

Bescheid

Fassung zur Veröffentlichung nach § 123 Abs. 1 TKG 2003

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. Dipl.-Ing. Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 11.12.2006 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens R 4/06 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass T [REDACTED] AG dadurch, dass sie durch nicht aussagekräftige Rückmeldungen über den Grund für die Verzögerung bzw. Nichtherstellung auf bestellte Entbündelungen an die S [REDACTED] GmbH eine bis dato andauernde Verzögerung in der Abwicklung des Projektes „[REDACTED]“ der S [REDACTED] GmbH verursacht, ihre Verpflichtungen nach § 41 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 2.1. (Zugangsverpflichtung) und nach § 38 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 2.2 (Nichtdiskriminierungsverpflichtung) des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004, M 13/03-52, verletzt.

2. T [REDACTED] AG wird gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 aufgetragen, längstens binnen drei Wochen nach Rechtskraft dieses Bescheides sämtliche für das Projekt „[REDACTED]“ der S [REDACTED] GmbH bestellten und bisher noch nicht realisierten Entbündelungen entsprechend dem zwischen T [REDACTED] AG und S [REDACTED] GmbH bestehenden Vertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung vom Juni 2001 herzustellen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Die S. [REDACTED] GmbH (im Folgenden: S.) teilte der RTR-GmbH als Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission am 03.07.2006 einen Sachverhalt mit, aus dem sich der Verdacht ergab, dass die T. [REDACTED] AG (im folgenden: T.) möglicherweise ihren Verpflichtungen zur Gewährung von Zugang bzw. zur Nichtdiskriminierung nach den Spruchpunkten 2.1. bzw. 2.2. des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004, M 13/03-52, mit dem T. wegen der festgestellten beträchtlichen Marktmacht auf dem Markt nach § 1 Z 13 TKMVO 2003 (Entbündelungsmarkt) Verpflichtungen auferlegt wurden, nicht nachkomme.

Mit Schreiben vom 12.07.2006, ON 4, wurde T. dieser Verdacht auf Verletzung der Verpflichtungen zur Zugangsgewährung und zur Nichtdiskriminierung mitgeteilt und diese aufgefordert, allfällige Verletzungen binnen eines Monats abzustellen.

T. als Partei des Verfahrens nahm zu den Vorhalten am 18.07.2006 (ON 5), am 26.07.2006 (ON 6), am 11.08.2006 (ON 7), am 19.09.2006 (ON 12) und am 24.10.2006 (ON 28a) Stellung. Ebenso wurden von S. als Beteiligter Informationen übermittelt. Am 01.09.2006 (ON 10) und am 17.10.2006 (ON 21 und ON 28a) fanden Verhandlungen vor der RTR-GmbH als von der Telekom-Control-Kommission ersuchte Behörde und am 02.10.2006 fand eine mündliche Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission statt (ON 15).

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Allgemeines

T. ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs. 4 Satz 2 TKG 2003. Sie erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, unter anderem Sprachtelefoniedienste und Breitbanddienste (amtsbekannt).

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004, M 13/03-52 wurde festgestellt, dass T. 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 über beträchtliche Marktmacht verfügt. T. wurden unter anderem die Verpflichtungen auferlegt, gemäß § 41 TKG 2003 den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und dafür notwendige Annexleistungen zu gewähren sowie hinsichtlich dieser Zugangsleistungen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gemäß § 38 TKG 2003 gleich zu behandeln, d.h. 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 (amtsbekannt bzw. ON 24).

S. ist ebenfalls Inhaberin einer Bestätigung gemäß § 15 TKG 2003. Sie erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit und bietet unter anderem mit Sprachtelefoniediensten und Breitbanddiensten gleichartige Dienste, wie T. an (amtsbekannt).

Zwischen S. und T. besteht ein (der Regulierungsbehörde angezeigter) Vertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung vom Juni 2001, der inhaltlich der (nach wie vor aktuellen) „Bescheidgeneration“ Z 14/00 und Z 15/00 entspricht (Beilage ./7 zu ON 4 (Auszug); ON 32). Ebenso entspricht das von der T. aktuell veröffentlichte Standardentbündlungsangebot 2005 („Reference-Unbundling-Offer“: RUO 2005) inhaltlich im Wesentlichen diesen Bescheiden (amtsbekannt).

2. Zur Ausschreibung der Stadt W.

S. hat im Jänner 2006 die Ausschreibung „[REDACTED]“ der Stadt W., MA 14, als Bestbieter knapp vor T. gewonnen (Beilagen .12 und .12 zu ON 1). Zur Realisierung dieses Auftrages (im Folgenden auch als „Projekt“ bezeichnet), ist S. auf von T. zu entbündelnde Teilnehmeranschlussleitungen (TASLn) angewiesen (Beilage .11 zu ON 1).

In den Objekten, in denen die von S. bestellten Entbündelungen zu realisieren sind, bestehen in allen Fällen Anschlüsse der T., wobei ca. [REDACTED]% davon POTS-Anschlüsse (Frequenzbereich 300 Hz - 3400 Hz) und [REDACTED]% ISDN-Anschlüsse (Frequenzbereich 510 Hz – 50 kHz) sind und auf den übrigen Anschlüssen sonstige Dienste erbracht werden (ON 28a, Antwort der T. auf Frage 6).

Nach den Ausschreibungsbedingungen der Stadt W., MA 14, die S. akzeptiert hat,

- ist keine Realisierung mittels Bitstreaming, sondern nur mittels eigener Infrastruktur oder entbündelten Leitungen zulässig (Beilage .12 zu ON 1, Seite 4, Punkt M1);
- sind allenfalls erforderliche Leerverrohrungen auf eigene Kosten durch S. herzustellen (Beilage .12 zu ON 1, Seite 5, Punkt M10) und
- muss der in den meisten Fällen bestehende POTS- bzw. ISDN-Anschluss bei T. aufrecht erhalten bleiben (Beilage .12 zu ON 1, Seite 7, Punkt M23) und kann daher nicht für die Herstellung der entbündelten Leitung verwendet werden.

Eine Realisierung der erforderlichen Entbündelungen über Shared-Use wurde von S. nicht bestellt (ON 21, Seite 2f). S. bestellte ausschließlich Neuherstellungen von TASLn bei T., wobei die das gegenständliche Projekt betreffenden Bestellungen bei T. AG mit dem Vermerk „MA14 – MA10“ gekennzeichnet sind (Bestellformulare im Beilagenkonvolut zu ON 10).

T. hätte bei Zuschlagserteilung die DSL-Anschlüsse der Stadt W. wie bei anderen Kunden, die POTS/ISDN- und DSL-Dienste erhalten, mittels Splitterfiltern auf demselben Adernpaar hergestellt wie die bestehenden POTS/ISDN-Anschlüsse (ON 10, Seite 6 letzter Absatz iVm Beilage 6 zu ON 12, Seite 6f).

3. Zur Abwicklung des Auftrages

In einer ersten Phase der Abwicklung des Projekts der S. waren ursprünglich [REDACTED], nach Stornierungen seitens S. letztlich [REDACTED] DSL-Anschlüsse in Kindergärten der Stadt W. herzustellen (als „Zwischenbericht“ bezeichnete Beilage zu ON 10). Nach Abschluss der ersten Phase ist eine zweite Phase geplant. S. hat in allen Fällen Neuherstellungen bei T. beantragt, wobei als Nutzungsart unrichtig „HDSL“ auf einer Kupferdoppelader (CuDA) angegeben wurde (Bestellformulare als Beilagenkonvolut zu ON 10). Mit Schreiben vom 29.09.2006 teilte S. der T. nachträglich mit, dass tatsächlich beabsichtigt sei, mittels der entbündelten TASLn der T. ADSL-Dienste nach ITU G.992.1 an den Kunden (MA 14) anzubieten (ON 12a bzw. ON 22a). Hierfür wird der Frequenzbereich von 25 bis 1104 kHz und zwar 25 bis 138 kHz upstream und 138 bis 1104 downstream, verwendet (ON 12a).

Die ersten Bestellungen erfolgten am 02.05.2006, die letzten am 20.06.2006. Die geplanten Herstellungstermine lagen zwischen 22.05.2006 und 26.07.2006 (mit ON 2 als Beilage übermittelte Excel-Tabelle).

Während der Realisierung wurden im Zeitverlauf folgende Stati der Realisierungen von T. an S. gemeldet:

Per 05.07.2006 waren [REDACTED] Leitungen in Betrieb, bei [REDACTED] Bestellungen war der Status „open“, in [REDACTED] Fällen war ein „Problem“ gemeldet und [REDACTED] Bestellungen waren storniert. Per 14.08.2006 waren [REDACTED] Leitungen in Betrieb, bei [REDACTED] Bestellungen war der Status „open“, in [REDACTED] Fällen war ein „Problem“ gemeldet und [REDACTED] Bestellungen waren storniert. Vor 14.08.2006 waren [REDACTED] Bestellungen durch S. storniert worden, so dass insgesamt nur mehr [REDACTED] statt davor [REDACTED] Bestellungen aktuell waren. Per 30.08.2006 waren [REDACTED] Leitungen in Betrieb, bei [REDACTED] Bestellungen

T. verfügt nicht über die Information, bei welchem Teilnehmer welche Art von Schlauchdraht konkret verwendet wurde (ON 15, Seite 2, vorletzter Absatz; ON 28a, Antwort der T. auf Frage 6). Die Verwendung von allenfalls vorhandenen zweiten Adernpaaren im selben Schlauchdraht zur Herstellung von entbündelten Leitungen wäre wegen erhöhtem Monitoringsaufwand für unterschiedliche Realisierungsvarianten (Entbündelung über zweites Adernpaar oder Entbündelung über eigenen Schlauchdraht für den Entbündelungspartner) bzw. für Entstörung auch in administrativer Hinsicht nicht gleichwertig mit der Verwendung neuer Schlauchdrähte (ON 12, Seite 20, Punkt 9). Auch die Möglichkeit der späteren Erweiterung der an den Endkunden angebotenen Services – z.B. höherbitratige DSL-Dienste – wäre sowohl für T. als auch den Entbündelungspartner gegenüber der Realisierung über getrennte Schlauchdrähte eingeschränkt, da die Wahrscheinlichkeit der gegenseitigen Störung bei Erbringung zweier hochbitratiger Dienste im selben Schlauchdraht wesentlich höher ist (ON 12, Punkt 5), als bei den derzeit im Projekt der S. zu realisierenden ADSL-Diensten neben POTS- bzw. ISDN-Diensten der T.

T. verrechnet für Herstellungen, bei denen ein neuer Schlauchdraht verlegt wird, dasselbe – zuletzt mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 23.01.2006, Z 7/04-111 angeordnete bzw. zum Teil in geringerer Höhe privatrechtlich vereinbarte – Entgelt, wie für Herstellungen, bei denen ein durchgängig vorhandener (ungenutzter) Schlauchdraht verwendet wird (ON 10, Seite 5, 5. Absatz; ON 15, Seite 4, letzter Absatz). Durchgängig vorhandene (ungenutzte) Schlauchdrähte werden von T. für Entbündelungen verwendet, wenn sich die Durchgängigkeit durch mechanische Prüfung ohne (elektrische) Messung feststellen lässt (ON 12, Punkt 6; ON 28a, Antwort auf Frage 15).

In den von S. bestellten und noch nicht realisierten Fällen sind auf der Strecke zwischen Hauptverteiler (HVt) und Kabelausmündung (KA) ausreichende Kapazitäten vorhanden, um eine Verbindung bis zum HVt herzustellen (ON 7, vorletzter Absatz).

Die Verwendung von zweiten Adernpaaren im selben Schlauchdraht für Herstellungen von Anschlüssen eigener Endkunden oder für Entbündelungen entspricht nicht der Regelbauweise der T. Es kann nicht festgestellt werden, dass Herstellungen für eigene Kunden der T. oder dass Entbündelungen von T. regelmäßig mittels Verwendung zweiter Adernpaare realisiert werden. Derartige Realisierungen stellen – nicht den internen Vorschriften der T. entsprechende – Ausnahmefälle dar.

T. führt regelmäßige Schulungen für Monteure des eigenen Technischen Kundendienstes sowie von beauftragten Drittunternehmen durch, die sicherstellen sollen, dass die internen Regelungen der T. für die Herstellung von Anschlüssen (Regelbauweisen) eingehalten werden. Außendienstmitarbeiter der T. sind bei Herstellung von Anschlüssen für eigene Kunden der T. verpflichtet, den jeweils aktuellen Status eines Geschäftsfalls an T. zu melden. Dabei sind die Stati (X)-übergeben, (A)-begonnen, (U)-unterbrochen und (E)-technisch-Ende möglich. Status (U) ist zu setzen, wenn ein Auftrag nicht in einem Zug erledigt werden kann (z.B. Materialmangel, Leistungspartner notwendig, etc.). Bei einer Statusänderung auf „Unterbrechung“ muss der Grund der Unterbrechung im Textfeld „Anmerkung für Statusänderung“ vermerkt werden (Beilage /9 zu ON 12, Seite 14).

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines:

Die Feststellungen beruhen, soweit im Folgenden nichts Anderes angegeben wird, jeweils auf den im Klammer angegebenen unbedenklichen Urkunden bzw. Aussagen der Parteien und Beteiligten, die in den referenzierten Protokollen festgehalten sind.

2. Zu Punkt B.3 der Feststellungen:

Die Feststellung, wonach T. frühestens im Juli 2006 begonnen hat, aussagekräftige Rückmeldungen an S. zu übermitteln, beruht auf den von S. übermittelten Unterlagen (als „Zwi-

schenbericht“ bezeichnete Beilage zu ON 10, Seite 4ff) und auf den Aussagen der Beteiligten bzw. Vertreter der Partei beim Verhandlungstermin am 01.09.2006 vor der RTR-GmbH (ON 10, Seite 3, 7. Absatz) und in der mündlichen Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission am 02.10.2006 (ON 15, Seite 3, 4. Absatz bzw. Seite 4, vorletzter Absatz). Es bestand grundsätzliche Einigkeit darüber, dass in vielen Fällen (vor dem Termin am 17.07.2006) keine aussagekräftige Rückmeldungen erfolgt waren, und dass diese Vorgehensweise der T. jedenfalls zukünftig weitgehend zu verhindern ist (ON 15, Seite 4, vorletzter Absatz). Uneinig waren sich die Beteiligten lediglich darüber, ob nach 17.07.2006 immer noch Fälle vorlagen, in denen keine ausreichend aussagekräftigen Rückmeldungen vorlagen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Zahl der Stornierungen durch T. auch nach 17.07.2006 weiter stieg (für 30.08.2006 führt S. ■■ Stornierungen gegenüber ■■ am 14.08.2006 und ■■ am 05.07.2006 an; Beilage zu ON 10, Seite 4ff), um nach 25.09.2006 – Abschluss des Interworkingvertrages – wieder zurückzugehen, erscheint es der Telekom-Control-Kommission jedoch wahrscheinlich, dass auch nach dem Gespräch am 17.07.2006 noch weitere unklare Rückmeldungen erfolgten.

3. Zu Punkt B.4 der Feststellungen:

Im Schriftsatz ON 12, Punkt 5 führt T. ausführlich aus, warum eine Verwendung eines zweiten Adernpaares für Entbündelung nach Meinung der T. aus technischer Sicht ausgeschlossen sei. T. bringt dabei grundsätzlich glaubhaft vor, dass in ihrem Anschlussnetz nach wie vor ca. ■% der verwendeten Schlauchdrähte alten Bauarten entsprechen, die keine ausreichende Verseilung aufweisen, um „Übersprechen“ (bzw. synonym: „Nebensprechen“), also die ungewollte Einkopplung von Signalen von einer Doppelader auf benachbarte Doppeladern im selben Schlauchdraht, zu verhindern. Bezüglich dieser älteren Schlauchdrähte hätten Messung der T. ergeben, dass im Gegensatz zur letzten Generation von Schlauchdraht, der seit 2001 eingesetzten „Modemleitung“, die Nebensprechdämpfung nicht ausreichend hoch sei, um wechselseitige Beeinflussungen zu verhindern.

Eine generelle Beeinträchtigung durch Übersprechen konnte hinsichtlich der Erbringung von ADSL-Diensten neben POTS- bzw. ISDN-Diensten im selben Schlauchdraht aus folgenden Gründen dennoch nicht festgestellt werden:

Bereits in der Verhandlung vor der RTR-GmbH am 01.09.2006 führte T. aus (ON 10, Seite 2, 3. Absatz), dass die Regelbauweise insbesondere Störungen verhindern soll, die durch die Erbringung von zwei DSL-Diensten im selben Schlauchdraht auftreten könnten. Auf die von S. primär intendierte Kombination von POTS (Frequenzbereich 300 Hz - 3400 Hz) und ADSL (Frequenzbereich von 25 – 1104 kHz), deren Frequenzbereiche sich somit nicht überlappen, im selben Schlauchdraht wurde dabei nicht referenziert. Wie hoch die Wahrscheinlichkeit von Störungen – generell, also auch betreffend die Kombination von POTS und ADSL – sei, konnte in der Verhandlung nicht beantwortet werden, sondern lediglich, dass die „Möglichkeit von Störungen“ gegeben sei (ON 10, Seite 6, vorletzter Absatz).

Der Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Störungen kann man sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission an Hand der Frequenzbereiche der fraglichen Dienste annähern. In der Kombination von POTS und ADSL, deren Frequenzbereiche sich nicht überlappen, wird die Wahrscheinlichkeit eines Übersprechens verhältnismäßig gering sein. Wie T. allerdings ausführt (ON 12, Seite 14, vorletzter Absatz bzw. ON 28a, Antwort auf Frage 10), sind auch in dieser Kombination gegenseitige Störungen durch Nichtlinearitäten in den Endgeräten zumindest „fallweise“ denkbar. Das generelle Auftreten von Störungen erscheint jedoch wenig wahrscheinlich. Die Aussage der T. in ON 28a, Antwort auf Frage 11, wonach ■% Störungswahrscheinlichkeit gegeben sei, referenziert demgegenüber nur auf den Anteil „alter“ Schlauchdrähte im Anschlussnetz der T. und setzt daher voraus, dass bei diesen alten Schlauchdrähten in allen Fällen Störungen zu erwarten sind, was aber, wie soeben dargestellt wurde, bei der Kombination von POTS und ADSL unwahrscheinlich ist.

Eine höhere Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Störungen wäre bei den – ebenfalls teilweise von S. intendierten (ON 28a, Antwort auf Frage 6) – Kombinationen zwischen ISDN

und ADSL anzunehmen, da sich deren Frequenzspektren (ISDN: 510 Hz - 50 kHz; ADSL: 25 – 1104 kHz) teilweise überschneiden. Wiederum höher wird die Wahrscheinlichkeit von Störungen bzw. Performanceeinbußen (ON 12, Seite 15f) im Fall von DSL Diensten auf beiden Adernpaaren im selben Schlauchdraht zu bewerten sein, da auch diesbezüglich weitgehende Überschneidungen von Frequenzen vorliegen.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist daher gerade hinsichtlich der Erbringung von ADSL-Diensten neben POTS- bzw. ISDN-Diensten im selben Schlauchdraht zwar nicht feststellbar, dass generell Beeinträchtigungen durch Übersprechen zu erwarten wären, die diesbezügliche Möglichkeit ist aber in den Fällen, in denen noch nicht die neueste Generation von Schlauchdraht eingesetzt ist, was noch in ■% der Fälle zu erwarten ist, dennoch nicht auszuschließen. Es lässt sich aber jedenfalls feststellen, dass die Verwendung eigener (neuer) Schlauchdrähte für jedes Service, insbesondere für breitbandige Services, die technisch bessere Lösung darstellt, als die Verwendung verschiedener Adernpaare im selben Schlauchdraht.

Die Feststellung, dass im gegenständlichen Projekt keine Kapazitätsengpässe zwischen Hauptverteiler (HVt) und Kabelausmündung (KA) gegeben sind, beruht auf der Aussage der T. in ON 7, vorletzter Absatz, sowie darauf, dass zuletzt per 27.11.2006 kein einziger Stornofall mehr vorliegt (ON 30), was gerade für den Fall eines „echten“ Leitungsmangels, d.h. zwischen KA und HVt vorgesehen wäre. Daraus ergibt sich auch, dass die ursprünglich vorhandenen wenigen Ausnahmen offenbar – ursprünglich waren ■, zuletzt nur mehr ■ Leitungen bestellt – inzwischen von S. storniert wurden.

Die Feststellung, dass die Verwendung von zweiten Adernpaaren im selben Schlauchdraht für Herstellungen von Anschlüssen eigener Endkunden oder für Entbündelungen nicht der Regelbauweise der T. entspricht sowie dass nicht festgestellt werden kann, dass Herstellungen für eigene Kunden der T. oder Entbündelungen von T. regelmäßig mittels Verwendung zweiter Adernpaare realisiert werden, beruht auf dem wiederholten nachvollziehbaren diesbezüglichen Vorbringen (ON 7; ON 12, Punkt 3 samt Beilagen ./1, ./2 und ./8), sowie den glaubhaften Aussagen der Vertreter der T. in den Verhandlungen vom 01.09.2006 (ON 10, Seiten 1ff) sowie vom 02.10.2006 (ON 15, Seite 3). Diese Aussagen der T. werden auch dadurch gestützt, dass S. selbst vorbrachte, dass T. eine derartige Lösung nach Entdecken wieder rückbauen ließ bzw. dass ein derartiger Rückbau bei Mitteilung der von S. mittels Fotos dargestellten weiteren Fälle an T. zu erwarten sei (ON 10, Seite 1, 2. Absatz).

Die Feststellung, dass T. regelmäßige Schulungen für Monteure des eigenen Technischen Kundendienstes sowie von beauftragten Drittunternehmen durchführt, die sicherstellen sollen, dass die internen Regelungen der T. für die Herstellung von Anschlüssen (Regelbauweisen) eingehalten werden, beruht im Wesentlichen auf den glaubhaften Ausführungen der T. in ON 28a, Beantwortung zu Fragen 13 und 14.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

1.1. Aufsichtsverfahren nach § 91 TKG 2003

§ 91 TKG 2003 lautet auszugsweise: „(1) Hat die Regulierungsbehörde in Bezug auf durch sie zu besorgende Aufgaben Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmen gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes, gegen die Bestimmungen einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder gegen einen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid verstößt, teilt sie dies dem Unternehmen mit und räumt gleichzeitig Gelegenheit ein, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel in angemessener Frist nach Erhalt der Mitteilung abzustellen. Diese Frist darf ein Monat nur dann unterschrei-

ten, wenn das betreffende Unternehmen zustimmt oder bereits wiederholt gegen einschlägige Bestimmungen verstoßen hat.

(2) Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.“

1.2. Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Nach § 117 Z 6 TKG 2003 obliegt der Telekom-Control-Kommission die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen sowie das Auferlegen spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003. Das Auferlegen 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. Die Telekom-Control-Kommission ist daher für die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens zuständig.

1.3. Aufforderung an T.

Aus der Mitteilung der S. vom 03.07.2006 (ON 1) ergaben sich ausreichende Anhaltspunkte, dass T. gegen Verpflichtungen aus dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 13/03-52 vom 27.10.2004 verstoßen haben könnte, weshalb das gegenständliche Verfahren amtswegig eingeleitet und T. mit Schreiben vom 12.07.2006, ON 4, vom Verdacht der Verletzung der Zugangsverpflichtung nach Spruchpunkt 2.1. und der Nichtdiskriminierungsverpflichtung nach Spruchpunkt 2.2. des Bescheides M 13/03-52, in Kenntnis gesetzt und diese gemäß § 91 Abs. 1 TKG 2003 aufgefordert wurde, zu den Vorhalten Stellung zu nehmen oder etwaige Mängel binnen eines Monats nach Erhalt dieses Schreibens abzustellen.

2. Verletzung von Verpflichtungen durch T.

2.1. Verletzung der Zugangsverpflichtung der T. nach § 41 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 2.1. des Bescheides M 13/03-52

2.1.1. Verletzung der Zugangsverpflichtung durch nicht aussagekräftige Rückmeldungen

2.1.1.1. Zur Zugangsverpflichtung der T. im Allgemeinen:

Spruchpunkt 2.1. des Bescheides M 13/03-52 verpflichtet T., *„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.“*

Als Wettbewerbsproblem, auf das mit der Auferlegung der Zugangsverpflichtung zu reagieren war, wurde (neben der gänzlichen Verweigerung des Zugangs) auch die wettbewerbsbehindernde Gestaltung nicht preislicher Parameter identifiziert. Nach dem Bescheid M 13/03-52 (Punkt B.2.3) besteht danach für T. *„auch die Möglichkeit mittels nichtpreislicher Parameter Mitbewerber bei deren Leistungserbringung zu behindern. Dies kann beispielsweise durch Verzögerung der Leistungsbereitstellung erfolgen ...“*.

Im Bescheid M 13/03-52, Punkt D.8.3.1 wird auch klargestellt, dass die Zugangsverpflichtung beinhaltet, dass sich die *„Bedingungen, zu denen der Zugang zu gewähren ist, ... (insbesondere hinsichtlich technischer und abwicklungstechnischer Punkte, aber auch betreffend Bereitstellungsfristen und Pönalen) an der bisherigen Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission (TKK) zu orientieren [haben], insbesondere an den letzten diesbezüglich maß-*

geblichen Entbündelungsanordnungen (Z 12/00-80 vom 12.03.2001 sowie Z 24/02-32 vom 20.01.2003) ...“ Damit soll eine Reduktion der Markteintrittsbarrieren erreicht bzw. erhöhter Wettbewerb gewährleistet werden, indem die Entbündelungspartner in einem zukünftigen mit T. abzuschließenden Entbündelungsvertrag gegenüber den bisherigen Anordnungen zur Entbündelung nicht schlechter gestellt werden dürfen Punkte (B.3.1.1 des Bescheides M 13/03-52).

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der damit referenzierte Bescheid Z 12/00-80 vom 12.03.2001, ebenso wie auch die weitgehend identischen Bescheide in den Verfahren Z 14/00 und Z 15/00 im Jahr 2005 vom Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben wurden. Das fortgesetzte Verfahren Z 12/00 wurde nach Antragsrückziehung der Parteien in der Folge eingestellt, ohne dass ein Ersatzbescheid erlassen wurde. Demgegenüber beschloss die Telekom-Control-Kommission am 14.11.2005 in den fortgesetzten Verfahren Z 14/00 und Z 15/00 inhaltlich identische Ersatzbescheide, so dass im Folgenden statt auf den im Bescheid M 13/03-52 genannten Bescheid Z 12/00-80 auf den inhaltlich weitgehend identischen Ersatzbescheid Z 14/00-153 (nachfolgend kurz: Z 14/00) referenziert wird.

Folgende Bestimmungen in diesem Bescheid Z 14/00 stellen daher den Standard dar, der für T. nach den zitierten Regelungen des Bescheides M 13/03-52 verbindlich ist:

2.1.1.2. Zu den Regelungen des Bescheides Z 14/00-153:

Dieser (Ersatz-)Bescheid Z 14/00, der im gegenständlichen Verfahren als ON 32 zum Akt genommen wurde, sieht, wie auch der diesbezüglich gleich lautende Vertrag zwischen T. und S., vor, dass eine Ablehnung einer Bestellung durch T. „aus einer schriftlichen Begründung, warum die bestellte Leistung nicht (bzw. keine der gegebenenfalls bestellten Alternativen) durchführbar ist und der Mitteilung, welche alternativen Leistungen bzw. welche alternativen Bereitstellungszeiten (einschließlich Umschaltzeitfenster) realisierbar wären“ zu bestehen hat (Anhang 4, Punkt 2.3 (b)). Zusätzlich ist T. danach verpflichtet, „wenn sie dem Entbündelungspartner die Überlassung von TASL(en) bzw. von Teilabschnitten von TASL(en) mit der Begründung verweigert, dass sie über keine freien Kapazitäten mehr verfügt, zu prüfen, ob sie in Frage kommende TASL(en) bzw. Teilabschnitte einem dritten Netzbetreiber oder Diensteanbieter überlassen hat und ob sie hinsichtlich dieser TASL(en) bzw. Teilabschnitte von dem dritten Netzbetreiber oder Diensteanbieter eine Anzeige erhalten hat, dass die TASL(en) bzw. Teilabschnitte mangels aufrechter Teilnehmerverhältnis aktuell nicht genutzt werden. Sollte dies der Fall sein, ist TA verpflichtet, diese TASL(en) bzw. Teilabschnitte als Alternativangebot unter Geltendmachung ihres Kündigungsrechts (vgl. Pkt. 4.2. dieses Anhangs) dem Entbündelungspartner anzubieten.“ (Anhang 4, Punkt 2.3 (b) letzter Absatz). Grundsätzlich wird T. von der Verpflichtung, den Zugang zur TASL zu gewähren nur frei, soweit T. „gegenüber dem Entbündelungspartner ehestmöglich (iSv Anhang 4 Punkt 2.3) nach der entsprechenden Nachfrage nachweist, dass weder eine Zurverfügungstellung der TASL bzw. des Teilabschnitts im Sinne des Anhangs 2 noch im Sinne des Anhangs 3 objektiv möglich ist.“ (Allgemeiner Teil, Punkt 3.1.(c)).

2.1.1.3. Zu den von T. übermittelten Rückmeldungen:

Nach den Feststellungen (Punkt B.3) meldete T. demgegenüber in bis zu ■■■ (Stand 30.08.2006) Fällen, in denen keine unmittelbare Realisierung von bestellten TASL(n) möglich war, ein Storno an S. zurück, obwohl tatsächlich eine Realisierung der Entbündelung mit Vorleistungen seitens S. – z.B. Einholen von Zustimmungserklärungen bzw. Übergabe der Vollmacht, Herstellung von Leerverrohrungen – möglich gewesen wäre. Die Tatsache, dass die meisten der ursprünglich als Storno gemeldeten Fälle tatsächlich – wenn auch mit Vorleistungen der S. – zu realisieren waren, zeigt sich deutlich daran, dass nach Abschluss des Interworkingvertrages im September 2006 die Stornofälle massiv (von ■■■ am 25.09.2006 auf ■■■ am 27.11.2006) zurückgingen. Auch T. selbst ging im Schriftsatz vom 18.09.2006, ON 12, Seite 4, von einer „Realisierungsmöglichkeit des Großteils der herzustellenden Fäl-

le“, in der Fußnote werden ■■■■■% genannt, durch das vereinbarte Interworking – insbesondere durch die von S. beigebrachte Vollmacht zur Oberputzverlegung – aus.

Auf Grund der ursprünglichen Stornomeldungen war S. jedoch nicht in der Lage, gerade diesen Umstand – dass eine Realisierung der Entbündelung mit eigenen Vorleistungen möglich gewesen wäre – zeitgerecht zu erkennen und konnte daher auch nicht unmittelbar durch Erbringen oder Organisieren dieser Vorleistungen in geeigneter Weise reagieren, wodurch es zu – von T. zu vertretenden – Verzögerungen bei der Entbündelung kam, die sich noch bis dato auswirken, da immer noch nicht sämtliche Leitungen hergestellt sind. T. verletzt dadurch ihre Verpflichtung zur Zugangsgewährung nach M 13/03-52 iVm Z 14/00, da sie keine richtige bzw. ausreichende „Begründung, warum die bestellte Leistung nicht durchführbar ist“, an S. geliefert hat.

Außerdem hat T. durch diese unrichtigen Rückmeldungen auch ihre ebenfalls aus M 13/03-52 iVm Z 14/00 resultierende Verpflichtung zur Legung von Alternativangeboten verletzt. Derartige Alternativangebote können zwar nach Ansicht der T. durchaus auch in einem Alternativtermin bestehen, der nach allenfalls erforderlichen Vorleistungen des Kunden bzw. des Entbündelungspartners angesetzt wird, dazu muss dem Entbündelungspartner aber eben mit der Meldung über die Nichtrealisierung mitgeteilt werden, dass ein Alternativtermin nach Vorarbeiten erfolgen kann und welche Vorarbeiten zu erbringen sind.

2.1.2. Mögliche Verletzung der Zugangsverpflichtung – Entbündelung des zweiten Adernpaares:

2.1.2.1. Zugangsverpflichtung nach dem Bescheid M 13/03-52 vom 27.10.2004:

Wie oben in Punkt 2.1.1.1 dargestellt wurde, verpflichtet Spruchpunkt 2.1. des Bescheides M 13/03-52 T. zur Gewährung von Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen und dafür notwendigen Annex-Leistungen, wobei der konkrete Mindeststandard durch den Bescheid Z 14/00 konkretisiert wird (vgl. oben Punkt 2.1.1.1). Z 14/00 enthält folgende grundsätzlich Regelungen betreffend die Entbündelung von TASLn der T.:

2.1.2.1.1. Übernahme des bestehenden Anschlusses:

Die primäre Realisierungsvariante (Punkt 3 des Hauptteils iVm Anhang 2 des Bescheides Z 14/00) der Entbündelung stellt die Übergabe einer bestehenden Kupferdoppelader, über die – vor der Entbündelung – Dienste der T. an den Endkunden erbracht werden, an den Entbündelungspartner dar. Bei dieser Art der Entbündelung wird das Service bei T. gekündigt, der Kunde bezieht nach Entbündelung nur mehr Services des Entbündelungspartner. Diese Art der Entbündelung wäre im gegenständlichen Projekt der S. technisch in allen Fällen möglich gewesen, da Anschlüsse der T. – in den überwiegenden Fällen entweder POTS oder ISDN – existieren. Nach den von S. akzeptierten Ausschreibungsbedingungen müssen diese Anschlüsse jedoch bestehen bleiben, so dass diese Entbündelungsvariante für S. im konkreten Fall ausscheidet.

2.1.2.1.2. Nutzung derselben TASL für mehrere Services:

Wie T. grundsätzlich richtig ausführt (Schriftsatz vom 18.09.2006, ON 12, Seite 6f), wurden im Bescheid Z 14/00 darüber hinaus auch Möglichkeiten der Nutzung derselben TASL für mehrere Services verschiedener Anbieter vorgesehen. Diese Möglichkeiten bestehen einerseits in der Entbündelung in der Variante des „Shared-Use“ sowie andererseits in der Inanspruchnahme des Bitstreaming-Angebots der T. als Wholesalelösung. Auch die Teilentbündelung der Hausverkabelung (Strecke C2) sieht, wie T. ausführt, eine Übergabe des gesamten Schlauchdrahtes ab der Kabelausmündung vor, statt der grundsätzlich möglichen Übergabe lediglich eines vorhandenen zweiten Adernpaares.

Eine Übergabe eines allenfalls vorhandenen zweiten Adernpaares im selben Schlauchdraht ist weder im Bescheid Z 14/00, noch im RUO der T. noch im Vertrag zwischen T. und S. ausdrücklich vorgesehen.

2.1.2.2. Verbot der Behinderung durch nichtpreisliche Parameter:

Wie dargestellt, ist T. jedoch nach Spruchpunkt 2.1. des Bescheides M 13/03-52 die wettbewerbsbehindernde Gestaltung nicht preislicher Parameter jedenfalls untersagt. Ein solches wettbewerbsbehinderndes Vorgehen könnte auch durchaus in der Verweigerung von nicht ausdrücklich in den genannten Bescheiden genannten Zugangsvarianten liegen.

Es ist daher – auch im Hinblick auf das Vorbringen der T. im Schriftsatz ON 12, Punkt 4, Seite 6ff – ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass auch nicht ausdrücklich im genannten Bescheid dargestellte Behinderungen grundsätzlich vom Verbot des Foreclosure nach dem Bescheid M 13/03 umfasst wären, wenn T. damit Möglichkeiten der Verzögerung oder der Verteuerung für den Entbündelungspartner ausnützen würde. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob in der Weigerung der T., allenfalls vorhandene zweite Adernpaare zu entbündeln, auch ohne ausdrückliche Anordnung dieser möglichen Entbündelungsvariante eine Verletzung der Bescheidaufgaben wegen Behinderung durch nichtpreisliche Parameter liegt:

2.1.2.2.1. Neuherstellungen durch TA:

Der Hauptteil des Bescheides Z 14/00, Punkt 3.1.c. und dessen Anhang 4, Punkt 2.2 c. sehen vor, dass für Bestellungen auch die „Angabe, ob es zur Übernahme von derzeit durch TA (oder einen dritten Betreiber) betriebenen Leitungen (Kündigung durch den Teilnehmer) oder zur Nutzung freier Kapazitäten kommen soll“, erforderlich ist. Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass beantragte Neuherstellungen zu realisieren sind. Da nach den Angaben der T. im gegenständlichen Verfahren im Übrigen auch für den Anschluss eigener (neuer) Endkunden unter bestimmten Voraussetzungen – wenn keine Schlauchdrähte vorhanden sind oder wenn die Verwendbarkeit (z.B. Durchgängigkeit) vorhandener Drähte nicht ohne Weiteres (Messung) festgestellt werden kann – neue Schlauchdrähte verlegt werden, ist T. auch auf Grund der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung jedenfalls verpflichtet, Neuherstellungen neben den in den Punkten 2.1.2.1.1 und 2.1.2.1.2 dargestellten Arten der Entbündelung zumindest in der bisherigen Form weiter anzubieten.

Der Bescheid Z 14/00 enthält jedoch, wie dargestellt, keine ausdrückliche Regelung für derartige Neuherstellungen von Entbündelungen, die nicht den in den Punkten 2.1.2.1.1 und 2.1.2.1.2 dargestellten Arten realisiert werden sollen. In welcher Form diese Neuherstellungen daher angeboten werden, ob also z.B. neue Schlauchdrähte verlegt werden oder vorhandene zweite Adernpaare verwendet werden, bleibt T. somit grundsätzlich überlassen, soweit damit keine Foreclosure-Wirkungen verbunden sind, was aus den folgenden Gründen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch nicht der Fall ist:

Mangelnde Gleichwertigkeit der Neuherstellungen mit der Entbündelung der Adern 3-4:

Bei der Beurteilung, ob T. durch die Weigerung, allenfalls vorhandene zweite Adernpaare zu entbündeln, unzulässige Behinderungsstrategien gegenüber S. einsetzt, ist zu berücksichtigen, dass eine derartige Realisierung nach den Feststellungen weder technisch noch administrativ eine vollständig gleichwertige Lösung mit der Verlegung eines neuen Schlauchdrahtes darstellt.

In technischer Hinsicht ist hinsichtlich der Erbringung von ADSL-Diensten neben POTS- bzw. ISDN-Diensten im selben Schlauchdraht zwar nicht feststellbar, dass generell Beeinträchtigungen durch Übersprechen zu erwarten wären, die diesbezügliche Möglichkeit ist aber in den Fällen, in denen noch nicht die neueste Generation von Schlauchdraht eingesetzt ist, insbesondere bei ADSL-Diensten neben ISDN-Diensten, wegen des teilweise überschneidenden Frequenzspektrums dennoch nicht auszuschließen.

In administrativer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass T. keine Informationen über die nach den Kabelausmündungen verlegten Schlauchdrähte vorliegen. Es müsste daher z.B. ein gesondertes Monitoring dahingehend erfolgen, ob ein Schlauchdraht nur von T. bzw. einem Entbündelungspartner alleine genutzt wird, oder ob eine gemeinsame Nutzung vorliegt, damit insbesondere für den Fall von Störungen der Leitung kurzfristig entsprechende Maßnahmen – wie Austausch des Schlauchdrahtes samt Kostentragungsregelung – gesetzt werden könnten. Nach den Feststellungen wäre auch die Möglichkeit der späteren Erweiterung der an den Endkunden angebotenen Services sowohl für T. als auch den Entbündelungspartner gegenüber der Realisierung über getrennte Schlauchdrähte eingeschränkt.

Da es sich bei einer möglichen Verwendung zweiter Adernpaare daher auch nicht um mit der Verlegung eines neuen Schlauchdrahtes vollständig gleichwertige Realisierungen handelt, liegt, wie T. richtig ausführt (ON 12, Seite 21), in der Nichtverwendung zweiter Adernpaare nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch kein nach dem Bescheid Z 14/00 für die Hausverkabelung unzulässiges Vorhalten einer Betriebsreserve.

Entgelt für Neuherstellungen durch T.:

Wie dargestellt bietet T. grundsätzlich Neuherstellungen auf Bestellung an. Dabei verrechnet T. auch im Fall, dass dabei neuer Schlauchdraht verlegt wird, dasselbe – zuletzt im Verfahren Z 7/04 angeordnete bzw. in geringerer Höhe zum Teil privatrechtlich vereinbarte – Herstellungsentgelt, wie bei Verwendung vorhandener (ungenutzter) Schlauchdrähte. Auch aus diesem Grund ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht davon auszugehen, dass in der Regelbauweise der T., die die Verlegung neuer Schlauchdrähte vorsieht, eine unzulässige Behinderung der Entbündelungspartner durch T. mittels nichtpreislicher Parameter liegt.

S. wendete als Beteiligte im Verfahren bezüglich der Kosten der Herstellungen ein (ON 10, Seite 4, vorletzter Absatz), dass Herstellungen über neue Schlauchdrähte in den Fällen, in denen auf Kosten der S. Leerverrohrungen herzustellen seien, für S. sehr teuer wären. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass im gegenständlichen Fall die Verwendung vorhandener zweiter Adernpaare für S. zwar möglicherweise kostengünstiger gewesen wäre, da keine Kosten für die Herstellung von Leerverrohrungen aufzuwenden gewesen wären. Diese zusätzlichen Kosten waren allerdings durch die von S. akzeptierten Ausschreibungsbedingungen und nicht von T. verursacht worden und sind daher auch nicht T. als mögliche Foreclosure-Strategie zuzurechnen, da T. nach ihren LB Fernsprechanchluss (Beilage zu ON 10) im Normalfall derartige Kosten für eigene Endkunden ebenfalls nicht übernimmt.

2.1.2.3. Zusammenfassung betreffend die Weigerung der T. zur Entbündelung des zweiten Adernpaares:

Im Hinblick darauf, dass Herstellungen mittels Entbündelung zweiter Adernpaare im Bescheid Z 14/00, im RUO der T. und im Vertrag zwischen S. und der T. nicht ausdrücklich vorgesehen sind, dass weiters derartige Herstellungen weder technisch noch administrativ mit der Verlegung neuer Schlauchdrähte gleichwertig wären und dass T. zudem zum gleichen Entgelt – technisch bessere – Neuherstellungen mittels Neuverlegung von Schlauchdrähten anbietet, stellt die Weigerung der T., zweite Adernpaare für S. zu entbündeln, im konkreten Fall keine unzulässige Foreclosure-Strategie durch T. dar.

Grundsätzlich ist T. aber nicht Recht zu geben, wenn sie im Schriftsatz ON 12, Punkt 4, ausführt, dass im Marktanalysebescheid nicht ausdrücklich genannte Strategien eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht, die zu einer Verzögerung oder Verteuerung für Entbündelungspartner führen könnten, aus Überlegungen der Parteistellung nicht von den angeordneten Verpflichtungen umfasst wären. Die Verpflichtungen aus den Marktanalysebescheiden untersagen, wie dargestellt, tatsächlich jede mögliche Foreclosure-Strategie, eine solche wurde lediglich im konkreten Fall der Weigerung der Entbündelung zweiter Adernpaare nicht festgestellt. T. könnte aber diesbezüglich in einem allfälligen Verfahren nach § 50 TKG 2003 durchaus zu einer derartigen Entbündelung zweiter Adernpaare unter bestimmten –

von den im gegenständlichen Fall vorliegenden Voraussetzungen abweichenden – Voraussetzungen verpflichtet werden.

Da T. derzeit nicht verpflichtet ist, S. die Entbündelung zweiter Adernpaare anzubieten, kann auch die Nichtmitteilung der technischen Bauvorschrift keinen gegenteiligen Anspruch der S. begründen. Die Regelung des Bescheides Z 14/00, wonach interne Vorschriften nur verbindlich sind, wenn sie dem Entbündelungspartner mitgeteilt wurden, bezieht sich nämlich lediglich auf Fälle, in denen eine grundsätzlich bestehende Verpflichtung aus bestimmten Gründen eingeschränkt werden kann. Auch in der Nichtmitteilung der technischen Bauvorschrift (Beilage /1 zu ON 12) liegt daher keine Verletzung der Verpflichtungen aus dem Bescheid M 13/03-52 durch T.

2.1.3. Zusammenfassung zur Verletzung der Zugangsverpflichtung:

Wie dargestellt, verletzt T. dadurch, dass sie durch nicht aussagekräftige Rückmeldungen an S. eine bis dato andauernde Verzögerung verschuldet, ihre Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 2.1. des Bescheides M 13/03-52 zur Gewährung von Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz und dafür notwendige Annex-Leistungen, so dass diesbezüglich spruchgemäß zu entscheiden war.

Dabei ist festzuhalten, dass T. während des gegenständlichen Verfahrens zwar wesentliche Schritte zur Verbesserung der Situation der S. gesetzt hat. So wurde ein zusätzlicher Vertrag mit möglichen Lösungsmöglichkeiten abgeschlossen und auch an der Umsetzung gearbeitet. T. hat auch in der Verhandlung vom 02.10.2006 in Aussicht gestellt, ein System einzurichten, das sicherstellt, dass die Rückmeldungen an Entbündelungspartner in Zukunft nachvollziehbar und aussagekräftig sind. Nach den Feststellungen sind die herzustellenden TASLn, die zum Teil bereits ab Mai 2006 bestellt wurden, jedoch zum Entscheidungszeitpunkt nach wie vor noch nicht vollständig hergestellt. Ebenso ist davon auszugehen, dass, hätte T. nicht die nicht nachvollziehbaren bzw. irreführenden Rückmeldungen übermittelt, inzwischen schon eine wesentlich höhere Zahl an TASLn realisiert worden wäre. Die Auswirkungen dieser von T. verursachten Verzögerung der Leistungsbereitstellung, die durch die Zugangsverpflichtung gerade verhindert werden soll, dauert daher noch an. Umstände, die nahe legen könnten, dass diese Verzögerung nicht der Rechtssphäre der T. zurechenbar sein könnte, wurden von T. nicht vorgebracht und sind im Verfahren auch sonst nicht hervorgekommen.

Das Nichtanbieten der Entbündelung zweiter Adernpaare im selben Schlauchdraht an S. stellt demgegenüber keine Verletzung der Verpflichtung zur Zugangsgewährung dar.

2.2. Zur Verletzung der Verpflichtung der T. zur Nichtdiskriminierung nach Spruchpunkt 2.2. des Bescheides M 13/03-52:

2.2.1. Behauptete Realisierungen mittels zweitem Adernpaar für eigene Endkunden der T. :

S. monierte im Verfahren auch eine Verletzung der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung durch T. Diese wurde insbesondere darin gesehen, dass T. generell auch für den Anschluss eigener Kunden vorhandene zweite Adernpaare verwende. Diesbezüglich legte S. auch einige Fotos (Beilage zu ON 10) vor.

Nach den Feststellungen entspricht es jedoch nicht der Regelbauweise der T., allenfalls vorhandene zweite Adernpaare für den Anschluss eigener Kunden oder für Entbündelungen zu verwenden. Auch führt T. regelmäßige Schulungen durch, die (auch) derartige Herstellungen verhindern sollen. In einer großen Vertriebsorganisation wie der der T. können Fehler durch Mitarbeiter nicht gänzlich verhindert werden. Eine Basis für Nichtdiskriminierung stellen derartige Fehler allerdings nicht dar, zumal T. ausreichende Vorkehrungen getroffen hat und trifft, um eine weitestgehende Übereinstimmung mit ihrer Regelbauweise sicher zu stellen. T. bietet daher derartige Herstellungen weder sich selbst, noch verbundenen, noch dritten Un-

ternehmen an, so dass sie auch nicht durch die Nichtdiskriminierungsverpflichtung verpflichtet ist, diese an S. anzubieten.

2.2.2. Eigenes Angebot der T. an die Stadt W.:

Im Aufforderungsschreiben vom 12.07.2006, ON 4, wurde T. auch der Verdacht mitgeteilt, T. könnte ihre Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung verletzt haben, da sie bei der gegenständlichen Ausschreibung der Stadt W. selbst mitgeboten hat, so dass anzunehmen wäre, dass dem eigenen Retail-Bereich die für die Realisierung des Projekts erforderlichen TAsLn zeitgerecht zur Verfügung gestellt worden wären. Auch dieser Verdacht einer Verletzung der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung hat sich durch das durchgeführte Ermittlungsverfahren nicht erhärtet, weil feststeht (Punkt B.2), dass T. die für die Realisierung des Projekts der MA 14 erforderlichen Breitbandanschlüsse über dieselben Adernpaare hergestellt hätte, auf denen auch der bestehende Anschluss realisiert ist. Derartige Realisierungsvarianten – d.h. Bitstreaming auf Basis des Wholesaleoffers der T. bzw. über Shared-Use – hat S. jedoch gegenüber der MA 14 vertraglich ausgeschlossen (Bitstreaming) bzw. aus anderen nicht von T. zu vertretenden Gründen nicht bestellt (Shared-Use).

Da T. daher allenfalls vorhandene zweite Adernpaare bei Zuschlagserteilung durch die Stadt W. nicht selbst eingesetzt hätte, ist sie auch nicht durch die Nichtdiskriminierungsverpflichtung verpflichtet, diese an S. anzubieten.

2.2.3. Rückmeldungen bei Herstellungen für eigene Kunden:

Wie festgestellt, sind die Techniker der T. verpflichtet, bei der Unterbrechung einer Herstellung eines Anschlusses für eigene Kunden, diesen Status – „(U)-unterbrochen“ – an T. zu melden und dabei den Grund der Unterbrechung ausdrücklich anzuführen. T. hat daher die Möglichkeit, für die Erbringung der erforderlichen Vorleistungen – seien es eigene, oder solche des Kunden – unmittelbar zu sorgen. In Anbetracht der weiters festgestellten Tatsache, dass T. derartige aussagekräftige Rückmeldungen im gegenständlichen Projekt demgegenüber an S. in vielen Fällen nicht übermittelte, liegt daher eine unzulässige Bevorzugung des eigenen Unternehmens gegenüber der S. als Entbündelungspartner vor. Umstände, die eine Andersbehandlung der S. rechtfertigen könnten, wurden von T. nicht vorgebracht und sind im Verfahren auch sonst nicht hervorgekommen.

T. hat daher mit S. einem Unternehmen, das gleichartige Dienste erbringt, unter den gleichen Umständen nicht gleichwertige Bedingungen angeboten bzw. Dienste und Informationen nicht zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie für ihre eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen bereitgestellt und damit ihre Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung nach § 38 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 2.2. des Bescheides M 13/03-52 verletzt, so dass auch diesbezüglich spruchgemäß zu entscheiden war. Die Auswirkungen der von T. durch die Verpflichtungsverletzung verursachten Verzögerung der Leistungsbereitstellung dauern noch an. Auf die Ausführungen in Punkt 2.1.3 wird verwiesen.

3. Aufsichtsmaßnahmen nach § 91 Abs. 2 TKG 2003:

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist.

Wie dargestellt verletzt T. dadurch, dass sie durch nicht aussagekräftige Rückmeldungen an S. eine bis dato andauernde Verzögerung der Abwicklung des Projektes der S. verschuldet, ihre Verpflichtungen auf Zugangsgewährung (Punkt 2.1.3) und Nichtdiskriminierung (Punkt 2.2.3).

Da die der T. mit ON 4 gesetzte Frist mit 12.08.2006 abgelaufen ist und die bestellten TASLn nach wie vor nicht zur Gänze hergestellt sind, dauert der in der verursachten Verzögerung liegende „Mangel“ iSd § 91 Abs. 2 TKG 2003 noch an. Es waren T. daher die gebotenen, angemessenen Maßnahmen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, spruchgemäß aufzutragen. Diese Maßnahmen bestehen in der Verpflichtung der T. zur Herstellung sämtlicher offener Bestellungen, wobei aber zu berücksichtigen ist, dass nach dem bestehenden Vertrag über den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung teilweise Vorarbeiten – wie Herstellung von Leerverrohrungen, Beibringung von Zustimmungen der Hausverwaltung oder ähnliches – durch S. bzw. deren Kunden zu erbringen sein können. In Anbetracht der Tatsache, dass der letzte ursprünglich geplante Fertigstellungstermin bereits im Juli 2006 (Feststellung in Punkt B.3) gelegen wäre, ist davon auszugehen, dass T. S. bereits sämtliche dieser erforderlichen Vorarbeiten mitgeteilt haben muss. Die tatsächliche Ausführung dieser Vorarbeiten liegt allerdings nicht im Verantwortungsbereich der T., sondern in dem der S.

Unter Berücksichtigung der soeben erwähnten Tatsache, dass der letzte ursprünglich geplante Fertigstellungstermin im Juli 2006 gelegen wäre und dass weiters, obwohl von T. mit Abschluss des Interworkingvertrages vom 25.09.2006 bereits wesentliche Maßnahmen zur Bereinigung der Situation gesetzt wurden, auch der für diesen Vertrag vorgesehene letzte Realisierungstermin am 28.11.2006 verstrichen ist, ohne dass sämtliche TASLn realisiert sind, ist auch die der T. für die Fertigstellung gesetzte Frist angemessen, so dass diesbezüglich spruchgemäß zu entscheiden war.

4. Kein Erfordernis eines Verfahrens gemäß §§ 128f TKG 2003

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003 unter bestimmten Voraussetzungen der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

In Anbetracht der Tatsache, dass der Bescheid allerdings lediglich die Verpflichtung der T. festlegt, Verhaltensweisen in einem konkreten Fall, der Abwicklung des Projektes mit S., abzustellen, ist nicht davon auszugehen, dass die nach § 128 Abs. 1 TKG 2003 geforderten beträchtlichen Auswirkungen auf den betreffenden Markt vorliegen. Auch Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten sind nicht zu erwarten, so dass auch ein Verfahren nach § 129 TKG 2003 nicht durchzuführen ist.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung 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 11.12.2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann