

An die  
**Telekom-Control-Kommission**  
Mariahilferstraße 77-79  
1060 Wien

**Vorab per Fax: 01/580 58-9191**

**GZ: Z 3/04**

**Antragstellerin:** Telekom Austria Aktiengesellschaft  
Lassallestrasse 9  
1020 Wien  
FN: 144477 t

**Antragsgegnerin:** atms Telefon- und Marketing Services GmbH  
Franzensbrückenstraße 5  
1020 Wien  
FN: 205963 m

vertreten durch: Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG  
Sterngasse 13  
1010 Wien

**wegen:** Erlass einer (Teil-)Zusammenschaltungsanordnung nach  
§§ 48 und 50 TKG 2003

**Stellungnahme zum  
Entwurf einer Vollziehungshandlung**

2-fach  
1 HS

In umseits rubrizierter Rechtssache erstattet die Antragstellerin Telekom Austria AG (im Folgenden kurz „Telekom Austria“) zum Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 17.08.2005 fristgerecht nachstehende

## **S t e l l u n g n a h m e**

Mit Schreiben vom 17.08.2005 wurde Telekom Austria der Konsultationsentwurf einer Vollziehungshandlung zum Anhang 17 übermittelt, welcher hinsichtlich des Zeitraums nach dem 31.12.2004 im wesentlichen mit den von Telekom Austria in eventu beantragten Bestimmungen übereinstimmt. Damit hat die Telekom-Control-Kommission einen deutlichen Schritt zur Berücksichtigung von am Markt erlangten privatrechtlichen Einigungen, die das Resultat eines umfassend verhandelten Interessensausgleichs darstellen, gesetzt, der in seiner grundsätzlichen Aussage ein wichtiges Zeichen für die Zukunft der österreichischen Telekommunikationsmarktes darstellt. Nur so kann nämlich gewährleistet werden, dass auch in Hinkunft die Notwendigkeit und die Ernsthaftigkeit von – allfälligen Verfahren vorgelagerten – Verhandlungen eine breite Akzeptanz finden und nicht der Rechtsweg zur Telekom-Control-Kommission generell die bevorzugte Vorgehensweise der Zusammenschaltungspartner bildet. Dies soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass aus Sicht von Telekom Austria hinsichtlich des Jahres 2004<sup>1</sup> der vorliegenden Bescheidentwurf Mängel in der rechtlichen Begründung zum Gleichheitsgrundsatz enthält und daher im Ergebnis nicht akzeptabel ist.

Aus diesem Grund möchte Telekom Austria in Summe vier Punkte des Bescheidentwurfes kritisch hinterfragen:

1. Die Telekom-Control-Kommission hält einerseits fest, dass die Sondersituation der Antragsgegnerin im Jahr 2004 erkannt und festgestellt wurde, dies jedoch andererseits keine Ungleichbehandlung rechtfertigen würde. Nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheit gemäß § 37 AVG hat die Telekom-Control-Kommission zwar in ihren Ermittlungsergebnissen die Kostensituation 2004 – verursacht durch Mehrwertdienste im Netz von atms – in den Bescheid einfließen lassen, daran jedoch eine unrichtige rechtliche Beurteilung geknüpft. Sie vermeint in einer anderslautenden Anordnung für das Jahr 2004 der Antragsgegnerin „ungünstigere Bedingungen“ aufzuerlegen. Mag dies losgelöst vom Sachverhalt und somit formal gesehen richtig sein, stellt eine solche Anordnung jedoch gemessen an dem festgestellten Sachverhalt – also

---

<sup>1</sup> Vgl. Spruchpunkt B.;

materiell - sogar eine ungerechtfertigte Begünstigung<sup>2</sup> von atms dar. Telekom Austria möchte darauf hinweisen, dass eine solche Anordnung in Hinkunft die immanente Gefahr in sich trägt, dass andere Zusammenschaltungspartner solche Aussagen zum Anlass nehmen könnten in gekündigten Zeiträumen durch ähnliche Geschäftsmodelle überhöhte Kosten bei Telekom Austria zu verursachen und sich unter Verweis auf diese Entscheidung einer - offensichtlich unmöglichen - rückwirkenden Kostenerstattung entziehen könnten, sofern ihr Status als einziger Verfahrensgegner aufrecht bliebe. Wenn man selbst in diesem so offensichtlichen Fall zu keiner interessenausgleichenden Entscheidung gelangt, würde Missbrauch in Hinkunft Tür und Tor geöffnet.

Der Verweis auf den Zivilrechtsweg ist schon deshalb irreführend, da er einerseits suggeriert, die Telekom-Control-Kommission könne in ihrer schiedsrichterlichen Funktion nicht über vergangene und nur einen oder wenige Marktteilnehmer treffende Zeiträume<sup>3</sup> urteilen, was jedoch allein aufgrund ihrer Pflicht zur Ungleichbehandlung von ungleichen Sachverhalten gemäß § 34 TKG 1997 nicht zutreffend ist, und andererseits die Antragstellerin mit erheblicher Rechtsunsicherheit belastet. Es sei daran erinnert, dass mit einer solchen Anordnung Telekom Austria - nicht zuletzt aufgrund der Haftungsbestimmungen<sup>4</sup> aus dem angeordneten Hauptteil des Zusammenschaltungsvertrages und der nunmehr eindeutigen vertragsersetzenden Regelungen für das Jahr 2004 - nicht in der Lage ist einen Schadenersatz gegenüber atms gerichtlich geltend zu machen. Der Zivilrechtsweg ist jedoch gerade dafür gedacht vereinbarte oder angeordnete Bestimmungen des Schiedsrichters Telekom-Control-Kommission im Anlassfall durchzusetzen. Fehlen solche Regelungen zur Abdeckung des Mehraufwands von Telekom Austria wird jedes Handelsgericht Österreichs auf seine Unzuständigkeit zur Beurteilung solcher Sachverhalte verweisen.

Der Antragstellerin würde auf Basis der Anordnung des neuen Anhangs 17 für den Zeitraum ab 01.01.2005 ein Kostenersatz für das Jahr 2004 in der Höhe von ca. € 270.000,- von atms zustehen. Mit dieser Summe liegt die Antragsgegnerin etwa ein Drittel über den entsprechenden Kosten des Zusammenschaltungspartners mit den zweitmeisten Einsprüchen. Diese Differenz ist ein erheblicher Marktvorteil von atms und verzerrt damit

---

2 v.a. auch im Vergleich zu allen übrigen Mehrwertdiensteanbietern in Österreich;

3 vgl. z.B. Z 12/03 hinsichtlich der rückwirkenden Anordnung von niedrigeren Zusammenschaltungsentgelten;

4 vgl. Punkt 9 des Hauptteils in Z 20/01 zur Haftung bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit;

gesetzwidrig den Wettbewerb im betroffenen Zeitraum zu überwiegender Lasten der Antragstellerin. Telekom Austria erneuert daher ihre Forderung nach schiedsrichterlichem Tätigwerden der Telekom-Control-Kommission auch für diesen offenen Zeitraum, der im übrigen von der Antragsgegnerin durch ihre ursprüngliche Kündigung und Verfahrenseinleitung selbst verursacht wurde.

2. Die rechtliche Begründung der Telekom-Control-Kommission zu den Personalkosten bei Telekom Austria, welche *„wegen gleichzeitiger Effizienzsteigerung ohnehin auf Basis des Jahres 2003 - ohne zwischenzeitliche kollektivvertragsbedingte Gehaltssteigerungen - angenommen wurden“*<sup>5</sup>, ist hinsichtlich der Jahreszahl unrichtig. Die von den Amtssachverständigen veranschlagten Personalkosten stammen nicht aus dem Jahr 2003, sondern wurden vielmehr jene aus dem Jahr 2002, nämlich den in Anhang 8 mit Z 20/01 und Wirkungszeitpunkt ab 01.01.2002 angeordneten Stundensätze, herangezogen. Die laut Antragsgegnerin angeblich nicht berücksichtigten Effizienzsteigerungen würden somit von den faktischen Personalkostensteigerungen bei Telekom Austria sogar erheblich überstiegen.
  
3. Überhaupt ist der Effizienzmaßstab als Bestandteil von FL-LRAIC hier nicht ausschlaggebend. Wie die Telekom-Control-Kommission unmissverständlich festhält, handelt es sich beim Inkassoentgelt und allen seinen Bestandteilen um eine Annexleistung zur Originierung. Im Bescheid M 7/04-52 vom 20.12.2004 wurde Telekom Austria verpflichtet für die Zusammenschaltungsleistung „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „FL-LRAIC“ orientiert. Telekom Austria wurde jedoch keine Verpflichtungen in Bezug auf allfällige sonst mit der Originierung in Zusammenhang stehende Leistungen, also auch nicht in Bezug auf die mit dem Inkassoentgelt abzugeltenden Annexleistungen, auferlegt, weshalb aufgrund dieser neuen Rechtssituation kein kostenorientiertes, sondern ein angemessenes Entgelt anzuordnen ist. Insofern deckt sich der Sachverhalt im Übrigen mit den erst kürzlich erlassenen Bescheiden zur „Payphone Access Charge“ (PAC) Z 8/04 ff vom 16.08.2005.

---

<sup>5</sup> Vgl. Beschwerdentwurf S. 37;

4. Telekom Austria kann nicht nachvollziehen, warum die Anordnung des neuen Anhangs 17<sup>6</sup> mit 31.12.2005 befristet ist. Sofern die Telekom-Control-Kommission prinzipiell dem Eventualantrag von Telekom Austria gefolgt ist, hätte sie bezüglich des Anordnungszeitraumes unter Abwägung der wechselseitigen Interessen dem ursprünglichen Antrag auf unbefristete Anordnung Folge geben können, wofür vor allem vier Gründen angeführt werden können:
- a. Die Dauer des Verfahrens beträgt mittlerweile nahezu zwei Jahre. Die Nettoanwendung der neuen Bestimmungen jedoch maximal 3 Monaten, bevor wiederum die Situation eines vertrags- bzw. anordnungslosen Zeitraumes entstehen würde. Insofern unterscheidet sie sich auch wesentlich von den privatrechtlichen Einlungen mit anderen Zusammenschaltungspartnern, die zumindest 1 Jahr<sup>7</sup> faktisch angewandt werden.
  - b. Dies bedeutet letztlich, dass das neue Teilnehmereinwendungsprozedere lediglich für diesen extrem kurzen Zeitraum verpflichtend anzuwenden wäre und damit beide Parteien mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Zukunft belastet.
  - c. Eine solch kurze Anordnungszeit konfrontiert beide Parteien mit unmittelbar drohenden, erheblichen Transaktionskosten für eine neuerliche Verfahrensführung. Eine Gefahr, die letztlich auch aus Sicht der Behörde einer einfachen, raschen und kostensparenden Erledigungsform entgegensteht.
  - d. Auch die im Gutachten erhobenen Tatsachen sprechen eindeutig für eine längere Fortschreibung der Bestimmungen, die ohnehin hinsichtlich der Kosten für Teilnehmereinwendungen eine verursachungsgerechte Variable enthalten. Die Kalkulationen der Amtssachverständigen basieren aber auf der Einspruchskostensituation 2003 und bilden daher – zumindest weitestgehend – eine Situation vor der Dialerproblematik ab. Teilnehmereinwendungen gegen Mehrwertdienste aller Arten sind jedoch kein auslaufendes Institut, sondern werden auch weiterhin Alltag im Kommunikationsmarkt bleiben. Auch für das Jahr 2006<sup>8</sup> kann man wohl schwerlich davon ausgehen, dass die Unterschiede zum Jahr 2003 von wesentlicher Bedeutung sein werden. Darüber hinaus sei auf die Stellungnahme von

---

<sup>6</sup> Vgl. Spruchpunkt C.;

<sup>7</sup> hinsichtlich des bereits vorher abgestimmten WKÖ-Prozesses sogar länger;

<sup>8</sup> Im Übrigen würde ein Verfahren Anfang 2006 ohnehin eine Auswertung der Daten 2005 erfordern, welches ebenso – dem Jahr 2004 entsprechend – von sehr vielen Einsprüchen gekennzeichnet war (vgl. S. 38 des Bescheldentwurfs zum Pressegespräch der RTR-GmbH vom 18.04.2005).

Telekom Austria zum wirtschaftlichen Gutachten vom 09.06.2005 verwiesen, in der andere die Antragsstellerin belastende (Nicht-) Berechnungen<sup>9</sup> kritisiert und damit zusätzlich Gründe für eine längere Fortschreibung angeführt wurden.

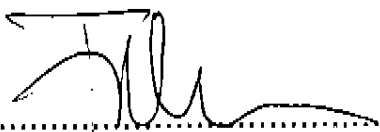
Sofern die Telekom-Control-Kommission diesen Anordnungszeitraum aufrechterhält, schafft sie eine – natürlich von der Reaktion der Antragsgegnerin auf die nunmehrige Anordnung abhängige – Situation der nahtlosen Verfahrensführung zu ein und demselben Sachverhalt. Telekom Austria möchte daher anregen den Anordnungszeitraum zumindest auf das Jahr 2006 auszuweiten.

Der Vollständigkeit halber sei auch darauf hingewiesen, dass keine Bestimmung im Spruch aufgenommen wurde, die die in der Überschrift ausgewiesene Wirkung des Spruchpunktes C vom 01.01.2005 bis 31.12.2005 näher determiniert. Daher sollte in einer Klarstellung jedenfalls auf eine unbefristete Anordnung mit Kündigungsausschluss bis zum neu definierten Enddatum abgestellt werden.

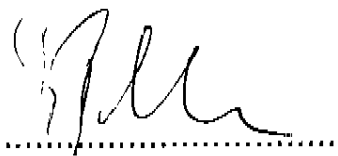
Die Antragstellerin hofft, dass die oben angeführten Kritikpunkte im endgültigen Bescheid der Telekom-Control-Kommission berücksichtigt werden.

Wien, am 14.09.2005

Telekom Austria Aktiengesellschaft



Ing. Mag. Martin Fröhlich  
Leiter Regulierung



Dr. Walter Bachler  
Leiter Recht

---

<sup>9</sup> vgl. auch Bescheidentwurf S. 43, Absatz 3;