

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden, sowie durch Dr. Erhard Fürst und DI Prof. Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder, nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Telekom Austria AG (TA) durch den direkten oder indirekten Vertrieb von Endgeräten mit geräteseitig eingebauter automatischer Vorwahl der Ziffernfolge „1001“ und das trotz der gegenwärtig angewandten netzseitigen Implementierung der Ziffernfolge „1001“, die dazu führt, dass Endkunden der Telekom Austria AG bei Verwendung eines gegenständlichen Endgerätes unter gleichzeitiger Vorenthaltung der „Entsperrinformation“ nicht vom Verbindungsnetzbetrieb Gebrauch machen können, in der Sitzung vom 3.3.2003 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Der Telekom Austria AG wird hiermit gemäß § 34 Abs. 3, 1. Satz Telekommunikationsgesetz BGBl I Nr 100/1997 idF BGBl I Nr 134/2002 (im Folgenden „TKG“) aufgetragen,

entweder

- A. den direkten oder indirekten Vertrieb von Endgeräten der Marken Siemens Silver Edition SMS und Sagem SLT 10 SMS mit geräteseitig eingebauter automatischer Vorwahl der Ziffernfolge „1001“ für jenen Zeitraum zu unterlassen, in dem die netzseitige Implementierung der Ziffernfolge „1001“ dazu führt, dass Endkunden der Telekom Austria AG bei Verwendung eines gegenständlichen Endgerätes faktisch solange nicht von der Verbindungsnetzbereiberauswahl (Call by Call) Gebrauch machen können, als sie nicht im Besitz der notwendigen „Entsperrinformation“ der verfahrensgegenständlichen Endgeräte sind,

oder aber

- B. dafür Sorge zu tragen, dass die Käufer der gegenständlichen Endgeräte schon anlässlich des Verkaufes der verfahrensgegenständlichen Endgeräte Siemens Silver Edition SMS und Sagem SLT 10 umfassend mit allen notwendigen Informationen versorgt werden, die erforderlich sind, um die geräteseitig implementierte automatische Vorwahl von „1001“ verhindern zu können. Mindestbestandteil der der Telekom Austria AG in diesem Falle aufgetragenen Informationspflichten sind kumulativ die folgenden Punkte:

- Anpassung der Produktverpackung („Schuber“) inkl. Anpassung der TA-Homepage sowie Adaptierung der Produktinformationen der Vertriebspartner (Werbeprospekte) zur wahrheitsgemäßen Information der zukünftigen Käufer, das heißt unter Erläuterung der dauerhaften Entsperrmöglichkeit des Siemens Silver Edition SMS gemäß der folgenden Vorgangsweise:

Möglichkeit 1 - Kurzeingabe:

Eingabe:

„Menü“ 8 – 4 – 4 „Menü“ 3 „Menü“ 1 <lange Auflegen> unter Hinweis auf die entsprechende Menüanzeige:

Eingabe	Beschreibung lt. Menü / Display
Menü	
8	Auswahl „Basis einstellen“
4	Auswahl „Sonderfunktion!“
4	Auswahl „Vorwahlziffer“
Menü	
3	Auswahl „Pause einfügen“
Menü	
1	Auswahl „Speichern“
„lange Auflegen“ (=roter Hörer 1 Sekunde lang drücken)	Display wird gelöscht

Ferner wird der Telekom Austria AG aufgetragen, bei der Erläuterung dieses Procederes die Käufer der gegenständlichen Endgeräte ausdrücklich auf die Möglichkeit, den oben beschriebenen Prozess mit Hilfe der vorhandenen Menüführung durchzuführen, hinzuweisen.

- Entsperranleitung als Korrektur zur Bedienungsanleitung mit Information über die wirkliche Beschaffenheit des Telefons als Beilage zum Telefon inhaltlich entsprechend dem obigen Spiegelstrich
- Information der bisherigen Käufer mittels Beilage einer dementsprechenden Entsperranleitung – wie oben – beim nächsten Rechnungslauf der TA.

Es wird der Telekom Austria AG freigestellt, welche der beiden angeführten Maßnahmen (Punkt A oder B) zur Abstellung des festgestellten Missbrauchs sie ergreift.

Als Frist für die Telekom Austria AG wird ein Zeitraum von zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides festgelegt.

II. Begründung

Sachverhalt:

Die Telekom Austria AG vertreibt jedenfalls seit 7. November 2002 (ON 1, Prospekt der Firma Cosmos-Köck) folgendes Produkt:

„Schnurlostelefon, Siemens Silver Edition SMS. [...] Nur zum Betrieb und für Verbindungen über das von Telekom Austria geeignet, zum Preis von € 129,-,“

Dieses Endgerät der Marke Siemens Silver Edition SMS sowie das Endgerät Sagem SLT 10 SMS werden von Telekom Austria auch im Wege des elektronischen Fernabsatzes via TA-Homepage vertrieben (ON 1). Auch im Wege des Vertriebs über die TA-Homepage wird von TA darauf hingewiesen, dass „1001 jeder gewählten Nummer vorangestellt wird, das heißt, dass weder Call by Call noch eine Carrier Preselection möglich sind.“ (ON 1, Ausdruck der Homepage der TA).

Diese Hinweise sind sohin sowohl auf der Homepage der Telekom Austria AG auf Werbeprospekten von Vertriebspartnern, auf der Außenseite der Verpackung der Endgeräte als auch in der beigelegten Bedienungsanleitung der gegenständlichen Endgeräte zu finden.

Diese Schnurlosendgeräte (jeweils Basisstation und Mobilteil, DECT-Technologie) werden von der Telekom Austria AG über eigene Stellen, aber auch über andere Kanäle vertrieben.

Die Ziffernfolge „1001“ ist derzeit im Netz der Telekom Austria AG „janusköpfig“ implementiert. Einerseits ist diese Ziffernfolge als Code für das Ausführen der Netzfunktionalität „Preselection Override“ vorgesehen. Andererseits ist diese Ziffernfolge als Verbindungsnetzbetreiberkennzahl (VNKZ) vorgesehen, die theoretisch dazu dient, Verkehr von direkten Teilnehmern alternativer Netzbetreiber über das (Verbindungs)-Netz der Telekom Austria AG zu führen (dieses Merkmal wird derzeit von keinem alternativen Netzbetreiber unterstützt).

Die beschriebene automatische Wahl durch das Endgerät schließt Verbindungsnetzbetrieb, das heißt eine gewollte Inanspruchnahme alternativer Anbieter durch den Benutzer des Endgeräts, aus, sofern die automatische Wahl durch das Endgerät nicht durch Entsperrern des Endgerätes unterbunden wird.

Bei beiden verfahrensgegenständlichen Endgeräten können die Endkunden prinzipiell auch über alternative Anbieter (Verbindungsnetzbetreiber, VNB) telefonieren. Allerdings benötigt ein Käufer dieser Endgeräte dafür die

notwendige Information zum „Entsperren“ dieser Endgeräte (Ausschalten der automatischen Vorwahl der Kennzahl Preselection Override „1001“), da nach Aussendung der Ziffernfolge 1001 die anschließende Wahl einer Verbindungsnetzbetreiberkennzahl (VNKZ) nicht möglich ist. Dies geschieht aufgrund der von der TA vorgenommenen Implementierung der Netzfunktionalität des „Preselection Override“ (1001), weil nach „1001“ keine Wahl einer Verbindungsnetzbetreiberkennzahl möglich ist.

Beide Geräte können dauerhaft entsperrt werden, wobei beim Endgerät der Marke Sagem SLT 10 SMS eine Entsperrung nur insofern möglich ist, als dass bei Inanspruchnahme von alternativen Netzbetreibern, die Verwendung der Telefonbuchfunktion nicht möglich ist.

Zur Kundeninformation:

Bei beiden gegenständlichen Endgeräten informierte die TA, bzw. die Vertriebspartner der TA, ursprünglich - und teilweise noch andauernd - die Kunden der gegenständlichen Endgeräte dahingehend, dass Verbindungsnetzbetrieb nicht möglich sei (ON 1). Auf den in Verwendung befindlichen Verpackungen (Schuber) findet sich folgende Formulierung:

- Siemens Silver Edition SMS: „Nur zum Vertrieb und für Verbindungen über das Netz von Telekom Austria geeignet. Für Call by Call sowie für Carrier Preselection nicht geeignet. [...]“
- Sagem SLT 10 SMS: „Nur zum Vertrieb und für Verbindungen über das Netz von Telekom Austria geeignet. Für Call by Call sowie für Carrier Preselection grundsätzlich nicht geeignet. [...]“

Beide Endgeräte waren mit Verpackungen mit dieser Aufschrift am 20.2.2003 noch im Einzelhandel erhältlich (ON 17).

Zumindest seit dem 21.2.2003 informiert die TA auf Ihrer Homepage über die Möglichkeit, bei Verwendung der verfahrensgegenständlichen Endgeräte auch Call by Call sowie Carrier Preselection zu nützen (ON 18). Dies erfolgt mittels elektronischer Weiterverlinkung von der „shop-Seite“ auf die „faq“-Seite (faq – frequently asked questions) der Homepage der TA, wo in geraffter und cursorischer Form über die Möglichkeit, die verfahrensgegenständlichen Endgeräte zu entsperren informiert wird. Zumindest im Falle des Siemens Silver Edition SMS wird nicht über die einfachste und nachhaltigste Form der Entsperrung (ON 10) des Siemens Silver Edition SMS informiert.

Die Telekom-Control-Kommission hat am 19.12.2002 (ON 5) und am 19.2.2003 (ON 16) die Telekom Austria AG gem § 34 Abs 3 TKG zur Abstellung des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung aufgefordert. Telekom Austria AG hat diesen Aufforderungen nicht binnen der zuletzt gesetzten Frist (ON 16) Folge geleistet.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass die von TA in der Parteieneinvernahme vom 20.1.2003 vorgelegten Neuentwürfe der Verpackung (ON 11) real in den Einzelhandel gelangten.

Beide verfahrensgegenständlichen Endgeräte wurden am 3. März 2003 noch im Wege des elektronischen Fernabsatzes auf der TA-Homepage angeboten (ON 20).

Beweiswürdigung

Die Feststellungen gründen sich auf den vorliegenden Einzelhandelsprospekt sowie Ausdrücke der Homepage der TA (ON 1), auf die Stellungnahmen der Telekom Austria AG vom 25.11.2002 (ON 4), vom 3.1.2003 (ON 6), vom 13.1.2003 (ON 8), vom 31.1.2003 (ON 12), vom 13.2.2003 (ON 14) und vom 26.2.2003 (ON 19), auf die herausgefundene Möglichkeit des dauerhaften Entsperrens des Siemens Silver Edition (ON 10), auf das Vorbringen der Telekom Austria AG in der Parteieneinvernahme vom 20.1.2003 (ON 11) sowie auf die TA-Homepage (ON 1, 18 und 20).

Der Sachverhalt wird in tatsächlicher Hinsicht von Telekom Austria AG darüber hinaus nicht bestritten und ist insofern klar.

Rechtliche Beurteilung

1. Zuständigkeit

§ 111 Z 10 TKG weist der Telekom-Control-Kommission als Aufgabe „Untersagung oder Auferlegung eines bestimmten Verhaltens sowie Erklärung von Verträgen als ganz oder teilweise unwirksam gemäß §§ 34 Abs 3 und 35 Abs 2“ zu.

2. 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 TKG, die für Marktbeherrscher besondere Verpflichtungen schaffen, ergibt sich, dass in sachlicher Hinsicht jedenfalls zwischen den Märkten für öffentlichen Sprachtelefondienst im Festnetz, für öffentlichen mobilen Sprachtelefondienst und für das öffentliche Anbieten von Mietleitungen (vgl. § 18 Abs 4 und Abs 6 TKG) unterschieden werden muss (ständige Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission, vgl zuletzt Bescheid M 1/02-114 vom 20.09.2002). Der im vorliegenden Fall maßgebliche sachlich relevante Markt ist der Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes, da sich das missbräuchliche Verhalten der Telekom Austria AG auf diesem Markt auswirkt.

Der räumlich relevante Telekommunikationsmarkt umfasst dasjenige Gebiet, in dem ähnliche objektive Wettbewerbsbedingungen (zB Konzessionsbedingungen) für die Telekommunikationsdienstleistungsanbieter gelten. Gemäß Art 4 Abs 3 RL 97/33/EG idgF gilt ein Telekommunikationsunternehmen als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es einen Anteil von über 25 % an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt in dem geographischen Gebiet in einem Mitgliedstaat, in dem es zugelassen ist, besitzt. Wesentlich für die Bestimmung der objektiven Wettbewerbsbedingungen ist somit der geographische Umfang der erteilten Konzession. Dies ist bei der Telekom Austria AG das gesamte Bundesgebiet. Da gegenwärtig nach Auffassung der Regulierungsbehörde kein

Grund besteht, an der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen für Telekommunikationsunternehmen im ganzen Bundesgebiet zu zweifeln und tatsächlich die Telekom Austria AG ihre Leistungen bundesweit anbietet, ist das Bundesgebiet als der maßgebliche räumlich relevante Markt anzusehen.

3. Marktbeherrschung

Mit Bescheid der Telekom-Control Kommission M 1/02-114 vom 20.9.2002, Anzahl aktivierter Anschlüsse, Daten vom März 2002, veröffentlicht in einer um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigten Version unter <http://www.rtr.at>), wurde festgestellt, dass die Telekom Austria AG (kurz „TA“) gemäß § 33 Abs 4 TKG über eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefoniedienstes bzw. des öffentlichen Mietleitungsdienstes jeweils mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen im Sinne des TKG verfügt.

Der Marktanteil der Telekom Austria AG auf dem Markt der Erbringung von Sprachtelefoniedienstleistungen im Festnetz beträgt demzufolge mehr als 70 % (Bescheid der Telekom-Control Kommission M 1/02-114 vom 20.9.2002 aaO, Umsatzanteil der Telekom Austria AG im Festnetz, Daten vom März 2002).

Dieser Bescheid ist in Rechtskraft erwachsen. Die Telekom Austria AG verfügt ausweislich eines eigenen Berichts über die Ergebnisse des 1. Quartals 2002 auf dem Markt für öffentliche Sprachtelefonie mittels eines festen Telekommunikationsnetzes nach wie vor über einen Marktanteil von über 50 % (vgl. „Telekom Austria Gruppe - Ergebnis für das 1. Quartal 2002“, abrufbar unter <http://www.telekom.at>).

Der Telekom-Control-Kommission sind keine Umstände bekannt, die eine andere Feststellung nahe legen.

4. Leistung

Die bei der Anwendung des § 34 TKG zu prüfende Leistung ist der Zugang zum Netz der Telekom Austria AG, der diskriminierungsfrei auch Betreibern von Verbindungsnetzen gewährt werden muss. Diese Leistung wird den Wettbewerbern der Telekom Austria AG auf dem Markt für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Festnetz (Festnetzsprachtelefonie) nicht angeboten, weil bei Verwendung der gegenständlichen Endgeräte eine zuvor bestehende Betreibervorauswahl aufgrund der derzeitigen Implementierung der Ziffernfolge "1001" aufgehoben wird und eine Betreiberauswahl verhindert wird, sofern der Endkunde keine Information über die Entsperrmöglichkeiten der Endgeräte besitzt.

5. Missbrauch

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission verstößt die Telekom Austria AG gegen § 34 Abs 1 TKG, dadurch, dass sie auf dem Endgerätemarkt Schnurlosendgeräte mit geräteseitig voreingestellter automatischer Wahl von „1001“ vertreibt, was dazu führt, dass die Netzfunktion „Preselection Override“ ausgeführt wird, und der diskriminierungsfreie Zugang zum Verbindungsnetz unterbunden wird, sofern der Endkunde keine Information über die

Entsperrmöglichkeiten der Endgeräte besitzt, solange die beschriebene Implementierung der Ziffernfolge 1001 weiterhin im Netz der Telekom Austria AG implementiert bleibt. Erschwerend ist die Tatsache zu werten, dass TA selbst die Kunden ursprünglich falsch (ON 1) über die angebliche Unmöglichkeit, über Verbindungsnetze zu telefonieren, informiert hat, während sie den Kunden die korrekte Produktinformation verweigerte und teilweise noch immer verweigert.

Zu den von TA mittlerweile getroffenen Vertriebsmaßnahmen:

Die Telekom-Control-Kommission verkennt nicht, dass TA zumindest teilweise eine Verbesserung der Produktinformation der Käufer der gegenständlichen Endgeräte durchgeführt hat (ON 19). Es ist allerdings festzuhalten, dass auch die nunmehrige Gestaltung der TA-Homepage aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht geeignet ist, um einen Verstoß gegen § 34 Abs 1 TKG hintanzuhalten.

Die Telekom-Control-Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf den Beschluss des OLG Wien zu 29 Kt 396/02 vom 27.1.2003, demzufolge das Vorenthalten der Entsperrinformation einen Behinderungsmissbrauch iSd § 35 KartG darstellt und ferner ausgesprochen wurde, dass ein Verweis auf weitere Informationen auf der Homepage der TA nicht geeignet sei, von der Beurteilung des Sachverhaltes als Behinderungsmissbrauch abzugehen, zumal ein solcher Hinweis nicht geeignet sei, auftretende Irrtümer zu verhindern. Zumindest teilweise hat TA ihre Produktinformation dahingehend "verbessert", indem sie auf ihrer Homepage (siehe oben) eine geraffte und cursorische Darstellung über die Entsperrinformation der gegenständlichen Endgeräte gibt (ON 18,19 und 20). Hier ist allerdings kritisch zu würdigen, dass die an dieser Stelle der TA-Homepage präsentierten Entsperrmöglichkeiten zumindest im Falle des Siemens Silver Edition SMS nicht die herausgefundene dauerhafte Entsperrmöglichkeit (ON 10) erläutern, sondern lediglich eine Entsperrmethode, die keine dauerhafte Entsperrung darstellt.

Gemäß § 34 Abs. 1 TKG 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. Hintergrund dieser Bestimmung des ONP-Rechtsrahmens ist die für alternative Anbieter nur schwer zu duplizierende Netzinfrastruktur, insbesondere im Bereich des Zugangnetzes. Zweck dieser Bestimmung ist es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission, das durch die bestehende Netzinfrastruktur („bottleneck“-Effekt) möglicherweise entstehende Missbrauchspotential möglichst hintanzuhalten.

Besonders zu berücksichtigen ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission, dass die Telekom Austria AG im Bereich des Zugangnetzes (Zugangsmarktes) über einen Marktanteil von mehr als 95 % verfügt (Bescheid der Telekom-Control Kommission M 1/02-114 vom 20.9.2002, aaO), und dieser dem Markt für die Erbringung von Sprachtelefoniedienstleistungen im Festnetz, auf dem sich der Missbrauch zu Lasten der alternativen Wettbewerber (wie auch der Kunden) auswirkt, vorgelagert ist.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass es der Telekom Austria AG nur durch den hohen Marktanteil am Zugangsmarkt wirtschaftlich sinnvoll möglich ist, die gegenständlichen Endgeräte zu verkaufen und so ihre bereits bestehende marktbeherrschende Stellung am Markt der Erbringung von

Sprachtelefoniedienstleistungen im Festnetz noch zu verstärken. Ferner zu berücksichtigen ist, dass fast alle alternativen Anbieter von Festnetzsprachtelefonie als Verbindungsnetzbetreiber tätig sind, und daher auf die Verkehrsführung ihrer Gespräche zumindest auf jenen Teil des Telekom Austria Netzes der vom Wählamt der Telekom Austria AG bis in die Räumlichkeiten des Endkunden („letzte Meile“) reicht, zwingend angewiesen sind.

Zum von der Telekom Austria AG verschiedentlich vorgebrachten Argument, dass die Kunden nach wie vor Wahlfreiheit hätten, welchen Anbieter sie für ihr Gespräche bevorzugen würden und insofern nicht "überevorteilt" würden, ist auszuführen, dass § 34 TKG nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission eine Schutznorm zugunsten der Wettbewerber der Telekom Austria AG darstellt. Aufgrund der geschilderten Auswirkungen bei der Verwendung der gegenständlichen Endgeräte trotz bestehen bleibender Implementierung der Ziffernfolge "1001" unter Vorenthaltung der Entsperrinformation ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission davon auszugehen, dass eine Verbreitung der gegenständlichen Endgeräte auf dem Markt für die Wettbewerber der Telekom Austria AG nachteiligste Folgen hätte. Insofern sind etwaige Nutzungsmöglichkeiten der Endkunden minder entscheidungsrelevant gewesen. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass auf Grund des Komfortgewinns und des Preisvorteils beim Erwerb die gegenständlichen Endkundengeräte zum "Hauptgerät" des Haushalts werden.

Dem diesbezüglichen Vorbringen der TA war daher nicht zu folgen.

Bezüglich des von der TA bereits im Verfahren W 5/02 vorgebrachten Rechtsstandpunktes (W 5/02- 8), dass der Verkauf der Endgeräte nicht unter den Anwendungsbereich des § 34 Abs 1 und Abs 2 TKG falle, sondern vielmehr von der Bestimmung des § 3 Z 2 TKG umfasst sei, führt die Telekom-Control-Kommission wie folgt aus:

Es ist der Telekom Austria AG insofern zuzustimmen, dass die gegenständlichen Endgeräte tatsächlich keinen Telekommunikationsdienst im Sinne von § 3 Z 14 TKG darstellen, sondern wie von Telekom Austria zutreffend ausgeführt, unter § 3 Z 2 TKG zu subsumieren sind. Die Telekom-Control-Kommission hat im übrigen keinen Anhaltspunkt dafür gefunden, dass die gegenständlichen Endgeräte nicht den einschlägigen Bestimmungen (§§ 9 und 10) des Bundesgesetzes über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (FTEG) idgF entsprechen. Nicht zuletzt aus diesem Grund geht der von der Telekom Austria AG angeregte "Ansatz" (W 5/02-22), die Telekom-Control-Kommission möge "die Endgerätespezifikation vorgeben und damit regulieren" ins Leere.

Hinsichtlich des Verkaufs von Endgeräten, die den erwähnten Vorschriften des FTEG entsprechen, hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass dieser in telekommunikationsrechtlicher Hinsicht an sich prinzipiell zulässig ist. Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Es ist zu überprüfen, inwieweit der an sich zulässige Vertrieb von Endgeräten nicht durch das Nichtdiskriminierungsgebot des § 34 Abs 1 TKG eingeengt werden kann.

Dass das geprüfte Verhalten der Telekom Austria AG in zwei Teilhandlungen verläuft – diese sind erstens Verkauf der Endgeräte über eigene und fremde Vertriebskanäle und zweitens Beibehalten der bestehenden netzseitigen Implementierung der Ziffernfolge „1001“ in der oben beschriebenen Form unter gleichzeitiger Vorenthaltung der Entsperrinformation bzw. sogar (ursprünglich)

falsche, in die Irre führende Produktinformation zu Lasten der Endkunden und der Wettbewerber, spielt für den Missbrauchsvorwurf keine Rolle. Beide Handlungen sind der Telekom Austria AG zweifelsfrei und völlig unbestritten zuzurechnen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der indirekte Vertrieb durch TA an ihre Vertriebspartner des Einzelhandels seine missbrauchsrelevante Auswirkung erst mit entsprechender zeitlicher Verzögerung im Zuge des Verkaufs an die Endkunden zeitigt.

Hinsichtlich des von der Telekom Austria AG bereits im Verfahren W 5/02 vorgebrachten Argument, dass die bestehende Form der Implementierung der Ziffernfolge „1001“ von der Telekom-Control-Kommission in dieser Form angeordnet worden sei, führt die Telekom-Control-Kommission wie folgt aus:

Zur behaupteten Infragestellung „der von der Telekom-Control-Kommission selbst angeordneten Implementierung“ (W 5/02-14, Seite 2) ist anzumerken, dass ebendort im Wortlaut zitierte Bestimmung des Anhang 21, Punkt 3.1 Anmerkung 4 nur im Bescheid Z 20/01-38 angeordnet wurde, und das auf Antrag der Telekom Austria AG selbst, dazu siehe sogleich unten. Die ebenfalls auf Seite 2 von W 5/02-14 erwähnten Punkte 3.1 und 3.3 der Bescheide Z 21/99-60 Punkt 3.1 und auch Z 20/01-38 Punkte 3.1 und 3.3 tragen bereits auf Grund des Wortlautes nicht die von der TA vorgenommene Interpretation der zitierten Anordnungen.

Bezüglich der erwähnten Anmerkung 4 im Anhang 21 des Bescheides Z 20/01-38 ist anzumerken, dass diese Anmerkung selbst von der Telekom Austria AG beantragt und – der ständigen Regulierungspraxis der Telekom-Control-Kommission folgend - auch angeordnet wurde, da sie im Zuge des Verfahrens nicht beeinsprucht wurde.

Ferner hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass bei der Formulierung dieser Passage primär auf die zum Zeitpunkt der Entscheidung bekannten Praxisfälle abgestellt wurde und die verfahrensgegenständliche Wettbewerbsproblematik damals nicht Verfahrensgegenstand war. Zu diesem Zeitpunkt war darüber hinaus der Vertrieb der gegenständlichen Endgeräte durch die Telekom Austria AG zumindest für die Telekom-Control-Kommission nicht vorhersehbar.

Auf das bestehende Missbrauchspotential, das dadurch entsteht, dass auch dann, wenn am betreffenden Anschluss überhaupt keine Verbindungsnetzbetreibervorauswahl eingetragen ist, geht die Telekom Austria AG in keiner ihrer Stellungnahmen ein. Auch in solchen Fällen wird durch die derzeitige netzseitige Implementierung der Netzfunktionalität Preselection Override eine nachfolgende VNB-Auswahl auf Basis Call-by-Call unmöglich gemacht. In einem solchen Fall (= Keine Verbindungsnetzbetreibervorauswahl eingerichtet) müsste eine versuchte Aufhebung einer (nicht vorhandenen) Verbindungsnetzbetreibervorauswahl ohne jede Auswirkung bleiben und die Inanspruchnahme von Verbindungsnetzbetreibern in Form des Call by Call möglich sein.

Auch die von der TA bereits im Verfahren W 5/20 angedeutete Gleichbehandlung der beiden von ihr implementierten Wahlverfahren wird derzeit nicht gewährleistet, da bei Verwendung eines gegenständlichen Endgerätes nicht einmal „das erste Mal“ manuell vom VNB-Betrieb Gebrauch gemacht werden kann. Die Argumentation der Telekom Austria AG, dass es egal sei, ob der Kunde manuell im Einzelfall durch die Wahl von 1001 von Call-by-Call Gebrauch mache oder sich dazu eines automatisierten Endgerätes bediene, ist angesichts

des Verständnisses von Call-by-Call als Auswahl des Verbindungsnetzbetreibers durch Kunden von alternativen Anbietern im Einzelfall für die Telekom-Control-Kommission nicht überzeugend. Diesem Verständnis von Call-by-Call folgend, tritt die Telekom-Control-Kommission auch nicht der Argumentation (W 5/02-22) der Telekom Austria AG näher, dass die Endkunden mit dem Kauf eines der gegenständlichen Endgeräte bereits die "Wahl des zukünftigen Netzes" erklärt hätten. Die Telekom-Control-Kommission ist der Auffassung, dass Verbindungsnetzbetrieb über das eigene Netz aufgrund der Bestimmung des Art 12 Abs 7 der RL 97/33 idF RL 98/61 nicht denkbar ist:

Die diesbezügliche Argumentation der Telekom Austria AG geht daher ins Leere.

Nach der Auffassung der Telekom-Control-Kommission entspricht die Situation bei Verwendung eines solchen Endgerätes aus Kundensicht aufgrund der Nichtumgehbarkeit im Endeffekt einer erzwungenen Gesprächsführung über die Telekom Austria AG. Dem von der Telekom Austria AG vorgebrachten Argument, dass die Endkunden trotzdem „Wahlfreiheit“ hätten, wird nicht beigetreten, da nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission davon auszugehen ist, dass die gegenständlichen Endgeräte aus Komfortgründen als vollwertiges Substitut für ein herkömmliches Festnetzendgerät anzusehen sind und daher die Funktion eines „Hauptgerätes“ innerhalb eines Haushaltes haben.

Bezüglich der von der Telekom Austria AG erwähnten (W 5/02-14) Bestimmung des Art 12 Abs 7 RL 97/33 idF RL 98/61 EG hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen: Die angesprochene Bestimmung des Art 12 Abs 7 RL 97/33 idF RL 98/61 EG trägt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission das von der Telekom Austria AG unterstützte Argument nicht. Diese Bestimmung regelt nur die zwingende Zurverfügungstellung von „Vorauswahl“ und „Aufhebung einer Vorauswahl“ bis zum 1.1.2000. Diese Bestimmung lautet: *„[...] So müssen [...]... die Einrichtungen vorhanden sein, die es dem Teilnehmer erlauben, die genannten Dienste im Wege der Vorauswahl zu wählen, wobei die Möglichkeit gegeben sein muss, eine etwaige Vorauswahl bei jedem Anruf durch Wählen einer kurzen Kennzahl aufzuheben.“* Die von der Telekom Austria AG vorgenommene Implementierung der Netzfunktion „Aufheben einer Vorauswahl“ (Preselection Override) wird dadurch nicht gestützt, da dieser Bestimmung nicht zu entnehmen ist, dass nach der Aufhebung einer Verbindungsnetzbetreibervorauswahl durch Wahl einer „kurzen Kennzahl“ das darauffolgende Gespräch zwingend über das Netz der Telekom Austria AG zu führen ist.

Es ist daher entgegen dem Vorbringen der Telekom Austria AG in ihrer Stellungnahme zu W 5/02-14 durch die Telekom-Control-Kommission abschließend festzuhalten, dass die Netzfunktionalität „Preselection Override“ sehr wohl existiert: Rechtlich gemäß Art 12 Abs 7 RL 97/33 idF RL 98/91 EG und faktisch (wenn auch diskriminierend implementiert) im Netz der Telekom Austria AG selbst.

Bezüglich der derzeitigen Implementierung der Ziffernfolge 1001 im Netz der Telekom Austria AG führt die Telekom-Control-Kommission ergänzend aus:

Die Telekom Austria AG hat mit der derzeitigen Implementierung der Netzfunktion Preselection Override in der Vergangenheit gerechtfertigt, dass ein Telekom Austria AG -Teilnehmer nach Wahl von 1001 mit lokaler Wahl (das heißt bei Ortsgesprächen ohne Wahl einer Ortsnetzkennzahl) seine Wahl fortsetzen kann und die in der Nummerierungsverordnung (BGBl. II Nr. 416/1997, NVO)

vorgeschriebenen Auflagen betreffend Wahlziffern nach einer Verbindungsnetzbetreiberkennzahl (§ 7 iVm E Z 1 der Anlage 2 zur NVO) nach Rechtsansicht der Telekom Austria AG nicht eingehalten werden müssten. Die zitierten NVO-Bestimmungen sehen nach der Verbindungsnetzbetreiberkennzahl zwingend die Wahl einer Null als Präfix bei nationaler Wahl und einer Doppelnull als Präfix bei internationaler Wahl vor. Demgegenüber ist es möglich, nach Ausführung der Netzfunktion „Preselection Override“ bei Ortsgesprächen eine Wahl nur der Teilnehmernummer ohne Präfix vorzunehmen. Eine diskriminierungsfreie Implementierung, die tatsächlich den Ausgangszustand eines Anschlusses herstellt, müsste hingegen die Verbindungsnetzbetreiberauswahl nach „Preselection Override“ ermöglichen. Wie bereits ausgeführt, kann entgegen dem Vorbringen der Telekom Austria die Ziffernfolge „1001“ schon deshalb nicht als Verbindungsnetzbetreiberkennzahl angesehen werden, weil Verbindungsnetzbetrieb gem. Art 12 Abs 7 RL 97/33 EG idF RL 98/61 EG grundsätzlich nur von Teilnehmern anderer Netze beansprucht werden kann, gerade eben deshalb, um die Verbindung über das Netz des Verbindungsbetreibers herstellen zu lassen. Wenn daher ein direkt bei der Telekom Austria AG angeschlossener Endkunde ein Gespräch über das Netz der Telekom Austria AG führen lassen möchte, muss das spätestens nach Ausschalten einer eventuell eingerichteten Verbindungsnetzbetreibervorauswahl möglich sein. Gerade dies wird durch die aktuelle Implementierung von „1001“ im Netz der TA in Verbindung mit der automatischen Vorwahl von „1001“ durch die gegenständlichen Endgeräte verhindert, sofern der Endkunde nicht über die notwendige Entsperrinformation verfügt. Es wird auf die oben erwähnten Entscheidungsgründe bei der Erlassung des Bescheides Z 20/01-38 sowie die angestellten Überlegungen hinsichtlich damals (nicht)bestehender Wettbewerbsprobleme hingewiesen.

Aus diesen Erwägungen war allen vorgebrachten Argumenten der Telekom Austria AG nicht Folge zu leisten.

Zur gegenwärtigen Gestaltung des Vertriebes:

TA hat im Verfahren verschiedentlich angeführt, die gegenständlichen Endgeräte zukünftig nicht mehr vertreiben zu wollen:

Bezüglich des Siemens Silver Edition SMS wurden als Vertriebsstellungsdatum „Ende April“ (ON 12, Stellungnahme der TA vom 31.1.03), „14.3.2003“ (ON 14, Stellungnahme der TA vom 13.2.2003) sowie „Mitte März“ (ON 19, Stellungnahme der TA vom 26.2.2003).

Bezüglich des Sagem SLT 10 SMS wurde angegeben, dieses Endgerät mit Datum 31.1.2003 nicht mehr zu vertreiben (ON 12, 14 und 19).

Aus den Feststellungen – siehe oben – und aus dem Vorbringen der TA selbst ergibt sich, dass beide Endgeräte zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung noch vertrieben werden. Bezüglich des Sagem SLT 10 SMS erfolgt der Vertrieb zweifelsfrei zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch im Wege des elektronischen Fernabsatzes (ON 20). Bezüglich beider Endgeräte wird auf das oben Ausgeführte zum Thema der beim indirekten Vertrieb auftretenden und zu berücksichtigenden Zeitverzögerung verwiesen.

Die gegenwärtige Gestaltung des Vertriebs von Schnurlosendgeräten (Siemens Silver Edition SMS sowie Sagem SLT 10 SMS) bringt es sohin mit sich, dass Käufer dieser Endgeräte darüber im Unklaren gelassen werden, dass bei Verwendung dieser Endgeräte auch das Telefonieren über Verbindungsnetze möglich ist.

Der Vertrieb dieser Endgeräte erfolgt sohin unter fälschlichem Hinweis darauf, dass diese „nur zum Betrieb und über Verbindungen über das Netz der Telekom Austria geeignet“, sohin für „Call by Call und Carrier Preselection ungeeignet“ seien.

Die von Telekom Austria AG zuletzt in ihrer Stellungnahme vom 26.2.2003 (W 9/02-19) erläuterten Umsetzungskonzepte betreffend die weitere Vertriebsgestaltung der beiden verfahrensgegenständlichen Endgeräte erscheinen bei Abwägung aller Umstände als nicht ausreichend, um den Verdacht des Vorliegens eines Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 34 Abs. 4 TKG entkräften zu können.

Zum Gerät Sagem SLT 10 ist auszuführen, dass bei Verwendung einer Nummer aus dem Telefonbuch des Gerätes bzw. bei Nutzung der Wahlwiederholungsfunktion sowie bei der bei mobilen Endgeräten üblichen en bloc Wahl (Möglichkeit zur Korrektur eingegebener Wahlziffern) eine Gesprächsführung über ANB generell nicht möglich ist. Ferner erscheint die Tatsache, dass die automatisch gewählte Kennzahl für Preselection Override 1001 nicht am Display aufscheint, als nicht geeignet, den bestehenden Diskriminierungsverdacht zu entkräften, da auch bei eingerichteter Carrier Preselection nicht ersichtlich ist, dass ohne explizite (manuelle) Eingabe von 1001 über das Netz der TA telefoniert wird. Ferner ist festzuhalten, dass seitens Telekom Austria AG nicht über alle bekannten Möglichkeiten, das Endgerät zu entsperren, informiert wird.

Bezüglich des von TA in ihrer Stellungnahme (ON 20) geäußerten Vorwurfs „immer neuer Forderungen“ ist auszuführen, dass für die Telekom-Control-Kommission keine grundlegenden inhaltlichen Unterschiede zwischen den von TA zitierten Schreiben der Telekom-Control-Kommission vom 5.2.2003 (ON 5) bzw. 19.2.2003 (ON 16) erkennbar sind.

Zum Vorbringen (ON 20), dass das gegenständliche Verfahren vor dem Kartellobergericht fortzusetzen wäre, führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass das anlässlich des Verfahrens W 5/02 vor dem Kartellgericht angestrebte Verfahren zu 29 Kt 396-02 ausschließlich das Endgerät Siemens Flexitel FT 400 zum Gegenstand hatte.

Das Vorbringen der TA erscheint sohin als unbegründet.

Bezüglich des Vorbringens der TA, dass „der Grossteil der Forderungen bereits erfüllt sei“ (ON 20, Punkte 1 - 5) ist auszuführen, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt nach wie vor Endgeräte mit nicht den Anforderungen des Spruchpunktes B) im Einzelhandel erhältlich sind, bzw. via TA-Homepage angeboten werden.

6. vorhergehende Aufforderung

Auch den Aufforderungen der Telekom-Control-Kommission gem § 34 Abs 3 TKG zur Abstellung des Missbrauchs vom 19.12.2002 (ON 5) und vom 18.2.2003 (ON 16) ist Telekom Austria AG nicht fristgerecht nachgekommen. Zur Abstellung des beanstandeten Missbrauchs ist daher der gegenständliche Bescheid erforderlich.

7. Abstellung des Missbrauchs

Gemäß § 34 Abs 3 TKG kann die Telekom-Control-Kommission einem Anbieter, der gegen die Bestimmung des § 34 Abs 1 TKG verstößt, ein Verhalten auferlegen oder untersagen und Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären, soweit dieser Anbieter seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnützt und den Verdacht des Missbrauchs nicht gemäß § 34 Abs 4 TKG entkräften kann. Die zitierte Bestimmung legt nichts Näheres bezüglich des anzuordnenden Verhaltens fest. Die Telekom-Control-Kommission ist bei der Festlegung des anzuordnenden Verhaltens von folgenden Erwägungen ausgegangen:

Es erscheinen zwei Verhaltensweisen als geeignet, um den festgestellten Missbrauch abzustellen: Einerseits ist das Einstellen des Verkaufes der gegenständlichen Endgeräte, andererseits eine umfassende und genauer Information der Käufer der verfahrensgegenständlichen Endgeräte.

Die Telekom-Control-Kommission hat insbesondere erwogen, jenes Verhalten anzuordnen, das sich in Bezug auf Telekom Austria AG am wenigsten eingriffsintensiv darstellt. Insbesondere wurden dabei Überlegungen über die für die Telekom Austria AG entstehenden Kosten, die durch die Änderung der Netzkonfiguration entstehen würden, angestellt.

Aus diesen Erwägungen wird es der Telekom Austria AG freigestellt, entweder den direkten oder indirekten Vertrieb der gegenständlichen Endgeräte für den Zeitraum der gleichzeitigen Implementierung der Ziffernfolge „1001“ im Netz der Telekom Austria AG zu unterlassen oder bereits anlässlich des Kaufes für eine umfassende und genaue Information der Käufer, wie im Spruch unter B) angeführt, der verfahrensgegenständlichen Endgeräte Sorge zu tragen. Auch an dieser Stelle ist anzumerken, dass die nachträgliche Information der bisherigen Käufer der Endgeräte als unabdingbar erscheint, um von einem Nichtvorliegen eines diskriminierenden Verhaltens gem. § 34 Abs 1 TKG sprechen zu können.

Die der TA durch die Spruchpunkte A und B eingeräumte Wahlfreiheit, den rechtmäßigen Zustand entsprechend herstellen zu können, ist auch unter dem Blickwinkel der erforderlichen Verhältnismäßigkeit von behördlich verhängten Regulierungsmaßnahmen zu sehen.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. 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 3.3.2003

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Für die Richtigkeit der Ausfertigung:

Dr. Georg Serentschy
Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation