

## Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder nach Einleitung des Verfahrens über Antrag der Tele2 Telecommunication Services GmbH, Schönbrunner Str. 213 – 215, 1120 Wien, vertreten durch Dr. Martin Parschalk, LL. M., Rechtsanwalt in 1030 Wien, Zaunerg. 1 – 3, vom 5.04.2002 auf Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung der Telekom Austria AG auf dem Markt für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes durch diskriminierende Verweigerung der Unterbreitung eines Großhandelsangebots an Wettbewerber betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung in der Sitzung vom 22.11.2004 einstimmig beschlossen:

### I. Spruch

1. Der Antrag der Tele2 Telecommunication Services GmbH vom 5.04.2002 idF 10.05.2004 (ON 1, 52, 140) auf Abstellung des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung der Telekom Austria AG durch Erteilung eines Auftrages an die Telekom Austria AG zur Legung eines Großhandelsangebots betreffend den Zugang zur Anschlussleistung samt zugehörigen Nebenleistungen wird abgewiesen.

2. Der Eventualantrag der Tele2 Telecommunication Services GmbH vom 21.05.2002 idF 10.05.2004 (ON 52,140), die Telekom Austria AG zur Legung eines Angebotes zu verhalten, welches die Bereitstellung der in ON 52, Anl. ./1 und ./5 zu Blg. ./A angeführten Leistungen maximal zu den in ON 52, Anlage ./2 zu Blg. ./A genannten Entgelten binnen zweier Monate ab Bescheiderlassung zum Gegenstand hat und der Tele2 ermöglicht, auf Basis der Anschlussleistung selbst gestaltete Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung anzubieten, wird abgewiesen.

## **II. Begründung**

### **A. Verfahrensablauf**

( ... )

### **B. Festgestellter Sachverhalt**

( ... )

### **C. Beweiswürdigung**

( ... )

### **D. Rechtliche Beurteilung**

#### **1. Zuständigkeit**

Gemäß § 133 Abs. 2 TKG 2003 sind Verfahren, deren abschließender Bescheid aufgrund der Bestimmungen des TKG erlassen und durch Erkenntnis des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofes behoben wurde, nach der zum Zeitpunkt des abschließenden Bescheids bestandenen Sach- und Rechtslage zu Ende zu führen.

Da § 111 Z 10 TKG 1997 der Telekom-Control-Kommission u.a. die Entscheidung über Untersagung oder Auferlegung eines bestimmten Verhaltens sowie Erklärung von Verträgen als ganz oder teilweise unwirksam gemäß § 34 Abs. 3 TKG 1997 als Aufgabe zuwies, ergibt sich die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission aus § 133 Abs. 2 TKG 2003 iVm §§ 111 Z 10, 34 Abs. 3 TKG 1997.

#### **2. Anwendbare Sach- und Rechtslage**

Bei Anwendung von § 133 Abs. 2 TKG 2003 wäre das Verfahren auf Basis von § 34 TKG 1997 unter Zugrundelegung der Sachlage am 3.06.2002 und Beachtung der Rechte der Tele2 aus der ihr vom Verwaltungsgerichtshof zuerkannten Parteistellung fortzuführen.

Im vorliegenden Fall ist jedoch zweifelhaft, ob das § 133 Abs. 2 TKG 2003 zu entnehmende Neuerungsverbot („alte Sachlage“) auch hier Anwendung finden kann, da Tele2 im Falle einer Sachentscheidung im gegenständlichen Verfahren bei Zugrundelegung der Sachlage vom 3.06.2002 erneut um die ihr in den Nachfolgeverfahren W 3/02 und W 6/03 verwehrten, aus der Parteistellung resultierenden Mitwirkungsrechte verkürzt würde. Dies deshalb, weil in diesem Fall die Ermittlungsergebnisse der Verfahren W 3/02 und W 6/03 keinen Eingang in die Feststellungen dieses Verfahrens hätten finden können. Theoretisch hätte die Telekom-Control-Kommission damit auch von der zwischenzeitlichen Legung eines Resale-Angebots durch TA keine Kenntnis zu nehmen und das Verfahrensergebnis hätte daher nur auf eine an TA gerichtete Aufforderung bzw. bei deren Nichtbefolgung ggf. auf den Erlass eines an TA gerichteten Bescheides zur Vorlage eines nichtdiskriminierenden Resale-Angebots lauten können. Ein derartiges Ergebnis hält die Telekom-Control-Kommission jedoch für unvertretbar.

Die Übergangsbestimmung des § 133 Abs. 2 TKG 2003 zielte insbesondere auf Verfahren ab, bei denen Zusammenschaltungsbedingungen für vergangene Zeiträume festgelegt worden waren (vgl. Lehofer, ÖJZ 2003, 784); bei Bescheidaufhebung durch den Verwaltungsgerichtshof sind in diesen Fällen auch nur Zusammenschaltungsbedingungen für vergangene Zeiträume im Nachhinein festzulegen. Im Unterschied hierzu wirkt eine Entscheidung im gegenständlichen Verfahren erst für die Zukunft.

Vor meritorischen Entscheidungen in Zusammenschaltungsverfahren konnten die Verfahrensparteien aber zuvor idR von ihren umfassenden Stellungnahmerechten Gebrauch machen, weshalb in solchen Fällen nach Aufhebung des Bescheids durch den Verwaltungsgerichtshof ein Neuerungsverbot gerechtfertigt erscheint.

§ 133 Abs. 2 TKG 2003 ist daher im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofs hinsichtlich der Parteistellung der Tele2 teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass das gegenständliche Verfahren auf Basis der alten Rechtslage, jedoch unter Heranziehung der aktuellen Ermittlungsergebnisse fortgesetzt wird (für Fortführung von zum 20.08.2003 anhängigen Verfahren im Fall der Aufhebung „nicht abschließender Bescheide“ nach dem TKG 1997 idF vom 19.8.2003 und der aktuellen Sachlage (zum neuen Entscheidungszeitpunkt) insoweit zustimmend Lehofer aaO).

### **3. Sachlich und räumlich relevanter Telekommunikationsmarkt**

Die Stellung als „marktbeherrschendes Unternehmen“ bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen.

Aus den Bestimmungen des – gemäß § 133 Abs. 2 TKG 2003 hier anzuwendenden – TKG 1997, die für marktbeherrschende Unternehmen besondere Verpflichtungen enthalten, ergibt sich, dass nach dem TKG 1997 in sachlicher Hinsicht jedenfalls zwischen den Märkten für öffentlichen Sprachtelefoniedienst im Festnetz, für öffentlichen mobilen Sprachtelefoniedienst, für das öffentliche Anbieten von Mietleitungen sowie für Zusammenschaltungsleistungen zu unterscheiden ist (ständige Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission, vgl zuletzt Bescheid M 1/02-114 vom 20.09.2002). Der im vorliegenden Fall nach dem TKG 1997 maßgebliche sachlich relevante Markt ist der Markt für feste öffentliche Sprachtelefonie bzw. die diesem zu Grunde liegende öffentliche Netzinfrastruktur.

Der nach dem TKG 1997 räumlich relevante Telekommunikationsmarkt umfasst dasjenige Gebiet, in dem ähnliche objektive Wettbewerbsbedingungen (zB Konzessionsbedingungen) für die Telekommunikationsdienstleistungsanbieter gelten. Nach dem zur Interpretation des TKG 1997 auch heranziehbaren ONP-Rechtsrahmen (hier Art 4 Abs 3 der zwischenzeitlich außer Kraft getretenen RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG) gilt ein Telekommunikationsunternehmen als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es einen Anteil von über 25 % an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt in dem geografischen Gebiet in einem Mitgliedstaat, in dem es zugelassen ist, besitzt. Wesentlich für die Bestimmung der objektiven Wettbewerbsbedingungen ist somit der in der Konzession gemäß § 14 TKG 1997 angegebene geografische Umfang des Tätigkeitsgebietes; dies ist sowohl bei der TA als auch bei ihren Wettbewerbern das gesamte Bundesgebiet.

Aber selbst wenn im gegenständlichen Verfahren nicht das TKG 1997 zugrunde zu legen wäre, würde der Umstand, dass die RTR-GmbH am 17.10.2003 mit der TKMVO 2003 diejenigen relevanten nationalen Märkte kundgemacht hat, die der sektorspezifischen ex-ante-Regulierung unterliegen, in Bezug auf die Marktabgrenzung keinen Widerspruch begründen. Die im Rahmen dieser Verordnung abgegrenzten Telekommunikationsmärkte fußen zwar auf einer engeren Marktabgrenzung als diejenigen Märkte, auf denen die TA zuletzt gemäß § 33 TKG 1997 als marktbeherrschend festgestellt wurde. Aus § 37 Abs. 1 TKG 2003 ist jedoch zu schließen, dass die in der TKMVO 2003 abgegrenzten Märkte erst

im Rahmen der entsprechenden Marktanalysen Anwendung finden sollen. Zudem kann die Bestimmung des § 133 Abs. 7 TKG 2003 jedenfalls nur dahingehend ausgelegt werden, dass bis zum Abschluss der neuen Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003 bei Abgrenzung eines sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmarktes die der Marktbeherrschung des TKG 1997 immanenten vier Märkte zugrunde zu legen sind. Andernfalls würde das Ziel des § 133 Abs. 7 TKG 2003, eine Fortgeltung der Verpflichtungen für die gemäß § 33 TKG 1997 als marktbeherrschend festgestellten Unternehmer bis zum Abschluss der Marktanalyseverfahren sicher zu stellen, gänzlich leer laufen.

#### **4. Marktbeherrschung**

TA wurde mit Bescheid M 1/02-114 der Telekom-Control-Kommission vom 20.09.2002 auf den bundesweiten Märkten für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes und des öffentlichen Mietleitungsdienstes jeweils mittels eines festen Netzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen als marktbeherrschend festgestellt. Dieser Bescheid ist in Rechtskraft erwachsen und vom VwGH mit Erkenntnis vom 18.11.2003, Zl. 2002/03/0284, bestätigt worden. Aus den am 8.11.2004 von der Telekom-Control-Kommission beschlossenen Entwürfen von Vollziehungshandlungen in Bezug auf die Märkte für Zugang zum öffentlichen Sprachtelefondienst an festen Standorten für Privatkunden bzw. für Nichtprivatkunden geht hervor, dass TA über beträchtliche Marktmacht auf dem jeweiligen Markt verfügt; darüber hinaus wird ihr in beiden Entwürfen u.a. die Verpflichtung auferlegt, ein Standardangebot zu legen, um Betreibern öffentlich zugänglicher Telefondienste den Wiederverkauf der Anschlussleistung auf Basis eines Retail-Minus-Ansatzes zu ermöglichen.

#### **5. Nichtdiskriminierungsgrundsatz hinsichtlich der generellen Verpflichtung der TA zur Legung eines Großhandelsangebotes betreffend den Zugang zur Anschlussleistung**

Zu den sich für die TA aufgrund der Feststellung als nach § 33 TKG 1997 marktbeherrschendes Unternehmen aus dem TKG 1997 ergebenden Verpflichtungen gehört insbesondere die Beachtung des in § 34 TKG 1997 verankerten Nichtdiskriminierungsgebots. Gemäß § 34 Abs. 1 TKG 1997 hat ein Anbieter, der auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, Wettbewerbern auf diesem Markt unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in derselben Qualität Leistungen bereitzustellen, die er am Markt anbietet, oder die er für seine eigenen Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstellt. Gemäß § 34 Abs. 2 TKG 1997 darf der Zugang nur soweit beschränkt werden, als dies den grundlegenden ONP-Anforderungen (zB Netzintegrität, Sicherheit des Netzbetriebs) entspricht. Die Regulierungsbehörde kann einem Anbieter, der gegen § 34 Abs. 1 TKG 1997 verstößt, gemäß § 34 Abs. 3 TKG 1997 ein Verhalten auferlegen oder untersagen bzw. Verträge (ganz oder teilweise) für unwirksam erklären. Zuvor hat sie die Beteiligten aufzufordern, den Missbrauch abzustellen. Gemäß § 34 Abs. 4 TKG 1997 wird ein Missbrauch vermutet, wenn der marktbeherrschende Betreiber sich selbst oder einem verbundenen Unternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten oder am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen ermöglicht, als er sie den Wettbewerbern bei der Nutzung dieser Leistungen für ihre Dienstleistungsangebote einräumt.

TA stellt die in Anlage 1 „Technisches Handbuch“ und Anlage 5 „Leistungsbeschreibungen“ zum Großhandelsangebot der TA idF vom 24.05.2004 angeführten Einzelleistungen ihrem eigenen für den Endkundenvertrieb zuständigen Geschäftsfeld zur Verfügung.

Das Nichtbestehen einer Verpflichtung zur Gewährung eines Zugangs für Wettbewerber zu den unter dem Begriff „Anschlussleistung“ zusammengefassten Leistungen kann insbesondere nicht - wie von TA im Zuge des Verfahrens mehrfach vorgebracht wurde - damit begründet werden, dass den Wettbewerbern als Netzzugangsleistung die Möglichkeit zur Entbündelung zur Verfügung stehe: nach ständiger Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission zu § 34 TKG 1997 ist die Nichtdiskriminierungsverpflichtung nicht auf Netzzugangsleistungen beschränkt, sondern umfasst ganz allgemein jedes diskriminierende Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens.

Als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes ist TA daher verpflichtet, ihren Wettbewerbern gemäß § 133 Abs. 2 TKG 2003 iVm § 34 Abs. 1 TKG 1997 den Zugang zu den unter dem Begriff „Anschlussleistung“ zusammengefassten Leistungen zu gleichwertigen Bedingungen in derselben Qualität anzubieten, die sie sich selbst bzw. ihrem eigenen für den Endkundenvertrieb zuständigen Geschäftsfeld bereitstellt, und muss deshalb auch ihren Wettbewerbern Zugang zu diesen Leistungen gewähren.

## **6. Wettbewerber**

Das Nichtdiskriminierungsgebot des § 34 Abs. 1 TKG 1997 setzt voraus, dass die in nicht diskriminierender Weise unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen bereitzustellenden Leistungen von Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmers nachgefragt werden.

In Bezug auf die Erbringung von Festnetzsprachtelefondiensten stehen alternative Anbieter im Wettbewerb mit der TA: Beide bieten selbst Festnetzsprachtelefondienste gegenüber Endkunden an. Es handelt sich hierbei um die gleichen Telekommunikationsdienste auf Basis der sowohl von TA als auch von den alternativen Anbietern genutzten Infrastruktur, dem öffentlichen Telekommunikationsnetz. Hinsichtlich Festnetzsprachtelefondiensten sind alternative Anbieter wie zB Tele2, UTA und eTel deshalb als Wettbewerber der TA im Sinne von § 34 Abs. 1 TKG 1997 anzusehen.

## **7. Nichtdiskriminierungsgrundsatz hinsichtlich des Umfangs der im Rahmen eines Großhandelsangebotes betreffend den Zugang zur Anschlussleistung bereitzustellenden Leistungen**

Unstreitig bietet TA die unter Pkt 1.) des Sachverhalts angeführten Leistungen ihrem für den Endkundenvertrieb zuständigen Geschäftsfeld an. Bei den von Tele2 und anderen Wettbewerbern nachgefragten Leistungen handelt es sich hinsichtlich der in AGB, Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen der TA abgebildeten Leistungen sowie der Leistung „Abwicklung von Verbindungen, die trotz Verbindungsnetzbetreibervorauswahl gemäß der Erreichbarkeitstabelle (vgl Bescheid der Telekom-Control-Kommission Z 20/01-38 vom 18.03.2002, Anhang 21) im Netz der TA verbleiben“ jedenfalls um Telekommunikationsdienstleistungen; die Leistungen „Herstellung eines Anschlusses“ und „Netzservice“ sowie sonstige technisch erforderliche Leistungen bei Herstellung oder Übertragung eines Anschlusses, Leistungen im Rahmen der Durchführung von technischen Überprüfungen (zB bei Rechnungseinspruch) sowie die in Anlage 1 „Technisches Handbuch“ angeführte Leistung „Bereitstellung der für die Weiterverrechnung erforderlichen Call Detail Records“ stehen zum Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes in einem derart engen Konnex, dass sie jedenfalls demselben Markt zuzurechnen sind.

Eine Subsumtion der unter Punkt 1. des Sachverhalts angeführten, von Tele2 nachgefragten Leistungen unter den Leistungsbegriff des § 34 TKG 1997 ist nicht, wie von TA vorgebracht, bereits deshalb ausgeschlossen, da der in § 3 Z 14 TKG 1997 legaldefinierte Begriff

„Telekommunikationsdienst“ den bloßen Wiederverkauf von (Handel mit) Telekommunikationsdienstleistungen (zB Telekommunikationsdienstleistungen in Hotels) nicht umfasst.

Zweck dieser Norm ist vielmehr, im Interesse eines Abbaus von Marktzutrittsschranken eine doppelte Aufsicht insbesondere über konzessionspflichtige Telekommunikationsdienste zu vermeiden. Ein Grund dafür, warum Wiederverkäufer vom Wettbewerberbegriff des § 34 TKG 1997 ausgenommen sein sollten, insbesondere dann, wenn – wie hier – Personenidentität zwischen einem – als Wettbewerber anzuerkennenden – Netzbetreiber einerseits und einem Wiederverkäufer andererseits besteht und der Wettbewerber als Wiederverkäufer ein Vorprodukt nachfragt, ist nicht ersichtlich. Auch die vom Marktbeherrscher vorgenommene Beschränkung der Nachfrage eines Wiederverkäufers nach Telekommunikationsdienstleistungen, die Vorprodukte des Marktbeherrschers sind, kann dem Nichtdiskriminierungsgebot des § 34 TKG 1997 widersprechen. Darüber hinaus kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass die nachgefragten TA-Produkte von Tele2 in unveränderter Form weiterverkauft werden. Das Vorbringen der Tele2, dass die Leistungen veredelt werden, erscheint jedenfalls nicht unplausibel. In diesem Fall ist § 3 Z 14 TKG 1997 ohnehin nicht einschlägig.

#### 7.1. Auskunftsdienst, Eintrag ins Teilnehmerverzeichnis, Telefonbuch

Hinsichtlich des Umstands, dass TA sich weigert, den im Rahmen des Großhandelsangebotes auf Tele2 umgestellten Teilnehmern den Zugang zum TA-Auskunftsdienst sowie den Eintrag in ihr Teilnehmerverzeichnis und einen kostenlosen Eintrag in ihr Telefonbuch im Rahmen des Großhandelsangebots zu dem von Tele2 begehrten Großhandelsabschlag zu ermöglichen, vermag die Telekom-Control-Kommission eine Diskriminierung im Sinn des § 34 TKG 1997 nicht zu erkennen.

Die Bereitstellung des Auskunftsdienstes und die Führung eines Teilnehmerverzeichnisses stellen originäre Verpflichtungen aller Anbieter öffentlicher Sprachtelefondienste dar, die sich aus §§ 19 Z 1 u. Z 2, 96 Abs. 1 TKG 1997 (nunmehr §§ 18 Abs. 1 Z 1 u. 2, 69 Abs. 3 TKG 2003) ergibt. Die bereits im Rahmen des TKG 1997 geübte Regulierungspraxis, nach der Verbindungsnetzbetreiber weder ein Teilnehmerverzeichnis zu führen noch einen Auskunftsdienst zu unterhalten hatten, die nunmehr in § 18 Abs. 2 TKG 2003 einen expliziten Niederschlag gefunden hat, kommt im vorliegenden Fall nicht zum Tragen. § 87 Abs. 3 Z 3 TKG 2003 definiert den „Teilnehmer“ als „eine natürliche Person, die mit einem Anbieter eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes einen Vertrag über die Inanspruchnahme dieser Dienste abgeschlossen hat“. Da der Vertrag eines Endkunden mit TA durch Migration zu einem Resale-Partner der TA beendet wird (dies entspricht einer TA-netzinternen Rufnummernportierung zum Resale-Partner als aufnehmendem Kommunikationsdienstebetreiber), sind Teilnehmerverzeichnis bzw. telefonischer Auskunftsdienst von demjenigen Anbieter eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes zu führen bzw. zu erbringen, mit welchem der Teilnehmer einen Vertrag über die Inanspruchnahme von Diensten abgeschlossen hat; dies ist bei Fortbestehen des Vertragsverhältnisses zwischen Teilnehmer und TA die TA, bei Kündigung dieses Vertragsverhältnisses durch den Teilnehmer und Portierung zu einem neuen Anbieter der neue Anbieter. Darüber hinaus steht es Tele2 frei, diesbezüglich gesonderte privatrechtliche Vereinbarungen – etwa mit anderen Anbietern von Auskunftsdiensten am Markt – abzuschließen; ein Abschluss derartiger Vereinbarungen wurde von TA etwa hinsichtlich der Leistung „Eintragung in das Teilnehmerverzeichnis“ auch bereits angeboten.

#### 7.2. Telefonüberwachung

Nach § 2 Z 1 der Überwachungsverordnung („ÜVO“, BGBl II Nr. 418/2001 v. 30.11.2001 idF BGBl II Nr. 559/2003) trifft die Pflicht zur Mitwirkung bei behördlichen Telefonüberwachungen Anbieter öffentlicher Sprachtelefondienste mit physikalisch angeschlossenen Teilnehmern. Auch die auf Resale-Partner umgestellten Teilnehmer bleiben physikalisch an das Netz der TA angeschlossen. Aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts der Verordnung bleibt für eine anderslautende Auslegung kein Raum. Nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission ist es jedoch im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot nicht zu beanstanden, wenn TA zur Abgeltung der ihr im Zusammenhang mit der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach der ÜVO in Bezug auf Teilnehmer des Resale-Partners entstehenden Ausgaben eine Beteiligung der Resale-Partner an den entsprechenden Kosten verlangt.

### 7.3. Überlassung und Vor-Ort-Service von Endgeräten

Hinsichtlich der Leistungen Überlassung bzw. Vor-Ort-Service von Endgeräten geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass es Tele 2 bei den heutigen geringen Herstellungskosten von Endgeräten und unter Berücksichtigung der von TA gemäß § 5 FTEG bekannt gegebenen Schnittstellen (abrufbar auf der Website des BMVIT unter <http://www.bmbit.gv.at>) problemlos möglich sein dürfte, ihren Kunden geeignete Endgeräte zur Verfügung zu stellen; vor dem Hintergrund der an ihr beteiligten Unternehmen verfügt Tele 2 sowohl über den Zugang zu den entsprechenden Lieferanten als auch über ausreichende Finanzmittel, so dass sie diese Dienstleistung gegenüber ihren Endkunden erbringen kann, ohne auf Vorleistungen seitens TA angewiesen zu sein. Hinzu kommt, dass viele der TA-Neukunden ihr Endgerät nicht von TA beziehen, sondern selbst auf dem Elektrogerätemarkt beschaffen. Unter Berücksichtigung der immer kürzer werdenden Produktlebenszyklen von Endgeräten stellt es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch keine Markteintrittsbarriere für Tele 2 dar, wenn Überlassung bzw. Vor-Ort-Service von Endgeräten von TA ohne Großhandelsabschlag angeboten werden. Nach wie vor steht beiden Parteien die Möglichkeit offen, im Verhandlungswege diesbezüglich eine Einigung zu erzielen. Ein Großhandelsabschlag in Bezug auf derartige Leistungen muss deshalb nicht gewährt werden.

Aus den unter Pkt. 7.1. bis 7.3. der rechtlichen Beurteilung dargelegten Gründen war auch der Antrag der Tele2, die Amtssachverständigen mit der gutachterlichen Klärung der Höhe der Zugangsentgelte für die mit der Anschlussleistung verbundenen Nebenleistungen (Telefonbucheintrag, Auskunftsdienst, Überlassung von Endgeräten, Endgeräte-vor-Ort-Service) zu beauftragen, abzuweisen.

### 7.4. Verbindungsleistungen

Hinsichtlich der von Tele2 behaupteten Diskriminierung in Bezug auf die im Großhandelsangebot angeführten Verbindungsentgelte (vgl. Großhandelsangebot Anl. ./2, Pkt. I.1.4. A. 2.) hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass diese Verbindungsentgelte im Hinblick auf § 34 TKG 1997 keinen Bedenken begegnen.

Ähnlich wie in jenen Fällen, in denen ein Teilnehmer, der Carrier Preselection eingerichtet hat und für eine einzelne Verbindung explizit durch Vorwahl von 1001 die TA auswählt und daher dieses Gespräch auf der Rechnung der TA zum Preis der seinem Grundentgelt entsprechenden Tarifoption verrechnet erhält, wird im vorliegenden Fall, in welchem der Kunde kein Vertragsverhältnis mit TA hat und die dem Grundentgelt entsprechende Leistung gegenüber dem Kunden vom Resale-Partner erbracht wird, die Verbindung zu dem im Großhandelsangebot angeführten Entgelt tarifiert und – aufgrund des fehlenden Vertragsverhältnisses zwischen TA und Teilnehmer – vom Resale-Partner für Rechnung von TA inkassiert. Die Festlegung der Höhe dieses Verbindungsentgelts liegt in der

privatautonomer Gestaltungsfreiheit von TA genauso wie die Höhe der Verbindungsentgelte in allen anderen von ihr am Markt angebotenen Tarifoptionen.

Zudem sind im Gegensatz zu den unter dem Begriff „Zugang zur Anschlussleistung“ zusammengefassten Leistungen die von TA angebotenen Verbindungsleistungen für Tele2 als Verbindungsnetzbetreiber, der über mit TA bestehende Netzzusammenschaltungsverträge verfügt, aufgrund der Verpflichtung der TA zu kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelten problemlos nachbildbar.

## **8. Nichtdiskriminierungsgrundsatz hinsichtlich der im Großhandelsangebot idF vom 24.05.2004 enthaltenen Konditionen**

### 8.1. monatliches Überlassungsentgelt

Hinsichtlich der für im Rahmen des Großhandelsangebots bereitzustellen Leistungen ist die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung gelangt, dass die monatlichen Überlassungsentgelte auf Basis eines Retail-Minus-Ansatzes (Endkundenpreise des Incumbent abzüglich vermeidbarer Kosten für Distribution und Vertrieb) festzulegen sind. Ausgehend davon wurde in dem im Auftrag der Telekom-Control-Kommission erstellten wirtschaftlichen Teilgutachten (ON 74) ein monatliches Überlassungsentgelt für POTS-Anschlüsse in der Höhe von EUR 12,37 exkl. Ust errechnet. Demgegenüber bietet TA in ihrem Großhandelsangebot idF 24.05.2004 ein monatliches Überlassungsentgelt für POTS-Anschlüsse in der Höhe von EUR 12,70 exkl. Ust an.

#### 8.1.1. Basis für Großhandelsabschlag bei POTS-Anschlüssen

Die Telekom-Control-Kommission ist der Auffassung, dass als Ausgangsbasis für die Retail-minus-Berechnung wie auch im Gutachten der Amtssachverständigen (ON 74) das Durchschnittsentgelt über alle Teilnehmer innerhalb der einzelnen Anschlussart (POTS- bzw. ISDN-Basis-Anschluss) zur Anwendung gelangen muss.

Dem Verlangen der Tele2, dass anstelle des Durchschnittsentgelts über alle Teilnehmer innerhalb der einzelnen Anschlussart die niedrigste Tarifoption als Grundlage zur Berechnung des monatlichen Überlassungsentgelts für POTS-Anschlüsse heranzuziehen sei, vermag sich die Telekom-Control-Kommission nicht anzuschließen.

Die Notwendigkeit einer Heranziehung gemittelter Durchschnittswerte ergibt sich bereits aus den auf Tarifgenehmigungen anwendbaren Grundsätzen, wonach die Summe aller Grundentgelte die Summe der Zugangskosten zu decken imstande sein muss (vgl. Empfehlung 98/322/EC der Eur. Kommission zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 2 – getrennte Buchführung und Kostenrechnung) v. 8.04.1998, ABI L 141/6, 13.05.98 und Telekom-TarifgestaltungsVO, BGBl Nr. 650/1996) und Grundentgelte im Mittel kostenorientiert zu sein haben, dh, dass Grundentgelte in einzelnen Tarifoptionen durchaus für sich betrachtet kostenunter- bzw. – überdeckend sein können. Nur ein gemittelt Grundentgelt kann daher als für sich kostendeckend angesehen werden. Dass TA in einzelnen Tarifoptionen im Rahmen von Optionaltarifen Tarife unter dem Mittelwert anbietet, um Kundenpräferenzen besser gerecht werden zu können, darf jedoch nicht dazu führen, dass ein allenfalls vom niedrigsten Grundentgelt vorzunehmender Großhandelsabschlag zu einem kostenunterdeckenden Vorleistungspreis führt. Bei Heranziehung eines kostendeckenden Durchschnittswerts als Basis für das monatliche Überlassungsentgelt ist es jedoch auch dem alternativen Anbieter unbenommen, seine Endkundengrundentgelte – in Kombination mit den von ihm über Carrier



Preselection angebotenen Verbindungsentgelten – nach unterschiedlichen kundensegment-spezifischen Anforderungen mit unterschiedlichen Kostendeckungsgraden zu gestalten.

Hinzu kommt, dass bei freier Tarifgestaltung die Endkunden die Tarifoption frei wählen können und bei rationalem Verhalten der Endkunden ein Auswahlprozess unter Zugrundelegung des kundenindividuellen Gesprächsprofils (Gesprächsverhaltens) zur Wahl jener Tarifoption führt, die für den jeweiligen Kunden mit den geringsten Kosten verbunden ist. Alleine schon diese Wahlmöglichkeit steigert den Kundennutzen und wirkt so wohlfahrtserhöhend. Ein einheitliches Grundentgelt der TA für sämtliche ihrer Teilnehmer stünde auf Grund der mit der Existenz von Optionaltarifen verbundenen wohlfahrtsfördernden Effekte (bessere Entsprechung gegenüber individuellen Konsumentenpräferenzen) im Widerspruch zu dem in §§ 1 Abs. 2 Z 2, 32 Abs. 1 Z 1 TKG 1997 formulierten Regulierungsziel der „Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs“ und ist daher abzulehnen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission muss der Erhalt eines „level playing field“ in Bezug auf Retail-Kunden zwischen der TA als durch § 34 TKG 1997 verpflichtetem Anbieter der im Großhandelsangebot enthaltenen Leistungen und ihrer Resale-Partner gewährleistet bleiben.

Zudem kann bei der Findung des Großhandelspreises, der auf sämtliche interessierten Nachfrager Anwendung finden soll, nicht auf jeweils unterschiedliche Kundenstrukturen oder Geschäftsmodelle der jeweiligen Nachfrager abgestellt werden, da diese von Unternehmen zu Unternehmen gänzlich verschieden ausfallen. Vielmehr kann die aus § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 34 TKG 1997 resultierende Nichtdiskriminierungsverpflichtung der TA in Bezug auf den Wiederverkauf der Anschlussleistung nur mit einem einheitlichen Großhandelsangebot abgedeckt werden, welches den Interessen einer möglichst großen Anzahl an potenziellen Nachfragern technisch und wirtschaftlich gerecht zu werden vermag und zumindest mittelfristig auch eine gewisse Skalierbarkeit für den Fall eines Hinzutretens weiterer Resale-Partner mit unterschiedlichen Geschäftsmodellen erlaubt.

Der von Tele2 geäußerten Befürchtung, dass diese auf Grund ihrer Fokussierung auf Privatkunden bei einer Berechnung des Großhandelsabschlags ausgehend vom gemittelten Durchschnittsentgelt über alle Tarifoptionen nicht in der Lage sein werde, ihre eigenen Endkundenentgelte im Vergleich zu den von TA angebotenen kompetitiv zu gestalten, vermag sich die Telekom-Control-Kommission nicht anzuschließen, da Tele2 als nicht marktbeherrschender Betreiber auf dem relevanten Markt bei Inanspruchnahme des verfahrensgegenständlichen Großhandelsangebotes im Vergleich zu TA weitaus größere Freiheiten bei der Entgeltgestaltung genießt und ihre Tarife weder kostenorientiert noch quersubventionierungsfrei gestalten muss.

#### 8.1.2. Nichtvorliegen einer Preis-Kosten-Schere

Hinsichtlich des von Tele2 behaupteten Vorliegens einer Preis-Kosten-Schere (auch „price squeeze“ oder „margin squeeze“) in Bezug auf die Höhe des monatlichen Überlassungsentgelts für POTS-Anschlüsse hat die Telekom-Control-Kommission erwo-gen:

Eine Preis-Kosten-Schere liegt entgegen den Behauptungen von Tele2 auch nach den Berechnungen der Amtssachverständigen weder bei einem Vergleich des monatlichen Überlassungsentgelts für POTS-Anschlüsse mit dem durchschnittlichen Grundentgelt (eigentlicher „margin squeeze“) noch bei dem zusätzlich angestellten Vergleich mit den Grundentgelten der Tarifoption TikTak privat (ohne Hineinrechnung der – mittlerweile von TA nicht mehr in Verbindung mit dem Grundentgelt angebotenen – Freiminuten) – wie im Gutachten Stepan/Sögner gefordert – vor.

Der Retail-minus-Ansatz geht von den Endkundenentgelten des Incumbent aus und bringt jene Kosten der Vertriebssebene in Abzug, die sich der Incumbent bei der Zurverfügungstellung des Resale-Produktes ersparen könnte (vermeidbare Kosten). Daher ist davon auszugehen, dass ein gleich effizienter Betreiber unter den gleichen Umständen Kosten in gleicher Höhe auf der Vertriebssebene hat. Für einen gleich effizienten Betreiber ist mit dem Ansatz des Retail minus eine Preis-Kosten-Schere per Definition ausgeschlossen. Die Retail-minus-Berechnung stellt somit die eigentliche Margin-Squeeze-Rechnung dar (vgl. ON 74, S. 42). Da diese auf Basis der Kosten des Incumbent vorgenommen wurde, ist die von Tele2 wiederholt vorgebrachte Kritik, dass die Amtssachverständigen bei der von ihnen vorgenommenen Berechnung der Preis-Kosten-Schere in methodisch grob falscher Weise von den im – rechtlich nicht verbindlichen - ERG-Positionspapier (vgl. ERG 03-30, rev. 1, „ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“, Annex „Margin squeeze – dealing with economies of scope and scale“) vorgezeichneten Grundsätzen abgewichen wären, nicht haltbar.

Demgegenüber zieht der im Gutachten zusätzlich angestellte Vergleich (ON 74, S. 47/48) im Gegensatz zur eigentlichen Margin-squeeze-Rechnung nicht nur den relevanten Durchschnittsbetrag der Grundentgelte heran, sondern untersucht, ob es statt dem abstrakten effizienten Betreiber konkret der Tele2 auch unter nicht vergleichbaren, sondern ihren spezifischen Umständen (Kundenstruktur, Geschäftsmodell) möglich ist, ein konkurrenzfähiges Endkundenprodukt auf den Markt zu bringen. Bei den Vertriebskosten der Tele2 wird auf die ihr konkret zusätzlich entstehenden Kosten abgestellt.

Die Retail-minus-Rechnung als eigentlicher margin-squeeze-Test (ON 74, S. 42) stellt die vom Durchschnittsbetrag der Endkundenentgelte in Abzug zu bringenden vermeidbaren Kosten der TA für Produktmanagement, und Vertrieb, Billing, Back Office und Entgelteinsprüche je Anschluss in den Kategorien POTS, ISDN-Basis- und ISDN-Multianschluss dar. Die pro POTS-Anschluss anteilig anzusetzenden vermeidbaren Kosten betragen EUR [REDACTED] und beinhalten auch anteilige Werbekosten iHv EUR [REDACTED] je POTS-Anschluss.

Diesbezüglich hat die Telekom-Control-Kommission erwogen:

Werbung wird von Telekom-Unternehmen zumeist für Produktbündel, aber auch in hohem Ausmaß für die positive Wahrnehmung der Marke sowie Darstellung des Unternehmens in der Öffentlichkeit verwendet. Isolierte Werbung ausschließlich für Grundentgelte von Sprachtelefonieprodukten von Telekommunikationsunternehmen konnte in der Vergangenheit nicht beobachtet werden. Darüber hinaus richten sich die Werbeaufwendungen von Unternehmen eher auf die Gewinnung von Neukunden als an bereits bestehende Kunden. Die Telekom-Control-Kommission ist aus diesen Gründen zu der Erkenntnis gelangt, dass anders als im Gutachten (ON 74, S. 42) angenommen Werbekosten im Rahmen des Retail-minus-Ansatzes nicht dem Grundentgelt zurechenbar sind.

Bei Weglassung der Werbekosten iHv EUR [REDACTED] pro POTS-Anschluss aus den oben genannten Gründen reduziert sich die Summe der vermeidbaren Kosten von zuvor EUR [REDACTED] pro POTS-Anschluss auf EUR [REDACTED] pro POTS-Anschluss; hieraus ergeben sich die dem monatlichen Überlassungsentgelt zu Grunde legenden Kosten für einen POTS-Anschluss gemäß dem Retail-minus-Ansatz mit EUR 12,75. Dieser Wert kommt um 11,2% unterhalb des oben (vgl. Pkt. 8.1. der rechtlichen Beurteilung) angegebenen durchschnittlichen POTS-Grundentgelts iHv EUR 14,36 zu liegen. Unter Berücksichtigung des nachfolgend angeführten, im Gutachten der Amtssachverständigen zusätzlich angestellten Vergleichs steht zur Überzeugung der Telekom-Control-Kommission fest, dass das im Großhandelsangebot von TA niedriger angesetzte monatliche Überlassungsentgelt für POTS-Anschlüsse iHv EUR 12,70 exkl. USt angemessen und geeignet erscheint, um Tele2 hinreichende Handlungsspielräume für Endkundenangebote bei Sprachtelefonieprodukten zu eröffnen.

Für die bei der Berechnung im Rahmen des zusätzlich angestellten Vergleichs in Frage kommenden Kosten der Vertriebsleistung von Tele2 wurden im Gutachten der Amtssachverständigen verschiedene Ansätze gewählt. Während Variante 1 und 2 (ON 74, S. 47) das Umstellungsentgelt mitenthalten (d.h. keine gesonderte Weiterverrechnung durch den Resale-Partner an den Endkunden als Aktivierungsentgelt), gehen die Varianten 3 und 4 (ON 74, S. 48) unter Weglassung des Umstellungsentgelts von einer gesonderten Verrechnung des Umstellungsentgelts an den Endkunden in Form eines Aktivierungsentgelts aus. Zwar stellt ein Aktivierungsentgelt bei Wechsel des Netzbetreibers eine gewisse Wechselbarriere dar; andererseits ist eine gesonderte Weiterverrechnung des Aktivierungsentgelts gegenüber Endkunden branchenüblich und für Teilnehmernetzbetreiber oder Betreiber mit Infrastrukturinvestitionen zB für Entbündelung auch notwendig. Auch Aktivierungsentgelte im Mobilfunkbereich bewegen sich in vergleichbarer Höhe wie das im Großhandelsangebot enthaltene Umstellungsentgelt. Im Ergebnis hält die Telekom-Control-Kommission eine Weiterverrechnung des Umstellungsentgelts an den Endkunden aufgrund der diesem in Aussicht gestellten Wechselvorteile für wirtschaftlich tragbar.

Ein weiterer maßgeblicher Faktor für die Kosten der Vertriebsleistung ist der Faktor „bad debts“. Dieser kann im Vergleich zu dem von Tele2 gegenüber den Amtssachverständigen angegebenen Wert niedriger angesetzt werden (vgl. ON 74, S. 48, Variante 4), da die Einbringlichkeit von Grundentgelten schon allein wegen der Gefahr für den Endkunden, dass der Anschluss bei Nichtbezahlung gesperrt wird, wesentlich höher ist, und Grundentgelte darüber hinaus üblicherweise im Voraus verrechnet werden, was das Risiko der Nichteinbringlichkeit weiter reduziert. Die Möglichkeit sanktionierender Maßnahmen gegenüber dem Endkunden bei Nichtbezahlung des Grundentgelts wie zB Sperrung des Anschlusses steht bei Inanspruchnahme des gegenständlichen Großhandelsangebots auch Tele2 zur Verfügung.

Darüber hinaus kommt hinzu, dass anders als bei dem im Gutachten zusätzlich angestellten Vergleich (ON 74, S. 47/48) die dort angeführten anteiligen Beträge für das Upfront payment sowie der dazugehörige Kapitalkostenanteil nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission nicht zu berücksichtigen sind, da die Investitions- und Implementierungskosten nicht nur von Tele2 zu tragen sind, sondern ein wesentlicher Teil hiervon aus wettbewerblichen Gründen von TA selbst zu tragen ist. Die entsprechende Kostenposition ist deshalb bei der Tele2 nicht in Ansatz zu bringen, da diese Kosten auch auf Seiten der TA pro Teilnehmer anfallen.

Unter Berücksichtigung der og. Faktoren ergibt sich für den im Gutachten zusätzlich angestellten Vergleich (ON 74, S. 48, Variante 4) bei einem monatlichen Überlassungsentgelt iHv EUR 12,70 unter Hinzurechnung der konkret der Tele2 zusätzlich entstehenden Kosten auf Retalebene iHv insgesamt EUR [REDACTED] pro Anschluss (bereits in der Tabelle ON 74, S. 48, Variante 4 enthalten) sowie Weglassung des Upfront payment (anteilige Investitions- und Implementierungskosten) und der zugehörigen Kapitalkosten sowie Weglassung des Umstellungsentgelts (bereits in der Tabelle ON 74, S. 48, Variante 4 enthalten) ein Betrag iHv EUR 12,96. Hierdurch wird das Grundentgelt in der Tarifoption TikTak Privat iHv EUR 13,32 exkl. USt um EUR 0,36 und der Standardtarif (dzt. mehr als die Hälfte aller POTS-Teilnehmer) iHv EUR 14,53 exkl. USt um EUR 1,57 exkl. USt unterschritten. Eine Differenz in diesem Ausmaß erlaubt es einem alternativen Anbieter nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission selbst ohne die von Tele2 mehrfach angekündigte Einführung neuer, innovativer Produkte und der dadurch erzielbaren Margen jedenfalls, ein wettbewerbsfähiges Endkundenprodukt auf dem Markt zu platzieren.

Hinsichtlich des in der von Tele2 vorgelegten gutachterlichen Stellungnahme von Stepan/Sögner (ON 148) behaupteten systematischen Wettbewerbsnachteils, der auf Grund von Größenvorteilen der TA auf Retail-Ebene zustande kommen soll, sind empirische Belege nicht ersichtlich; zudem treffen solche Argumente nur in Bezug auf einzelne Aspekte zu, wobei es gleichzeitig aber insgesamt nicht von vornherein auf der Hand liegt, dass multinationalen Konzernen wie Tele2 nicht ebenso günstige Einkaufskonditionen zur

Verfügung stehen: so haben die verschiedenen Tele2-Ländergesellschaften europaweit das Billing an ein Tochterunternehmen ausgelagert und können hierdurch erhebliche Verbund- und Größenvorteile realisieren.

Dem Antrag der Tele2, die Amtssachverständigen mit einer Neuverfassung bzw. Teilberichtigung des wirtschaftlichen Teilgutachtens zu beauftragen (ON 140), kann nicht entsprochen werden, da die Telekom-Control-Kommission der Ansicht der Tele2, der von den Gutachtern zusätzlich angestellte Vergleich sei grob mangelhaft (ON 140, S. 10), nicht beipflichten kann. Zum einen wurden die vermeidbaren Kosten der TA von den Gutachtern mit großer Vorsicht angesetzt und liegen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission tatsächlich noch wesentlich niedriger. Zum anderen widerspricht der von Tele2 vorgenommene Vergleich mit dem Grundentgelt der Tarifoption TikTak Privat der Überzeugung der Telekom-Control-Kommission, dass als Ausgangsbasis für die Berechnung des Großhandelsabschlags jedenfalls ein durchschnittliches Grundentgelt zum Ansatz gelangen muss. Die Genehmigung neuer Entgeltbestimmungen der TA mit Bescheid G 30/04-13 der Telekom-Control-Kommission steht einer Heranziehung der im wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen verwendeten Werte nicht entgegen, da gegenüber den im Gutachten verwendeten, mit Bescheid G 7/03-18 genehmigten Grundentgeltbeträgen keine Veränderung eingetreten ist. Ebenso wenig hält die Telekom-Control-Kommission eine Aktualisierung der Teilnehmerzahlen pro Anschlussart bzw. der Summe der erzielten Grundentgelterlöse für erforderlich, da beide Werte miteinander korrespondieren und mit Abnahme der Teilnehmerzahl auch die Summe der erzielten Grundentgelterlöse zurückgeht.

#### 8.1.3. Verhältnis zu Rabatten

Hinsichtlich der von Tele2 (ebenfalls als Beleg für eine Preis-Kosten-Schere) angeführten, von TA gewährten Endkundenrabatte ist auszuführen, dass diese im Gegensatz zu der von Tele2 vertretenen Auffassung entsprechend den mit Bescheid G 23/98-6 genehmigten Rabattbestimmungen auf Wiederverkäufer und somit auch auf Großhandels- oder Zusammenschaltungspartner keine Anwendung finden.

Dass Endkundenrabatte bei Großkunden der TA wie großen Unternehmen oder Institutionen wie der Republik Österreich in Einzelfällen bei den diesen Großkunden angebotenen Retail-Entgelten zu einer Unterschreitung der im Großhandelsangebot enthaltenen Wholesale-Entgelte führen können, erklärt sich aus den von diesen Kunden generierten Volumina; überdies errechnen sich diese Rabatte aus Rechnungsbeträgen, die zum Großteil Verbindungsentgelte enthalten (amtsbekannt), und können daher für einen Vergleich mit dem auf Basis von Retail-Grundentgelten ermittelten monatlichen Resale-Überlassungsentgelt für POTS-Anschlüsse nicht herangezogen werden, weshalb auch der von Tele2 gestellte Antrag auf Beischafterung des zwischen TA und BundesbeschaffungsgmbH geschlossenen Vertrages vom 1.07.2003 über die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen an die Republik Österreich, GZ 1001022, samt allfälligen späteren Modifikationen oder Neufassungen (ON 140) abzuweisen war.

Werden Rabatte auf Grund von Kosteneinsparungen im Vertrieb wegen höherer Abnahmemengen gewährt, so sind sie im Rahmen des Retail-minus-Ansatzes nicht zusätzlich in Abzug zu bringen, weil der dabei angewendete Abschlag bereits alle Vertriebsleistungen enthält und somit ein nochmaliger Abzug nicht durchführbar ist.

Die von Tele2 vorgebrachte und im Gutachten Stepan/Sögner wiederholte Forderung, dass Freiminuten und sonstige Bündelungsformen von den Grundentgelten zu entkoppeln sind, wurde durch die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu G 30/04 am 10.05.2004, mit der neue Endkundenentgelte der TA genehmigt wurden und in der auch einer

entsprechenden Entscheidung des Kartellgerichts (29 Kt 8, 9/04-16 v. 18.03.2004) Rechnung getragen wurde, gegenstandlos.

#### 8.1.4. Verhältnis zum monatlichen Überlassungsentgelt bei Entbündelung

Im Übrigen hat die Telekom-Control-Kommission bei der Würdigung der im Großhandelsangebot der TA enthaltenen Konditionen unter dem Gesichtspunkt der Nichtdiskriminierung auch auf die Interessen des Gesamtmarktes Bedacht zu nehmen.

So sind insb. bei der Beurteilung der Höhe des monatlichen Überlassungsentgelts für Resale-Anschlüsse immer auch einerseits die genehmigten Endkundenentgelte der TA und andererseits der Zugangspreis für die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Endkundenentgelte wurde bereits oben zu Pkt. 8.1.2. der rechtlichen Beurteilung festgehalten, dass eine Preis-Kosten-Schere bei einem monatlichen Überlassungsentgelt für POTS-Anschlüsse iHv EUR 12,70 nicht vorliegt. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Wiederverkauf der Anschlussleistung und Entbündelung wurde von verschiedenen Betreibern wie etwa der Verfahrenspartei UTA zu Bedenken gegeben, dass die Preisgestaltung im Großhandelsangebot keinesfalls zu einer preislichen Verzerrung in Bezug auf Vorleistungsentgelte wie etwa für den Zugang zur entbündelten TASL und daraus resultierend zu einer Entwertung der Infrastrukturinvestitionen alternativer Betreiber sowie zu entsprechenden frustrierten Kosten führen dürfe. Alternative Betreiber, die in größerem Ausmaß in Infrastruktur investieren, wie dies bei der Entbündelung idR der Fall ist, sind einem größeren finanziellen Risiko in Bezug auf die Rentabilität ihrer Investitionen ausgesetzt. Im Hinblick auf das in §§ 1 Abs. 2 Z 1 TKG 1997 verankerte Regulierungsziel der Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau ist dieses Risiko im Rahmen der Opportunitätskosten für eingesetztes Kapital zu berücksichtigen; zudem ist sicherzustellen, dass diese Unternehmen die von ihnen am Markt über entbündelte Leitungen angebotenen Dienste auch weiterhin zu konkurrenzfähigen Bedingungen anbieten können. Aus diesen Gründen ist ein hinreichend großer Abstand zwischen dem monatlichen Überlassungsentgelt für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen im Verhältnis zum monatlichen Überlassungsentgelt im Rahmen des Großhandelsangebots der TA zu gewährleisten (dies wird übrigens auch von Tele2 selbst gefordert, vgl. ON 169). Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist dieses Postulat bei dem im Großhandelsangebot angegebenen monatlichen Überlassungsentgelt iHv EUR 12,70 erfüllt.

#### 8.1.5. Planungssicherheit für Resale-Partner

Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Endkundenentgelte der TA grundsätzlich Preisänderungen unterliegen, wodurch sich aufgrund des für die Bemessung des monatlichen Überlassungsentgelts angewandten Retail-Minus-Ansatzes Änderungen bei den monatlichen Überlassungsentgelten ergeben könnten. Auch der Resale-Partner benötigt jedoch ein gewisses Maß an Planungssicherheit in Bezug auf die von ihm beim Zukauf von Großhandelsleistungen aufzuwendenden Kosten, weshalb die Telekom-Control-Kommission der Auffassung ist, dass es aufgrund der notwendigen Planungssicherheit für den Resale-Partner notwendig erscheint, von einem über längere Zeit gleichbleibenden Wert ausgehen zu können.

In Pkt. 14. des Hauptteils des Großhandelsangebots hat TA sich dazu verpflichtet, die monatlichen Überlassungsentgelte für POTS-Anschlüsse für einen Zeitraum von bis zum Ablauf von sechs Monaten nach endgültigem Beginn der Leistungsbereitstellung dem Resale-Partner fix anzubieten. Dass diese Klausel auch dann wirksam bleibt, wenn TA ihre eigenen Grundentgelte anheben sollte, und damit Wirkungen zugunsten des Resale-Partners entfaltet, muss bei der Prüfung, ob die Höhe des monatlichen Überlassungsentgelts

im Widerspruch zum Nichtdiskriminierungsgebot des § 34 TKG 1997 steht, ebenfalls berücksichtigt werden.

#### 8.1.6. Zusammenfassung

Unter Berücksichtigung der vorstehend angeführten Erwägungen ist die Telekom-Control-Kommission zu der Auffassung gelangt, dass das von TA im Rahmen des Großhandelsangebots mit EUR 12,70 exkl. USt angesetzte monatliche Überlassungsentgelt für POTS-Anschlüsse nicht als diskriminierend anzusehen ist. Die Ansicht der Telekom-Control-Kommission stützt sich dabei insbesondere darauf, dass als Ausgangsbasis für den Großhandelsabschlag jedenfalls das gemittelte Grundentgelt von EUR 14,36 exkl. USt und nicht die Grundentgelte in den einzelnen Tarifoptionen (wie zB das Grundentgelt für TikTak Privat von EUR 13,32 exkl. USt) heranzuziehen ist, dass sich die Differenz aus Retail-Preis und vermeidbaren Kosten auf Grund der Möglichkeit zur Vornahme weiterer Abschläge vom durchschnittlichen Retail-Preis dem Betrag im TA-Angebot annähert, dass ein Vergleich mit den von TA üblicherweise gewährten Rabatten im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommt und dass einerseits Planungssicherheit für den Resale-Partner und andererseits ein ausreichender Abstand zum monatlichen Überlassungsentgelt für eine entbündelte Teilnehmeranschlussleitung gewährleistet werden muss. Im Ergebnis begegnet daher das im Großhandelsangebot der TA angesetzte, im Vergleich zu dem im Gutachten der Amtssachverständigen (ON 74) ermittelten Wert jedoch höhere monatliche Überlassungsentgelt iHv EUR 12,70 exkl. USt für POTS-Anschlüsse nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keinen Bedenken.

#### 8.2. ISDN-Anschlüsse

In Bezug auf ISDN-Basisanschlüsse bewegt sich das von TA angebotene monatliche Überlassungsentgelt in der Höhe von EUR 20,99 unterhalb des im Gutachten der Amtssachverständigen (ON 74) angegebenen Wertes von EUR 22,47. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass der im Großhandelsangebot enthaltene Betrag offensichtlich für TA kostendeckend ist.

In Bezug auf ISDN-Multianschlüsse vertritt die Telekom-Control-Kommission die Auffassung, dass die Funktionalitäten, die mit diesem Produkt dem Endkunden angeboten werden können, von alternativen Anbietern effizienter und kostengünstiger auf Basis einer Bereitstellung von Mietleitungsprodukten realisiert werden können. Eine Implementierung des Großhandelsangebots auch für ISDN-Multianschlüsse würde im Verhältnis zur potenziellen Nachfrage (z. Zt. nur 0,26% aller TA-Anschlüsse) zu unverhältnismäßigen Aufwendungen bei der Implementierung aufgrund der vergleichsweise höheren Kosten im Vergleich zu anderen Zugangsarten führen. Da bei der Herstellung von ISDN-Multianschlüssen Mietleitungen als Vorprodukte eingesetzt werden, würde eine Einbeziehung der diesbezüglichen Prozesse im Mietleitungsbereich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zu einer Erhöhung der Implementierungskosten führen, die außer Verhältnis zur erwartbaren Nachfrage stünde. Im Interesse einer Vermeidung weiterer Verzögerungen bei der Bereitstellung eines marktfähigen Wiederverkaufsprodukts in Bezug auf die Anschlussleistung der TA sieht die Telekom-Control-Kommission daher vorerst davon ab, TA zu einer Aufnahme von ISDN-Multianschlüssen in ihr Großhandelsangebot zu verpflichten.

#### 8.3. Investitions- und Implementierungskosten

Die Betrachtung der von TA seit Einleitung des gegenständlichen Verfahrens vorgelegten verschiedenen Versionen ihres Großhandelsangebots zeigt, dass der von TA als Ersatz der von ihr aufzuwendenden Investitions- und Implementierungskosten geforderte Betrag („Upfront payment“) spürbar abgesenkt wurde, um auch kleineren Betreibern eine Inanspruchnahme des Großhandelsangebots zu ermöglichen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission bewirkt der als Ersatz für einen Teil der Investitions- und Implementierungskosten nach Vertragsunterzeichnung fällige Pauschalbetrag von nunmehr EUR 750.000 pro Resale-Partner eine Verringerung der mit einer derartigen Einmalzahlung verbundenen Markteintrittsbarrieren. Diese Absenkung auf ca. 50% der zuvor von TA geforderten Summe wurde dadurch erreicht, dass ein wesentlicher Teil des vom Resale-Partner zahlbaren Betrages auf einen pro Resale-Endkunden zahlbaren Betrag umgelegt wurde.

Zur Höhe des Upfront payment hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen: Aus Pkt. 10. des Sachverhalts ergibt sich, dass die Kosten für eine Vornahme der zur Implementierung von Resale erforderlichen Leistungshübe in den vermittlungstechnischen und IT-Support-Systemen der TA von den Lieferfirmen mit insgesamt ca. EUR █████ veranschlagt werden. Hinzu kommen weitere Implementierungskosten der TA für eigene bzw. Fremdleistungen anderer Lieferanten für notwendige weitere Anpassungen von IT- und Supportsystemen sowie Kosten für Anpassungen zur Durchführung von resellerspezifischen Verkehrsmessungen und resellerspezifischen Netzwerkmanagementmaßnahmen, die in den Kostenschätzungen der Lieferanten nicht explizit berücksichtigt wurden.

Während TA ihrem Großhandelsangebot zu Beginn der Verhandlungen mit Tele2 einen geschätzten Investitions- und Implementierungsaufwand iHv. ca. EUR █████ zu Grunde gelegt hatte, musste sie diese Zahlen aufgrund der ihr vorgelegten Lieferantenschätzungen später revidieren und übermittelte mit Schreiben vom 10.09.2003 (ON 204a) eine Übersicht zur Höhe der Investitions- und Implementierungskosten, in der die Lieferantenschätzungen berücksichtigt und Gesamtkosten von EUR° █████ ausgewiesen waren.

Abgesehen von der Implementierung von Maßnahmen für eine resellerspezifische Sperre von 1001, die als nicht erforderlich erachtet wird und deren Realisierung im vorgelegten Resale-Wholesaleangebot der TA auch nicht ersichtlich ist, ist der Umfang der nachstehend angeführten Adaptierungsmaßnahmen in den vermittlungstechnischen sowie in den IT- und Supportsystemen als grundsätzlich gerechtfertigt zu bewerten. Die Kostenblöcke der einzelnen Maßnahmen basieren – soweit vorhanden – auf Angeboten von Lieferfirmen der TA; ergänzend wurden Zahlen aus Expertenschätzungen der TA herangezogen. Bringt man die Kosten für die Implementierung der resellerspezifischen Sperre von 1001 in Abzug, so ergibt sich ein Gesamtkostenaufwand von EUR █████.

Hinsichtlich der vermittlungstechnischen Systeme stellt die teilnehmerindividuelle Verwaltung der Resellerkennung im OES (Call- und Feature Control) einen integrativen und wesentlichen Bestandteil der angestrebten Gesamtlösung zur Implementierung der Mandantenfähigkeit dar. Die resellerspezifische Administration der Zusatzdienste in den OES-Vermittlungsstellen dient der weitestgehenden automatisierten Verhinderung von fehlerhaften Konfigurationen in den OES-Vermittlungsstellen, die dazu führen könnten, dass ein Resale-Endkunde Leistungen in Anspruch nehmen kann, die im Produkt-Portfolio seines Betreibers nicht vorgesehen sind; die Berücksichtigung einer solchen Erweiterung im TA-Konzept erscheint im Hinblick auf eine verlässliche Minimierung der operativen Probleme im Zusammenhang mit dem Resaleangebot sinnvoll. Die Möglichkeit von resellerspezifischen OES- und IN-Ansagen wird als notwendig erachtet, um eine wettbewerblich wünschenswerte Differenzierungsmöglichkeit der Dienste unterschiedlicher Anbieter (TA und diverse Reseller) - auch im Interesse der Konsumenten - zu gewährleisten; anders, als Netcom Consultants meint, besteht am Markt Bedarf für eine derartige Funktionalität, da sie jedenfalls von TA nachgefragt wird. Die vorgesehenen Änderungen für eine resellerspezifische Bewertung von 111-1 und 118-1 (letztere zeitlich befristet bis 12.05.2006) sind erforderlich. Der Vorschlag von Netcom Consultants, Rufe sowohl von Teilnehmern der TA als auch von Resale-

Teilnehmern solange zu derselben Störungsannahmestelle bzw. Auskunftsdiensterufnummer zuzustellen, solange TA diese Nummern betreibt, übersieht die gesetzliche Verpflichtung eines Teilnehmernetzbetreibers zum Betrieb von Störungsannahmestelle bzw. Auskunftsdienst und berücksichtigt nicht die durch irrtümliche Anrufe von Resale-Teilnehmern bei der Störungsannahmestelle der TA erzeugten Mehrkosten für TA. Eine Adaptierung von Verkehrsmessprogrammen zur Auswertung einer Resellerkennung ist als Basis für ein wirksames Verkehrsmonitoring sowie zur Erfüllung von Nachweispflichten (insb. UDV) notwendig. Die Schaffung von Möglichkeiten für resellerspezifische Netzwerkmanagementmaßnahmen ist vor dem Hintergrund der durch die Einbeziehung des Grundentgeltes maximalen Tarifgestaltungsfreiheit des TA-Resalepartners im Sinne einer jederzeit gesicherten Aufrechterhaltung uneingeschränkter Netzintegrität gerechtfertigt.

Was die IT-Support-Systeme betrifft, so sind die im Resale-Realisierungskonzept der TA vorgesehenen Änderungen in der Billing Mediation in Richtung der Integration der Resellerkennung und der Nutzung eines vom TA-Format betreiberunabhängigen CDR-Formates in Hinblick auf den operativen Massenbetrieb im Sinne einer Carrier-Grade-Lösung nachvollziehbar. Durch diese Vorgangsweise wird die Basis für eine auch bei einer größeren Anzahl an TA-Resalepartnern gut handhabbaren Prozessabwicklung gelegt. Die vorgesehene Schaffung eines eigenen Resale-Order-Entry stellt einen integralen Bestandteil des Resale-Realisierungskonzeptes dar und begegnet auch nach Ansicht von Netcom Consultants keinen Bedenken; die Implementierung einer solchen Großhandelsschnittstelle mit dahinter liegendem Leistungsumfangskatalog entsprechend den Produktprofilen der einzelnen Reseller wird von der Telekom-Control-Kommission als sinnvoll und plausibel erachtet. Die Mandantenfähigkeit der Kundenschnittstellen wird als erforderlich erachtet, da aus Gründen der Produktdifferenzierung sichergestellt sein muss, dass ein Resale-Endkunde nur jene Leistungen in Anspruch nehmen kann, die im Produkt-Portfolio des entsprechenden TA-Resalepartners enthalten sind. Dazu ist es erforderlich, den Zugang von Resale-Endkunden zu den diversen Kundenschnittstellen der TA zu blockieren. Hierzu ist die Implementierung einer Resellerkennung in den Systemen und Prozessen, welche die Endkundenschnittstellen realisieren, erforderlich. Mit den von Netcom Consultants vorgeschlagenen externen Mappingtabellen anstatt einer Anpassung der Kundenschnittstellen würden Wartung und laufender Betrieb der Datenbestände wesentlich aufwändiger. Die Anpassung der zentralen Rufnummernverwaltung für ein Zusammenspiel mit dem auf einer Resellerkennung basierenden Resale-Realisierungskonzept ist aufgrund der engen Verzahnung der Rufnummernverwaltung mit für Reseller wichtigen Geschäftsabläufen wie Rufnummernvergabe, -wechsel oder Portierung deshalb erforderlich, da die Rufnummernverwaltung auch beim Resale-Teilnehmer weiterhin von TA angewickelt wird und alle Anfragen bzw. Anforderungen, die auf Basis einer vergebenen Rufnummer erfolgen, an TA gerichtet werden. Schließlich ist die Implementierung der Mandantenfähigkeit im Subscriber Management (OES-nahe Teilnehmerdatenverwaltung auch für Resale-Teilnehmer), im System zur Verwaltung der Teilnehmerleitungen (Information von Resale-Partnern über Leitungsstatus) sowie im Workforce Management (Änderungen am Einsatzlenkungssystem für TA-Außendienstmitarbeiter bei Tätigwerden für Resale-Partner) vorgesehen. Diese Maßnahmen sind zur Ergänzung der Umsetzung des Gesamtkonzeptes für Resale sinnvoll und plausibel. Die Notwendigkeit der Implementierung einer Mandantenfähigkeit im Billing-System der TA wird auch von Netcom Consultants eingeräumt: TA muss in die Lage versetzt werden, die durch Resale-Teilnehmer generierten Tickets in ihrem Billing-System auszuwerten, um die erbrachten Leistungen dem jeweiligen Reseller in Rechnung stellen zu können.

Im Ergebnis erweist sich der im Bericht der RTR-GmbH genannte Betrag der Investitions- und Implementierungskosten iHv EUR [REDACTED] als mit inhaltlich nachvollziehbaren Systemänderungen belegt; er weicht gegenüber dem zuletzt von TA genannten Gesamtbetrag von EUR [REDACTED] nur um den für die Implementierung einer resellerspezifischen Sperre von 1001 angesetzten Teilbetrag ab, Hieraus ergibt sich, dass der von den Amtssachverständigen zu Grunde gelegte, ursprünglich von TA in den ersten



Entwürfen ihres Großhandelsangebotes zu Grunde gelegte Betrag von EUR [REDACTED] eine realistische Ausgangsbasis für die in den Berechnungen der Amtssachverständigen angenommene Gesamthöhe der Investitions- und Implementierungskosten darstellte. In der Folge wird von einem – um die Implementierung einer resellerspezifischen Sperre von 1001 bereinigten – korrigierten Betrag von EUR [REDACTED] ausgegangen.

Entgegen der im Gutachten (ON 74) getroffenen Annahme einer gleichmäßigen Verteilung nach der Anzahl der Zugangskanäle ist die Telekom-Control-Kommission jedoch der Ansicht, dass TA zwar einen wesentlichen Teil der Investitions- und Implementierungskosten selbst zu tragen hat, jedoch nicht notwendigerweise in der der Anzahl ihrer Zugangskanäle entsprechenden Höhe. Da TA in ihrem Angebot ein Entgelt iHv EUR 11,32 pro Anschluss unabhängig davon angesetzt hat, ob ein POTS- oder ein ISDN-Anschluss (2 Zugangskanäle) auf den Resale-Partner umgestellt wird, ist die Telekom-Control-Kommission zu der Auffassung gelangt, dass eine Aufteilung der Investitionskosten anstatt wie im Gutachten auf Zugangskanäle vielmehr auf Anschlüsse vorzunehmen ist. Eine Aufteilung auf Anschlüsse und somit auf Teilnehmer erscheint auch deshalb angebracht, da nicht einzelne 64 kBit/s-Zugangskanäle, sondern ganze Anschlüsse Gegenstand der Wiederverkaufsleistung sind.

Da die ersten Resale-Teilnehmer aufgrund der erforderlichen Vorlaufzeit erst ca. 9 Monate nach Annahme des Großhandelsangebots (bei hypothetischer Annahme im Dez. 2004) durch den Resale-Partner umgestellt werden, kann bei Fortschreibung des schon bisher anhaltenden, an den TA-Quartalsberichten beobachtbaren Rückgangs der Anschlüsse von tatsächlich höheren Kosten je Kunde ausgegangen werden. Schreibt man diesen Rückgang von ca. 3% jährlich (vgl. Pkt. 5. des Sachverhalts) bzw. nach Abschätzung mittels einer linearen Regressionsanalyse von ca. 7.000 Anschlüssen monatlich auch für die Folgeperioden linear entsprechend der bisherigen Entwicklung fort, indem man ausgehend von der Anzahl der Anschlüsse im 3. Quartal 2003 iHv 3,034 Mio. für zwei Jahre (2004 und 2005) jeweils 3% der Anschlüsse in Abzug bringt, so ergibt sich zu Beginn des 4. Quartals 2005 ein Wert iHv 2,866 Mio. Anschlüssen. Bei Aufteilung der Investitions- und Implementierungskosten von EUR [REDACTED] auf die Gesamtzahl der TA-Anschlüsse zu Beginn des 4. Quartals 2005 ergibt sich ein Beitrag iHv EUR [REDACTED] pro Anschluss. Frühestens zu diesem Zeitpunkt kann der als Aufschlag auf das Umstellungsentgelt einzuhebende Betrag iHv EUR 11,32 pro Teilnehmer von TA verrechnet werden.

Da TA die gesamten Investitions- und Implementierungskosten abzgl. des Upfront payment iHv EUR 750.000 vorzufinanzieren hat, erscheint es angemessen, bei der Aufteilung der Investitions- und Implementierungskosten erst auf diesen Zeitpunkt (4. Quartal 2005) abzustellen.

Unter Zugrundelegung einer Anzahl von [REDACTED] Resale-Kunden der Tele2 und den umgelegten Investitions- und Implementierungskosten iHv EUR [REDACTED] pro Anschluss ergibt sich ein Betrag iHv < EUR 2,5 Mio. als Investitionskostenanteil der Tele2, der von TA vorzufinanzieren ist. Bei Abzug des geleisteten Upfront payment iHv EUR 750.000 und einem konstanten Zuwachs auf [REDACTED] Resale-Kunden nach 3 Jahren ab Aufnahme des Regelbetriebes würde dies eine jährliche Kapitalverzinsung (internal rate of return) iHv 14,65% bedeuten. Legt man der Berechnung [REDACTED] Resale-Kunden (> EUR 3 Mio. als Investitionskostenanteil der Tele2) zugrunde, würde die jährliche Kapitalverzinsung aufgrund des weniger starken Einflusses des Upfront payment von EUR 750.000 10,13% betragen.

Der bei Zusammenschaltungsverfahren in Bezug auf TA zuletzt verwendete WACC (weighted average cost of capital) iHv 10,34% kann hier nur als grober Vergleichsmaßstab verwendet werden, da der Berechnung von Zusammenschaltungsentgelten der strengere Kostenrechnungsansatz FL-LRAIC zugrunde gelegt wird, wohingegen im vorliegenden Fall eine Retail-minus-Rechnung zur Anwendung gelangt. Die Annäherung der og. Kapitalzinssätze für [REDACTED] bzw. [REDACTED] Resale-Kunden an den WACC bestätigt aber, dass das von TA zu tragende Risiko für eine möglicherweise nur geringe Anzahl an Resale-

Partnern sowie für Einnahmehausfälle aufgrund einer geringeren Anzahl an Resale-Endkunden ebenso wie die Gefahr künftiger Marktaustritte und somit möglicher Ausfälle bei der Kostenerstattung mit der Zahlung von EUR 750.000 und der Umlegung des verbleibenden Investitionskostenanteils als Aufschlag iHv EUR 11,32 auf das Umstellungsentgelt in einem angemessenen Ausmaß abgegolten wird.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass der auf den einzelnen Resale-Partner entfallende Anteil an den Investitions- und Implementierungskosten iHv EUR 750.000 zzgl. EUR 11,32 pro Teilnehmer nur einen Bruchteil der tatsächlichen Aufwendungen darstellt. Um der TA einen Anreiz zu geben, die Investitions- und Implementierungskosten möglichst niedrig zu halten, ist es gerechtfertigt, sie ebenfalls an den hierfür entstehenden Kosten wesentlich zu beteiligen.

Diesen Überlegungen folgend sieht die Telekom-Control-Kommission die im Großhandelsangebot genannten Beträge zur Abgeltung der Investitions- und Implementierungskosten durch Zahlung eines fixen Einmalbetrages iHv EUR 750.000 sowie eines einmaligen Aufschlages iHv EUR 11,32 pro Resale-Teilnehmer auf das Umstellungsentgelt als angemessen an.

Da bei allfälligem Abschluss eines Vertrages zwischen Tele2 und TA auf Basis des verfahrensgegenständlichen Großhandelsangebots nur ein Bruchteil der von TA und ihren Lieferantenvertretern glaubhaft gemachten Investitions- und Implementierungskosten von Tele2 zu tragen wäre, hält die Telekom-Control-Kommission aus Gründen der Verfahrensökonomie weitere Ermittlungen zur Klärung der tatsächlichen Höhe, die jedenfalls vor allem auf Grund der Vielzahl der von TA eingesetzten technischen Support- und IT-Systeme einen enormen zusätzlichen Zeitaufwand mit sich bringen würde, nicht für zielführend, weshalb sie in ihrer Sitzung vom 19.04.2004 beschlossen hat, keine weiteren diesbezüglichen gutachterlichen Überprüfungen vorzunehmen. Aus diesem Grund war auch der von Tele2 gestellte Antrag, die Amtssachverständigen mit der gutachterlichen Klärung der kosteneffizientesten technischen Implementierung des Zugangs zur Anschlussleistung sowie der von TA geforderten Implementierungskosten in Höhe von EUR [REDACTED] zu beauftragen (ON 140), abzuweisen. Gleichzeitig hält die Telekom-Control-Kommission aus denselben Gründen auch die von Tele2 beantragte Durchführung weiterer Ermittlungen des Inhalts, die Telekom-Control-Kommission möge TA zur Vorlage sämtlicher Unterlagen auffordern, aus denen die von TA gewünschte Spezifikation der von ihren Hauptsystemlieferanten zu erbringenden Leistungen im Zusammenhang mit dem Zugang zur Anschlussleistung hervorgehe, die allfällige Kostenvoranschläge oder Kostenschätzungen ihrer Hauptsystemlieferanten enthielten und die sich auf eine allfällige Auftragserteilung an ihre Hauptsystemlieferanten betreffend diese Leistungen bezögen, für entbehrlich, da sie der Überzeugung ist, dass sich hieraus keine neuen Informationen gewinnen lassen, weshalb auch die diesbezüglichen Anträge auf Erteilung eines Auftrages an die Amtssachverständigen zur gutachterlichen Klärung der kosteneffizienteste technischen Implementierung des Zugangs zur Anschlussleistung sowie der von TA geforderten Implementierungskosten (ON 140) abzuweisen waren und sich die Durchführung einer weiteren mündlichen Verhandlung, wie von Tele2 beantragt (ON 229), erübrigte. Dem von Tele2 gestellten Antrag (ON 208) auf Gewährung von Akteneinsicht in vollem Umfang in ON 204a war nicht zu entsprechen, weil dieses Aktenstück über die auszugsweise gegenüber Tele2 mit Schreiben vom 21.07.2004 (ON 205) und im Bericht der RTR-GmbH betreffend das TA-Konzept zur Implementierung des Zugangs zur Anschlussleistung im Telekommunikationsnetz der TA (ON 221) bereits offen gelegten Zahlen hinaus schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Telekom Austria AG enthält, deren Offenlegung gegenüber Tele2 mangels Relevanz der einzelnen Zahlenpositionen für das gegenständliche Verfahren nicht erforderlich ist, da die Begründung des vorliegenden Bescheides nicht auf die nicht offengelegten Daten gestützt ist.

#### 8.4. Umstellungsentgelt

Zur Kritik von Tele2 an der Höhe des im Großhandelsangebot angeführten Umstellungsentgelts und an der Schwierigkeit, dieses Entgelt an ihre Kunden weiterzuerrechnen, ist auszuführen, dass derartige Wechselkosten auch beim Wechsel zu anderen Teilnehmernetzbetreibern – etwa im Zuge der Entbündelung – auftreten und von Endkunden als üblich angesehen werden. Ein Vergleich mit der betragslichen Höhe des Umstellungsentgelts bei Carrier Preselection ist schon deshalb nicht angebracht, da die Umstellung im Rahmen der Carrier Preselection eine Zusammenschaltungsleistung darstellt, die auf Basis der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) errechnet wurde, während im vorliegenden Fall ein Retail-minus-Maßstab zur Anwendung gelangt. Darüber hinaus ändert sich abgesehen von der Notwendigkeit zur Vornahme eines Eintrags an der maßgeblichen Vermittlungsstelle nichts am Teilnehmerstatus. Im Gegensatz hierzu muss beim Teilnehmer eines Resale-Partners zudem noch die Wiederverkäuferkennung mit allen Leistungsmerkmalen in den entsprechenden Systemen eingetragen werden.

Die Höhe des Umstellungsentgelts wurde von den Amtssachverständigen ausgehend von dem von TA-Endkunden bei Herstellung von Sprachtelefonieanschlüssen für administrative Maßnahmen eingehobenen kostendeckenden Verwaltungsentgelt mit einer Obergrenze von EUR 30 angesetzt. Da sich der diesbezüglich im Großhandelsangebot angegebene Betrag von EUR 24,92 unterhalb dieser Obergrenze bewegt und auch bei einer Umstellung eines TA-eigenen Kunden auf den Resale-Partner administrative Prozesse abzuwickeln sind, begegnet die Höhe des von TA angebotenen Umstellungsentgelts von EUR 24,92 exkl. USt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keinen Bedenken. Aus diesem Grund war auch der von Tele2 gestellte Antrag (ON 140), die Amtssachverständigen mit der gutachterlichen Klärung der Höhe des allenfalls an TA für die Umstellung eines Anschlusses von TA auf Tele2 zu bezahlenden Umstellungsentgelts zu beauftragen, abzuweisen.

#### 8.5. Herstellungsentgelt und Entgelte für OES- bzw. ISDN-Zusatzdienste

Der Umstand, dass TA keinen Großhandelsabschlag auf die von ihr verrechneten Herstellungsentgelte gewährt, ist nicht zu beanstanden. Zum einen ist in diesem Betrag keine Vertriebsleistung enthalten, zum anderen weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass die Summe der Erlöse der TA aus Anschlussherstellungen gegenüber der dem Herstellungsentgelt zu Grunde liegenden Summe der tatsächlichen Kosten keinen Gewinnaufschlag beinhaltet. Das vom Tele2-Kunden zu entrichtende Herstellungsentgelt ist direkt an TA weiterzureichen, da TA identische Leistungen wie für eigene Endkunden erbringt. Zudem bietet TA einen Dauerrabatt iHv 5% auf die monatlich vom Resale-Partner zahlbaren Entgelte für jene Resale-Teilnehmer an, bei denen ein Anschluss neu hergestellt wird und die seit mehr als 6 Monaten keinen Festnetzanschluss bei der TA hatten.

Bei den OES- bzw. ISDN-Zusatzdiensten verrechnet TA dem Resale-Partner diejenigen Beträge, die auch bei TA-Retail-Kunden anfallen. Die Entgelte für OES-Zusatzdienste sind zu gering, um eine Zuordnung anteiliger Vertriebskosten zu ermöglichen, weshalb ein Großhandelsabschlag nicht in Betracht kommt. Überdies fallen bei einer eigenständigen Aktivierung von Leistungsmerkmalen bei Teilnehmerselbsteingabe keinerlei Kosten an. Aus diesen Gründen war auch der von Tele2 gestellte Antrag, die Amtssachverständigen mit der gutachterlichen Klärung der Höhe der Entgelte für OES- bzw. ISDN-Zusatzdienste zu beauftragen (ON 140), abzuweisen.

#### 8.6. Verpflichtung des Resale-Partners, dem Endkunden Carrier-Preselection auch auf Dritte anzubieten

Tele2 kritisiert die im Großhandelsangebot enthaltene Verpflichtung des Resale-Partners, seinen Resale-Endkunden auch die Möglichkeit einer Carrier-Preselection auf andere Betreiber anbieten zu müssen; eine derartige Klausel sei insb. mit dem Grundsatz, dass nur marktbeherrschenden Betreibern eine entsprechende Verpflichtung auferlegt werden könne, nicht vereinbar, und folglich als diskriminierend anzusehen.

Die Telekom-Control-Kommission folgt dieser Argumentation nicht: zum einen sieht das Großhandelsangebot (Hauptteil, Pkt. 4.) ausdrücklich die Möglichkeit des Resale-Partners vor, attraktive Tarifoptionen mit preiswerten Verbindungsentgelten oder anderen Vergünstigungen auf Endkunden zu beschränken, die ihn als Verbindungsnetzbetreiber vorauswählt haben; zum anderen kann der Resale-Partner für den Fall, dass der Endkunde einen anderen Anbieter als ihn selbst als Verbindungsnetzbetreiber vorauswählt, den Telefondienstvertrag mit dem Kunden (nach entsprechender Änderung seiner AGB, vgl. § 69 Abs. 1 TKG 2003) kündigen. Die Telekom-Control-Kommission weist auf Anl. ./5, S. 1 des Großhandelsangebots hin, wonach das Entgelt für die Einrichtung der Verbindungsnetzbetreibervorauswahl nur dann gebührt, sofern nicht bereits vor der Umstellung eine Verbindungsnetzbetreibervorauswahl für den Resale-Partner bestanden hat, und geht deshalb davon aus, dass die genannten Regelungen das Interesse des Resale-Partners an einem funktionierenden Geschäftsfall in ausreichendem Maße sicherstellen und gleichzeitig erheblich zur Vermeidung unerwünschter Lock-in-Effekte für Konsumenten beitragen können.

#### 8.7. Bereitstellung von Call Detail Records

Der von Tele2 beanstandete Umstand, dass TA Call Detail Records („CDR“) nur in einem eigens entwickelten Format und nur zu dem im Angebot enthaltenen Entgelt bereitstellen will, begegnet nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission keinen Bedenken. Die Generierung eines eigenen Formats erscheint notwendig, damit TA-interne Formatänderungen, die sich durch den Einsatz neuer Systeme und Produkte oder Optimierung der Systemarchitektur ergeben, nicht auf die mit dem Resale-Partner vereinbarten Prozesse niederschlagen. Bei Übernahme des von TA verwendeten Formats müsste TA allfällige Formatänderungen vor deren Durchführung mit sämtlichen Resale-Partnern abstimmen, was nicht sachgerecht erscheint. Die im Zusammenhang mit der Generierung dieser CDR entstehenden Kosten sind TA vom Resale-Partner abzugelten.

Auch die im Großhandelsangebot enthaltenen Zeiträume für die Bereitstellung von CDR durch TA steht nicht im Widerspruch zu § 34 TKG 1997. Die CDR zur Weiterverrechnung an Endkunden des Vertragspartners werden zu den gleichen Bedingungen und in der gleichen Qualität zur Verfügung gestellt wie gegenüber den TA-eigenen Kunden (vgl. Großhandelsangebot, Anl. ./1, Pkt. 1). Die zusätzliche Bereitstellung von CDR binnen ■ Std. ab Generierung in der entsprechenden Vermittlungsstelle erscheint der Telekom-Control-Kommission für die verrechnungstechnischen Zwecke von Tele2 ebenso als ausreichend wie die Gewährleistung eines Monatsdurchschnittswerts für Richtigkeit und Vollständigkeit iHv ■%; die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass dies der Qualität entspricht, wie sie auch TA-intern verwendet wird, und dass bei einer allfälligen Einschränkung der technischen und betrieblichen Möglichkeiten zur Bereitstellung Resale-Partner nicht schlechter als der eigene Retail-Bereich gestellt sind.

Hinsichtlich der Forderung der Tele2 nach Einfügung eines „Clear code of call“-Feldes (Gründe für Auslösen einer Verbindung) im CDR ist die Bestimmung, wonach Anzahl und Inhalt der CDR-Felder erst im Rahmen der Projektierungsphase zwischen TA und dem Resale-Partner vereinbart wird, nicht zu beanstanden, da die Prioritäten für die Befüllung der CDR-Felder zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht im vollen Ausmaß abgesehen werden können.

Hinsichtlich des von Tele2 geforderten Zugangs zur Verbrauchskontrolle ist die Telekom-Control-Kommission der Auffassung, dass Verbrauchskontrolle nicht zu den Leistungen

zählt, die TA nichtdiskriminierend anzubieten hat. Aufgrund der Tatsache, dass nur die entsprechend der CPS-Erreichbarkeitstabelle (vgl. Bescheid der Telekom-Control-Kommission Z 20/01-38, Anh. 21, Pkt. 3.1.) über TA geführten Verbindungen von der Verbrauchskontrolle erfasst werden könnten, nicht jedoch die vom Endkunden über CPS mit dem Resale-Partner in Anspruch genommenen Verbindungen, ist der Mehrwert einer derartigen Information gegenüber der Übermittlung von CDR (abgesehen davon, dass Tele2 diese Leistung kostenfrei zu erhalten wünscht) nicht erkennbar.

#### 8.8. Diskriminierung hinsichtlich weiterer Angebotskonditionen

Über die vorstehend genannten Themen hinaus kritisiert Tele2 insb. in der von ihr vorgelegten sog. „100-Punkte-Liste“ (ON 89, 140) zahlreiche im Großhandelsangebot enthaltenen Konditionen im Hinblick darauf, dass diese mit dem in § 34 TKG 1997 enthaltenen Nichtdiskriminierungsgebot nicht im Einklang stünden.

##### 8.8.1. Kundenvollmacht zur Einrichtung des Resale-Anschlusses

Die von Tele2 geforderte Möglichkeit, dass der Kunde Tele2 zur Kündigung seines Kundenvertrags mit TA bevollmächtigen können müsse, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht erforderlich, da dem Bedürfnis nach rascher und einfacher Abwicklung des Zugangs zur Anschlussleistung dadurch hinreichend Rechnung getragen werden kann, dass das Formular mit der Unterschrift des Endkunden auch von Tele2 übermittelt werden kann (vgl. Hauptteil, Pkt. 4, 7. Absatz). Eine zeitliche Abstimmung von Kündigung (Kündigungsfrist!) und Neubestellung durch Tele2 für den Kunden wird hierdurch nicht verhindert. Hingegen ist nicht auszuschließen, dass die von Tele2 gewünschte Alternative angesichts der branchenüblichen Direktvertriebsmethoden zu Missbräuchen führen wird. Zutreffend weist TA in diesem Zusammenhang auf das Auftreten von Slamming (Diensteanbieter übermittelt Netzbetreiber eine Bestellung für ein Wholesale-Produkt, ohne dass eine Zustimmung des betroffenen Endkunden zum Wechsel des Diensteanbieters vorliegt) im Zusammenhang mit der Bereitstellung von „Wholesale Line Rental“ in Großbritannien hin (vgl. ETP (03)-012 „ETP Report and Recommendations on Scale and Nature of Slamming“, Mai 2003). Im Übrigen verlangt TA auch von eigenen Kunden vor Beginn der Leistungsbereitstellung unterschriebene Formulare.

##### 8.8.2. Leistungserbringung erst nach Abschluss von Projektierungs-, Realisierungs- und Testphase

Dass die Leistungserbringung durch TA erst nach Abschluss von Projektierungs-, Realisierungs- und Testphase erfolgt, ist nach Meinung der Telekom-Control-Kommission nicht zu beanstanden; die fehlende Erfahrung mit dem Wiederverkauf der Anschlussleistung in Österreich und die langwierigen Einführungsprozesse in anderen EU-Mitgliedstaaten zeigen im Gegenteil, dass eine Projektierungs- und Testphase anders als von Tele2 angenommen im Interesse der Konsumenten an einer Aufrechterhaltung der gewohnten Qualitätsstandards für festnetzgestützte Sprachtelefonien sehr wohl erforderlich ist.

##### 8.8.3. Verbindlichkeit der Planung, Anzahl von Umstellungen

Tele2 kritisiert die dem Resale-Partner im Rahmen des Großhandelsangebotes auferlegten Planungsverpflichtungen. Die Interessenlage ist mit der Situation im Bereich der Zusammenschaltung vergleichbar, wo durch eine entsprechende vorausschauende Planung die Netzauslastung dimensioniert wird, was bei Spitzenlastsystemen zur Vermeidung plötzlicher erheblicher Kostensteigerungen dienen soll. Während Tele2 hier als bloßer Leistungsempfänger auftritt; trägt TA allein die Sachgefahr. Für den Fall der Nichteinhaltung der im Forecast enthaltenen Bestellungen durch den Resale-Partner muss es für TA daher

möglich sein, die durch entsprechende Bestellungen entstehenden Kosten dem Resale-Partner zu überbürden. Überdies sind derartige Klauseln im normalen Geschäftsleben üblich. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass sich die den Forecast betreffenden vertraglichen Regelungen ebenso wie die Möglichkeit einer Einforderung von Pönalen am Hintergrund der problematischen Erfahrungen bei Bestellung und Rückgabe von joining links durch Zusammenschaltungspartner orientieren. Verschiedene diesbezüglich auch bei der RTR-GmbH geführte Verfahren bestätigen die Notwendigkeit klarer und eindeutiger Regelungen für die Abwicklung derartiger Vorgänge.

Dass das Großhandelsangebot pro Tag Höchstgrenzen für von TA vorzunehmende Umstellungen (1000) und Herstellungen (100) insgesamt (für alle Resale-Partner) vorsieht, begegnet nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keinen Bedenken. Derartige Höchstgrenzen tragen betrieblich bedingten Kapazitätsgrenzen Rechnung und existieren etwa auch im Bereich der mobilen Rufnummernportierung.

#### 8.8.4. Sicherheitsleistung und Bonitätsauskünfte

Sicherheitsleistungen sind – etwa im Zusammenschaltungsbereich - branchenüblich; zudem ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass das Großhandelsangebot aufgrund der Nichtdiskriminierungsverpflichtung der TA auch solchen Anbietern zugänglich gemacht werden muss, mit denen noch nicht – wie im Falle von Tele2 – eine laufende Geschäftsbeziehung besteht. Aus diesem Grund ist auch die der TA eingeräumte Möglichkeit, vom Resale-Partner Bonitätsauskünfte verlangen zu können, nicht zu beanstanden.

#### 8.8.5. Eigentum an Investitionen

Das Begehren der Tele2, bei Zahlung von Investitions- bzw. Implementierungskosten Eigentum an Investitionen zu erhalten, hält die Telekom-Control-Kommission für gänzlich unpraktikabel, da es sich bei den erforderlichen Systemänderungen hauptsächlich um SW-Upgrades handelt. Überdies erlangen auch Unternehmen, die in Entbündelung investieren, an den von ihnen vorgenommenen Investitionen in Kollokationsflächen an den entsprechenden Vermittlungsstellen der TA keinerlei Eigentumsrechte. Einer möglichen Kündigung durch TA kann in anderer Weise begegnet werden, etwa durch Einschaltung der Regulierungsbehörde.

#### 8.8.6. Kostenersatz bei Entgelteinsprüchen; Mahnspesen

Die im Angebot vorgesehene Verpflichtung des Resale-Partners, die Kosten der Prüfung von Entgelteinsprüchen zu bezahlen, wenn kein Fehler festgestellt werden kann, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht zu beanstanden, da diesbezüglich tatsächlich Kosten auch bei eigenen Kunden anfallen. Die Regelung ist nicht als diskriminierend anzusehen.

Mahnspesen sind branchenüblich. Ein Vergleich der im Großhandelsangebot gegenüber Resale-Partnern ggf. geltend zu machenden Mahnspesen erscheint schon deshalb unangemessen, da ein Resale-Partner idR höhere Rechnungsvolumina generieren wird als ein Endkunde, so dass bei Nichtzahlung auch höhere Zinsausfälle entstehen. Die von Tele2 beanstandete Diskriminierung liegt daher nicht vor.

#### 8.8.7. Billing- und Inkassoentgelt der Tele2 bei Verrechnung von TA-Verbindungen

Der von Tele2 geäußerten Kritik an der Höhe des Inkassorisikos mit 0,4% ist entgegenzuhalten, dass dieses Risiko sogar noch über jenem zu liegen kommt, welches bei der Ermittlung der vermeidbaren Kosten der TA im Rahmen der Retail-minus-Berechnung (vgl. ON 74, S. 44) zugrunde gelegt wurde. Aufgrund der noch bestehenden Ineffizienzen bei

TA ist davon auszugehen, dass ein gleich effizienter Betreiber das Inkassorisiko sogar noch weiter absenken kann. Für das von Tele2 dargelegte Verlangen nach Abgeltung von System-setup-Kosten zur Implementierung entsprechender Billingfunktionen oder nach Ersatz des entsprechenden Personalaufwands für den Fall, dass dem Endkunden im Auftrag von TA Entgelte in Rechnung zu stellen sind, besteht im Rahmen von § 34 TKG 1997 keinerlei Raum. Dass das Billing- und Inkassorisiko der Tele2 nur für zielnetztarifizierte Dienste, nicht aber für andere Dienste (zB Satelliten-, Online-, Störungs-, Auskunfts- oder Tonbanddienste) abgegolten wird, ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht zu beanstanden, da Tele2 den Störungs- und Auskunftsdienst selbst erbringen muss und die noch bestehenden Tonbanddienste gemäß § 110 Abs. 3 Z 1 u. 2 KEM-V auslaufen, während Tele2 Verbindungen zu Onlinediensten und zu satellitengestützten Kommunikationsdiensten selbst ermöglichen kann.

#### 8.8.8. Nutzung von Rufnummern; geografische Portierung

Die von Tele2 gewünschte Überlassung des Nutzungsrechts an der Rufnummer des Resale-Teilnehmers ist insoweit gegenstandslos, als der Teilnehmer nach dem Wechsel zum Resale-Partner ohnedies als portiert gilt (nur Wechsel des Telefondienstebetreibers ohne gleichzeitigen Netzwechsel) und das Nutzungsrecht damit gemäß § 65 Abs. 5 Z 3 iVm § 23 TKG 2003 automatisch auf den neuen Telefondienstebetreiber übergeht.

Eine Diskriminierung bei der geografischen Portierung wie von Tele2 behauptet ist für die Telekom-Control-Kommission nicht ersichtlich. Auch ihren eigenen Endkunden bietet TA die geografische Portierung nur in Verbindung mit einer Neuherstellung des Anschlusses am neuen Anschlussstandort an. Darüber hinaus kann eine geografische Portierung nach der entsprechenden Bestimmung des Großhandelsangebots auch im Falle einer Durchschaltung erfolgen.

#### 8.8.9. Leistungseinstellung, Netzwerkmanagementmaßnahmen

Die im Großhandelsangebot enthaltene Bestimmung, wonach TA zur Sicherung der Netzintegrität unter Abwägung der erforderlichen und gelindesten Maßnahmen eine (Teil)Einstellung ihrer vertraglichen Leistungen vornehmen kann, genügt in ihrer Formulierung den Verhältnismäßigkeitsanforderungen, weshalb gegen eine Belassung keine Einwände bestehen.

Die Klausel über eine Sperre im Fall von Zahlungsverzug entspricht den bei der Netzzusammenschaltung üblichen Regelungen.

Auch die Klausel, wonach Tele2 beweisen muss, dass ihren Endkunden kein Verschulden an der zur Beeinträchtigung der Netzintegrität geeigneten Handlung ihres Endkunden trifft, ist nicht zu beanstanden, da TA aufgrund der Tatsache, dass es sich nicht um ihren eigenen Kunden handelt, mangels Vertragsverhältnis keine Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Aus dem gleichen Grund hält die Telekom-Control-Kommission auch die im Großhandelsangebot enthaltene Vertragsstrafenbestimmung für den Fall einer Verletzung der Netzintegrität durch Kunden des Resale-Partners für gerechtfertigt.

Die Kritik der Tele2 an der Angebotsbestimmung, dass TA in Fällen einer Produktgestaltung, die die Netzintegrität oder sonstige Einrichtungen gefährdet, einseitig Netzwerkmanagementmaßnahmen setzen und nach Abmahnung den gesamten Vertrag aufkündigen kann, hält die Telekom-Control-Kommission im Ergebnis für nicht gerechtfertigt. Letztlich kann nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass ein Resale-Partner seinem Endkunden einen Dienst anbietet, der die Netzintegrität des TA-Netzes gefährdet. Wie das Beispiel von aon-complete eindrucksvoll erwiesen hat, muss dies nicht einmal absichtsvoll erfolgen, wobei in diesem Beispiel die Bedrohung der Netzintegrität durch TA selbst erfolgte und es zu erheblichen Störungen kam. Grundsätzlich sind solche Störungen auch heute

noch bei Einsatz entsprechender Flatrate-Tarifmodelle nicht vollkommen auszuschließen. Zudem kann TA Kunden von Resale-Partnern nicht so einfach vom Netz nehmen wie eigene Kunden, da der direkte Kundenkontakt fehlt und vom Resale-Partner aus wettbewerblichen Gründen auch nicht gewünscht ist.

#### 8.8.10. OES-Zusatzdienste

Tele2 kritisiert, dass einige OES-Zusatzdienste im Rahmen des Großhandelsangebots nicht angeboten werden.

Hinsichtlich der Rufzonensperre ist festzuhalten, dass diese gemäß Pkt. 2.10. der LB-OES-TS bzw. der LB-OES-ISDN bei Verbindungsnetzbetreiberauswahl und Verbindungsnetzbetreibervorauswahl nicht wirksam ist, also auch TA-Endkunden nicht angeboten wird. Dies steht im Einklang damit, dass TA die Möglichkeit ihrer Endkunden zur Nutzung von Verbindungsnetzbetreiberauswahl und Verbindungsnetzbetreibervorauswahl nicht beeinträchtigen darf.

Entgegen der Kritik von Tele2 ist die Funktionalität der Tarifzonensperre in Bezug auf die über TA geführten Verbindungen im Großhandelsangebot enthalten. Dass Tarifzonensperre zu Verbindungsnetzen nicht im Leistungsumfang enthalten ist, steht in Übereinstimmung mit der Vertragsbestimmung, wonach der Resale-Partner die Möglichkeit zu Call-by-call-Verbindungen und zur Einrichtung einer Carrier Preselection zu gewährleisten hat. Die Bereitstellung der Tarifzonensperre für alle abgehenden Verbindungen ist auch nicht sehr sinnvoll, da die konkreten Tarifmodelle aufgrund der für die Neukundengewinnung meist erforderlichen Preisdifferenzierung nicht übereinstimmen werden.

Wegen der Verpflichtung des Resale-Partners zur Gewährung von CbC bzw. CPS wird auch eine Vollsperrung nicht angeboten. Die „Sperrung auf einen bestimmten Zeitraum“ stellt keinen OES-Dienst dar und kann auch von Tele2 selbst durchgeführt werden. Die Nichtaufnahme der Möglichkeit zur „administrativen Sperrung“ ergibt sich daraus, dass der Kunde bei TA nicht mehr als Teilnehmer geführt wird.

Hinsichtlich der weiteren OES-Leistungsmerkmale geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass TA all jene Leistungsmerkmale, welche sie eigenen Endkunden zur Verfügung stellt, auch in nichtdiskriminierender Weise in ihr Großhandelsangebot aufnimmt; dies betrifft etwa die Einrichtung von Kurzzahlnummern ab einer bestimmten Zahl von Anschlüssen auch bei POTS, die Verfügbarkeit der Aktivsperrung oder die ISDN-Funktionalitäten COLP und COLR.

#### 8.8.11. einseitig TA begünstigende Vertragsklauseln

Ein häufig wiederkehrender Kritikpunkt der Tele2 bezieht sich darauf, dass TA häufig Vorbehalte für die von ihr zu erbringenden vertraglichen Leistungen auf Basis „best efforts“ vorsehe und dass derartige Vertragsklauseln als diskriminierend anzusehen seien.

Diese Ansicht wird von der Telekom-Control-Kommission nicht geteilt. Im Zusammenhang mit dem verfahrensgegenständlichen Großhandelsangebot muss berücksichtigt werden, dass mit der Umsetzung des Großhandelsangebotes gänzlich neue Wholesale-Leistungen eingeführt und die vertragliche Sachleistung in diesem Fall von TA erbracht wird, die die „Leistungsgefahr“ und ein allfälliges Schadensersatzrisiko trägt. Dass TA den Leistungsumfang einseitig ändern können muss, ergibt sich aus der Interdependenz zwischen den im Großhandelsangebot angeführten Leistungen und den Retail-Leistungen der TA. Möchte TA den Umfang ihrer Retailleistungen zB durch Einführung neuer Leistungsmerkmale oder Verrechnung von Entgelten für zuvor unentgeltliche Leistungsmerkmale verändern, müsste sie ohne diese Bestimmung vor Vornahme derartiger Änderungen die Zustimmung ihrer Resale-Partner einholen, was ihren wirtschaftlichen Handlungsspielraum in unzumutbarer Weise beeinträchtigen würde.



Die von Tele2 bemängelte Möglichkeit einseitiger Vertragsänderungen bezieht sich größtenteils auf Situationen, in denen TA eine Bereitstellung vertraglicher Leistungen aus von ihr nicht zu vertretenden externen Umständen unmöglich wird.

Die Aufnahme der von Tele2 gewünschten Öffnungsklausel oder einer die Möglichkeit zur Änderungskündigung enthaltenden Klausel in das Großhandelsangebot erscheint im Hinblick auf § 50 Abs. 1 TKG 2003 entbehrlich.

Hinsichtlich des von Tele2 behaupteten Fehlens einer Mindestvertragsdauer ist festzuhalten, dass das Großhandelsangebot mit dem ab Vertragsunterzeichnung geltenden gegenseitigen Kündigungsverzicht auf 18 Monate ein der Mindestvertragsdauer vergleichbares Instrument aufweist. Dieser Zeitraum erscheint der Telekom-Control-Kommission angemessen, da die Leistungsbeziehung zwischen TA und dem Resale-Partner nach Ablauf von 9 Monaten ab Aufnahme des Regelbetriebes eine hinreichende Stabilität aufweisen sollte.

Eine Diskriminierung der Resale-Partner durch das im Großhandelsangebot enthaltene Aufrechnungsverbot ist nicht erkennbar. Zur Zulassung der Aufrechnung eigener Endkunden mit sämtlichen konnexen Gegenforderungen ist TA aus konsumentenschutzrechtlichen Gründen verpflichtet (§ 6 Abs. 1 Z 8 KSchG). Auf Tele2 als Unternehmer ist das KSchG jedoch unanwendbar (§ 1 Abs. 1 KSchG). Zudem kann Tele2 die entstehenden Kosten an ihre Resale-Kunden weitergeben.

#### 8.8.12. Routing zu 111-1 und 118-1; Entstörung

Die Auffassung der Tele2, dass das Routing bei Wahl von 111-1 und 118-1 durch den Resale-Teilnehmer jeweils in jenes Netz erfolgen müsse, dem die Rufnummer zugeordnet sei, also dem Netz der TA, ist durch die in § 105 Abs. 1 Z 3 u. 4 KEM-V aufgenommenen Neuregelungen, nach welchen die Rufnummern 111-1 und 118-1 überhaupt aufgelassen werden, überholt; ergänzend wird auf die Ausführungen zur resellerspezifischen Translation in Pkt. 9 des Sachverhalts und Pkt. 8.3. der rechtlichen Beurteilung verwiesen.

In Bezug auf die Entstörung stellt Telekom Austria im Angebot selbst (Pkt. 10 des Hauptteils, S. 9) nur die Leistung „Netzentstörung Standardpaket“ zum Wiederverkauf bereit; bietet aber für darüber hinausgehende Arten der Entstörung den Abschluss eines gesonderten Vertrages an. Anders als Tele2 vermeint beinhaltet die von TA angebotene Entstörungsleistung ebenfalls fixe Entstörungszeiten; eine Einschränkung auf die technischen und betrieblichen Möglichkeiten findet sich auch in den entsprechenden AGB.

#### 8.8.13. technische Veränderung, Branding

Entgegen der Behauptung von Tele2 ist im Angebot der TA gemeint, dass der Bestimmung des Großhandelsangebots, wonach eine technische Veränderung der Anschlussleistung nicht vorgenommen werden darf, eine vom Resale-Partner vorgenommene Kombination etwa mit eigenen webbasierten Zusatzdiensten nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht entgegensteht. Gleichfalls beanstandungsfrei erscheint der Passus, wonach der Resale-Partner nicht berechtigt ist, mit dem Namen von TA gegenüber dem Endkunden aufzutreten.

#### 8.9. Eventualantrag der Tele2, TA zur Legung eines Großhandelsangebotes zur Bereitstellung der in ON 52, Anl. ./1 und ./5 zu Blg. ./A maximal zu den in ON 52, Anlage ./2 zu Blg. ./A genannten Entgelten zu verhalten

Da die Telekom-Control-Kommission die Konditionen des von TA vorgelegten Großhandelsangebotes aus den oben dargelegten Gründen nicht als diskriminierend erachtet, vermochte sie dem Eventualantrag der Tele2 (ON 52, 140), die Telekom Austria

AG zur Legung eines Angebotes zu verhalten, welches die Bereitstellung der in ON 52, Anl. ./1 und ./5 zu Blg. ./A angeführten Leistungen maximal zu den in ON 52, Anlage ./2 zu Blg. ./A genannten Entgelten binnen zweier Monate ab Bescheiderlassung zum Gegenstand habe und der Tele2 ermögliche, auf Basis der Anschlussleistung selbst gestaltete Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung anzubieten, nicht zu entsprechen.

#### 8.10. Anregung der Tele2 auf Stellung eines Antrages beim Kartellgericht auf Abschöpfung der Bereicherung

Hinsichtlich der Anregung der Tele2, die Telekom-Control-Kommission möge feststellen, dass TA auf Grund ihres Verstoßes gegen § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 34 TKG 1997 im Zusammenhang mit der Verweigerung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Anschlussleistung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt habe, und beim Kartellgericht den Antrag stellen, einen Betrag festzusetzen und für abgeschöpft zu erklären, hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen: Zwar ist zutreffend, dass TA mehrfach zur Legung eines Großhandelsangebotes in Bezug auf den Zugang zur Anschlussleistung aufgefordert wurde und dass insbesondere die Weigerung der TA zur Legung eines derartigen Angebots gegenüber ihren Wettbewerbern im Zeitraum zwischen 19.12.2003 und 23.05.2004 einen schweren Verstoß gegen Bestimmungen sowohl des TKG als auch gegen Anordnungen der Regulierungsbehörde darstellt. Andererseits ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass Tele2 für einen – wenn auch zugegebenermaßen sehr kurzen Zeitraum – im Dezember 2003 die Möglichkeit zum Abschluss eines derartigen Vertrages gehabt hätte. Dass Tele2 von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht und somit die Gelegenheit zur Entfaltung entsprechenden Wettbewerbs im Anschlussbereich nicht genutzt hat, kann aber nicht der TA angelastet werden. Vor diesem Hintergrund hat sich die Telekom-Control-Kommission entschlossen, der Anregung der Tele2 nicht nachzukommen.

#### 8.11. Anregung der Tele2 auf Anpassung der Endkunden-Grundentgelte und Eventualanregung auf Überprüfung des TA-Entgeltsystems

Der Anregung der Tele2 (ON 89a), die TA bescheidmässig dazu anzuhalten, ihre Endkunden-Grundentgelte so anzupassen, dass das geringste reale, dh um etwaige kostenlose Verbindungsleistungen oder sonstige Vorteile bereinigte monatliche Grundentgelt exkl. USt um zumindest EUR 4,20 über dem von TA angebotenen monatlichen Großhandelsgrundentgelt liege, musste der Erfolg versagt bleiben. Wie oben zu Pkt. 8.1.1. der rechtlichen Beurteilung eingehend begründet wurde, stellen die für Tarifgenehmigungen maßgeblichen Grundsätze darauf ab, ob ein gemittelttes Grundentgelt als für sich kostendeckend angesehen werden kann. Eine Heranziehung einzelner Tarifoptionen zur Ermittlung des Großhandelsentgelts würde wettbewerblich wünschenswerte Preisdifferenzierungsmechanismen zerstören.

Der Eventualanregung der Tele2 (ON 52), für den Fall, dass das monatliche Überlassungsentgelt im Großhandelsangebot höher sein sollte als das in Anl. ./2 zur Blg. ./A zur Anregung vom 21.05.2003 angegebene, zu prüfen, ob die am Markt angebotenen Grundentgelte für sich genommen noch kostenorientiert sind, bzw. diesen und allfälligen sonst von einer Kostenunterdeckung betroffenen Tarifoptionen anlässlich des nächsten Tarifgenehmigungsverfahrens die Genehmigung zu versagen, konnte aus den soeben geschilderten Gründen gleichfalls nicht entsprochen werden.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

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

#### **Hinweis**

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

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 22.11.2004

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann