



Z 1/21-9

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 17.05.2021 über Antrag der backbone-austria GmbH, Grödiger Weg 28, 5071 Wals-Siezenheim, gegen die A1 Telekom-Austria AG, Lassallestr. 9, 1020 Wien, einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Der Antrag der backbone-austria GmbH vom 10.03.2021 auf Erlassung einer Anordnung gemäß § 50 TKG 2003 gegenüber der A1 Telekom Austria AG betreffend Verkehrsübergabe bei virtueller Entbündelung wird abgewiesen.

Telekom-Control-Kommission (TKK)

bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH)

Mariahilfer Straße 77–79
1060 WIEN, ÖSTERREICH

www.rtr.at

E: rtr@rtr.at

T: +43 1 58058-0

F: +43 1 58058-9191

FN 208312t, HG Wien

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 10.03.2021, am selben Tag eingelangt bei der Behörde (ON 1), beantragte die Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin die Erlassung einer Anordnung gemäß § 50 TKG 2003 gegenüber der A1 Telekom Austria AG betreffend Verkehrsübergabe bei virtueller Entbündelung.

Im vorgelagerten Streitschlichtungsverfahren bei der RTR-GmbH gemäß § 121 TKG 2003 konnte keine Einigung erzielt werden (ON 5).

Der Antrag wurde der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12.03.2021 (ON 2) übermittelt. Die ihr mit Schreiben vom 4.05.2021 (ON 7) eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme bis 11.05.2021 hat die Antragstellerin nicht wahrgenommen.

2 Festgestellter Sachverhalt

Antragstellerin und Antragsgegnerin sind jeweils Bereitsteller öffentlicher Kommunikationsnetze und erbringen jeweils öffentliche Kommunikationsdienste (amtsbekannt; unstrittig).

Die Antragsgegnerin wurde mit den Bescheiden M 1.5/15-115 und M 1.6/15-117 jeweils vom 24.07.2017 auf den Vorleistungsmärkten für lokalen bzw zentralen Zugang als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgestellt und ihr wurden jeweils spezifische Verpflichtungen, darunter die Gewährung von Zugang zum Vorleistungsprodukt virtuelle Entbündelung mit lokaler bzw regionaler Verkehrsübergabe, auferlegt (amtsbekannt, vgl https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/entscheidungen/entscheidungen/M_1_5_15.de.html bzw https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/entscheidungen/entscheidungen/M1_6_15.de.html).

Die Antragsgegnerin stellt der Antragstellerin im Rahmen eines Vertrags über virtuelle Entbündelung vom 14.06.2018 idF vom 6.11.2020 Vorleistungen zur Erbringung von Breitbandinternetdiensten gegenüber eigenen Endkunden der Antragstellerin bereit (Protokoll Streitbeilegungsgespräch, ON 5).

Im Rahmen eines Verhandlungsgesprächs zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin am 27.11.2020 (Blg zu ON 1) fragte die Antragstellerin die in der Folge beantragte zentrale Verkehrsübergabe im Rahmen des vorerwähnten Vorleistungsvertrags gegenüber der Antragsgegnerin als Erbringerin der vertragsgegenständlichen Vorleistung „Virtuelle Entbündelung“ nach. Dabei soll die von der Antragstellerin beantragte Verkehrsübergabe in einem von der CompLex Software GmbH als Serverhousingfläche angemieteten Raum in dem von der Antragsgegnerin an der gleichen Adresse betriebenen Rechenzentrum erfolgen.

Die CompLex Software GmbH hat keine Bereitstellung eines Kommunikationsnetzes oder Erbringung eines Kommunikationsdienstes bei der RTR-GmbH angezeigt (amtsbekannt).

Die Antragsgegnerin lehnte die von der Antragstellerin begehrte Verkehrsübergabe mit Schreiben vom 30.11.2020 mit der Begründung ab, einer Übergabe bei einem Housing-Retail-Kunden könne sie nicht zustimmen, bot aber die Möglichkeit einer Verkehrsübergabe über die Kollokation der T-Mobile Austria GmbH am Übergabeknoten Salzburg-Alpenstraße an (vorgelegte Korrespondenz, Blg zu ON 1).

Die Antragstellerin machte von der von der Antragsgegnerin angebotenen Möglichkeit zur Realisierung der Verkehrsübergabe über die Kollokation eines Dritten Gebrauch, hielt aber dennoch an ihrem Begehren einer Realisierung der Verkehrsübergabe über die ComPlex Software GmbH fest (Blg zu ON 1). Aktuell wird die zentrale Verkehrsübergabe im Rahmen der virtuellen Entbündelung von der und zur Antragstellerin bis auf Weiteres über die Kollokation der T-Mobile Austria GmbH realisiert (Schreiben der A1 vom 19.03.2021, S 3, ON 5).

Die T-Mobile Austria GmbH ist so wie die Antragstellerin „Partner der virtuellen Entbündelung“ (kurz „PVE“) der Antragsgegnerin und hat mit der Antragsgegnerin einen Vorleistungsvertrag über virtuelle Entbündelung abgeschlossen (amtsbekannt, unstrittig).

3 Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Beweismitteln bzw sind amtsbekannt.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß §§ 50 iVm 117 Z 7a TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission in Verfahren über Anträge auf Erlass von Anordnungen gemäß § 50 TKG 2003 zur Entscheidung zuständig.

4.2 Gesetzliche Regelungen

§ 41 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet auszugsweise:

„(1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren.

(2) Die Verpflichtung nach Abs. 1 kann insbesondere folgende Verpflichtungen umfassen:

[...]

6. Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Unterbringung oder Nutzung von zugehörigen Einrichtungen;

[...]“

§ 50 Abs 1 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet:

„Kommt zwischen einem Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes, dem von der Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach §§ 38, 41, 42 oder 47 auferlegt worden sind oder der nach § 22 Abs. 3, § 23, § 48 oder § 49 Abs. 3 verpflichtet ist, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes oder einem Unternehmen, dem Zugangsverpflichtungen nach diesem Gesetz zugute kommen, eine Vereinbarung über die nach §§ 22 Abs. 3, 23, 38, 41, 42, 47, 47a, 48 oder § 49 Abs. 3 bestehenden Verpflichtungen trotz Verhandlungen binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen.“

§ 117 TKG 2003, BGBl I 2003/70 idgF, lautet auszugsweise:

„Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

[...]

7a. Entscheidungen in Verfahren gemäß § 50,

[...]“

4.3 Nachfrage und Antrag

Nach dem Sachverhalt fragte die Antragstellerin die beantragte zentrale Verkehrsübergabe in den von der CompLex Software GmbH für Zwecke des Serverhousing angemieteten Räumlichkeiten am 27.11.2020 im Rahmen eines Verhandlungsgesprächs mit der Antragsgegnerin erstmals nach und hielt ausweislich der mit dem Antrag vorgelegten Korrespondenz auch weiterhin an ihrem Wunsch fest, die beantragte Verkehrsübergabe bei der CompLex Software GmbH zu realisieren, ohne dass diesbezüglich eine Einigung mit der Antragsgegnerin erfolgte. Die zwischenzeitlich erfolgte Realisierung der Verkehrsübergabe über die Kollokation eines Dritten steht einer Anrufung der Telekom-Control-Kommission nicht entgegen, da Punkt 14.3 des Hauptteils des Vertrags betreffend virtuelle Entbündelung eine Möglichkeit zur Anrufung der Regulierungsbehörde auch bei Fortbestehen eines derartigen – ungekündigten – Vertrages dann vorsieht, wenn die Parteien über schriftlich übermittelte begründete Änderungswünsche einer Partei bezüglich der Neufestlegung von einzelnen Bestimmungen dieses Vertrages während eines angemessenen Zeitraums ernsthaft verhandelt haben. Die Voraussetzung zur Anrufung der Telekom-Control-Kommission ist aufgrund ergebnisloser Verhandlungen trotz einer Nachfrage wenigstens sechs Wochen vor Antragstellung gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 daher erfüllt.

4.4 Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Nach Ansicht der Antragsgegnerin fehlt es vorliegend an einer Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission zum Erlass einer vertragsersetzenden Anordnung, da ein allfälliges Zugangsrecht der Antragstellerin zur beantragten zentralen Verkehrsübergabe im Rahmen der aufgrund der Marktanalysebescheide M 1.5/15-115 und M 1.6/15-117 bereitzustellenden virtuellen Entbündelung nicht bestehe. Nach den Spruchpunkten 3.1.2 und 3.1.4 des Marktanalysebescheides M 1.6/15-117 vom 24.07.2017 sei die Antragsgegnerin nur zur Bereitstellung einer „regionalen Übergabe“ verpflichtet; die Erweiterung der Vorleistung „Virtuelle Entbündelung“ auf eine „zentrale Übergabe“ biete die Antragsgegnerin auf freiwilliger Basis an. Die Antragsgegnerin verneint eine Anordnungszuständigkeit der Telekom-Control-Kommission offenbar deshalb, da die von der Antragstellerin begehrte Leistung nicht auf einer spezifischen Verpflichtung beruhe, die der Antragsgegnerin als marktmächtigem Unternehmen nach §§ 38, 41, 42 oder 47 von der Regulierungsbehörde auferlegt worden sei. Diese Rechtsansicht der Antragsgegnerin ist jedoch unzutreffend. Selbst wenn die „zentrale Verkehrsübergabe“ nicht ausdrücklich als Zugangsverpflichtung in den vorerwähnten Bescheiden auferlegt wurde, bietet die Antragsgegnerin diese Vorleistung seit Juni 2018 allen Nachfragern nach der Vorleistung „Virtuelle Entbündelung“ an. Aufgrund der ihr in Spruchpunkt 3.3 des Marktanalysebescheides M 1.6/15-117 auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung muss die Antragsgegnerin der Antragstellerin jedenfalls schon deshalb Zugang zur zentralen Verkehrsübergabe gewähren, da sie diesen Zugang auch anderen Vorleistungsnachfragern gewährt.

Eine Anordnungsbefugnis der Telekom-Control-Kommission ist also vorliegend gegeben, da die Nichtgewährung des Zugangs zur zentralen Verkehrsübergabe zumindest gegen die der Antragsgegnerin auferlegte spezifische Verpflichtung zur Gleichbehandlung (§ 38 TKG 2003)

verstoßen würde. Überdies ergibt sich aus Spruchpunkt 3.1.4, dass A1 bei einer Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten des Layer2-Produkts mit regionaler Übergabe gegenüber den bestehenden Möglichkeiten durch Einsatz neuer Hard- oder Software in ihrem Netz auf Nachfrage zur entsprechenden Erweiterung des Angebots verpflichtet ist.

4.5 Verkehrsübergabe bei virtueller Entbündelung am Übergabestandort eines Dritten

Spruchpunkt 3.1.4 des Marktanalysebescheids M 1.6/15-117 sieht vor, dass die regionale Übergabe des Verkehrs in Bezug auf die in den Spruchpunkten 3.1.1 und 3.1.2 (virtuelle Entbündelung) angeführten Zugangsprodukte auf Ebene der neun in den maßgeblichen Standardangeboten der A1 genannten Übergabepunkte [...] in das Netz des Vorleistungsnehmers zu ermöglichen ist.

Nach Spruchpunkt 3.3.4 des Marktanalysebescheids hat A1 gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 das bestehende Standardangebot betreffend virtuelle Entbündelung idF vom 3.07.2017 aufrecht zu erhalten sowie binnen acht Wochen nach Rechtskraft dieses Bescheides in einer die Auflagen des erwähnten Bescheides erfüllenden Form auf ihrer Webseite zu veröffentlichen.

Nach Anhang 2, Punkt 2.9.1 des Standardangebots virtuelle Entbündelung kann eine zentrale Verkehrsübergabe entweder bei einem bereits bestehenden physischen Zugang („Kollokation“) des PVE oder eines Dritten an einem der von A1 in Anhang 1, Punkt 2.1.3 des Standardangebots definierten Übergabestandorte (darunter der Standort Alpenstr. 5, 5020 Salzburg) erfolgen.

Strittig zwischen den Parteien ist die Frage, ob die Realisierung der Verkehrsübergabe bei einem bereits bestehenden physischen Zugang („Kollokation“) eines Dritten an einem der definierten Übergabestandorte auch die Möglichkeit umfasst, die Verkehrsübergabe in solchen Räumlichkeiten eines Dritten zu realisieren, die sich innerhalb des gleichen Gebäudes wie der definierte Übergabestandort befinden und von einem Vertragspartner des Vorleistungsanbieters nicht im Zusammenhang mit dem Bezug regulierter Vorleistungen wie physischer oder virtueller Entbündelung oder Zusammenschaltung genutzt, sondern für die Inanspruchnahme von Rechenzentrumsdienstleistungen (hier: Serverhousing) auf Basis eines kommerziellen Vertrags mit der Antragsgegnerin im unregulierten Bereich verwendet werden. Die Antragsgegnerin steht auf dem Standpunkt, die Vermietung einer Rechenzentrumsfläche an ein Softwareunternehmen im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages könne nicht mit der Zurverfügungstellung eines physischen Zugangs (Kollokation) an alternative Betreiber im Rahmen des Bezugs regulierter Vorleistungen wie jener der virtuellen Entbündelung gleichgesetzt werden. Demgegenüber legt die Antragstellerin in diesem Zusammenhang dar, für die Eigenschaft eines Raumes als „Kollokation“ sei entscheidend, dass sich dieser im gleichen Gebäude wie der Übergabeknoten befindet und vom Vorleistungsanbieter zur Verfügung gestellt werde; dass der Bezieher der von A1 im Zuge des Serverhousingvertrags erbrachten Leistungen weder physische noch virtuelle Entbündelungsleistungen beziehe und weder Bereitsteller elektronischer Kommunikationsnetze noch Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste sei, stehe der Qualifikation eines Serverhousingstandorts als bereits bestehenden physischen Zugang („Kollokation“) eines Dritten am Übergabestandort nicht entgegen, da der Vertrag über virtuelle Entbündelung diesbezüglich keine ausreichend detaillierten Regelungen enthalte.

Die Telekom-Control-Kommission hat hierzu Folgendes erwogen:

Sowohl in der historischen Entwicklung der für die Telekommunikationsregulierung maßgeblichen Rechtsvorschriften als auch in der Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission ist der Begriff „Kollokation“ untrennbar mit dem Konzept eines regulierten Zugangs alternativer Betreiber von

Kommunikationsnetzen bzw. alternativer Anbieter von Telekommunikationsdiensten verbunden (vgl. statt aller nur [https://de.wikipedia.org/wiki/Kollokation_\(Telekommunikation\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Kollokation_(Telekommunikation))). So räumte bereits Anhang VII der Richtlinie 97/33/EC des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.06.1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl L 199/32 vom 26.07.1997, der nationalen Regulierungsbehörde die Möglichkeit ein, ex-ante-Bedingungen etwa für den Bereich „Erfordernisse in Bezug auf gemeinsame Nutzung von Einrichtungen einschließlich Kollokation“ vorzugeben.

Art 2 lit h der am 18.12.2009 außer Kraft getretenen Verordnung 3788/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl L 336/4 vom 30.12.2000, definierte „Kollokation“ als „die physische Bereitstellung von Raum und technischen Einrichtungen, die für die Installation und den Anschluss der relevanten Einrichtungen eines Begünstigten normalerweise erforderlich sind, wie dies in Abschnitt B des Anhangs vorgesehen ist“. Der erwähnte Anhang zur genannten Verordnung enthielt Mindestbestandteile des von gemeldeten Betreibern zu veröffentlichenden Standardangebots für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und listete unter lit B „Kollokationsdienste“ ua „1. Angaben zu den relevanten Standorten des gemeldeten Betreibers“ sowie „2. Kollokationsmöglichkeiten an den in Nummer 1 genannten Standorten (einschließlich physische Kollokation und gegebenenfalls Fernkollokation und virtuelle Kollokation)“ auf.

Art 12 lit f der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.03.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung („Zugangsrichtlinie“, ABl L 108/7 vom 24.04.2002) idF der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009, ABl L 337/37 vom 18.12.2009, sieht die Möglichkeit vor, Betreibern die Verpflichtung zu einer gemeinsamen Unterbringung (Kollokation) oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung zugehöriger Einrichtungen aufzuerlegen.

Nach § 41 Abs 1 TKG 2003, der Art 12 der vorgenannten Richtlinie umsetzt, kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren; eine solche Verpflichtung kann gemäß § 41 Abs 2 Z 6 leg cit ua auch die Verpflichtung zur Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Unterbringung oder Nutzung von zugehörigen Einrichtungen umfassen.

Die vorerwähnten Rechtsvorschriften zeigen, dass die Ermöglichung von „Kollokation“ seit jeher in engem Zusammenhang mit der Auferlegung einer sektorspezifischen Zugangsverpflichtung steht. Dieser Eingriff in die wirtschaftliche Dispositionsbefugnis des als marktmächtig festgestellten Unternehmens war und ist erforderlich, da die wettbewerbliche Wirksamkeit einer regulatorischen Zugangsverpflichtung über die Zugangsleistung im engeren Sinn hinaus auch den Zugang zu bestimmten Ressourcen des marktmächtigen Unternehmens voraussetzt, so dass dieses in aller Regel im Falle einer Feststellung beträchtlicher Marktmacht neben der eigentlichen Zugangsleistung auch sog. „Annexleistungen“ bereitzustellen hat, wie etwa Räumlichkeiten mit gewissen technischen Mindestfunktionalitäten, elektrischen Strom, Klimatisierung etc. Die genannte Verpflichtung folgt dem Gedanken, dass das marktmächtige Unternehmen die erwähnten Annexleistungen auch seinem eigenen Retail-Arm zur Verfügung stellt und sie im Rahmen der einem marktmächtigen Telekommunikationsunternehmen in der Regel ebenfalls auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung auch den übrigen Vorleistungsbeziehern nichtdiskriminierend anbieten muss. Besonders stark kommt dieser Rechtsgedanke im

Zusammenhang mit dem Zugang zum entbündelten Teilnehmeranschluss zum Ausdruck, durch den das marktmächtige Unternehmen ausgehend von einer Marktanalyse massiven Einschränkungen unterworfen werden kann. Der mit einer Zugangsverpflichtung verbundenen Eingriffstiefe in Grundrechte des betroffenen Unternehmens steht jedoch die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots bei der Auslegung des Umfangs dieser Verpflichtung gegenüber.

Vor diesem Hintergrund kann die Telekom-Control-Kommission der von der Antragstellerin vertretenen Auffassung, wenn man unter „physische Kollokation“ die entgeltliche Nutzung von Raum in Räumlichkeiten bzw Gebäuden verstehe, in denen auch der HVT untergebracht sei, werde dieser Definition entsprochen, da sich sowohl das A1-Rechenzentrum als auch die Räume für „physische Kollokation“ im selben Gebäude befänden, nicht beitreten. Der von CompLex Software GmbH für Zwecke des Serverhousing angemietete Raum stellt keinen „bereits bestehenden physischen Zugang („Kollokation“) [...] eines Dritten“ iSd Anhang 2, Punkt 2.9.1 des Standardangebots virtuelle Entbündelung dar. Wenn umfangreiche Eingriffe in die wirtschaftliche Dispositionsbefugnis eines marktmächtigen Unternehmens durch die Verfügbarmachung von Annexleistungen mit der wettbewerblichen Erforderlichkeit gerechtfertigt werden, einen wirksamen Zugang sicherzustellen, erscheint ein derartiger Eingriff im Umkehrschluss dann nicht angemessen, wenn das betroffene Unternehmen in weiteren Geschäftsfeldern – wie etwa dem Betrieb von Rechenzentren oder dem Anbieten von Serverhousingleistungen – aktiv ist, die im unregulierten Bereich liegen und für die keine § 41 TKG 2003 vergleichbaren spezifischen Eingriffsnormen existieren. Eine Ausdehnung der Pflicht zur Herstellung einer zentralen Verkehrsübergabe an der Kollokation eines Dritten im Rahmen der virtuellen Entbündelung auch auf den von einem Softwareunternehmen ohne Bezug zur elektronischen Kommunikation angemieteten, am gleichen Standort wie dem Übergabeknoten des marktmächtigen Unternehmens befindlichen Rechenzentrumsraum ist von der der Antragsgegnerin im Bescheid M 1.6/15-117 auferlegten Zugangsverpflichtung nicht mit umfasst.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.



III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von 30 Euro zu entrichten ist (BGBl II 387/2014 idF BGBl II 579/20). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 17.05.2021

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende