

PER BOTEN

Telekom-Control-Kommission  
 Mariahilfer Straße 77-79  
 1060 Wien

per Fax voraus: 58058 9191

RECHTSANWÄLTE			
RA - GmbH			
CC: / /			
eingel. am: 31. Jan. 2006			
GF - TK	TKK	GF - RF	KOA
F	T	R	B
		V	FM

Wien  
 Rechtsanwalt  
 MMag. Ewald Lichtenberger  
 Parkring 10  
 A-1010 Wien  
 Tel +43 (1) 513 5140-0  
 Fax +43 (1) 513 5140-91

GZ: T1/05, T3/05, T7/05

Antragsstellerin: 11880 telegate GmbH

Skodagasse 9/3  
 A-1080 Wien

Vertreten durch:

PIEPENBROCK • SCHUSTER  
 RECHTSANWÄLTE

Parkring 10 • A-1010 Wien  
 Tel: +43 1 513 514 - 0 • Fax DW 91

Vollmacht erteilt (§ 8 Abs 1 RAO)

Antragsgegnerin:

1. mobilkom austria AG & Co KG
2. T-Mobile Austria GmbH
3. tele.ring Telekom Services GmbH

wegen:

§ 18 TKG 2003

Düsseldorf  
 Rechtsanwälte  
 Hermann-J. Piepenbrock\*  
 Dr. Fabian Schuster\*  
 Dr. Martin Geppert\*  
 Dr. Peter Schmitz\*  
 Dr. Marc Schütze  
 Mirjam Mann LL.M.  
 Birgit Kemper  
 Dr. Jens Schulze zur Wiesche\*  
 \* auch zugel. beim OLG Düsseldorf

Achenbachstraße 73  
 D-40237 Düsseldorf  
 Tel +49 (211) 68 78 88-0  
 Fax +49 (211) 68 78 88-33

Ansprechpartner:  
 MMag. Ewald Lichtenberger  
 EL/mh

E-Mail:  
 lichtenberger@ra-ps.biz

Aktenzeichen:  
 TG-2005-002/14

Datum:  
 31.01.2006

STELLUNGNAHME

1-fach

Am 21.12.2005 hat die Regulierungsbehörde Entwürfe von Vollziehungshandlungen gemäß § 128 Abs 1 TKG hinsichtlich des Zugangs zu den Teilnehmerdaten der Antragsgegnerinnen veröffentlicht („Bescheidentwürfe“).

Wir nehmen im folgenden zu den *Bescheidentwürfen* Stellung und gehen dabei auf die wesentlichen Aspekte ein. Im Grundsätzlichen verweisen wir ergänzend auf unser bisheriges Vorbringen, das wir aufrecht erhalten. Wir verweisen insbesondere auf unsere Stellungnahmen zu den Gutachten der Amtssachverständigen („Gutachten“).

### **1 Zur Auslegung des Begriffs der „kostenorientierten Entgelte“**

Die Antragstellerin hat in den vorangegangenen Schriftsätzen, insbesondere aber in den Stellungnahmen zu den *Gutachten* ausführlich dargelegt, warum als anrechenbare Kosten nur die Kosten der Übermittlungsleistung von Teilnehmerdaten anzusetzen sind und auf eine grundlegende Mangelhaftigkeit im Gutachtensauftrag insofern verwiesen, als die Kosten beim jeweiligen Teilnehmernetzbetreiber „*ausgehend von der derzeitigen Situation*“ zu erheben seien.

Die Regulierungsbehörde meint, mit ihrer Entscheidung in Einklang mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-109/03. Wie im folgenden gezeigt wird, ist dies nicht der Fall. Der EuGH hat in der Rechtssache C-109/03 wie folgt ausgeführt:

„38

*In dieser Hinsicht genügt die Feststellung, dass, wie die OPTA und Denda zu Recht geltend machen, der Erhalt der Basisdaten über die Teilnehmer, d.h. deren Name, Anschrift und Telefonnummer, untrennbar mit dem Telefondienst verbunden ist und keinen besonderen Aufwand seitens des Universaldienstansbieters erfordert.*

39

*Wie der Generalanwalt in Nummer 49 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, sind nämlich die mit dem Erhalt oder der Zuordnung dieser Daten verbundenen Kosten, 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. Die mit dem Erhalt oder der Zuordnung der Daten verbundenen Kos-*

*ten an die Personen weiterzugeben, die Zugang zu diesen Daten erbitten, würde zu einem ungerechtfertigten Mehrfachausgleich dieser Kosten führen.*

40

*Daher können, wenn diese Daten Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, die auf dem Markt für die Bereitstellung von Verzeichnissen miteinander konkurrieren, nur die zusätzlichen mit diesem Zurverfügungstellen verbundenen Kosten, nicht aber die mit dem Erhalt dieser Daten verbundenen Kosten vom Universaldienstanbieter in Rechnung gestellt werden.“*

Von den Kosten der reinen Datenübermittlung („Zurverfügungstellung“) strikt zu trennen sind sämtliche im Zusammenhang mit einer etwaigen Datenbank verbundenen Kosten. Dazu führte der Generalanwalt folgendes aus:

*„[...] dass der Ausgleich, der mit der Erhebung und Führung dieser in einer Datenbank enthaltenen Informationen verbundenen Kosten nicht Teil dieser Bedingungen sein kann. Diese Kosten müssen von jedem Anbieter von Sprachtelefondiensten getragen werden und sind bereits in den Berechnungen der Einnahmen und Ausgaben eines gewöhnlichen Sprachtelefondienstes enthalten. Werden diese Kosten an Personen weitergegeben, die Teilnehmerinformationen erbitten, sei es durch rückwirkende Verbreitung oder auf sonstige Weise, so würde dies zu einem Überausgleich führen, der mit den Anforderungen und der Zielsetzung von Artikel 6 Absatz 3 [der ONP-Richtlinie 98/10/EG] nicht vereinbar wäre.“*

Dies sieht grundsätzlich auch die Regulierungsbehörde, durch ihre Art der (europarechtswidrigen) Auslegung von § 18 TKG 2003 konterkariert sie aber den Sinn der Entscheidung des EuGH.

Sie referiert zunächst richtig (vgl. etwa Seite 25 ff des *Bescheidentwurfs* in Sachen T1/05) die Rechtsauffassung der Antragstellerin, dass das vom jeweiligen Teilnehmer-netzbetreiber („TNB“) zu führende Teilnehmerverzeichnis („TNV“) auch dasjenige ist, das der TNB der Antragstellerin überlassen muss. In ihrer rechtlichen Begründung führt die Regulierungsbehörde dann aber zur Überraschung der Antragstellerin aus, dass

die beiden Begriffe nicht identisch sind, (nach Ansicht der Behörde würde nicht die „gleiche faktische Ausgestaltung eines Verzeichnisses“ bezeichnet).

Diese Auslegung ist formalistisch überspitzt und lässt die damit verbundenen regulatorischen Konsequenzen völlig außer Acht.

Der Begriff des Teilnehmergeverzeichnisses in § 18 Abs 1 Z 1 TKG 2003 wird an dieser Stelle eingeführt und definiert und ist mit dem Begriff des Teilnehmergeverzeichnisses in § 18 Abs 1 Z 4 TKG 2003 völlig identisch. Es gibt zunächst keinen ersichtlichen Grund und auch keine Veranlassung, den Begriff unterschiedlich zu verstehen. An der ersten Stelle wird der Begriff eingeführt und definiert, an der zweiten Stelle wird an den an der ersten Stelle gefundenen Begriff „Teilnehmergeverzeichnis“ angeknüpft. Unterschieden wird im Gesetz nur zwischen dem Teilnehmergeverzeichnis der eigenen Teilnehmer und dem betreiberübergreifenden Teilnehmergeverzeichnis. Der ganze Paragraph steht auch unter der Überschrift „Teilnehmergeverzeichnis und Auskunftsdienst“ und gibt keinen einzigen Hinweis auf eine unterschiedliche Bedeutung.

Falls der Begriff vom Gesetz nicht identisch verwendet würde, bliebe völlig offen, worauf sich der Begriff des Teilnehmergeverzeichnisses in § 18 Abs 1 Z 4 TKG 2003 sonst beziehen sollte und woher man wissen sollte, wie dieser Begriff sonst zu verstehen sein sollte, wenn nicht in der einige Zeilen weiter oben eingeführten Weise.

Ein unterschiedliches Verständnis wäre nur dann angezeigt, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich ein unterschiedliches Verständnis festgelegt hätte, wobei eine solche Vorgangsweise ganz unwahrscheinlich ist, weil dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, zur Verwirrung der Normunterworfenen im selben Paragraphen einem wesentlichen Begriff, an den Rechtsfolgen anknüpfen, zwei unterschiedliche Bedeutungen zu geben. Aber selbst wenn der Gesetzgeber dies gemacht hätte, dann hätte er dies ausdrücklich festgehalten, und zwar entweder im Gesetzestext selbst oder in den Erläuterungen.

Dass die Bedeutung an den beiden Stellen identisch ist, ergibt sich eben gerade auch aus der Argumentation der Regulierungsbehörde, die darauf hinweist, dass die Verpflichtung zur Führung des eigenen *TNV* entfällt, wenn sichergestellt ist, dass ein solches *TNV* herausgegeben wird. Dass dies das Gesetz so anordnet, ist völlig unbestritten und es ist im Gesetz auch sinnvollerweise so festgelegt, weil in dieser Weise das Führen des *TNV* eines *TNB* durch ein anderes Unternehmen (etwa Auskunftsdienstbetreiber) substituiert wird, der genau das sicherstellt, was zunächst die Pflicht des

*TNB* ist. Dieses andere Unternehmen (etwa der Auskunftsdienstbetreiber) kann das aber nur, wenn es genau das erhält, was er zur Erbringung der Substitutionsleistung benötigt, nämlich das *TNV* des jeweiligen *TNB*. Dies ist ein weiteres Argument für die Identität der Bedeutung, das aber die Regulierungsbehörde fälschlich für ein Argument dagegen hält. Der Entfall der Verpflichtung des *TNB* spricht eben gerade nicht für die Unterschiedlichkeit sondern für die Identität des Bedeutungsgehalts des Begriffs. Es ist ein allgemeiner europarechtlicher Grundsatz, dass einem gleichlautenden Begriff in ein und der selben Rechtsordnung und umso mehr in ein und derselben Richtlinie, soweit nicht eindeutige Anhaltspunkte vorliegen, der gleiche Inhalt zuzumessen ist (*Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht – Eine vergleichende Untersuchung der Praxis des Europäischen Gerichtshofs und der österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen rechts (1994), 78).

Die darauf gestützte Auslegung der Regulierungsbehörde ist aber auch aus einem weiteren Grund verfehlt: Solange es kein Unternehmen gibt, das die Pflicht des *TNB* erfüllt und diesen davon dispensiert, liegt die Verpflichtung und Verantwortung zur Führung des *TNV* der eigenen Teilnehmer beim *TNB*. Der *TNB* hat das *TNV* seiner eigenen Teilnehmer dem ersten nachfragenden Unternehmen zu überlassen, womit er selbst der Verpflichtung gemäß § 18 Abs 1 Z 1 TKG 2003 enthoben ist (er kann aber ungeachtet dessen die Verpflichtung parallel weiterhin erfüllen). Der Entfall der Verpflichtung nach der ersten Überlassung, kann aber nicht dazu führen (und das scheint ja die Begründung der Regulierungsbehörde andeuten zu wollen), dass sich das ursprünglich selbst zu führende *TNV* in eines mit einem anderen Inhalt verwandelt und die "kostenorientierten Entgelte", die das zweite nachfragende Unternehmen zu bezahlen hat, plötzlich andere sind. Dies ist ja die Hauptbegründung der Regulierungsbehörde, die die vorgenommene Kostenregulierung eben nicht zu tragen vermag.

Aber auch die nachgeschobene Eventualbegründung in den Bescheidentwürfen („*Doch selbst dann [...]*“, vgl. S. 26), vermag das Ergebnis nicht zu tragen. Aus der Formulierung ist keine Unterschiedlichkeit abzuleiten und teleologisch macht nur ein gleiches Begriffverständnis Sinn, weil es ja um Substitution geht. Wenn aber das Objekt der Substitution unterschiedlich wäre, würde die Substitution nicht möglich sein. Die von der Regulierungsbehörde vorgenommene Differenzierung hat keine Begründung und ist in überaus künstlicher Weise konstruiert.

Mehr noch: Die Regulierungsbehörde macht aus dem *TNV* in § 18 Abs 1 Z 4 TKG 2003 ein nicht näher spezifiziertes „System“, dessen Gestaltung in die Hand des *TNB* gelegt wird, sodass es ausschließlich von ihm abhängt, wie viel das nachfragende Unternehmen für die Überlassung der Teilnehmerdaten zu bezahlen hat. Löst der *TNB* die Aufgabe effizient, so sind die Kosten niedriger, ist er ineffizient, wird es für den Nachfrager eben teurer.

Dies ist nicht die Bedeutung, die § 18 TKG 2003 unterstellt werden kann, und es ist nicht die Bedeutung der Kostenorientierung, wie sie sich aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-109/03 ergibt.

Die von der Regulierungsbehörde vorgenommene Auslegung führt im Ergebnis zu einer wettbewerblich völlig widersinnigen Verteuerung der Vorleistungskosten für den Auskunftsdienstbetreiber, der der Willkür aller *TNB* unterworfen wäre, von denen der Auskunftsdienstbetreiber die Daten einsammeln muss, um den betreiberübergreifenden Auskunftsdienst erbringen zu können.

Mit anderen Worten: Hätte die rechtlich und ökonomisch falsche Logik der Bescheidentwürfe Bestand, dann wäre im österreichischen Markt für Auskunfts- und Teilnehmerverzeichnisdienste ein System implementiert, das ausschließlich zu Lasten der reinen Betreiber von Auskunfts- und Teilnehmerverzeichnisdiensten geht. Zu Zeiten, als der Auskunftsdienstemarkt noch nicht wettbewerblich organisiert war, hatten alle *TNB* zunächst ein eigenes *TNV* aufgesetzt. Dieses wurde an den Betreiber, der die Universaldienstverpflichtung zur Erbringung eines betreiberübergreifenden Auskunftsdienstes erfüllen musste (Telekom Austria), noch nach alter Gesetzeslage übermittelt (absurderweise nicht mit kostenorientierten Entgelten verbunden, sondern vielmehr mit einer Zahlung der alternativen *TNB*, damit diese sich ihrer „eigenen“ *TNV* entledigen konnten). Die weiter oben beschriebene Substitution (gesetzeskonforme Entledigung der Pflicht, selbst ein *TNV* zu führen) soll aber nach Auffassung der *TKK* nun weder dazu führen, dass die nachgeschaltete und effiziente Überlassung eines betreiberübergreifenden *TNV* durch Telekom Austria zu kostenorientierten Bedingungen erfolgen soll (vgl. beispielsweise T-03/04), noch soll die Überlassung durch welchen *TNB* auch immer (beispielsweise der mobilkom-austria-Teilnehmerdaten) zu kostenorientierten und effizienten Bedingungen erfolgen. Vielmehr will die *TKK* es zulassen, dass zunächst die alternativen *TNB* ihr *TNV* an Telekom Austria übermitteln und das Führen eines eigenen *TNV* damit aufgeben, sowie anschließend – weil ein reiner Auskunfts-

dienstbetreiber diese Daten nicht zu kostenorientierten Entgelten von Telekom Austria bekommt – die künstliche und ineffiziente Errichtung eines „eigenen“ *TNV* bei jedem einzelnen *TNB* wieder vom reinen Auskunftsdienstbetreiber mitbezahlt werden muss.

Die von der Regulierungsbehörde vorgenommene Auslegung lässt insofern auch das Prinzip des „*effet utile*“ außer Acht, wonach Normen so auszulegen sind, dass die nützliche Wirkung einer Norm des Gemeinschaftsrechts sichergestellt wird (vgl. etwa EuGH 06.10.1970, Rs 9/70, *Grad*; 21.10.1970, Rs 20/70, *Lasage*; 04.12.1974, Rs 41/74; *Van Duyn*).

## **2 Zur Verwertung der Kostengutachten**

Die Antragstellerin wiederholen, dass die Amtsgutachter der gestellten Aufgabe nicht bzw. nur teilweise nachgekommen sind. Unter dem Gutachtensauftrag zur Ermittlung der Kosten wäre nicht zu verstehen gewesen, dass die Gutachter die Vollkosten der Antragsgegnerinnen ermitteln, sondern in Bezug auf die relevante Leistung, nämlich die Übermittlung von Teilnehmerdaten, marginale Kosten pro Datensatz vorlegen.

Der Großteil der in den *Gutachten* aufgelisteten Kosten hat mit den in § 18 Abs 1 Z 4 TKG 2003 genannten kostenorientierten Entgelten für die Zurverfügungstellung von Teilnehmerdaten nichts zu tun. Im Detail verweisen wir auf die in der Stellungnahmen zu den Gutachten vorgetragene Kritik. Trotz der ausführlich vorgetragenen Kritik an den Gutachten, geht die Regulierungsbehörde in der Beweiswürdigung darauf mit keinem Wort ein.

## **3 Wahlrecht zu Updates oder Gesamtdatenbestand**

Die Antragstellerin akzeptiert nicht die vorgesehene Regelung (vgl. S. 3 der Bescheidentwürfe), 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, den *TNB* zukommt.

Zum einen konterkariert die *TKK* mit diesem Wahlrecht den von ihr selbst erteilten Gutachterauftrag. Es sollte nämlich u.a. untersucht werden, inwieweit bei der Übermittlung von Teilnehmerdaten auf die bestehende Infrastruktur, die zur Übermittlung von Teilnehmerdaten an Telekom Austria AG verwendet wird, zurückgegriffen werden kann. Telekom Austria bekommt aber gerade wöchentliche Update-Lieferungen und nicht einen wöchentlich jeweils leicht veränderten Gesamtdatenbestand. Dies wird in den Bescheidentwürfen vollständig ignoriert. Dem möglichen Einwand, dass in diesem Fall das Wahlrecht voraussichtlich zugunsten der Update-Lieferungen ausfällt, sei hier insofern begegnet, als dass es auch sein kann, dass aus taktischen Erwägungen einzelne *TNB* zugunsten des wöchentlichen Gesamtdatenbestandes votieren könnten, um der Antragstellerin das Leben so schwer wie möglich zu machen. Dies ist aus Sicht der Antragstellerin hoch wahrscheinlich bei mobilkom austria, da mobilkom austria als 100%ige Tochtergesellschaft der Telekom Austria AG ohnehin in den Verhandlungen über Datenlieferungen die Interessen der eigenen Muttergesellschaft zu Lasten der Antragstellerin mit vertreten hat.

Zum anderen widerspricht die Regelung zum Wahlrecht auf Seiten der *TNB* der europarechtskonformen Auslegung österreichischen Rechts: Die Daten sind gemäß Art. 25 der Universaldienstrichtlinie „*in einem vereinbarten Format ... zur Verfügung zu stellen*“. Wöchentliche (bzw. vereinzelt, wie in Deutschland, auch werktägliche) Updates sind nicht nur der Standard in sämtlichen anderen europäischen Ländern, zu denen der Antragstellerin Informationen vorliegen. Auch in Österreich, wie oben gesagt, liefern die alternativen *TNB* heute jeweils wöchentliche Updates an Telekom Austria. Genauso verhält es sich bei den alternativen *TNB* (ONE, UPC Telekabel, eTel Austria, Hutchison 3G), mit denen die Antragstellerin bilaterale Verträge schließen konnte, ohne in ein langwieriges Regulierungsverfahren gehen zu müssen.

#### **4 Pönale gem. Punkt 18.) ist überschießend**

Die Regulierungsbehörde pönalisiert Verstöße gegen Punkt 1 der Anordnung durch die Antragstellerin mit EUR 40.000 pro Verletzungshandlung (Punkt 18.) der Anordnung). Diese Vertragsstrafe ist exzessiv, von der Behörde nicht begründet und rechtlich auch nicht ableitbar.

Die Höhe ist auch unverhältnismäßig im Vergleich zu den Pönalen, die die Anordnung im Fall der mangelhaften oder verspäteten Erfüllung durch den TNB (EUR 5.000 bzw. EUR 10.000 pro Verstoß) vorsieht. Die Anordnung ist in diesem Punkt nicht symmetrisch und nicht gesetzeskonform vor dem Hintergrund, dass nach Art 25 der Universaldienstrichtlinie Teilnehmerverzeichnisse „*in einem vereinbarten Format und zu gerechten, objektiven, kostenorientierten und nicht diskriminierenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen*“ sind. Diese Kriterien, die - in einer richtlinienkonformen Interpretation - auch § 18 TKG 2003 inhärent sind, hat die Regulierungsbehörde nicht berücksichtigt.

### **5 Anordnung einer Kündigungsmöglichkeit**

Rechtlich nicht begründbar ist auch die Anordnung einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit für die TNB für den Fall einer Verletzung von Punkt 1.) der Anordnung. Es ist bemerkenswert, dass die Regulierungsbehörde auf Verletzungen von Punkt 1.) der Anordnung ausdrücklich Bezug nimmt, nicht aber auf mangelhafte oder verspätete Erfüllung durch den TNB. Die Anordnung ist auch in diesem Punkt nicht symmetrisch und nicht gesetzeskonform im Sinne von Art 25 der Universaldienstrichtlinie und von § 18 TKG 2003.

11880 telegate GmbH