

## **Bescheid**

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhart Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Dr. Oskar Grünwald und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der Gredenberg & Augustin OEG, Feldgasse 3/8, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Georg Zanger, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Neuer Markt 1, auf Erlass einer Entbündelungsanordnung gemäß § 2 Abs. 4 Zusammenschaltungsverordnung (kurz „ZVO“, BGBl. II 14/1998) iVm § 41 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (kurz „TKG“, BGBl. I 100/1997 idF BGBl. I 27/1999) gegenüber der Telekom Austria AG, Schwarzenbergpl. 3, 1010 Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, in der Sitzung vom 7. Februar 2000 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

### **I. Spruch**

A.

Gemäß § 2 Abs. 4 ZVO in Verbindung mit §§ 37, 40 und 41 Abs. 3 TKG wird der entbündelte Netzzugang der Gredenberg & Augustin OEG (kurz „Antragstellerin“) zu der Teilnehmeranschlussleitung des Endkunden in 1080 Wien, Feldg. 3/8, des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Telekom Austria AG (kurz „Antragsgegnerin“) zu den nachstehenden Bedingungen angeordnet:

#### **1. Zugang**

Die Antragsgegnerin gewährt der Antragstellerin den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (kurz „TASL“), welche von der Vermittlungsstelle Hebragasse zum Endkunden in 1080 Wien, Feldg. 3/8, des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Antragsgegnerin reicht, ohne vorgeschaltete Übertragungs- und Vermittlungstechnik als zweidrahtige Kupferdoppelader für hochbitratige Nutzung gemäß Z 2 mit einer Verfügbarkeit von 99,5% im Jahresdurchschnitt. Die Schnittstelle zur Antragstellerin ist die Kabelabschlusseinrichtung an dem von der Antragstellerin in angemessener Entfernung zu dem von der Antragsgegnerin in 1080 Wien, Zimmermannng. 4-6, betriebenen Hauptverteiler (kurz „HVT“) Hebragasse zu errichtenden Point of Presence („PoP“). Die Antragsgegnerin stellt die galvanische Durchschaltung der Kupferdoppelader von dem bei der Antragstellerin bestehenden Netzabschlusspunkt (kurz „NAP“) bis zur Kabelabschlusseinrichtung dann sicher, wenn die galvanische Durchschaltung der Kupferdoppeladern im relevanten Kabelbündel der Antragsgegnerin auch für die von der Antragsgegnerin selbst genutzten Kupferdoppeladern gegeben ist.

#### **2. Nutzung und Übertragungsverfahren**

Die der Antragstellerin überlassene TASL ist ausschließlich auf die eigene Nutzung durch die Antragstellerin beschränkt. Jede Form der Überlassung an andere Netzbetreiber und Diensteanbieter, sofern es sich hierbei nicht um mit der Antragstellerin verbundene Unternehmen handelt, ist unzulässig. Die Antragstellerin ist unter Beachtung der ihr von der Antragsgegnerin übermittelten, auch von dieser selbst angewandten Anschalte- und Nutzungsbedingungen für hochbitratige Übertragungssysteme in deren jeweils geltender Fassung berechtigt, auf der ihr überlassenen TASL Übertragungssysteme einzusetzen, die

auf nachstehenden Verfahren basieren bzw. nachstehende Schnittstellenbedingungen erfüllen:

- 784 kbit/s Bruttobitrate gemäß ETSI TS 101 135 (ETR 152),
- 1168 kbit/s Bruttobitrate nach dem Standard ETSI TS 101 135 (ETR 152).

Vor Einsatz anderer als der oben genannten Übertragungsverfahren durch die Antragstellerin auf der ihr überlassenen TASL ist zur Sicherstellung der grundlegenden Anforderungen iSd Art. 3 Abs 2 der Richtlinie 90/387/EWG idgF – insbesondere Sicherheit des Netzbetriebs und Aufrechterhaltung der Netzintegrität - eine Anerkennung der generellen Netzverträglichkeit durch die Antragsgegnerin in Form der Durchführung einer entsprechenden Netzverträglichkeitsprüfung erforderlich.

Bei Streit über die generelle Netzverträglichkeit des beabsichtigten Übertragungssystems im Hinblick auf die grundlegenden Anforderungen iSd ONP-Richtlinien gem. § 39 Abs 1 TKG sind beide Parteien zur Anrufung der Regulierungsbehörde berechtigt.

### **3. Physischer Zugang zum Hauptverteiler**

Die Realisierung des physischen Zugangs der Antragstellerin zur TASL der Antragsgegnerin erfolgt in Form der passiven Übergabe, d.h. durch bloße Verlängerung der TASL an den von der Antragstellerin in angemessener Entfernung zum HVt Hebragasse zu errichtenden Point of Presence.

### **4. Bereitstellung des Zugangs zur TASL und zum HVt**

Die Bereitstellung des Zugangs zur TASL erfolgt ehestmöglich, längstens jedoch innerhalb von 20 Arbeitstagen nach Zustellung dieser Anordnung an die Parteien. Sind Grabungsarbeiten erforderlich, so verlängert sich die Bereitstellungsfrist um den für die Vornahme der Grabungsarbeiten erforderlichen Zeitraum.

Die Anschaltung des Zugangs der Antragstellerin zur TASL erfolgt zu den Normalarbeitszeiten der Antragsgegnerin (Montag bis Freitag 8 bis 17 Uhr). Die Vollzugsmeldung erfolgt durch die Antragsgegnerin schnellstmöglich an die Antragstellerin.

### **5. Mitteilungen, Ansprechpartner**

Sämtliche Mitteilungen und Willenserklärungen im Rahmen dieser Anordnung sind ausschließlich an die jeweils namhaft gemachten Ansprechpartner zu richten. Antragstellerin und Antragsgegnerin werden einander binnen 48 Stunden nach Zustellung dieser Anordnung Name, Adresse, Telefon-Nr., Telefax-Nr. und email-Adresse derjenigen Ansprechpartner übermitteln, an die Mitteilungen und Willenserklärungen im Rahmen dieser Anordnung zu richten sind.

### **6. Entstörung**

Die Entstörung der der Antragstellerin überlassenen TASL erfolgt gemäß dem nachstehend beschriebenen Verfahren.

#### **6.1. Allgemeines**

Die Antragsgegnerin beseitigt unverzüglich Störungen ihrer technischen Einrichtungen im Rahmen der bestehenden technischen und betrieblichen Möglichkeiten, soweit diese Störungen in ihrem Verantwortungsbereich liegen. Im Verantwortungsbereich der Antragsgegnerin liegt die Entstörung der der Antragstellerin überlassenen TASL, d.h. die Entstörung des Abschnitts zwischen der Kabelabschlusseinrichtung am PoP der Antragstellerin und dem NAP beim Endkunden. Störungen außerhalb dieses Verantwortungsbereiches werden nicht von der Antragsgegnerin entstört.

Wird im Rahmen der Störungsbearbeitung festgestellt, dass die Verantwortlichkeit für diese Störung nicht bei der Antragsgegnerin liegt, so hat die Antragstellerin den der Antragsgegnerin entstandenen Aufwand entsprechend den Regeln dieser Anordnung über Entgelte zu ersetzen.

Umgekehrt hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin jenen Aufwand entsprechend den Regeln über Entgelte zu ersetzen, der der Antragstellerin durch eine unrichtige Zuweisung der Störungsverantwortlichkeit an sie durch die Antragsgegnerin entsteht.

Ändert die Antragsgegnerin gegenüber den eigenen Endkunden die Bedingungen für das Entstörungsservice, so hat sie diese Bedingungen auch der Antragstellerin anzubieten.

Werden konkrete Informationen von einer Partei zur Störungseingrenzung und -beseitigung benötigt, so ist die andere Partei verpflichtet, die erforderliche Auskunft auch außerhalb der Regelarbeitszeit sowie an Sonn- und Feiertagen unverzüglich, jedenfalls innerhalb von drei Stunden ab Einlangen des Auskunftersuchens (schriftlich bzw. per Fax oder email) zu erteilen.

## **6.2. Abschaltung**

Die Antragsgegnerin ist, falls eine Gefährdung ihres Netzes oder Dienstes oder eine Gefährdung von Personen gegeben ist und die Störung im Verantwortungsbereich der Antragstellerin liegt, berechtigt, nach nochmaliger Nachfrage (schriftlich, per Fax oder email) bei der Antragstellerin, nach weiteren zwei Stunden ab Einlangen der Urgenz den Zugang zur TASL bis zur Beseitigung der Störung zu unterbrechen. Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zur TASL sind auf das zur Störungsbeseitigung absolut notwendige Mindestmaß zu beschränken.

Die jeweiligen Maßnahmen im Rahmen der Störungseingrenzung und -beseitigung sind abzustimmen und die Interessen der Endkunden an einem unterbrechungsfreien Zugang zu der von der Antragsgegnerin erbrachten Telekommunikationsdienstleistung sind zu wahren.

## **6.3. Entstörungsfrist**

Bei Störungsmeldungen, die an Arbeitstagen, und zwar montags 07:00 Uhr bis freitags 19:00 Uhr, bei der gemäß Z 6.4 eingerichteten Störungsnummer eingehen, beseitigt die Antragsgegnerin die Störung innerhalb der Entstörungsfrist von 24 Stunden nach Eingang der Störungsmeldung der Antragstellerin. Während der Entstörung ist erforderlichenfalls von verfügbaren Leitungen zur Ersatzschaltung Gebrauch zu machen. Bei Störungsmeldungen, die freitags nach 19:00 Uhr, samstags, sonntags oder an gesetzlichen Feiertagen eingehen, beginnt die Entstörungsfrist am folgenden Arbeitstag um 07:00 Uhr. Fällt das Ende der Entstörungsfrist außerhalb des im 1. Satz genannten Zeitfensters oder auf einen gesetzlichen Feiertag, so wird der Lauf der Entstörungsfrist gehemmt und am folgenden Arbeitstag um 07.00 Uhr fortgesetzt. Die Entstörungsbehebung erfolgt grundsätzlich an Werktagen zwischen 07.00 und 17.00 Uhr.

Gegen gesondert zu verrechnendes Entgelt ist auch ein Entstörungsservice mit täglichen Entstörungszeiten von 00.00 bis 24.00 Uhr anzubieten.

Verspätungen, die durch die Antragstellerin zu vertreten sind, verlängern die Entstörungsfrist entsprechend.

#### 6.4. Verfahren bei Störungen

Für Störungen im Sinne dieser Anordnung richtet die Antragsgegnerin eine eigene Störungsnummer ein, unter der Störungen fernmündlich durch den zuständigen Ansprechpartner der Antragstellerin täglich zwischen 00.00 bis 24.00 Uhr gemeldet werden können. Überdies erfolgt durch die Antragstellerin ehestmöglich eine Meldung per Telefax oder email bei der Störungsannahmestelle der Antragsgegnerin unter Angabe folgender Informationen:

- Empfänger der Störungsmeldung bei der Antragsgegnerin (Stelle, Ansprechpartner, Tel.-Nr., Fax-Nr.)
- Angaben über die Antragstellerin (Ansprechpartner, Tel.-Nr., Fax-Nr., zeitliche Erreichbarkeit)
- Vertragsnummer
- Interne Störungsnummer bei der Antragstellerin
- Ortsnetzkenzahl der gestörten TASL
- Hauptverteiler
- Leitungsbezeichnung
- Anschrift und Tel.-Nr. des Endkunden
- Ggf. Termin beim Endkunden
- Störungsbeschreibung
- Datum, Zeit, Unterschrift

Vor einer Störungsmeldung bei der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin ihren Verantwortungsbereich überprüft und dort keine Störung festgestellt.

Ist für die Entstörung durch die Antragsgegnerin der Besuch eines Servicetechnikers der Antragsgegnerin an der von der Antragstellerin angegebenen Endkundenadresse notwendig, so vereinbaren Antragstellerin und Antragsgegnerin den Entstörungstermin frühestens für den auf die Störungsmeldung folgenden Arbeitstag in der Zeit von 7:00 bis 17:00 Uhr.

Ist die Beseitigung der Störung durch die Antragsgegnerin im vereinbarten Zeitraum aus Gründen, die die Antragsgegnerin nicht zu vertreten hat, nicht möglich, wird ein neuer Termin vereinbart und eine gegebenenfalls zusätzliche Anfahrt der Antragstellerin in Rechnung gestellt.

Die Antragsgegnerin teilt dem zuständigen Ansprechpartner der Antragstellerin die erfolgreiche Beseitigung der Störung unverzüglich per Telefax oder email mit den unten genannten Angaben mit.

Die Entstörungsmeldung der Antragsgegnerin muss folgende Angaben enthalten:

- Angaben über die Antragstellerin (Ansprechpartner, Tel.-Nr., Fax-Nr.)
- Vertragsnummer
- Störungsnummer bei der Antragstellerin
- Leitungsbezeichnung
- Tel.-Nr. und Fax-Nr. des Ansprechpartners bei der Antragsgegnerin
- Störungsnummer bei der Antragsgegnerin
- Datum und Uhrzeit des Eingangs der Störungsmeldung bei der Antragsgegnerin
- Datum und Uhrzeit der Störungsbeseitigung
- Ggf. zusätzliche Angaben (zB bei einer ungerechtfertigten Störungsmeldung)
- Beschreibung der Störung und der durchgeführten Arbeiten
- Datum, Unterschrift

## 7. Entgelte

Die Antragstellerin hat an die Antragsgegnerin für die Nutzung der TASL, die Inanspruchnahme des physischen Zugangs zum HVt und die Inanspruchnahme sonstiger Leistungen im Rahmen dieser Anordnung die nachstehend angeführten Entgelte (laufende monatliche Nutzungsentgelte, Pauschalentgelte und Aufwandentgelte, Angabe in ATS excl. USt) binnen 30 Tagen nach Rechnungserhalt zu entrichten. Abrechnungszeitraum – abgesehen von einmaligen sonstigen Entgelten – ist der Kalendermonat.

### 7.1. Allgemeines

Ist für eine Leistung weder ein laufendes monatliches Nutzungsentgelt noch ein Pauschalentgelt vorgesehen, so ist das Entgelt nach Aufwand zu berechnen. Soweit eine entgeltspflichtige Leistung nach Aufwand zu verrechnen ist, kann die Antragsgegnerin folgendes Entgelt verrechnen:

- Personalaufwand gem Z 7.2
- Sachaufwand
- zugekaufte Leistungen zu den jeweils eigenen Einkaufskonditionen
- sonstige im Rahmen der konkreten Leistungserbringung entstandene Aufwendungen

Bei der Verrechnung sind die einzelnen Kostenelemente gesondert und nachvollziehbar auszuweisen. Die Antragsgegnerin hat die Personal-, Sach- und die zugekauften Leistungen, soweit in dieser Anordnung nichts anderes bestimmt ist, auf das zur Erfüllung des mit der Leistung verknüpften Zwecks notwendige und nützliche Maß zu beschränken. Ein über dieses Maß hinausgehender Aufwand muß von der Antragstellerin nicht ersetzt werden. Sollte von Seiten der Antragsgegnerin Unklarheit über das notwendige und nützliche Ausmaß der Leistung bestehen, steht es ihr frei, die Zustimmung der anderen Partei einzuholen.

### 7.2. Personalaufwand

Das Entgelt für das von den Parteien bei Leistungserbringung einzusetzende Personal richtet sich vorerst für beide Seiten nach den zu Z 7.4 angeführten derzeit gültigen allgemeinen Verrechnungssätzen der Antragsgegnerin. Änderungen der Verrechnungssätze sind der Antragstellerin 1 Monat vor ihrem Inkrafttreten schriftlich bzw. per Telefax oder email bekanntzugeben. Die angefangene halbe Stunde wird als halbe Stunde verrechnet.

### 7.3. Entgeltsätze

Überlassungsentgelt für die TASL (monatlich) ATS 170,-  
(inkl. Kosten für Wartung/Instandhaltung der TASL)

#### Pauschalentgelte

Pos.	Leistung	Laufend/ Einmalig	Höhe des Entgelts
	Übernahme/Neuschaltung der TASL ohne Arbeiten beim Kunden	Einmalig	ATS 750,-

Entgelte nach Aufwand zu den jeweils gültigen Verrechnungssätzen der Antragsgegnerin für folgende Leistungen:

- Herstellung des physischen Zugangs zum Übergabeverteiler
- Beendigung des physischen Zugangs zum HVt
- Entstörung, wechselseitig
- Ungerechtfertigte Störungsmeldung
- Netzverträglichkeitsprüfung

#### 7.4. Verrechnungssätze für Leistungen der Antragsgegnerin in ATS

	Normalstunde	Überstunden in %		
		50	100	200
<b>Fernmelde- Baudienst</b>				
Planungsgruppe	724,00	884,00	1032,00	1336,00
Zeichenstelle	484,00	584,00	672,00	864,00
Bautrupps außen	568,00	672,00	776,00	980,00
Montagetrupp außen	528,00	624,00	716,00	908,00
KMI-Stelle	592,00	724,00	860,00	1136,00
Meßbeamter	704,00	868,00	1044,00	1384,00
<b>Fernmelde- Betriebsdienst</b>				
Systemspezialist	956,00	1088,00	1224,00	1500,00
Systemtechniker	920,00	1032,00	1152,00	1388,00
Fachtechniker	832,00	940,00	1048,00	1268,00
Fachdienst Entstörer	800,00	900,00	1004,00	1200,00
<b>Telekom Kompetenz Zentrum</b>				
Referent	1148,00	1148,00	1148,00	1148,00
Meßmechaniker	648,00	788,00	788,00	788,00
Fachtechniker	560,00	688,00	688,00	688,00
Zeichner	584,00	732,00	732,00	732,00

#### 7.5. Verrechnung

Monatliche Nutzungsentgelte, Pauschalentgelte und sonstige nach Aufwand berechnete Entgelte hat die Antragsgegnerin in ihren Rechnungen gesondert auszuweisen.

Die Rechnungslegung sonstiger einmaliger Entgelte (Pauschalentgelte und sonstige nach Aufwand berechnete Entgelte) erfolgt nach Fertigstellung und schriftlichem Hinweis auf die Bereitstellung sowie abgeschlossener Abnahme durch die jeweils andere Vertragspartei. Diese einmaligen sonstigen Entgelte (Pauschalentgelte und sonstige nach Aufwand berechnete Entgelte) müssen spätestens als Anlage zu den Rechnungen über die laufenden monatlichen Nutzungsentgelte übermittelt werden. Sie können aber auch zu einem früheren Zeitpunkt unverzüglich nach Entstehung des Anspruches gesondert fakturiert werden.

## **8. Laufzeit**

Diese Anordnung wird mit Rechtskraft (Zustellung an beide Parteien) wirksam und gilt auf unbefristete Zeit. Das durch die Anordnung begründete Rechtsverhältnis kann erstmals mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum 31.12.2001 ordentlich gekündigt werden.

Diese Anordnung endet jedenfalls, wenn die Konzession der Antragsgegnerin zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit erlischt oder wenn die Antragstellerin die Einstellung der von ihr angezeigten Telekommunikationsdienste anzeigt.

## **9. Kündigung**

### **9.1. Ordentliche Kündigung**

#### **9.1.1. Kündigung durch die Antragstellerin**

Die Zugang zur TASL kann durch die Antragstellerin mit einer Kündigungsfrist von fünf Arbeitstagen gekündigt werden. Eine Kündigung des Zugangs zur TASL hat schriftlich, per Telefax oder email bei dem der Antragstellerin von der Antragsgegnerin genannten Ansprechpartner zu erfolgen. Die Kündigung muß folgende Angaben enthalten:

- Angaben über die Antragstellerin (Name, Anschrift, Ansprechpartner)
- Name und Anschrift des Endkunden
- Leitungsbezeichnung
- Vertragsnummer
- Kündigungstermin
- Datum, Unterschrift

Nutzt die Antragstellerin die überlassene TASL nicht mehr zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten, so ist sie nicht verpflichtet, den Zugang zur TASL zu kündigen. Die Antragstellerin hat jedoch die Antragsgegnerin unverzüglich schriftlich, per Telefax oder per email von dieser Tatsache zu informieren; gleichermaßen hat die Antragstellerin der Antragsgegnerin auch über die Neuaufnahme der Nutzung der TASL zur Erbringung eines Telekommunikationsdienstes unverzüglich schriftlich, mittels Telefax oder email zu informieren. Es steht der Antragsgegnerin frei, aufgrund mangelnder aktueller Nutzung der TASL zur Erbringung eines Telekommunikationsdienstes der Antragstellerin gegenüber die Kündigung des Zugangs auszusprechen.

#### **9.1.2. Kündigung durch die Antragsgegnerin**

Die Zurverfügungstellung der TASL kann durch die Antragsgegnerin mit einer Kündigungsfrist von fünf Arbeitstagen gekündigt werden, wenn der Antragsgegnerin von der Antragstellerin die Beendigung der aktuellen Nutzung der TASL zur Erbringung eines Telekommunikationsdienstes angezeigt wurde. Eine Kündigung der Zurverfügungstellung der TASL hat schriftlich, per Telefax oder email bei dem der Antragsgegnerin von der Antragstellerin genannten Ansprechpartner zu erfolgen.

Die Kündigung muss folgende Angaben enthalten:

- Name und Anschrift des Endkunden
- Leitungsbezeichnung
- Vertragsnummer
- Kündigungstermin
- Datum, Unterschrift

## 9.2. Außerordentliche Kündigung

Jede Partei ist berechtigt, das mit dieser Anordnung begründete Rechtsverhältnis mit Ablauf eines jeden Werktages mittels eingeschriebenem Brief außerordentlich zu kündigen, wenn

- der kündigenden Partei eine weitere Erbringung der Leistungen aus technischen oder betrieblichen Gründen, die sie nicht selbst verursacht hat, unzumutbar ist (dies ist zB dann der Fall, wenn die Antragstellerin die überlassene TASL in einer unsachgemäßen, nicht den Nutzungsvereinbarungen gemäßen Weise nutzt und durch eine solche unsachgemäße Nutzung erhebliche Störungen im Netz der Antragsgegnerin hervorgerufen werden, die nicht durch eine Abschaltung beseitigt werden können, oder wenn die Antragstellerin die Zurverfügungstellung der TASL durch die Antragsgegnerin dazu nutzt, unter Einsatz hochbitratiger Übertragungssysteme eine Mehrzahl von Endkunden mit POTS- oder ISDN-BA-Diensten zu versorgen)
- die andere Partei ihr gegenüber mit der Zahlung von Entgelten trotz Fälligkeit und zweimaliger fruchtloser schriftlicher Nachfristsetzung von jeweils mindestens vierzehn Tagen in Verzug ist (dies gilt nicht bei gerichtlicher Hinterlegung im Streitfall gemäß § 1425 ABGB);
- die andere Partei die Bedingungen des aus dieser Anordnung entstehenden Rechtsverhältnisses schwerwiegend verletzt, sodass die Fortsetzung für die andere Partei unzumutbar wird und die Verletzung und deren Folgen nicht binnen 30 Tagen nach schriftlicher Aufforderung durch eingeschriebenen Brief der verletzten Partei vollständig beseitigt ist;
- über das Vermögen der anderen Partei ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels kostendeckender Masse abgelehnt wird.

## 9.3. Wirkung der Kündigung

Mit Wirksamwerden einer Kündigung schaltet die Antragsgegnerin den Zugang zur TASL ab.

## 10. Anpassung, Änderung

### 10.1. Anpassung an Entscheidungen der Regulierungsbehörde

Liegt eine rechtskräftige Entscheidung einer Regulierungsbehörde vor, deren Rechtskraft sich zwar nicht unmittelbar auf diese Anordnung und deren Parteien erstreckt, die aber Fragen des entbündelten Zugangs anderer Diensteanbieter zu TASLern betrifft, welche

- in dieser Anordnung nicht oder anders geregelt sind, und
- nach der Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung seitens der Antragsgegnerin auch auf die Antragstellerin Anwendung zu finden haben,

oder werden seitens der Antragsgegnerin mit einem Dritten Bedingungen des Zugangs zu TASLern vertraglich vereinbart oder praktiziert, welche für den Dritten günstiger sind als die in dieser Anordnung für die Antragstellerin festgelegten Bedingungen und welche wegen des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung auch für die Antragstellerin zu gelten haben, so kann die Antragstellerin eine Anpassung dieser Anordnung entsprechend der Entscheidung der Regulierungsbehörde oder entsprechend der mit dem Dritten durch die Antragsgegnerin vereinbarten oder praktizierten Zugangsbedingungen verlangen, und zwar mit gleichem Wirksamkeitszeitpunkt wie in der betreffenden Entscheidung bzw. Vereinbarung vorgesehen. In diesem Fall werden die Parteien die Anordnung einvernehmlich anpassen. Kommt über die Anpassung keine Einigung zustande, so steht es jeder Partei frei, gemäß § 2 Abs. 4 ZVO iVm §§ 37, 40 TKG die Regulierungsbehörde anzurufen.

Wird die ursprüngliche Entscheidung der Regulierungsbehörde durch einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts aufgehoben, so wird die Anpassung im Vereinbarungsweg rückwirkend beseitigt.



## **10.2. Besonderes Änderungsbegehren**

Jede Partei ist berechtigt, soweit im täglichen Zusammenwirken der Parteien wesentliche Probleme der Durchführung oder der Zielerreichung dieser Anordnung auftreten, diesbezüglich von der anderen Partei eine Änderung der vorliegenden Anordnung bzw. eine Neuverhandlung der von den Problemen betroffenen Bedingungen der Anordnung zu verlangen. Ebenso kann eine Änderung der Anordnung bzw. eine Neuverhandlung von Bedingungen begehrt werden, um diese Anordnung an künftige technische, kommerzielle und regulatorische Entwicklungen des österreichischen Telekommunikationsmarktes jeweils zeitnah anzupassen und zu ergänzen.

Wird an eine Partei durch die andere Partei ein Anpassungs- bzw. Änderungsbegehren herangetragen, so ist erstere verpflichtet, über dieses Begehren während eines der Bedeutung und des Umfangs des Begehrens angepassten angemessenen Zeitraums ernsthafte Verhandlungen zu führen. Scheitern die diesbezüglichen Verhandlungen, so sind beide Parteien berechtigt, die Regulierungsbehörde gem. § 2 Abs. 4 ZVO iVm § 41 Abs. 3 TKG anzurufen. Von diesem Recht dürfen die Parteien erstmals zum 1.4.2000 Gebrauch machen.

## **11. Abtretung**

Alle Rechte und Pflichten aus dieser Anordnung gehen auf die Rechtsnachfolger der Anordnungsparteien über. Keine Partei ist berechtigt, ohne vorherige schriftliche Zustimmung der anderen Partei diese Anordnung oder ihre Rechte und Pflichten aus dieser Anordnung an einen Dritten abzutreten, wobei die schriftliche Zustimmung – insb. bei Abtretungen an Konzerngesellschaften im Sinne des § 15 AktG – nicht grundlos verweigert werden darf.

### **B.**

Der Antrag der Antragstellerin auf Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin auf dem Markt für das Erbringen von Entbündelungsleistungen, in eventu auf dem Markt für Teilnehmeranschlussleitungen, wird zurückgewiesen.

## II. Begründung

...

*[Von der Veröffentlichung der Ausführungen zum Gang des Verfahrens (1.), zu den Sachverhaltsfeststellungen (2.) und zur Beweiswürdigung (3.) wurde abgesehen.]*

...

### 4. Rechtliche Beurteilung

Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

Eine Entscheidungszuständigkeit der Telekom-Control-Kommission nach § 111 Abs 1 Z 6 TKG und die Voraussetzungen für ihre Anrufung gemäß § 2 Abs 4 ZVO sind gegeben.

#### 4.1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

§ 40 Abs 2 S 1 TKG ermächtigt die Regulierungsbehörde zur Regelung, in welcher Weise ein besonderer Netzzugang zu ermöglichen ist. Diese Vorschrift wird durch § 2 Abs 4 ZVO konkretisiert: bei Streitigkeiten im Rahmen von Verhandlungen in Bezug auf Vereinbarungen über besondere Netzzugänge kann jede der beteiligten Parteien im Falle der Nichteinigung die Regulierungsbehörde anrufen, die unter sinngemäßer Anwendung des § 41 Abs 3 TKG zu entscheiden und dabei die beiderseitigen Interessen und die Ziele des § 1 TKG zu berücksichtigen hat.

Die Voraussetzungen des § 2 Abs 4 ZVO liegen vor.

##### 4.1.1. Besonderer Netzzugang

Die maßgeblichen Vorschriften zur Regelung des Zugangs zum öffentlichen Telekommunikationsnetz eines marktbeherrschenden Betreibers oder entbündelten Teilen desselben finden sich in §§ 37 - 41 TKG und in der ZVO.

Nach § 37 Abs 1 S 1 TKG und § 2 Abs 2 ZVO hat der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, anderen Nutzern Zugang zu seinem Telekommunikationsnetz oder zu entbündelten Teilen desselben zu ermöglichen. Gemäß § 37 Abs 2 TKG ist der Netzzugang über Anschlüsse, die allgemein am Markt nachgefragt werden (allgemeiner Netzzugang), zu gewähren.

Sofern dies der Nutzer begehrt, kann Netzzugang nach § 37 Abs 2 S 2 und § 2 Abs 2 ZVO auch über besondere Anschlüsse (besonderer Netzzugang) gewährt werden.

Das Begehren der Antragstellerin umfasst neben der Kontrolle über den beim Endkunden mündenden Netzabschlusspunkt der TASL auch den Zugang zur TASL am Hauptverteiler. Eine sinnvolle Nutzung der entbündelten TASL setzt deren Anbindung an andere Datenleitungen am Hauptverteiler voraus, damit die Antragstellerin weiterhin die von ihr angezeigten Telekommunikationsdienste erbringen kann. Das Verlangen der Antragstellerin richtet sich somit auf besonderen Netzzugang.

Besonderer Netzzugang ist der Überbegriff für jede Form der physischen und logischen Verbindung von Netzen oder Netzteilen mit dem Netz des Marktbeherrschers, die nicht allgemein am Markt nachgefragt wird. Entbündelter Netzzugang (d.i. Netzzugang zu Netzteilen iSd § 37 Abs 1 TKG iVm 2 Abs 2, 3 Abs 1 u. 2 ZVO, die z.B. vom Netzabschlusspunkt beim Endkunden bis zur nächstgelegenen geeigneten Vermittlungsstelle reichen) wird nicht allgemein von Endkunden nachgefragt und ist daher

als eine Form des besonderen Netzzugangs anzusehen (vgl. Parschalk/Zuser, MR 1998, 363, 374).

Gemäß § 40 Abs 1 TKG ist besonderer Netzzugang auf Begehren des Nutzers dann zu gewähren, wenn es technisch realisierbar ist und der Nutzer die Kosten dafür trägt.

#### **4.1.2. Telekom-Control-Kommission als Regulierungsbehörde**

Eine Zuständigkeit der Telekom Control Kommission gemäß § 111 Z 6 TKG idGF („Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 bis 41“) ist gegeben. Auch wenn in § 111 Z 6 TKG nur der Begriff „Zusammenschaltung“ und nicht explizit auch der Begriff „Besonderer Netzzugang“ erwähnt ist, so ergibt sich doch aus dem Verweis auf §§ 37 – 41 TKG bzw. aus der Regelung des besonderen Netzzugangs in § 2 ZVO sowie aus dem Charakter der zu treffenden Entscheidung, die im Kernbereich „civil rights“ iSd Menschenrechtskonvention berührt, eine Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission zur Regelung des besonderen Netzzugangs.

#### **4.1.3. Streitigkeiten im Rahmen von Verhandlungen und Nichteinigung**

Der zwischen den Verfahrensparteien geführte Schriftverkehr zeigt, dass sich aus Verhandlungen über den Netzzugang Streitigkeiten ergeben haben, die keiner Lösung zugeführt werden konnten. Dass es aufgrund der von der Antragsgegnerin vertretenen Rechtsauffassung nicht zur Aufnahme eingehender Vertragsverhandlungen über einzelne Bedingungen des Netzzugangs kam, steht einer Anwendung des § 2 Abs 4 ZVO nicht entgegen. Daraus, dass die Antragsgegnerin das mehrfach geäußerte Begehren der Antragstellerin auf Gewährung besonderen Netzzugangs durch die von ihr angefragte Entbündelung der TASL abschlägig beschieden hat, ergibt sich, dass zwischen den Verfahrensparteien divergierende Ansichten über das Zugangsrecht der Antragstellerin zum Netz der Antragsgegnerin bestanden. Die Nichteinigung ist evident und unstrittig; die Antragsgegnerin hielt auch während des anhängigen Verfahrens an ihrer Ansicht fest, zur Entbündelung der TASL nicht verpflichtet zu sein. Der Anwendungsbereich des § 2 Abs 4 ZVO ist deshalb im vorliegenden Fall eröffnet.

### **4.2. Antragslegitimation der Antragstellerin**

Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist gegeben. Sie ergibt sich aus § 2 Abs 4 iVm § 2 Abs 2 ZVO, § 3 Z 8 TKG, wonach eine Anrufung der Regulierungsbehörde durch jede der beteiligten Parteien erfolgen kann, also zum einen durch marktbeherrschende Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, zum anderen durch Nutzer, die den Zugang zum Telekommunikationsnetz des marktbeherrschenden Betreibers oder zu entbündelten Teilen desselben als Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder Betreiber von Telekommunikationsnetzen nachgefragt haben.

#### **4.2.1. Anbieter von Telekommunikationsdiensten als Nutzer**

Die Antragstellerin ist Nutzer iSd § 2 Abs 2 ZVO. § 2 Abs 2 ZVO sieht vor, dass die Pflicht des marktbeherrschenden Betreibers, einen besonderen Netzzugang anzubieten, dann ausgelöst wird, wenn Nutzer diese Leistung entweder als Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder Betreiber von Telekommunikationsnetzen nachfragen. Nutzer iSd TKG sind nach der Legaldefinition des § 3 Z 8 TKG alle Nachfrager nach Telekommunikationsdienstleistungen, einschließlich Endbenutzer (Konsumenten) und Diensteanbieter als Nachfrager nach Dienstleistungen bei anderen Diensteanbietern. Die Legaldefinitionen des Nutzerbegriffs in § 2 Abs 2 ZVO und § 3 Z 8 TKG fallen also, was die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen anlangt, zusammen. Dass der Nutzerbegriff in § 3 Z 8 TKG auch Endbenutzer einschließt, ist in diesem Zusammenhang nicht weiter erheblich.

Die Antragstellerin ist aufgrund der von ihr nach § 13 TKG angezeigten Tätigkeiten als Diensteanbieter anzusehen.

Mit dem Ersuchen an die Antragsgegnerin, ihr eine entbündelte TASL zur Verfügung zu stellen, fragt die Antragstellerin in ihrer Eigenschaft als Anbieter von Telekommunikationsdiensten andere Telekommunikationsdienstleistungen - hier besonderen Netzzugang - mit dem Ziel nach, hochbitratige Datendienste, also andere Telekommunikationsdienste, zu erbringen.

Eine Nachfrage, die die soeben beschriebenen Voraussetzungen erfüllt, löst beim marktbeherrschenden Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes die in § 2 Abs 2 ZVO verankerte Pflicht aus, ein Angebot über besonderen Netzzugang zu legen.

Aus dem Zusammenspiel von § 3 Z 8 TKG einerseits und 2 Abs 2 ZVO andererseits ergibt sich unmissverständlich, dass die Möglichkeit eines besonderen Netzzugangs jedenfalls nicht nur für die Betreiber von Telekommunikationsnetzen, sondern auch für Anbieter von Telekommunikationsdiensten geschaffen werden sollte. Dies zeigt schon ein Umkehrschluss zu § 37 Abs 1 S 4 TKG, wonach ein marktbeherrschender Betreiber „insbesondere eine Zusammenschaltung seines Telekommunikationsnetzes mit den öffentlichen Telekommunikationsnetzen anderer Betreiber“ zu ermöglichen hat. Aus dieser Formulierung und der Verwendung des Wortes „insbesondere“ ist abzuleiten, dass der Gesetzgeber den Kreis der Netzzugangsberechtigten jedenfalls nicht ausschließlich auf andere Netzbetreiber eingrenzen wollte. Dies entspricht auch den Regulierungszielen des § 32 Abs 1 Z 1 und 2 TKG, wonach ein chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt sicherzustellen und der Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern ist.

Für die von der Antragsgegnerin erwogene teleologische Reduktion des Nutzerbegriffs, in deren Zuge ein Zugang zu entbündelten TASLern auf andere Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze zu beschränken sei, und zwar lediglich jene, die Inhaber einer Sprachtelefoniekonzession seien, verbleibt aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts der Vorschriften keinerlei Raum. Im Übrigen würde eine solche Interpretation auch den in §§ 1, 32 TKG verankerten Regulierungszielen widersprechen.

#### **4.2.2. Antragstellerin als Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes**

Durch die Gewährung des Zugangs zu einer entbündelten TASL als Teil eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes wird die Antragstellerin noch nicht zum Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes iSd § 3 Z 1, Z 9 TKG.

Vielmehr handelt es sich um eine – einem entgeltlichen Gebrauchs-überlassungsverhältnis ähnliche - begrenzte tatsächliche und rechtliche Kontrolle der Antragstellerin über Teile der Netzinfrastruktur der Antragsgegnerin im Rahmen eines durch entsprechende Anordnung der Telekom-Control-Kommission und allfällige ergänzende privatrechtliche Vereinbarungen zustande gekommenen Benutzungsverhältnisses, welches z.B. bei Auflassung der Vermittlungsstelle durch die Antragsgegnerin oder bei unbefugter Überlassung der entbündelten TASL durch die Antragstellerin an Dritte grundsätzlich auch einer Auflösung zugänglich ist. Im Fall der Auflösung des Benutzungsverhältnisses würde die tatsächliche und rechtliche Kontrolle über den entbündelten Teil der Netzinfrastruktur jedoch wieder an die Antragsgegnerin zurückfallen. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin zum einen gegen entsprechendes Entgelt weiterhin die Entstörung der TASL besorgen wird und zum anderen die Möglichkeit hat, bei Verletzung der Netzintegrität durch die von der Antragstellerin über die entbündelte TASL erbrachten Telekommunikationsdienste den Zugang der Antragstellerin zur TASL zu unterbrechen.

Der Umfang der Nutzung der entbündelten TASL durch die Antragstellerin erstreckt sich lediglich auf die Erbringung der von ihr angezeigten Telekommunikationsdienste. Auch der im Rahmen der Entbündelung angeordnete physische Zugang zum Hauptverteiler oder eine allfällige Anbindung der entbündelten TASL über eine oder mehrere Mietleitungen an Internet-Gateways oder Internet-Mietleitungsnetze anderer Anbieter von Datendiensten (sog. „Backbone“) verleiht der Antragstellerin mangels Entscheidungsgewalt über Unterhaltung und Benutzung dieser Gateways oder Mietleitungsnetze noch nicht die Eigenschaft eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes.

Zudem kann davon ausgegangen werden, dass die Erbringung der angezeigten Telekommunikationsdienste gegenüber den Kunden der Antragstellerin zumindest teilweise auch über Mietleitungen und damit über solche Teile der Infrastruktur der Antragsgegnerin erfolgt, welche nicht einer rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle der Antragstellerin unterliegen. Aus der mit der Entbündelungsanordnung verknüpften Erlangung tatsächlicher und rechtlicher Kontrolle über die oben erwähnten entbündelten Teile des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin ist daher noch nicht die Funktionsherrschaft über ein ganzes Telekommunikationsnetz abzuleiten.

#### **4.2.3. Fehlen einer Sprachtelefoniekonzession der Antragstellerin**

Der Auffassung der Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin eine Sprachtelefoniekonzession iSd § 14 TKG benötige und deren Fehlen zum Wegfall der Antragslegitimation führe, kann nicht beigetreten werden. Nach der Systematik des TKG stellt die in § 13 TKG normierte Anzeigepflicht der Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Regel dar, während § 14 TKG für besondere, abschließend geregelte Fälle eine Konzessionspflicht vorsieht. Die von reinen Diensteanbietern ohne selbst betriebenes Telekommunikationsnetz angebotenen Leistungen sind, da die Konzessionspflicht eben auf die Erbringung von Telekommunikationsdiensten mittels selbst betriebenen Telekommunikationsnetzen beschränkt ist, keine konzessionspflichtigen Dienstleistungen (vgl. Stratil/Weissenburger, ErlRV zu § 14 TKG).

#### **4.2.4. Vergleich mit dem deutschen TKG**

Aus den oben genannten Gründen ist für die Antragsgegnerin auch durch einen Vergleich mit §§ 3, 6 des deutschen TKG nichts zu gewinnen. Es trifft zu, dass die Begriffsbestimmungen in § 3 Z 1, 2 des deutschen TKG ebenso wie § 3 Z 9 des österreichischen TKG die Begriffe tatsächliche und rechtliche Kontrolle verwenden. Die Erörterungen der Antragsgegnerin zu § 6 des deutschen TKG können jedoch dahingestellt bleiben, da es auf die Frage, ob die entbündelte TASL einen lizenzpflichtigen „Übertragungsweg“ im Sinne dieser Vorschrift darstellt, im Ergebnis aufgrund einer unterschiedlichen Systematik der Vorschriften nicht ankommt. Während § 3 des deutschen TKG den Betrieb von Übertragungswegen gem. Nr. 1 vom Betrieb von Telekommunikationsnetzen gem. Z 2 unterscheidet (und beide einer Lizenzierungspflicht unterwirft), definiert das österreichische TKG im Einklang mit der Formulierung „selbst betriebene Netze“ in § 14 TKG „Betreiben“ gem. § 3 Z 1 TKG als das Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Erbringung des jeweiligen Telekommunikationsdienstes notwendig sind. Wie oben 4.2.2. bereits dargestellt wurde, ist diese Funktionsherrschaft bei Anbietern von Internetdiensten nicht gegeben, die ihre Dienstleistungen im Regelfall über Netzinfrastrukturen anderer erbringen und daher rechtliche und tatsächliche Kontrolle nur über Teile der zur Erbringung ihrer Dienste notwendigen Funktionen ausüben.

Im Übrigen stellt auch die Judikatur der deutschen Verwaltungsgerichte bei Beurteilung der Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zur Gewährung von entbündeltem Zugang zur TASL nicht auf deren Eigenschaft als Übertragungsweg ab, wie sich aus ihrer Definition des Begriffs der „Leistung“ iSd § 33 Abs 1 („Besondere Missbrauchsaufsicht“) des deutschen TKG ergibt.

„Der Begriff der Leistung in § 33 Abs 1 TKG ist somit notwendig weiter als der der Telekommunikationsdienstleistung in § 3 Nr. 18 TKG. Die Auffassung ( ... ), diese Begriffe seien gleichzusetzen und folglich erfasse § 33 Abs 1 TKG nur das „gewerbliche Angebot von Telekommunikation“ oder das „Angebot von Übertragungswegen“ (§ 3 Nr. 18 TKG), nicht aber Fragen des Netzzugangs nach § 35 TKG, findet mithin im Telekommunikationsgesetz keine Stütze.“ (VG Köln K & R 1999, 91, 93).

#### 4.2.5. Nachfrage

Dem Tätigwerden der Telekom-Control-Kommission steht im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin keine mangelhafte oder nicht hinreichend konkretisierte Nachfrage der Antragstellerin entgegen.

Nach dem Wortlaut des § 2 Abs 2 ZVO ist der besondere Netzzugang „auf Anfrage nach § 37 Abs 2 TKG“ anzubieten. § 37 Abs 2 TKG enthält keine weiteren Voraussetzungen für eine Anfrage auf besonderen Netzzugang. Auch aus der in § 2 Abs 4 ZVO verankerten Verpflichtung der Regulierungsbehörde, bei Streitigkeiten „in sinngemäßer Anwendung des § 41 Abs 3 TKG zu entscheiden“, ergibt sich nur, dass dort angeführten Verfahrensvorgaben (Fristen, Beachtung der gem. Art. 6 der Richtlinie 90/388/EWG erlassenen Richtlinien) von der Regulierungsbehörde einzuhalten sind.

Die aus der bisherigen Spruchpraxis der Regulierungsbehörde resultierenden Mindestanforderungen an eine Nachfrage auf Abgabe eines Zusammenschaltungsangebotes können für den vorliegenden Fall nicht ohne weiteres übernommen werden, da der Verweis in § 2 Abs 4 ZVO nur § 41 Abs 3 TKG, nicht jedoch § 41 Abs 1 und Abs 2 TKG erfasst. Jedoch wird davon auszugehen sein, dass das Einholen von Erkundigungen oder eine Sondierung technischer Möglichkeiten ebenso wenig für die Anfrage nach einem besonderen Netzzugang ausreichen wird wie für die Nachfrage nach einem Zusammenschaltungsangebot (vgl. Bescheid Z 1/97-80 der Telekom-Control-Kommission vom 9.3.1998, MR 98, 101). Da aber schon in Bezug auf die Nachfrage eines Betreibers nach einem Zusammenschaltungsangebot gilt, dass diese „grundsätzlich formfrei und sowohl ausdrücklich als auch schlüssig erfolgen“ kann (Telekom-Control-Kommission aaO), sind keine sachlichen Gründe erkennbar, die strengere Formanforderungen an die Anfrage eines Nutzers nach einem besonderen Netzzugang rechtfertigen könnten.

Die von der Antragstellerin beantragte Überlassung einer entbündelten TASL hat die Antragsgegnerin unter Hinweis auf eine fehlende gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss eines entsprechenden Zugangsvertrages zwei Mal abgelehnt. Weitere Verhandlungen zu diesem Thema kamen daher von vornherein nicht in Betracht.

Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, dass die Nachfrage der Antragstellerin zu wenig konkret gewesen sei und insbesondere nicht die in dem zum Verfahren der Telekom-Control-Kommission Z 1/99 ergangenen Bescheid (Z 1/99-67) aufgestellten Kriterien beachtet habe, ist zum einen auszuführen, dass die Antragsgegnerin die Ernsthaftigkeit der Nachfrage schon daran hätte erkennen können, dass das Schreiben vom 4.8.1999 bereits vom Rechtsvertreter der Antragstellerin unterfertigt wurde und sich konkret auf eine bestimmte TASL bezog. Zum anderen sind die Verfahren nur beschränkt vergleichbar, da das im Bescheid Z 1/99-67 vorgesehene Verfahren für die Entbündelung einer unbestimmten Vielzahl von TASLen gilt, während im vorliegenden Fall nur die Entbündelung einer TASL Verfahrensgegenstand ist.

Die Antragstellerin hat sich jedenfalls bei den Angaben in ihrer „Voranfrage Entbündelung“ zumindest an den in Anhang 4 zum Bescheid Z 1/99-67 enthaltenen Kriterien (Name und Anschrift des Nachfragenden, Angaben zum Übertragungsverfahren – wenn auch sehr allgemeiner Natur -, Adresse des Endkunden, Standort des Hauptverteilers) orientiert. Eine strenge Beachtung der Form der im genannten Bescheid weiter angeführten Varianten a oder b ergibt sich weder aus den gesetzlichen Vorschriften noch aus der bisherigen Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission. Einerseits entfalten die in den Verfahren Z 1, 3, 4/99 ergangenen Entbündelungsanordnungen grundsätzlich nur zwischen den dort Verfahrensbeteiligten Rechtspflichten. Dass die Antragsgegnerin gegenüber Dritten, die sich auf diese Bescheide berufen, aus § 37 Abs 3 TKG zur Gewährung eines gleichwertigen nichtdiskriminierenden entbündelten Zugangs verpflichtet ist, bedeutet noch nicht, dass diese bei ihrer Nachfrage auch die in den erwähnten Entbündelungsanordnungen festgelegten Formvorschriften zu beachten haben. Andererseits war eine der Variante 4a vergleichbare detaillierte Abfrage durch die Antragstellerin aufgrund der von vornherein ablehnenden Haltung der Antragsgegnerin nicht geboten. Darüberhinaus standen Antragstellerin und Antragsgegnerin seit mehreren Jahren in Geschäftsverbindung (amtsbekannt), so dass sowohl Ansprechpartner als auch die von der Antragstellerin bereits jetzt auf Mietleitungen

der Antragsgegnerin erbrachten Telekommunikationsdienste der Antragsgegnerin im Prinzip bekannt sein mussten. Das Vorbringen der Antragsgegnerin, das Schreiben der Antragstellerin vom 4.8.1999 habe aufgrund der unbestimmten Angaben nicht als Voranfrage interpretiert werden können, erweist sich auch deshalb als widersprüchlich, da die Antragsgegnerin die Antragstellerin nicht zur Konkretisierung ihres Begehrens aufforderte, sondern vielmehr erneut ihre klar ablehnende Haltung gegenüber dem Entbündelungsbegehren der Antragstellerin zum Ausdruck brachte. Diese völlige Verweigerung einer Verhandlungsführung bzw. Angebotslegung - noch dazu unter Hinweis auf ein unvollständig zitiertes Schreiben des BMWV, das sich auf einen vollkommen anderen Sachverhalt bezog - stellt bereits für sich betrachtet eine Verletzung der die Antragsgegnerin als marktbeherrschende Betreiberin treffenden Verhandlungspflicht dar. Verweigert der zur Unterbreitung eines entsprechenden Angebots verpflichtete Betreiber die Angebotsabgabe gänzlich bzw. lehnt er von vornherein jegliche Verhandlungen ab, so bedarf es grundsätzlich auch nicht des Ablaufs der sechswöchigen Verhandlungsfrist, bevor die Regulierungsbehörde angerufen werden kann.

#### **4.2.6. Nichteinigung**

Eine Einigung der Verfahrensparteien über den Zugang zur entbündelten TASL konnte nicht erzielt werden, da, wie oben 4.1.3 bereits ausgeführt, bis zuletzt unterschiedliche Auffassungen über das Zugangsrecht der Antragstellerin als Diensteanbieter zum Telekommunikationsnetz der Antragsgegnerin bestanden.

### **4.3. Marktbeherrschender Betrieb eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes**

Die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerin wurde gemäß § 33 TKG in Bezug auf die Märkte für den öffentlichen Sprachtelefondienst mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes und für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes mit Bescheid M 1/99-218 vom 15.6.1999 festgestellt. Auch unter Berücksichtigung eines Absinkens der Marktanteile der Antragsgegnerin aufgrund des Markteintritts alternativer Netzbetreiber ergibt sich jedenfalls kein Absinken ihrer Marktanteile unter die Schwelle des § 33 Abs 2 TKG.

#### **4.3.1. Netzzugang und Markt**

Dass die Antragsgegnerin angibt, ebenso wie die Antragstellerin auf dem Markt für Internetdienste tätig, dort aber nicht marktbeherrschend zu sein, ist für den gegenständlichen Fall nicht relevant.

Die in § 37 TKG normierte Pflicht des marktbeherrschenden Unternehmens zur Ermöglichung von Netzzugang setzt nicht voraus, dass der anfragende Nutzer auf dem gleichen Markt wie das marktbeherrschende Unternehmen tätig ist. Eine solche Auslegung würde den Nutzerbegriff des § 3 Z 8 TKG und damit den Kreis der Zugangsberechtigten nach § 2 Abs 2 ZVO (Anbieter von Telekommunikationsdiensten wie die Antragstellerin, die die Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens nachfragen, um Telekommunikationsdienste anzubieten) in unzulässiger Weise einengen. Adressaten der Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang iSd §§ 37 TKG sind vielmehr alle marktbeherrschenden Betreiber von Telekommunikationsnetzen, die Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten, in ihrer Eigenschaft als Inhaber einer entsprechenden Infrastruktur, somit also auch die Antragsgegnerin.

#### **4.3.2. Rechtsauffassung auf EU-Ebene**

Die Interpretation, dass der nachfragende Nutzer nicht auf dem gleichen Markt wie der marktbeherrschende Anbieter tätig sein muss, steht auch im Einklang mit den auf europäischer Ebene erlassenen einschlägigen Richtlinien.

Während § 4 Abs 2 der Richtlinie 97/33/EG („Zusammenschaltungsrichtlinie“) vorsieht, dass die zur Bereitstellung der in Anhang I der Richtlinie aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze (zu denen auch das feste öffentliche Telefonnetz gehört) und der für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste befugten Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht allen begründeten Anträgen auf Netzzugang – auch an Punkten, bei denen es sich nicht um die der Mehrheit der Endbenutzer angebotenen Netzabschlusspunkte handelt - stattzugeben haben, nimmt § 4 Abs 3 der Zusammenschaltungsrichtlinie die beträchtliche Marktmacht einer Organisation als gegeben an, wenn diese einen Anteil von über 25% an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt in dem geografischen Gebiet in einem Mitgliedstaat, in dem sie zugelassen ist, besitzt. In keiner der beiden Vorschriften wird der gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen bestehende Anspruch auf besonderen Netzzugang in der von der Antragsgegnerin vorgeschlagenen Weise eingeschränkt.

Auch ergibt sich weder aus Art. 16 Abs 1 der Richtlinie 98/10/EG („ONP-Sprachtelefonierichtlinie“), wonach die nationalen Regulierungsbehörden sicherstellen, dass Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Bereitstellung fester öffentlicher Telefonnetze Anträge von Organisationen, die Telekommunikationsdienste bereitstellen, auf Zugang zum festen öffentlichen Telefonnetz an anderen als den in Anhang II Teil 1 aufgeführten üblichen Netzabschlusspunkten bearbeiten, noch aus anderen Vorschriften der genannten Richtlinie, dass der (Sonder-) Zugang zum festen öffentlichen Telefonnetz auf Anbieter des konzessionierten öffentlichen Sprachtelefondienstes beschränkt sein soll.

#### **4.3.3. Relevanter Markt**

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin ist weder in Bezug auf den von der Antragsgegnerin vermuteten Markt für TASLen noch in Bezug auf einen Markt für Entbündelung, wie die Antragstellerin meint, erforderlich.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, da eine eigene Entscheidung über die marktbeherrschende Stellung am Zusammenschaltungsmarkt erfolgt sei, liege es nahe, eine solche Entscheidung auch für den Markt für Entbündelung zu fällen. Die Antragsgegnerin bringt vor, dass ein Markt für TASLen bislang weder untersucht noch definiert wurde, eine Marktbeherrschung im Bereich der TASLen bislang nicht festgestellt worden sei, und sie auf einem nicht definierten Markt nicht Marktbeherrscher sein könne.

Hierzu hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen:

Als die für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin sachlich relevanten Märkte hat die Telekom-Control-Kommission im Bescheid M 1/99-218 auf die Märkte für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes und des öffentlichen Mietleitungsdienstes jeweils mittels eines festen Netzes sowie den nationalen Zusammenschaltungsmarkt abgestellt.

Räumlich relevanter Markt ist das Gebiet, für dessen geografischen Bereich die Konzession zur Erbringung des jeweiligen öffentlichen Telekommunikationsdienstes erteilt wurde – das ist für die von der Antragsgegnerin erbrachten öffentlichen Telekommunikationsdienste das gesamte Bundesgebiet.

Ausschlaggebend für die zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erforderliche Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist das für die Auswahlentscheidung der Marktteilnehmer maßgebliche Wirtschaftsgut, im vorliegenden Fall die TASL als nachgefragtes Infrastrukturelement zur Überwindung der „letzten Meile“ zwecks Anbindung des Endkunden eines Netzbetreibers oder Diensteanbieters an den Netzbetreiber oder Diensteanbieter. Im Unterschied zur Entbündelung von TASLen für alternative Sprachtelefoniebetreiber, die zur Anbindung ihrer Endkunden an das eigene Sprachtelefonnetz nur eine entbündelte TASL, aus Kostengründen nicht jedoch eine Mietleitung verwenden würden, erfolgte die Anbindung der Standleitungskunden bei der Antragstellerin und anderen Anbietern gleichartiger Telekommunikationsdienste bislang über Mietleitungen, die aufgrund der mit Abstand marktbeherrschenden Position der



Antragsgegnerin in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle von dieser zur Verfügung gestellt wurden.

Im Gegensatz zur Entbündelung für alternative Sprachtelefoniebetreiber, bei der auf den Sprachtelefoniemarkt abzustellen war, besteht in Bezug auf das Anbieten von Standleitungen für Internetzugänge und andere Datendienste zwischen entbündelten TASLen und Mietleitungen eine Substitutionsbeziehung, da beide zur Erbringung hochbitratiger Datendienste genutzt werden können. Für den Fall, dass entbündelte TASLen auch Anbietern von Telekommunikationsdiensten mit Standleitungskunden zugänglich gemacht werden, sind Auswirkungen auf den Mietleitungsmarkt und auf das Preisniveau auf diesem Markt zu erwarten (vgl. dazu unten 4.4.2.). Das Bestehen einer Substitutionsbeziehung zwischen entbündelter TASL und Mietleitung wird von der Antragsgegnerin (ON 4, S. 2) und wohl auch von der Antragstellerin (mit der Feststellung, dass der „Markt für TASLen“ als Unterfall des Mietleitungsmarktes anzusehen sei, vgl. ON 20, S. 5) eingeräumt. Als der im vorliegenden Fall relevante Markt ist daher der Mietleitungsmarkt anzusehen.

#### **4.3.4. Infrastrukturbeherrschung als Grundlage für Marktbeherrschung der Antragsgegnerin**

Die dominierende Position der Antragsgegnerin im Mietleitungsbereich und insbesondere im Bereich der „letzten Meile“ ist untrennbar verknüpft mit der zur Erschließung des Marktes für öffentliche Sprachtelefonie von ihr errichteten Netzinfrastruktur vor allem im Bereich des Anschlussnetzes.

Die Zahl der Teilnehmeranschlüsse und somit die Anzahl der TASLen stellt die zentrale Grundlage für die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerin auf den Märkten für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefoniedienstes und des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines selbst betriebenen festen Telefonnetzes dar.

Einer gesonderten Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin in Bezug auf einen „Markt für TASLen“ bedurfte es jedoch schon deshalb nicht, da die marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerin auf dem Mietleitungsmarkt zur Auslösung der Netzzugangspflicht ausreicht, weshalb ein rechtliches Interesse der Antragstellerin an der begehrten Feststellung nicht ersichtlich ist. Im Übrigen war der Antrag schon mangels Antragslegitimation iSd § 33 Abs 4 TKG zurückzuweisen, da die Vorschrift einen Antrag desjenigen „betroffenen Unternehmers“ voraussetzt, der als marktbeherrschend festgestellt werden soll.

#### **4.4. Sachliche Rechtfertigung für Wegfall der Entbündelungsverpflichtung**

Die Verpflichtung der Antragsgegnerin, der Antragstellerin besonderen Netzzugang zur entbündelten TASL zu gewähren, ist nicht gemäß § 37 Abs 1 S 2 TKG weggefallen, da es der Antragsgegnerin nicht gelungen ist, Tatsachen nachzuweisen, aufgrund derer sich ihre Verpflichtung, der Antragstellerin Zugang zu der entbündelten TASL zu ermöglichen, im hier vorliegenden Fall als sachlich nicht gerechtfertigt erweist.

Bei der von der Regulierungsbehörde nach § 37 Abs 1 S 3 TKG zu treffenden Entscheidung über die sachliche Rechtfertigung ist zu beachten, dass § 37 Abs 1 S 2 TKG die Beweislast für das Vorliegen von Tatsachen für ein Fehlen der sachlichen Rechtfertigung dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegt. Im Übrigen ergibt sich die Verpflichtung der Antragstellerin zur Erstattung entsprechenden Vorbringens bereits aus der allgemeinen Mitwirkungspflicht der Verfahrensparteien nach § 45 Abs 2 AVG, da für die Behörde ohne diesbezügliche konkrete Darlegungen der Antragstellerin das Treffen entsprechender Feststellungen nicht möglich ist. Ob die Entbündelungsverpflichtung eines marktbeherrschenden Betreibers eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, im Einzelfall sachlich gerechtfertigt ist, ergibt sich aus dem Ineinandergreifen der §§ 37, 39 Abs 1 und 40 TKG.

Der auf der in § 37 Abs 1 S 1 TKG normierten Verpflichtung marktbeherrschender Betreiber zur Gewährung entbündelten Netzzugangs aufbauende § 40 Abs 1 TKG unterwirft einen

marktbeherrschenden Betreiber in Bezug auf den von einem Nutzer begehrten besonderen Netzzugang einem Kontrahierungszwang, falls dieser Netzzugang technisch realisierbar ist und der Nutzer die Kosten trägt. Gleichzeitig ermächtigt § 40 Abs 2 TKG die Regulierungsbehörde, unter Beachtung der aufgrund von Art. 6 der Richtlinie 90/387/EWG (kurz „ONP-Richtlinie“) erlassenen Richtlinien der Europäischen Union zu regeln, in welcher Weise der Netzzugang zu ermöglichen ist. Diese Regelung erfolgt durch Bescheide der Telekom-Control-Kommission.

Durch § 37 Abs 1 S 2 TKG wird der Kontrahierungszwang eingeschränkt: die Entbündelungsverpflichtung kann wegfallen, sofern ein marktbeherrschender Betreiber das Fehlen einer entsprechenden sachlichen Rechtfertigung im Einzelfall nachweist.

Der Beurteilungsmaßstab für das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung der Entbündelungsverpflichtung ergibt sich insbesondere aus § 39 TKG.

Hiernach darf der Zugang nur aus Gründen beschränkt werden, die auf grundlegenden Anforderungen iSd Art. 3 Abs 2 der ONP-Richtlinie (Sicherheit des Netzbetriebs, Aufrechterhaltung der Interoperabilität der Dienste und Datenschutz) beruhen; diese Einschränkung ist jedoch nach § 39 Abs 2 gegenüber der Regulierungsbehörde zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang ist wiederum § 37 Abs 3 TKG zu beachten, wonach Vereinbarungen über Netzzugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein und einen gleichwertigen nichtdiskriminierenden entbündelten Zugang gewähren müssen.

#### **4.4.1. Nichterfüllung grundlegender Anforderungen iSd § 39 Abs 1 TKG**

##### **4.4.1.1. Fehlen einer Sprachtelefoniekonzession**

Für die Beurteilung des Rechts des marktbeherrschenden Betreibers aus § 39 Abs 1 TKG zur Beschränkung des Netzzugangs von Nutzern wegen Nichterfüllung grundlegender Anforderungen iSd Art. 3 Abs 2 der Richtlinie 90/387/EWG („ONP-Richtlinie“) ist das Vorhandensein einer Konzession iSd § 14 TKG nicht relevant. Die Ausführungen der Antragsgegnerin, sie könne nicht gewährleisten, dass ein nur gemäß § 13 TKG anzeigepflichtiger Diensteanbieter die grundlegenden Anforderungen iSd Art. 3 Abs 2 der Richtlinie 90/387/EWG erfülle, weshalb sie zur Beschränkung von dessen Netzzugang aus § 39 Abs 1 TKG verpflichtet sei, sind rechtsirrig: aufbauend auf der vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckten Behauptung, die tatsächliche und rechtliche Kontrolle über eine TASL setze eine Konzession iSd § 14 TKG voraus, meint die Antragsgegnerin ohne nähere Begründung, das Nichtvorliegen einer Konzession indiziere das Fehlen grundlegender Anforderungen iSd Art. 3 Abs 2 der Richtlinie 90/387/EWG und damit – zur Gewährleistung der Sicherheit des Netzbetriebs - ein Recht des marktbeherrschenden Betreibers zur Beschränkung des Netzzugangs für einen nur anzeigepflichtigen Anbieter von Telekommunikationsdiensten.

Dass der besondere Netzzugang iSd § 37 TKG entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin keine Konzession gemäß § 14 TKG voraussetzt, wurde bereits oben 4.2.1. unter Hinweis auf die entsprechenden Vorschriften des TKG dargestellt. Überdies hat die Antragsgegnerin - abgesehen von einer Aufzählung der Voraussetzungen einer Konzessionserteilung nach § 15 Abs 2 TKG – in Kenntnis der Feststellung des technischen Gutachtens (ON 38), dass einer höherbträtigen Nutzung der entbündelten TASL durch die Antragstellerin bei Einhaltung der Entstörungsbestimmungen des Bescheids Z 1/99-67 technische Gründe nicht entgegenstehen, keinerlei iSd § 39 TKG stichhaltigen Gründe dafür dargelegt, warum die Nutzung entbündelter TASL durch Inhaber einer Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefon- oder Mietleitungsdienstes mit festen oder mobilen Telekommunikationsnetzen anders als die Nutzung entbündelter TASL durch Anbieter von Telekommunikationsdiensten iSd § 13 TKG behandelt werden sollte.

Die Interpretation der Antragsgegnerin widerspricht bei der gesetzlich gebotenen Einbeziehung der Anbieter von Telekommunikationsdiensten als Nutzern dem Rechtsgedanken des § 37 Abs 3 TKG, wonach Vereinbarungen über Netzzugänge u.a. einen gleichwertigen nichtdiskriminierenden entbündelten Zugang zu den Telekommunikationsnetzen eines marktbeherrschenden Betreibers gewähren müssen.

#### 4.4.1.2. Verwendung hochbitratiger Übertragungsverfahren

Eine Verwendung hochbitratiger Übertragungsverfahren durch die Antragstellerin auf der entbündelten TASL führt nicht dazu, dass die Antragsgegnerin das Netzzugangsbegehren der Antragstellerin unter Berufung auf eine Gefährdung der Netzintegrität als grundlegende Anforderung iSd Art. 3 Abs 2 der ONP-Richtlinie 90/387/EWG (vgl. Art. 13 Abs 2 der ONP-Sprachtelefonie-Richtlinie 98/10/EG) verweigern kann.

Die Gefährdung der Netzintegrität und der anderen im Netz befindlichen Dienste resultiert nach Auffassung der Antragsgegnerin aus einem – von der Antragsgegnerin erwarteten - massenhaften Einsatz breitbandiger Übertragungssysteme. Zum einen könne aufgrund der Abstimmung ihres Netzes auf die Bedürfnisse der – auf niedrigen Frequenzen arbeitenden - Sprachtelefonie eine hochbitratige Nutzung wegen deren höherer Frequenz zu störenden Beeinflussungen von auf anderen Doppeladern im Kabel erbrachten Diensten führen. Zum anderen bewirke die zu erwartende Vielzahl hochbitratiger Anbindungen von Standleitungskunden eine deutliche Verschlechterung der Gesamtbilanz hinsichtlich des Grenzbeschaltungsgrades insbesondere in Ballungsräumen und in Kabelsträngen zum Diensteanbieter.

Die von der Antragsgegnerin vorgetragenen Gründe tragen im Ergebnis nicht weit genug, um einen Wegfall ihrer Entbündelungsverpflichtung sachlich zu rechtfertigen.

Hierzu hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen:

Tatsächlich kann angenommen werden, dass die von der Antragstellerin begehrte Entbündelung der TASL im Ergebnis zu einem Anstieg hochbitratiger Nutzungen auf Kupferdoppeladern führen wird. Indessen reicht die bloße Tatsache einer erhöhten Nutzung von TASLen für hochbitratige Übertragungsverfahren zu der von der Antragsgegnerin gewünschten Beschränkung des Netzzugangs der Antragstellerin iSd § 39 Abs 1 TKG noch nicht aus. Zum Nachweis der Nichterfüllung der grundlegenden Anforderungen iSd ONP-Richtlinie durch die Verwendung hochbitratiger Übertragungsverfahren auf entbündelten TASLen trägt die Antragsgegnerin jedoch lediglich abstrakte Befürchtungen vor, ohne ihre Behauptungen konkret zu belegen, was angesichts der Beweislastregel des § 37 Abs 1 S 2 TKG geboten wäre. Insbesondere geht sie mit keinem Wort auf den hier vorliegenden Einzelfall und allfällige technische Hinderungsgründe in Bezug auf die Entbündelung der konkreten TASL oder Rahmenbedingungen für eine Verwendung hochbitratiger Übertragungsverfahren auf dieser TASL ein.

Überdies bewirbt die Antragsgegnerin die von ihr angebotene ADSL-Technologie, bei der es sich ebenfalls um hochbitratige Nutzung von Kupferdoppeladern handelt, seit 15.11.1999 unter der Bezeichnung „AON-Speed“ intensiv in den Massenmedien und hofft, bis Ende 2000 100.000 Kunden für ADSL begeistern zu können (APA-Pressemeldung vom 8.11.1999). Dass die Antragsgegnerin einerseits mit ADSL „in den Massenmarkt will“ (APA-Pressemeldung aaO), andererseits jedoch einen entbündelten Netzzugang der Antragstellerin mit der Begründung ablehnt, die Nutzung hochbitratiger Übertragungsverfahren durch die Antragstellerin auf einer TASL gefährde Netzintegrität und Sicherheit des Netzbetriebs iSd in Art. 3 Abs 2 der ONP-Richtlinie enthaltenen grundlegenden Anforderungen, widerspricht jedenfalls dem in §§ 37 Abs 3, 34 Abs 1 TKG verankerten Diskriminierungsverbot.

Im Hinblick auf die angeführten Gründe hat die Telekom-Control-Kommission eine Nutzung hochbitratiger Übertragungsverfahren durch die Antragstellerin auf der entbündelten TASL zumindest in dem von den internen Anschalte- und Nutzungsbedingungen der Antragsgegnerin in deren jeweils geltender Fassung vorgesehenen Ausmaß für zulässig erachtet.

#### 4.4.2. Beeinträchtigung des Mietleitungsmarktes

Die Antragsgegnerin hat ihre Ausführungen, wonach der derzeit bestehende Mietleitungsmarkt durch einen Zugang konzessionsloser Diensteanbieter wie der

Antragsgegnerin zu TASLen in Form einer Kupferdoppelader ohne weitere technische Einrichtungen und Übernahme der Funktionsherrschaft schwer beeinträchtigt werde, nicht näher belegt, sondern ausschließlich den Referenzcharakter der vorliegend beantragten Entbündelungsanordnung abstrakt erörtert und unbelegte Prognosen zur Entwicklung des Mietleitungsmarkts abgegeben, ohne konkret darzulegen, welche Hinderungsgründe der hier von der Antragstellerin beantragten Entbündelung entgegenstehen.

Einen Kernpunkt ihrer Argumentation stellt die Behauptung dar, dass bei Bejahung einer Entbündelungsverpflichtung der Antragsgegnerin gegenüber Diensteanbietern bei einer extensiven Auslegung der Verpflichtung jeder, der vorgebe, ein Nutzer zu sein, mittels Entbündelung ein eigenes Netz errichten könne. Diese Auffassung trifft jedoch nicht zu: § 2 Abs 2 ZVO beschränkt – im Einklang mit Art. 16 der Richtlinie 98/10/EG über die Anwendung des offenen Netzzugangs beim Sprachtelefondienst - den besonderen Netzzugang auf diejenigen Nutzer, die den Netzzugang als Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder Betreiber von Telekommunikationsnetzen nachfragen, um Telekommunikationsdienste anzubieten („Organisationen, die Telekommunikationsdienste bereitstellen“).

Die Antragsgegnerin behauptet, dass die beantragte Entbündelung der TASL dazu führen werde, dass entbündelte Leitungen qualitativ hochwertige Mietleitungsprodukte von Netzbetreibern ersetzen werde, wodurch der lokal geprägte Mietleitungsmarkt unmittelbar konkurrenziert bzw. substituiert werde. Berücksichtigt man den oben 4.3.4. erwähnten Marktanteil der Antragsgegnerin von 90% bei Mietleitungen 1998 (die Ermittlungen im Verfahren M 1/99 ergaben beim öffentlichen Mietleitungsdienst mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes einen Marktanteil der Antragsgegnerin von 91,03% per 31.12.1998), würde sich eine erhöhte Konkurrenz (und der damit verbundene erhöhte Preisdruck) stimulierend auf den Wettbewerb am Mietleitungsmarkt auswirken und damit durchaus dem Regelungsziel des § 1 Abs 2 Z 2 TKG entsprechen. Aus diesem Grund ist die Prognose der Antragsgegnerin weder durch Tatsachen gerechtfertigt noch stellt sie ein Argument gegen die beantragte Entbündelung dar. Die derzeitige Situation in Bezug auf die Entbündelung zeigt - im Hinblick auf das Entscheidungsdatum 2.7.1999 - vielmehr, dass ein Nebeneinander von Mietleitungen mit garantierten Bandbreiten parallel zur Nutzung hochbitratiger Übertragungsverfahren auf entbündelten TASLen - insbesondere bei hochbitratigen Verbindungen > 2 MBps, wo eine Substitution der bisherigen Mietleitungen in größerem Umfang aufgrund der internen Beschaltungsrichtlinien der Antragsgegnerin nicht zu erwarten sein wird - mindestens ebenso wahrscheinlich ist. Im Übrigen betreibt die Antragsgegnerin diese Substitution durch ihren bereits oben zu 4.4.1. angesprochenen Werbefeldzug für die ADSL-Technologie in weit stärkerem Maße (mit der möglichen Folge einer Migration von Standleitungskunden) als dies der Antragstellerin überhaupt möglich ist. Dies gilt übrigens auch für das weitere von der Antragsgegnerin vorgetragene Argument, durch die Entbündelung werde es für alternative Netzbetreiber unattraktiv, Mietleitungen in der heutigen Form anzubieten und in den Ausbau von Infrastruktur zu investieren. Dass alternative Netzbetreiber von einer Entbündelungsanordnung gegenüber der Antragsgegnerin wirtschaftlich nachteilig betroffen wären, ist nicht nachvollziehbar.

#### **4.4.3. Beeinträchtigung der Universaldienstverpflichtung**

Die Befürchtung der Antragsgegnerin, der bei der von ihr angegebenen derzeitigen Zuwachsrate im Internetsektor von 12 – 15% pro Quartal zu erwartende Zusatzbedarf für Kupferdoppeladern sei finanziell nicht zu bewältigen, erweist sich als unzutreffend.

Die Antragsgegnerin geht davon aus, dass ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten mit Zugang zu einer entbündelten TASL diese ausschließlich für Datendienste nutze und die Antragsgegnerin als zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtetes Unternehmen für den Fall, dass die Antragstellerin zusätzlich zwei Kupferdoppeladern für den Zugang zum Universaldienst benötige, um die bisher auf einer Kupferdoppelader erbrachten Dienste nutzen zu können, zur Herstellung eines zusätzlichen Kupferdoppeladernpaares verpflichtet sei.

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin laut Teilnehmerverzeichnis im vorliegenden Fall mehrere Teilnehmeranschlüsse bei der Antragsgegnerin unterhält und

zudem mehrere TASLen vorhanden sind, so dass die Antragstellerin auch bei Entbündelung einer TASL weiterhin auf die von der Antragsgegnerin im Rahmen des Universaldienstes angebotenen Leistungen (so z. B. Notrufdienste) zugreifen kann, so dass die Frage schon aus diesem Grunde einer weiteren Erörterung nicht bedarf.

#### **4.5. Zur Anordnung im Einzelnen**

##### **4.5.1. Allgemeiner Teil**

Die angeordneten Regelungen orientieren sich zum Teil an den zur Entbündelung von TASLen für Sprachtelefoniebetreiber ergangenen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission (vgl. stellvertretend hierzu Z 1/99-67). Einige dieser Regelungen sind unter Berücksichtigung der Tatsache geboten, dass die begehrte Anordnung funktionell einen privatrechtlichen Vertrag zwischen den Parteien zur Regelung der Entbündelung ersetzt. Andererseits wurde im Hinblick darauf, dass im vorliegenden Fall nur die Entbündelung einer TASL angeordnet wird, eine Straffung der Anordnung angestrebt, um Verständlichkeit und Handhabung durch die Parteien beim Anordnungsvollzug zu erleichtern.

Die Anordnung ersetzt gemäß § 41 Abs 3 TKG eine zwischen den Parteien privatrechtlich zu treffende Vereinbarung. Somit tritt zwar der Hoheitsakt der behördlichen Entscheidung über die Netzzugangsstreitigkeit an die Stelle des privatrechtlichen Begründungsakts. Der Bescheid enthält damit Regelungen, wie sie sich auch in einem auf privatrechtlicher Willensübereinstimmung beruhenden Vertrag befinden. Damit weist der Inhalt der Anordnung materiell gesehen zivilrechtlichen Charakter auf. Das Rechtsverhältnis ist damit seinen Wirkungen nach, nicht jedoch in seiner Entstehung, einem Vertragsverhältnis gleichzusetzen. Letztlich wird mittels individuellen Hoheitsaktes ein Schuldverhältnis gem. § 859 ABGB begründet, das konsequenterweise nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sein wird (vgl. hierzu auch Urbantschitsch/Feiel, Schienenverkehrsmarkt-Regulierungsgesetz: Behörden und Zuständigkeiten, JBl [in Druck]). Damit unterliegen die Parteien im Hinblick auf den Inhalt der Anordnung auch nach vertragsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Nebenpflichten – beispielsweise Schutz- und Sorgfaltspflichten – gegenüber dem Entbündelungspartner. Auch unter diesem Gesichtspunkt konnte daher im vorliegenden Fall davon Abstand genommen werden, detailliertere Anordnungen zu Nebenpflichten vorzusehen. Soweit Detailfragen in der Anordnung nicht ausdrücklich geregelt sind, haben die Parteien wie redliche Vertragspartner vorzugehen und gegebenenfalls im Zusammenwirken ergänzende Regelungen zu treffen. Im Übrigen bleibt es den Parteien im Sinne der Subsidiarität der Anordnung gegenüber privatautonomen Vereinbarungen unbenommen, jederzeit zusätzliche oder abweichende Vereinbarungen zu treffen.

##### **4.5.2. Zugang**

Z 1 regelt den beantragten Zugang der Antragstellerin zur TASL unter Angabe der Schnittstelle. Die Bezeichnung der Übergabeschnittstelle als Kabelabschlusseinrichtung ergibt sich daraus, dass nur eine TASL entbündelt wird. Dass der die Schnittstelle enthaltende Point of Presence der Antragsgegnerin in angemessener Entfernung zum HVt zu errichten ist, trägt der Tatsache Rechnung, dass eine passive Verlängerung der TASL nur bis zu einer maximalen Entfernung von bis zu einigen hundert Metern sinnvoll ist.

##### **4.5.3. Nutzung und Übertragungsverfahren**

Z 2 der Anordnung ordnet entsprechend dem Antrag den Zugang zu einer Kupferdoppelader 2 Draht an. Sie legt außerdem fest, dass die Nutzung nur durch die Antragstellerin selbst erfolgen darf, und bestimmt die auf der TASL einsetzbaren generell zugelassenen Übertragungsverfahren. Zur Gewährleistung der Netzintegrität hat dem Einsatz anderer Verfahren eine Netzverträglichkeitsprüfung vorauszugehen.

Wegen der vorgesehenen hochbitratigen Nutzung der TASL zur Erbringung von Datendiensten konnte von der Möglichkeit einer Nutzung für POTS/ISDN mit 144 kbit/s-Nutzbitrate abgesehen werden. Ein Zugang mit zwischengeschalteter passiver Übertragungstechnik wurde nicht angeordnet, da ein solcher Zugang angesichts des unmissverständlich geäußerten Wunsches der Antragstellerin, die TASL mit eigenen Geräten zu nutzen, nicht von Interesse war.

#### **4.5.4. Physischer Zugang zum Hauptverteiler**

Aufgrund der nachgewiesenen Nichtverfügbarkeit von Kollokationsraum im Hauptverteiler oder Kollokationsflächen auf dem Grundstück der Antragsgegnerin und aufgrund der zu erwartenden städtebaulichen Probleme im Zusammenhang mit der Errichtung eines Outdoor Cabinet auf öffentlichem Grund wurde mit Z 3 der physische Zugang zum Hauptverteiler in Form der passiven Übergabe der TASL an einem von der Antragstellerin anzugebenden Point of Presence angeordnet. Das Erfordernis einer angemessenen Entfernung vom HVt wurde als Voraussetzung für die tatsächliche Möglichkeit passiver Übergabe aufgenommen.

#### **4.5.5. Bereitstellung des Zugangs**

Da der Zugang zu einer konkreten TASL angeordnet wurde, konnten in Z 4 Regelungen zur Voranfrage entfallen. In Bezug auf die Bereitstellung des Zugangs wurde unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die gleiche Frist in den Enkunden-AGB zur Bereitstellung eines POTS-/ISDN-Basisanschlusses der Antragsgegnern vorgesehen ist, ein Maximum von 20 Arbeitstagen für den Realisierungszeitraum ab Zustellung der Anordnung für ausreichend erachtet.

#### **4.5.6. Mitteilungen, Ansprechpartner**

Die Aufnahme einer Verpflichtung der Parteien zur Benennung von Ansprechpartnern für Mitteilungen und Willenserklärungen erschien für eine reibungslose Abwicklung und Durchführung der Anordnung zweckmäßig.

#### **4.5.7. Entstörung**

Die in Z 6 angeordneten Regelungen zur Entstörung fassen sämtliche für die Entstörung der TASL relevanten Vorschriften zusammen.

#### **4.5.8. Entgelte**

Als Entgelte für die von der Antragsgegnerin im Rahmen dieser Anordnung gegenüber der Antragstellerin zu erbringenden Leistungen im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Zugangs zur TASL bzw. zum HVt wird in Z 7 ein laufendes monatliches Überlassungsentgelt, einmalige Pauschalentgelte und Aufwandentgelte angeordnet. Das monatliche Überlassungsentgelt wurde in der von der Antragstellerin vorgeschlagenen Höhe (ON 14) festgesetzt, da es dem auch bei der Entbündelung von TASLern für Sprachtelefoniebetreiber angewandten Entgeltsatz entspricht und Unterschiede in dem vorliegend von der Antragsgegnerin bereitzustellenden Zugang und den damit verbundenen Leistungen nicht erkennbar sind; Einwendungen der Antragsgegnerin gegen diesen Entgeltvorschlag wurden nicht vorgetragen.

Bei den Aufwandentgelten wurden die Stundensätze aus dem Bescheid Z 1/99-67 in Ansatz gebracht, da auch hier kein Unterschied zu den gegenüber Sprachtelefonieanbietern erbrachten Leistungen besteht.

#### **4.5.9. Laufzeit**

Bei der Laufzeit (Z 8) erschien eine unbefristete Dauer mit der Möglichkeit einer erstmaligen Kündigung zum 31.12.2001 angemessen, um den Parteien zu ermöglichen, erste Erfahrungen bei der Nutzung der entbündelten TASL zu sammeln und diese allenfalls bei einer im Anschluss an die Anordnung erfolgenden vertraglichen Vereinbarung zu berücksichtigen.

#### **4.5.10. Kündigung**

Bei den Kündigungsvorschriften (Z 9) wurde eine Frist von fünf Arbeitstagen als ausreichend angesehen. Die übrigen Regeln betreffen im Wesentlichen erforderliche Mindestangaben und Fälle einer außerordentlichen Kündigung.

#### **4.5.11. Anpassungsklausel, Abtretung**

Die Klauseln in Z 10 und 11 sollen Situationen Rechnung tragen, in denen aufgrund einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse diese Anordnung an die neuen Verhältnisse adaptiert werden muss.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 115 Abs. 2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

### **IV. Hinweise**

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof (VfGH v. 24.2.1999, B 1625/98 u.a., vgl. aber VwGH Zl. 99/03/0071-14 v. 24.11.1999, MR 1999, 368) erhoben werden. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein und es ist jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von ATS 2.500 (Euro 181,68) S zu entrichten.

Es wird darauf hingewiesen, dass eventuelle Zusatzvereinbarungen zu dieser Anordnung als Vereinbarungen über den besonderen Netzzugang gemäß § 2 Abs 3 ZVO der Regulierungsbehörde unverzüglich nach Vertragsabschluss schriftlich und vollständig vorzulegen sind.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 7. Februar 2000

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann