

Dr. Norbert Wiesinger

Dr. Norbert Wiesinger, LL.M.
(Columbia University)
Rechtsanwalt
R134285
also admitted in New York
A-1010 Wien
Rudolfsplatz 3
Tel: +43 1 533 32 49- 0
Fax: +43 1 533 32 49-10
email: wiesinger@wal-law.at

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

Wien, am 09. Juli 2009

M 13/09

mitbeteiligte Partei:

atms Telefon und Marketing Services GmbH
Leonard Bernstein Straße 10
Saturn Tower
1220 Wien

vertreten durch:

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

Stellungnahme zum Maßnahmenentwurf M 13/09

1. Einleitung

Am 16. Juni 2009 veröffentlichte die Telekom-Control-Kommission gemäß § 128 Abs. 1 TKG den **Maßnahmenentwurf M 13/09**. Der Maßnahmenentwurf zielt darauf ab, die Verpflichtungen der Telekom Austria auf dem Markt „Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz (Vorleistungsmarkt)“ aufzuheben. Nach Ansicht der atms ist die geplante Maßnahme rechtswidrig. Dazu ist wie folgt auszuführen:

2. Zu den Marktverhältnissen auf dem Transitmarkt:

Der Transitmarkt wurde von der verordnungsgebenden Behörde im Rahmen der Erlassung der TKMVO 2008 untersucht und als Markt mit ausreichendem Wettbewerb festgestellt. Die Auffassungen die von der Behörde vertreten wurden, stimmen jedoch mit den tatsächlichen Marktgegebenheiten nicht überein. So hielt die Behörde etwa fest:

„Es kann also weiterhin davon ausgegangen werden, dass die Marktzutrittsbarrieren am Markt für Transitdienste gering sind. Eine direkte Zusammenschaltung zwischen allen Betreibern untereinander und von allen alternativen Betreibern mit Telekom Austria an allen lokalen Vermittlungsstellen ist – aufgrund teilweise geringer Verkehrsmengen – weiterhin nicht möglich und wäre auch nicht effizient. Alternative Betreiber, die Transitdienste auch extern anbieten, verfügen jedoch über ausreichend direkte Zusammenschaltungen mit Telekom Austria auf lokaler Ebene (und auch mit anderen Betreibern) um als vollwertige Alternative zu Telekom Austria auftreten zu können. Ein alternativer Betreiber der auch an Dritte anbietet hat die Anzahl seiner lokalen Zusammenschaltungen erweitert und betreibt nun fast so viele wie eTel vor der Übernahme durch Telekom Austria“.

Tatsächlich können alternative Betreiber keine vollwertige Alternative zum Transitangebot der Telekom Austria bieten. Die Telekom Austria erbringt Leistungen, die – zumindest nach den Erkenntnissen der atms - nicht durch andere Betreiber substituiert werden können. Dazu zählen:

- **Transit für die Zustellung zu Diensterufnummern**, eine Transitleistung, die für atms von grundlegenden Bedeutung ist, aber auch
- **Transitleistungen bei der Festnetz-Nummernportierung**. Lediglich die TA verfügt über die erforderliche Datenbank um diese Leistung zu erbringen und abzurechnen.

Die hier angesprochene Problematik zeigt aus Sicht der atms deutlich, dass der Zugang der Behörde, der darin bestand, den Markt im Wesentlichen nach der **Entwicklung der Transitminuten** zu beurteilen, unvollständig war. Zu prüfen wäre vor allem gewesen, ob die **Transitleistungen** der Telekom Austria **tatsächlich von alternativen Unternehmen ersetzt werden können**. Ist dies – wie hier dargestellt - nicht der Fall, bleiben die alternativen Unternehmen auch weiterhin von bestimmten Transitleistungen der Telekom Austria abhängig. Die Telekom Austria kann ihrerseits diese **Abhängigkeit nützen**, um ihre Position auf diesem und auf benachbarten Märkten zu verstärken.

Aus Sicht der atms ist der Wegfall des Marktes „Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz (Vorleistungsmarkt)“ durch die TKMVO 2008 gesetzwidrig, da die **Erfordernisse der sektor-spezifische Regulierung** nicht, wie in § 36 Abs 1 TKG vorgesehen, ausreichend berücksichtigt wurden. Der geplante Bescheid wäre rechtswidrig, da er sich auf eine **gesetzwidrige Verordnung** stützt.

3. Zur Rechtswidrigkeit des Gesetzes

Überdies hat das im TKG vorgesehene System von Märktedefinition und Marktanalyse **beträchtliche Rechtsschutzlücken** und widerspricht damit **Art 4 der Rahmenrichtlinie**. Mit der Märktedefinition wird der Rahmen für die Marktanalyse vorgegeben. Durch die Definition wird die Entscheidung getroffen, ob auf bestimmten Märkten **spezifische Verpflichtungen** aufgelegt werden können, bzw. ob diese – wie im vorliegenden Fall - aufgehoben werden müssen. Der TKG bleibt in Fällen, in denen ein Markt nicht definiert wird, kein Raum für eine eigenständige Entscheidung.

In diesem Sinne handelt es sich bereits bei der Märktedefinition um eine **Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde** im Sinne der Richtlinie. Gemäß Artikel 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG vom 07. März 2002 müsste es gegen eine solche Entscheidung ein **effektives Rechtsmittel** geben. Ein solches ist im österreichischen Recht im Hinblick auf eine Verordnung jedoch nicht vorgesehen.

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass in anderen EU Mitgliedsstaaten (vgl nur Spanien und Frankreich) die Marktdefinition im Rahmen des Marktanalyseverfahrens erfolgt. In diesen Fällen haben die betroffenen Unternehmen

nicht nur die Möglichkeit, gegen beide Entscheidungsteile (Analyse und Definition) **Rechtsmittel** zu erheben. Es wird dadurch auch die in Art 6 Rahmenrichtlinie geforderte **Transparenz** zu beiden Verfahrensteilen gewährleistet. Schließlich wird durch eine solche Verbindung beider Verfahren die mittlerweile fast schon ein **Jahrzehnt alte Kritik der Europäischen Kommission** am zeitlichen Auseinanderfallen von Definition und Analyse in Österreich vermieden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das österreichische Rechtssystem im Hinblick auf Entscheidungen nach § 36 und 37 TKG **nicht den Erfordernissen des Art 4 Rahmenrichtlinie** entspricht. Ebenfalls verletzt wird das **Transparenzgebot des Art 6 Rahmenrichtlinie**. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die RTR kein Tribunal im Sinne der EMRK darstellt. Dennoch trifft sie im Rahmen der Märkteffinition Entscheidungen über private Rechte. Es deutet einiges darauf hin, dass damit auch Art 6 der EMRK verletzt wird.

Der geplante Bescheid wäre rechtswidrig, da er sich auf ein richtlinien- und verfassungswidriges Gesetz stützt.

atms Telefon und Marketing Services GmbH