

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günther Haring als weitere Mitglieder nach amtswegiger Durchführung eines Aufsichtsverfahrens einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Der Telekom Austria TA AG wird gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 aufgetragen, bis zum 01.01.2008 durch Angleichung der technischen Leistungsparameter (Fax, Datendienste & GPRS/UMTS/EDGE sowie die Individualisierbarkeit der Mailbox) des Produktes „Bob Fünfer“ an diejenigen des Bündelteiles AonMobil dafür Sorge zu tragen, dass Endkunden von Mitbewerbern der Telekom Austria TA AG durch die zusätzliche Inanspruchnahme des Produktes „Bob Fünfer“ in Kombination mit einem Bündelprodukt eines Wettbewerbers ein zum Bündelprodukt „KombiPaket“ technisch gleichwertiges Produktbündel beziehen können.

II. Begründung

1. Festgestellter Sachverhalt

Die Telekom Austria TA AG, Firmenbuchnummer 280571f, mit dem Sitz in Lassallestr. 9, 1020 Wien (im Folgenden: Telekom Austria bzw. TA) ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs. 4 Satz 2 TKG 2003 (amtsbekannt).

1.1) TA hat mit 18.10.2007 ihren Vorleistungsbeziehern mitgeteilt, dass TA für den Zeitraum 15.11.2007 bis 15.01.2008 das Vorleistungsprodukt bitstream („Wholesale naked Special Deal 2007“) um monatlich EUR 14,57 bei regionaler Übergabe (EUR 15,16 bei nationaler Übergabe) anbieten werde (ON 2).

1.2) TA hat mit 31.10.2007 ihren Vorleistungsbeziehern mitgeteilt, dass TA für den Zeitraum 15.11.2007 bis 15.01.2008 das Vorleistungsprodukt Entbündelung („ULL Special Deal 2007“) um monatlich EUR 6,35 (Vollentbündelung) bzw. EUR 4,92 (Teilentbündelung) bzw. EUR 3,18 (shared use) anbieten werde (ON 3).

1.3) TA hat bei der RTR-GmbH am 13.11.2007 gemäß „§ 15 iVm § 25 TKG 2003“ angezeigt (ON 6), dass sie im Zeitraum vom 15.11.2007 bis 15.1.2008 das „Aktionsprodukt KombiPaket“ öffentlich anbieten werde. Dieser Anzeige waren eine „Leistungsbeschreibung für KombiPaket“ (LB KombiPaket), „Entgeltbestimmungen für KombiPaket“ (EB KombiPaket), eine „Leistungsbeschreibung für aonMobil“ (LB aonMobil) sowie „Entgeltbestimmungen für aonMobil“ (EB aonMobil) angeschlossen.

Gemäß dem genannten LB KombiPaket handelt es sich um ein Aktionsprodukt, das aus den fixen Komponenten Festnetz und Internet (Fixbestandteile) sowie der optionalen Komponente Mobiltelefonie besteht. Dabei besteht die „Grundleistung“ im Wesentlichen aus folgenden drei Elementen: einem Fernsprechanschluss (POTS) in der Basis-Tarifoption TikTak Privat gemäß dessen LB; einem aonSpeed ADSL-Internetzugang, wobei dieser den „unlimitierten auf Flat basierenden Zugang zum weltweiten Internet“ (samt Zusatzdiensten wie zB mehreren Mailboxen oder Alias-Adressen etc) bei einer maximalen Datenübertragungskapazität von bis zu 2.048 kbit/s downstream und 384 kbit/s upstream einschließt; einem Mobilfunkanschluss aonMobil (optional) gemäß dessen LB.

TA bietet diese Grundleistung jenen Kunden an, denen TA einen Fernsprechanschluss (POTS) nach den Bestimmungen der LB Fernsprechanschluss-Sprachtelefoniedienst überlässt. Bei Vertragsabschluss gilt eine zwölfmonatige Mindestvertragsdauer als vereinbart.

Gemäß EB KombiPaket wird das KombiPaket um monatlich EUR 19,90 (inkl. USt.) angeboten; weitere Grundentgelte fallen für die genannten drei Komponenten nicht an, jedoch allenfalls einmalige Entgelte für die Herstellung oder Aktivierung von Anschlüssen. Die monatlichen Verbindungsentgelte für die Komponente Festnetztelefonie fallen in der in den EB TikTak Privat genannten Höhe an. Für die Komponente aonSpeed ADSL-Internetzugang fällt kein Verbindungsentgelt bei einer ADSL-Verbindung an (anders bei einer Einwahl über ein Dial-In-Modem). Die Verbindungsentgelte für die Komponente Mobiltelefonie richten sich nach deren EB.

1.4) Ab dem 15.11.2007 erhielten die RTR-GmbH sowie die Telekom-Control-Kommission eine Vielzahl von Reaktionen aus dem Markt. Gegenstand dieser Reaktion war (in der Sache im Wesentlichen gleichlautend) die Nichtnachbildbarkeit des unter 1.3) beschriebenen KombiPaketes insbesondere für Bestandskunden von alternativen Anbietern, die Nichteinhaltung einer entsprechenden Vorankündigungsfrist, bzw. überhaupt fehlende Vorleistungsprodukte, sowie die Nichtnachbildbarkeit des Mobilfunkteils des KombiPaketes.

1.5) Nach Einlangen und Prüfung der in 1.3) genannten Anzeige hat die RTR-GmbH der Telekom-Control-Kommission für die Sitzung am 19.11.2007 Bericht erstattet und darauf hingewiesen, dass das KombiPaket um EUR 19,90 insofern wettbewerblichen Bedenken begegnet, als es in mehreren Punkten bestehenden Bescheidbestimmungen bzw. Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts widerspricht. Dies, obwohl TA zu diesem Zeitpunkt für Neukunden von alternativen Netzbetreibern eine margin-squeeze-freie Entbündelungsmiete von EUR 6,35 (statt regulär EUR 10,70) pro Monat, bzw. Nachfragern von Naked-DSL-Leistungen ein ebensolches Angebot um EUR 14,57 (anstelle von EUR 21,04) zeitgerecht angeboten hatte.

1.6) Die Telekom-Control-Kommission hat in ihrer Sitzung vom 19.11.2007 ein Verfahren gegenüber TA nach § 91 TKG 2003 eingeleitet.

Im Zuge dieser Sitzung wurde TA von der Telekom-Control-Kommission angehört. Die Telekom-Control-Kommission hielt der TA dabei die bestehenden rechtlichen Bedenken vor. TA führte in dieser Anhörung aus, dass derzeit eine beträchtliche Anzahl an Festnetz-Anschlüssen monatlich gekündigt werde, der Festnetz-Breitbandmarktanteil seit Monaten stagniere, während es bei mobilen Breitbandanschlüssen einen starken Anstieg gebe. Eine Änderung der Endkundenpreise für Bestandskunden bzw. der Vorleistungsentgelte würde mindestens eine Woche in Anspruch nehmen. Die Telekom Austria wurde von der Telekom-Control-Kommission aufgefordert, ihr bis zum 21.11.2007 Vorschläge zu unterbreiten, um den wettbewerbskonformen Zustand wiederherzustellen und es alternativen Anbietern zu ermöglichen, aufgrund entsprechender Vorleistungspreise ähnliche Angebote auf den Markt zu bringen. Im Übrigen hat die Telekom-Control-Kommission auf Grund der Schwere der Verstöße die Erlassung eines Mandatsbescheides nach § 91 Abs. 4 TKG 2003 iVm § 57 AVG erwogen.

1.7) TA hat mit Schreiben vom 20.11.2007, bei der RTR per Fax eingelangt am 21.11.2007 um 7.38 Uhr (ON 15), angezeigt, dass sie im Zeitraum vom 27.11.2007 bis 15.1.2008 das „geänderte Aktionsprodukt KombiPaket“ öffentlich anbieten werde. Dieser Anzeige waren eine „Leistungsbeschreibung für KombiPaket“ (LB KombiPaket), „Entgeltbestimmungen für KombiPaket“ (EB KombiPaket), eine „Leistungsbeschreibung für aonMobil“ (LB aonMobil) sowie „Entgeltbestimmungen für aonMobil“ (EB aonMobil) angeschlossen (ON 16, 17).

1.8) Telekom Austria zeigte an, das KombiPaket ab dem 27.11.2007 so zu ändern, dass ab 27.11.2007 zwischen Neukunden (Kunden, die in den letzten drei Monaten keinen ADSL-Anschluss von Telekom Austria TA AG hatten) und Bestandskunden mit ADSL-Anschluss insofern unterschieden werde, dass Bestandskunden das Produkt zu einem monatlichen Preis von EUR 25,90 (inkl. Ust) zuzüglich eines einmaligen Umschaltentgeltes in Höhe von EUR 79,90 bis 15.01.2008 beziehen können, während Neukunden weiterhin die Konditionen gemäß dem ursprünglich angezeigten LB und EB um monatlich EUR 19,90 (inkl. Ust) zur Verfügung stehen würden.

Telekom Austria kündigte ferner an, eine entsprechende Unterscheidung auch auf der Vorleistungsebene auch für ISP auf Basis des bestehenden xDSL-Wholesalevertrages für breitbandige Internetzugangslösungen vorzunehmen. Telekom Austria zeigte an, dass

- den ISP ab 27.11.2007 ein ADSL Residential Profil 2048/384 FLAT zum Preis von EUR 1,25 (exkl. Ust) für die regionale Anbindung für Neukunden bis 15.01.2008 zur Verfügung stehen und
- den ISP ab 27.11.2007 ein ADSL Residential Profil 2048/384 FLAT zum Preis von EUR 6,25 (exkl. Ust) für Bestandskunden zur Verfügung stehen wird, wobei im Fall eines Downgrades ein Entgelt iHv EUR 12,50 exkl. Ust gemäß dem xDSL-Wholesalevertrages verrechnet werde.

Hinsichtlich des neuen Profils auf der Vorleistungsebene behält sich Telekom Austria beim Anschein einer automatisierten Migration ohne vorhergehende Kundenbestellung das Verlangen eines Nachweises der Kundenbestellungen für eine Migration in das Aktionsprofil vor. Telekom Austria führt in dieser Anzeige aus, bei einer Migration von mehr als 10 % der Bestandskunden des jeweiligen ISP diesen Nachweis jedenfalls zu fordern.

Hinsichtlich AonMobil verwies Telekom Austria auf den von Mobilkom Austria AG angezeigten Dienst „Bob Fünfer“ und führte aus, dass dieser zu den gleichen preislichen Konditionen wie AonMobil am Markt angeboten werde. Telekom Austria kündigte an, die „leistungstechnischen Diskrepanzen (insb. hinsichtlich Fax, Datendiensten & GPRS/UMTS/EDGE sowie die Individualisierbarkeit der Mailbox)“ spätestens mit 01.01.2008 so zu ergänzen, dass der Dienst „Bob Fünfer“ den Leistungen von AonMobil entspreche. Telekom Austria kündigte an, dieses Upgrade auch den bis zu diesem Zeitpunkt das Produkt „Bob Fünfer“ erworben habenden Endkunden zu kommunizieren und diesen das gegenständliche Leistungsupgrade automatisch einzurichten.

Telekom Austria führte dabei aus, dass der Bündelteil AonMobil in Form des Reselling eines Produktes der Mobilkom Austria angeboten werde.

1.9) Die Telekom-Control-Kommission stellte am 21.11.2007 fest, dass Telekom Austria angezeigt hatte, das KombiPaket für Bestandskunden ab dem 27.11.2007 um EUR 25,90 anzubieten, während für Neukunden der Endkundenpreis von EUR 19,90 weiterhin Bestand haben sollte. Die Telekom-Control-Kommission hielt fest, dass als Neukunden alle Kunden zu verstehen sind, die bislang keinen Breitbandanschluss der Telekom Austria hatten. Die Telekom-Control-Kommission hielt fest, dass Telekom Austria ihren Bestandskunden ein eigenes Produkt anbieten kann, das aber jedenfalls den einschlägigen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen zu entsprechen hat; d.h. insbesondere durch Mitbewerber nachbildbar sein muss. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Nachbildbarkeit (Margin-squeeze-Freiheit) stellte die Telekom-Control-Kommission auf Basis der von der RTR-GmbH durchgeführten Kontrollrechnungen fest, dass auf Basis der für den 27.11.2007 angekündigten Vorleistungsprodukte Wettbewerber der Telekom Austria das KombiPaket margin-squeeze-frei nachbilden können.

Telekom Austria wurde sodann von der Telekom-Control-Kommission am 23.11.2007 mitgeteilt, dass (noch) folgende Bedenken gegen das KombiPaket bestehen:

a) Telekom Austria (TA) bietet ihren Bestandskunden zumindest seit 15.11.2007 ein wettbewerblich nicht nachbildbares Kombiprodukt um EUR 19,90 an, welches von alternativen Anbietern mangels entsprechender Vorleistungsprodukte zum damaligen Zeitpunkt nicht nachgebildet werden konnte. Diesbezüglich bestand der Verdacht der Verletzung des Spruchpunktes 2.3. des Bescheides der TKK zu M 1/05-59 vom 28.2.2006. Da entsprechend einer bei der RTR-GmbH am 20.11.2007 eingelangten Anzeige von TA Bestandskunden von TA erst bei einem Wechsel ab dem 27.11.2007 ein Endkundenentgelt von € 25,90 berechnet wurde und entsprechende Vorleistungsprodukte seitens TA lediglich ab 27.11.2007 angeboten wurden, bestand in diesem Zusammenhang daher der Verdacht der Nichteinhaltung der in Spruchpunkt 2.3. des Bescheides der TKK zu M 1/05-59 vorgesehenen Mindestvorankündigungsfrist von diskriminierungsfreien Vorleistungsprodukten von vier Wochen.

b) Hinsichtlich der fehlenden Vorleistungsprodukte auf Basis „nicht Naked-DSL“ sowohl für Neu- als auch für Bestandskunden, bestand am 21.11.2007 ebenfalls der Verdacht der Verletzung des Spruchpunktes 2.3. des Bescheides der TKK zu M 1/05-59 vom 28.2.2006. Auch in diesem Zusammenhang bestand zusätzlich zum Nichtanbieten dieser Vorleistungsprodukte der Verdacht der Nichteinhaltung der in Spruchpunkt 2.3. des Bescheides der TKK zu M 1/05-59 vorgesehenen Mindestvorankündigungsfrist von diskriminierungsfreien Vorleistungsprodukten von vier Wochen.

c) Die Nichtreplizierbarkeit des Gesamtbündels per 21.11.2007 wurde auch dadurch induziert, dass alternative Anbieter kein Mobilendkundenprodukt auf den Markt bringen konnten, das in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht den Bündelteil AonMobil nachbildbar machte. Zwar wurde seitens Mobilkom Austria AG ein neues marktgängiges stand-alone Bob-Produkt („Bob Fünfer“) angezeigt und am Endkundenmarkt verfügbar gemacht, doch hinsichtlich der fehlenden Individualisierbarkeit der Mobilbox und der im Vergleich zum Produkt AonMobil fehlenden Datendienste des Produktes „Bob Fünfer“ bestand (und besteht) die Nichtnachbildbarkeit weiterhin bis zum 01.01.2008.

1.10) Telekom Austria nahm mit Schreiben vom 28.11.2007 (ON 10) und in der Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission am 19.11.2007 Stellung.

1.11) Am 10.12.2007 wurde die ISPA von der Telekom-Control-Kommission angehört. Die ISPA legte einen Foliensatz zum Thema „Negative Effekte des KombiPakets auf den Markt“ vor (ON 37). Unter Zugrundlegung der vorgelegten Kostendaten und unter Anwendung der Grundsätze des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist auch auf Basis dieser vorgelegten Kosten von Margin-squeeze-Freiheit auszugehen.

1.12) Die ISPA wandte sich am 17.12.2007 an die RTR-GmbH und führte aus, dass es seitens Telekom Austria zu Verzögerungen bei Bestellung der ISPs von xDSL Wholesale Produkten, Entbündelungen, Portierungen und Entstörungen käme. Die am 17.12.2007 zur Stellungnahme aufgeforderte Telekom Austria teilte am 18.12.2007 in einer Stellungnahme mit, dass auf Grund eines Software-Problems zumindest zwischen dem 11.12.2007 (Zeitpunkt der Störungsmeldung an ISPs) und dem 14.12.2007 (Zeitpunkt der tatsächlichen Störungsbehebung) bzw. dem 17.12.2007 (Zeitpunkt der Gutmeldung an ISPs) für ISPs der Orderprozess bei der Herstellung von xDSL-Wholesaleprodukten nicht möglich war. Bis zur Sitzung der Telekom-Control-Kommission am 20.12.2007 wurden keine Feststellungen hinsichtlich konkreter Einzelfälle getroffen.

1.13) Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.12.2006, M 12/06-45, wurde festgestellt, dass Telekom Austria auf dem Markt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ gemäß § 1 Z 13 TKMVO 2003 idF BGBl II Nr. 117/2005 über beträchtliche Marktmacht verfügt. Telekom Austria wurde unter anderem die Verpflichtung auferlegt, gemäß § 41 TKG 2003 den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und dafür notwendige Annex-Leistungen zu gewähren (Spruchpunkt 2.1.) sowie weiters, hinsichtlich dieser Zugangsleistungen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gemäß § 38 TKG 2003 gleich zu behandeln, dh, ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie für ihre eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen bereitzustellen (Spruchpunkt 2.2., amtsbekannt, der Telekom Austria bekannt).

1.14) Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 28.02.2006, M 1/05-59, wurde festgestellt, dass Telekom Austria auf dem Markt für breitbandigen Zugang gemäß § 1 Z 17 TKMVO 2003 idF BGBl II Nr. 117/2005 über beträchtliche Marktmacht verfügt. Telekom

Austria wurde unter anderem die Verpflichtung auferlegt, gemäß § 41 TKG 2003 breitbandigen Bitstream-Zugang samt dafür notwendigen Annex-Leistungen entsprechend der Nachfrage entweder „Asynchronous Transfer Mode“-basiert oder „Internet Protokoll“-basiert zu gewährleisten (Spruchpunkt 2.1.) sowie hinsichtlich dieser Zugangsleistungen gemäß § 38 TKG 2003 anderen Nachfragern des marktgegenständlichen Bitstream-Produktes, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw. Diensteanbietern erbringen, die marktgegenständliche Leistung „breitbandiger Bitstream-Zugang“ unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selbst, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt (Spruchpunkt 2.3., amtsbekannt, der Telekom Austria bekannt).

1.15) Mit den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission zu M 1/06-64 und M 2/06-64 jeweils vom 02.04.2007, wurde festgestellt, dass Telekom Austria auf den Märkten für den Zugang von (Nicht)Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten gemäß § 1 Z 1 und Z 2 TKMVO 2003 idF BGBl II Nr. 117/2005 über beträchtliche Marktmacht verfügt. Telekom Austria wurde unter anderem die Verpflichtung „gemäß § 38 TKG 2003 bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die den Zugang von Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten als Vorleistung erfordern, die dafür notwendige Vorleistung „Zugang von Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. (Spruchpunkt 2.3.).

1.16) Telekom Austria zeigte am 17.12.2007 die Verlängerung der Wholesaleaktionen „Wholesale naked Special Deal 2007“ und „Wholesale Special Deal Aktion 2007 – Erweiterung“ vom 15.1.2008 bis 27.01.2008 an (ON 42).

2. Beweiswürdigung

Die Feststellungen beruhen auf den Telekom Austria angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (EB und LB) sowie aus dem Akteninhalt zu R 4/07.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

§ 91 TKG 2003 sieht in Bezug auf durch die Regulierungsbehörde zu besorgende Aufgaben bei Anhaltspunkten für einen Verstoß gegen Vorschriften des TKG 2003, gegen Bestimmungen einer auf dessen Grundlage erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund des TKG 2003 erlassenen Bescheides die Möglichkeit der Einleitung eines Aufsichtsverfahrens vor. § 117 Z 6 TKG 2003 weist der Telekom-Control-Kommission die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, und das Auferlegen spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 als Aufgabe zu. Die oben genannten Marktanalysebescheide M 1/05-59, M 12/06-45, M 1/06-64 und M 2/06-64, mit denen der Telekom Austria u. a. Gleichbehandlungsverpflichtungen auferlegt wurden, wurden von der Telekom-Control-Kommission erlassen. Die Auferlegung von Verpflichtungen in Marktanalyseverfahren und die Überprüfung der Einhaltung dieser Verpflichtungen stellen daher durch die Telekom-Control-Kommission zu besorgende Aufgaben iSd § 91 TKG 2003 dar. Folglich ist die Telekom-Control-Kommission bei Anhaltspunkten für Verstöße gegen diese von ihr erlassenen Bescheide auch zur Führung des entsprechenden Aufsichtsverfahrens zuständig (vgl. Feiel/Lehofer, TKG 2003, S. 274).

3.2. Einleitung des Aufsichtsverfahrens

Aus den von Telekom Austria am 13.11.2007 und 21.11.2007, oben genannten, angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, LB und EB ergaben sich ausreichende Anhaltspunkte, dass Telekom Austria gegen die ihr in den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission M 12/06-45 vom 18.12.2006, M 1/05 v. 28.02.2006, M 1/06-64 und M 2/06-64 vom 02.04.2007 auferlegten Gleichbehandlungs- bzw. Zugangsgewährungsverpflichtungen verstoßen haben könnte, weshalb das gegenständliche Verfahren am 19.11.2007 amtswegig eingeleitet wurde und Telekom Austria davon verständigt wurde.

3.3. Zur Fristsetzung nach § 91 Abs. 1 und 2 TKG 2003

Gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission in Bezug auf die durch sie zu besorgenden Aufgaben mögliche Verstöße gegen das TKG 2003 bzw. die auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen und Bescheide dem betreffenden Unternehmen mitzuteilen und in weiterer Folge nach Fristsetzung geeignete Abstellungsmaßnahmen zu ergreifen. Diese Frist darf ein Monat nur dann unterschreiten, wenn das betreffende Unternehmen zugestimmt oder bereits wiederholt gegen einschlägige Bestimmungen verstoßen hat.

Telekom Austria hat in ihrer Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission am 19.11.2007 zum Thema einer möglichst zeitnahen Wiederherstellung eines bescheidkonformen Zustands ausgeführt, dass eine Umstellung der Kombiaktion binnen einer Woche zwar möglich sei, aber nicht innerhalb eines kürzeren Zeitraums bewerkstelligt werden könne (Aussage von Mag. Fischer; ON 11). In ihrer Anzeige vom 20.11.2007 hat Telekom Austria zusätzliche Vorleistungsprodukte für den Zeitraum ab dem 27.11.2007 angekündigt. Lediglich die technische Nachbildbarkeit des Bündelteiles AonMobil wurde bis zum 20.12.2007 nicht gewährleistet.

3.4. Gleichbehandlungsverpflichtung der Telekom Austria

Aus telekommunikationsrechtlicher Sicht besteht derzeit kein ex-ante definierter und für die Sektorregulierung relevanter „Endkundenmarkt für Breitbandinternetprodukte“, da diese Leistung im Wettbewerb erbracht wird. Dies ergibt sich e contrario aus der TKMVO 2003, in der kein solcher Markt definiert ist. Daher kommt auch keinem Unternehmen die Verpflichtung zu, diesbezügliche Endkundenentgelte der Telekom-Control-Kommission zur Genehmigung vorzulegen. Es besteht (bloß) eine allgemeine Anzeigepflicht für alle Diensteanbieter von Entgelten nach § 25 Abs. 2 TKG 2003.

Gegenstand der nunmehrigen Prüfung des KombiPaketes durch die Telekom-Control-Kommission sind die von TA jeweils gem. § 25 Abs. 2 TKG 2003 bei der RTR-GmbH am 13.11.2007 angezeigten Leistungsbeschreibungen „KombiPaket“ und „aonMobil“, die von TA am 21.11.2007 übermittelten Neuanzeigen zum KombiPaket und zu aonMobil, sowie die am 21.11.2007 erfolgte Anzeige der entsprechenden Vorleistungsprodukte die eine nichtdiskriminierende und margin-squeeze-freie Nachbildung erst ermöglichen (Bereitstellung eines Bitstream-Produktes um EUR 1,25 für Neukunden, eines Bitstream-Produktes um EUR 6,25 für Bestandskunden sowie durch die Preiserhöhung für Bestandskunden auf EUR 25,90 die Ermöglichung für Entbündler, das gegenständliche KombiPaket auch für ihre Bestandskunden margin-squeeze-frei nachzubilden) sowie eingegangene Anzeige zum Produkt „Bob Fünfer“.

Spruchpunkt 2.3. der Bescheides M 1/06-64 und M 2/06-64 verpflichten Telekom Austria, „gemäß § 38 TKG 2003 bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die den Zugang von (Nicht)Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten als Vorleistung erfordern, die dafür notwendige Vorleistung „Zugang von (Nicht)Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ anderen Unternehmern zu denselben

Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.“

Die in den Bescheiden M 1/06-64 und M 2/06-64 jeweils auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass das marktmächtige Unternehmen anderen Unternehmen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für sich selbst bzw. verbundene oder andere Unternehmen.

Weiters kann die (allgemeine) Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 2 TKG 2003 verhindern, dass ein in seinen Entgelten am Vorleistungsmarkt reguliertes Unternehmen mittels nicht-preislicher Variablen (etwa in Form von Verzögerungen bei den Verhandlungen, dem Vorenthalten notwendiger Informationen und anderer unangemessener Maßnahmen, die letztendlich die Kosten der Konkurrenten erhöhen oder den Markteintritt verzögern) Marktmacht auf andere Märkte überträgt. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken.

In den Bescheiden M 1/06-64 und M 2/06-64 wurde Telekom Austria und Mobilkom Austria jeweils in Spruchpunkt 4.3. die Verpflichtung auferlegt, dass, sofern von Mobilkom Austria AG gemeinsam mit Telekom Austria AG ein Bündelprodukt angeboten wird, das auch teilweise aus Produkten besteht, die den Märkten für den Zugang von (Nicht)Privatkunden gemäß § 1 Z 1 und Z 2 der TKMVO 2003 angehören, sich die wettbewerbliche Verträglichkeit dabei an den Prüfkriterien „Replizierbarkeit“, „Margin Squeeze“ und „Marktmachtübertragungspotential“ zu orientieren hat. Diese Verpflichtung erstreckt sich auf den Teil des Bündelproduktes, der von Mobilkom Austria AG bereitgestellt wird, unabhängig davon, ob dieser Bündelteil von der Definition der zugrunde liegenden Zugangsmärkte erfasst ist oder nicht.

Zum Thema Replizierbarkeit von Bündelprodukten wurde in den Bescheiden M 1/06-64 und M 2/06-64 wie folgt festgehalten:

„Ist ein Bündel für Mitbewerber replizierbar, so ist davon auszugehen, dass keine Wettbewerbsprobleme vorliegen. Der Begriff der Replizierbarkeit iSd der Bescheide M 1/06-64 und M 2/06-64 umfasst die folgenden Komponenten:

- Technische Replizierbarkeit: Diese ist gegeben, wenn Wettbewerber die Möglichkeit haben, zeitgleich ein Bündel anzubieten, das in den Produkteigenschaften und der Qualität der Leistung(en) dem Bündel des marktmächtigen Unternehmens gleichwertig ist. Dabei muss es hinreichend viele Mitbewerber geben, die das Bündel anbieten können, sodass antikompetitive Effekte durch das Bündel des SMP-Betreibers ausgeschlossen sind. Eine Replizierbarkeit von wenigen Wettbewerbern bzw. für wenige Kunden und/oder geringer Flächendeckung ist im Allgemeinen nicht ausreichend, um ein Bündel als replizierbar zu bezeichnen.
- Wirtschaftliche Replizierbarkeit: Einem effizienten Wettbewerber muss es möglich sein, das Bündel zu vergleichbaren Kosten herzustellen wie dem marktmächtigen Unternehmen. Bezieht ein Konkurrent regulierte Vorleistungen vom marktmächtigen Unternehmen, so bedeutet dies, dass das Bündel einen Margin-squeeze Test erfüllen muss.“

3.5. Verstoß durch fehlende technische Replizierbarkeit des Bündelteils AonMobil

Die erwähnten Gleichbehandlungsverpflichtungen der Bescheide M 1/06-4 und M 2/06-64 sollen sicherstellen, dass Telekom Austria als zur Bereitstellung von Vorleistungen verpflichtetes vertikal integriertes Unternehmen sich selbst bzw. ihren eigenen Unternehmensteilen (hier: dem für eigene Endkunden erbrachten Internetzugangsdienst) nicht bessere Konditionen einräumt als anderen Vorleistungsbezieher. Ein derartiges Einräumen besserer Konditionen ist im vorliegenden Fall aber dadurch erfolgt, dass nach den Sachverhaltsfeststellungen folgende Verstöße gegen die erwähnten Verpflichtungen vorlagen: Aus den Verpflichtungen der Spruchpunkte 2.3. und 4.3. der Bescheide M 1/06-4 und M 2/06-64 ergibt sich die Verpflichtung für Telekom Austria, beim Anbieten von Bündelprodukten wie dem gegenständlichen KombiPaket dafür Sorge zu tragen, dass das gesamte Bündelprodukt in technischer und wirtschaftlicher Sicht nachbildbar ist, um Marktmachtübertragung zu vermeiden.

Marktgegenständlichen Leistungen der Märkte für den Zugang von (Nicht)Privatkunden werden teilweise in unterschiedlichen Kombinationen zu unterschiedlichen Preisen angeboten. Auch durch das Anbieten von Bündelprodukten werden einzelne marktgegenständliche Leistungen zu einem anderen, in der Regel günstigeren, Preis angeboten, als sie ohne Bezug des Bündels erhältlich wären. Bündelprodukte können auch den Wettbewerb beeinträchtigende Aspekte mit sich bringen. Für Telekom Austria bestehen nach den Feststellungen zu M 1/06-64 und zu M 2/06-64 Anreize, ihre Marktmacht vom gegenständlichen Zugangsmarkt auch auf die benachbarten Verbindungsmärkte dadurch zu übertragen, dass spezifische Produktbündel den Endkunden angeboten werden.

Da aus Sicht der Endkunden alle Teile eines Produktbündels eine sachliche und finanzielle Einheit darstellen, entscheiden in materieller Hinsicht (Replizierbarkeit, Kostenorientierungsverpflichtung, Zurechnung des gesamten Bündelrabatts auf den marktgegenständlichen Bündelteil) in der Regel die Gesamtkosten des Bündels über die wettbewerbliche Verträglichkeit desselben. In den Bescheiden zu M 1/06-64 und zu M 2/06-64 wurde festgehalten, dass angesichts der in jüngster Zeit vermehrt angebotenen clusterübergreifenden Bündelprodukte unter Einschluss von Mobilprodukten ferner die explizite Miteinbeziehung von allen marktgegenständlichen Produkten der Mobilkom Austria, unabhängig davon, ob sie im Bündel mit Produkten der Telekom Austria angeboten werden, oder nicht, in den dargelegten Prüfmaßstab als notwendig und angemessen erscheint, um die Wettbewerbsprobleme auf den Märkten für den Zugang von (Nicht)Privatkunden effektiv bekämpfen zu können.

Das gegenständliche KombiPaket stellt aus Sicht der Endkunden eine solche Einheit dar. Daher unterliegt das KombiPaket den erwähnten Spruchpunkten 2.3. und 4.3. der Bescheide zu M 1/06-64 und zu M 2/06-64.

Es ist daher gemäß den Feststellungen zumindest bis zum 01.01.2008 davon auszugehen, dass ein Verstoß gegen die erwähnten Spruchpunkte vorliegt, da der Bündelteil AonMobil, wie oben festgestellt, in technischer Sicht (Fax, Datendiensten & GPRS/UMTS/EDGE sowie die Individualisierbarkeit der Mailbox) durch Endkunden von Wettbewerbern von Telekom Austria nicht substituiert werden kann.

3.6. Beendeter Verstoß durch fehlende wirtschaftliche Nachbildbarkeit des KombiPaketes

Die auf Basis der von TA angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen angestellte Margin-Squeeze-Kontrollrechnung ergab, dass - unter Berücksichtigung der von TA ab 27.11.2007

angebotenen Vorleistungsprodukte - von einer margin-squeeze-freien Nachbildbarkeit des KombiPaketes sowohl für Neu- als auch für Bestandskunden auszugehen ist. Die Berechnung erfolgte in Anwendung der nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht anzuwendenden Maßstäbe. Hinsichtlich der Angemessenheit der variablen Kosten als der nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht gültigen Preisuntergrenze ist auf die Rechtsprechung zu Art. 82 EG zu verweisen. Dementsprechend wurden in der konkreten Überprüfung des Kombiproduktes die variablen Kosten des Retailbereiches, sowie zusätzliche mit der Erbringung des Breitbandproduktes verbundene Kosten in der Margin-Squeeze-Berechnung berücksichtigt. Auch die von der ISPA am 10.12.2007 vorgelegte Kalkulation eines Internet Service Providers konnte die Ergebnisse der von der RTR-GmbH angestellten Kontrollrechnung nicht entkräften.

Allerdings weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass parallel zum Erfordernis der Abdeckung variabler Kosten auf Einzelproduktebene (und somit auch für das Aktionsangebot) auch weiterhin die Verpflichtungen aus dem Bescheid M1/05-59 zur Anwendung kommen. Diese sehen vor, dass TA über einen Durchrechnungszeitraum von einem Jahr (auf Basis der Vollkosten) Margin-Squeeze-Freiheit über alle Vorleistungsstufen hinweg (dh. Retail - bitstream - ULL) gewährleisten muss.

Da im konkreten Fall nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Produkt erhebliche Auswirkungen auf das Tarif- und Mengengefüge hat und damit nicht sichergestellt ist, dass die Margin-Squeeze-Freiheit eingehalten wird, wurde aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht ein zusätzlich einzuhaltendes Kriterium der Preisuntergrenze (zumindest Bedeckung der variablen Kosten) definiert und in die Berechnung miteinbezogen.

Bei Anwendung dieses Berechnungsansatzes für einen Endkundenpreis von EUR 19,90 hätte sich in Folge ein Margin-Squeeze sowohl auf Bitstream-Ebene als auch auf Ebene der Entbündelung ergeben. Dem wurde seitens TA durch entsprechende Preise für das Medienentgelt (naked DSL; Preisanpassung auf EUR 8,68) sowie durch eine Preisanpassung für Entbündelung (EUR 6,35) – jeweils analog dem Kombiangebot auf „life time“ - begegnet. Bei einem Endkundenpreis von EUR 25,90, wie er von TA seit Intervention durch die Telekom-Control-Kommission für Bestandskunden angeboten wird, ist die Margin-Squeeze-Freiheit hinsichtlich variabler Kosten auf Einzelproduktebene für den Zugang auf den Vorleistungsebenen gegeben.

Um eine ausreichende Spanne zwischen Retail- und Wholesaleprodukten sicherzustellen, war Telekom Austria gehalten, entweder die Preise für bestehende Endkunden anzuheben oder aber die Entgelte für notwendige Vorleistungsprodukte zu senken, um das Erfordernis der Margin-Squeeze-Freiheit einzuhalten. Telekom Austria entschied sich für eine Anhebung der Preise für bestehende Endkunden.

Kurzfristige Aktionsangebote (ein solches liegt hier vor) sind, u. a. dadurch charakterisiert, dass die Vorteile der Aktion hinsichtlich reduzierter Verbindungsentgelte innerhalb eines Jahres konsumiert werden müssen. Der Festnetzsprachtelefonieteil des KombiPaketes besteht aus dem von der Telekom-Control-Kommission (im Rahmen der ex-ante Entgeltkontrolle) genehmigten Grundentgeltes für das TikTakPrivat-Produkt. Nachdem, wie ausgeführt, die wirtschaftliche Nachbildbarkeit des KombiPaketes durch entsprechende Anpassungen der Vorleistungspreise für den Zugang sichergestellt wurde (und damit der Preis für das TikTakPrivat-Grundentgelt nicht berührt wurde), waren diesbezüglich auch keine Beanstandungen zu treffen. Die im Spruch der obigen Bescheide angesprochenen Verbindungsentgelte sind nicht Bestandteil des vorliegenden Aktionsangebotes.

Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die per 15.11.2007 erfolgte generelle Absenkung des Vorleistungsentgeltes für die Entbündelung von EUR 10,70 auf EUR 10,44.

Auf Grund der wettbewerblichen Bedeutung des Kombiangebots wird nach Ablauf des Aktionszeitraumes eine Überprüfung der Konformität der Preisgestaltung gemäß den Auflagen aus den Bescheiden M 1/05-95 und M 12/06-45 vorgenommen werden.

3.7. Verstoß durch fehlende Vorankündigungsfrist von vier Wochen

Spruchpunkt 2.3. des Bescheides M 1/05 enthält eine Verpflichtung, bei der Einführung von neuen Produkten die dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene zuzurechnen sind, Nachfrager des marktgegenständlichen Bitstream-Produktes mindestens vier Wochen vor Einführung des entsprechenden Endkundenproduktes zu informieren.

Telekom Austria bot ab dem 15.11.2007 das beschriebene KombiPaket am Endkundenmarkt an, während die Vorleistungsprodukte, die eine nichtdiskriminierende und margin-squeeze-freie Nachbildung erst ermöglichten (Bereitstellung eines Bitstream-Produktes um EUR 1,25 für Neukunden, eines Bitstream-Produktes um EUR 6,25 für Bestandskunden sowie durch die Preiserhöhung für Bestandskunden auf EUR 25,90 die Ermöglichung für Entbündler, das gegenständliche KombiPaket auch für ihre Bestandskunden margin-squeeze-frei nachzubilden), erst ab dem 27.11.2007 angeboten wurden. Da diese Vorleistungsprodukte auf Basis „nicht Naked-DSL“ nicht bereits vier Wochen vor dem 15.11.2007 angeboten worden waren, lag daher ein Verstoß gegen Spruchpunkt 2.3. des Bescheides M 1/05 vor.

3.8. Aufsichtsmaßnahmen nach § 91 Abs. 2 TKG 2003

Telekom Austria hat in ihrer Anzeige vom 20.11.2007 angekündigt, das Produkt „Bob Fünfer“ in technischer Hinsicht dem Bündelteil „AonMobil“ bis zum 01.01.2008 vergleichbar zu machen; die Änderung ist bis zum 20.12.2007 nicht erfolgt.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass die Telekom Austria TA AG dadurch, dass sie das am 13.11.2007 und 21.11.2007 bei der RTR-GmbH angezeigte Bündelprodukt „KombiPaket“ hinsichtlich der Komponente AonMobil in einer für Dritte technisch nicht replizierbaren Form anbietet, ihre Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 iVm den Spruchpunkten 2.3. und 4.3. des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 02.04.2006 zu M 1/06-64 sowie iVm den Spruchpunkten 2.3. und 4.3. des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 02.04.2006 zu M 2/06-64 verletzt.

Der beanstandete Mangel iSd § 91 Abs. 2 TKG 2003 dauert daher noch an und war daher spruchgemäß abzustellen.

Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die am 20.11.2007 eingelangte Anzeige zum Produkt „Bob Fünfer“ und die darin enthaltene Ankündigung von TA, das Produkt „Bob Fünfer“ in technischer Hinsicht dem Bündelteil „AonMobil“ bis zum 01.01.2008 vergleichbar zu machen, sowie auch allen Endkunden des Produktes „Bob Fünfer“ rückwirkend zum Zeitpunkt des Vertragschlusses den technischen Leistungshub zugänglich zu machen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung des Bescheides Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 20.12.2007

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé