsicherheit zwischen den Parteien kommen könnte.

Im Übrigen entspricht die in der Anordnung aufgenommene Bestimmung der ordentlichen Kündigung den im Vertrag über die Aufnahme von Teilnehmerdaten der mobilkom zwischen Telekom Austria AG und mobilkom austria AG enthaltenen Regelungen.

Absicherung der Vertragspflichten, außerordentliche Kündigung

Die in der Anordnung aufgenommene Bestimmung über die Absicherung der Vertragspflichten und der außerordentlichen Kündigung entspricht den im Vertrag über die Aufnahme von Teilnehmerdaten der mobilkom zwischen Telekom Austria AG und mobilkom austria AG enthaltenen Regelungen.

Zu den weiteren Anträgen:

Dem Antrag der 11880 telegate GmbH, „*alternativ zu einer Anordnung auf Basis eines separaten Vertrags mit der Antragsgegnerin klar zu stellen, dass die Anordnung, die sich aus dem Bescheid T 2/04 ergibt, auch die Teilnehmerdaten der 100%igen Tochtergesellschaft der Telekom Austria d.h. der Antragsgegnerin im hier vorliegenden Fall, mit umfasst*“¹¹, konnte nicht stattgegeben werden, da sich ein Bescheid nur auf die Parteien des Verfahrens bezieht, im Verfahren T 2/04 waren das die Antragstellerin und die Telekom Austria AG, die Bescheidwirkungen sind in subjektiver Hinsicht auf die Parteien beschränkt.

III. Hinweis

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“).

Die vorliegenden Anordnungen gemäß § 18 Abs. 3 TKG 2003 stellen eine derartige Vollziehungshandlung iSd § 128 TKG 2003 dar, die sohin dem Verfahren der Konsultation zu unterwerfen ist.

Gegenständlicher Entwurf ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 17.09.2007


Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann