

Z 5/05-32

Entwurf einer Vollziehungshandlung

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 in der Sitzung vom 8.11.2005 über Antrag der eTel Austria AG, Thomas-A.-Edison-Str. 1, 7000 Eisenstadt, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Karin Wessely, Reinprechtsdorfer Str. 62, A-1050 Wien, auf Erlass einer Anordnung gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 nach erfolgter Durchführung eines Verfahrens gem. § 121 Abs. 3 TKG 2003 durch die RTR-GmbH einstimmig folgenden Maßnahmenentwurf beschlossen:

I. Spruch

1. Der Antrag der eTel Austria AG vom 15.03.2005 auf Erlass einer Anordnung gemäß § 50 TKG 2003 gegenüber der Telekom Austria AG betreffend eine Vereinbarung über den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung im Sinne des von eTel Austria AG nachgefragten Rebilling wird abgewiesen.
2. Der Eventualantrag der eTel Austria AG vom 15.03.2005, der Telekom Austria AG eine entsprechende Änderung ihres Standardangebotes im Sinne der von eTel Austria AG nachgefragten Alternativvariante aufzutragen, wird zurückgewiesen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Die eTel Austria AG (kurz „eTel“) brachte am 15.03.2005 einen Antrag auf Erlass einer Teilzusammenschaltungsanordnung gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 bei der Telekom-Control-Kommission ein (ON 1). Ziel dieses Antrags ist der Erlass einer Anordnung zur Ermöglichung von Rebilling, also Wiederverkauf der TA-Anschlussleistung in unveränderter Form auf Basis der von der Telekom Austria AG (kurz „TA“) gegenüber eigenen Endkunden angebotenen Anschlussübertragung, in eventu eine Vornahme entsprechender Änderungen am diesbezüglichen TA-Standardangebot über den Wiederverkauf der Anschlussleistung, welches nach Angaben der eTel Leistungen enthält, die eTel nicht nachfragt und nicht abnehmen möchte.

Der verfahrenseinleitende Antrag der eTel wurde der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) von der Telekom-Control-Kommission zur Durchführung eines verpflichtenden Streitschlichtungsverfahrens gemäß § 121 Abs. 2 und Abs. 3 TKG 2003 zu deren GZ RVST 5/05 weitergeleitet und der TA am 18.03.2005 übermittelt. In zwei vor der RTR-GmbH am 12. und 22.04.2005 geführten Streitschlichtungsgesprächen konnte eine einvernehmliche Lösung zwischen den Verfahrensparteien jedoch nicht herbeigeführt werden (vgl. Protokoll des Gesprächs v. 22.04.2005, den Parteien übermittelt am 17.05.2005, ON 4).

Die Verfahrensunterlagen zu RVST 5/05 wurden mit 2.05.2005 zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen und die Verfahrensparteien von der Fortsetzung des Verfahrens vor der Telekom-Control-Kommission in Kenntnis gesetzt (ON 5, 6).

Am 23.05.2005 wurde eine weitere Stellungnahme von eTel übermittelt (ON 7).

Eine für 18.07.2005 anberaumte mündliche Verhandlung wurde über Ersuchen der eTel wegen terminlicher Verhinderung verlegt (ON 14, 15). Zur mündlichen Verhandlung am 16.08.2005 erschienen beide Parteien und erstatteten Vorbringen (ON 20).

Mit einem am 25.10.2005 eingelangten Schreiben teilte der Verwaltungsgerichtshof der Telekom-Control-Kommission mit, dass eTel Säumnisbeschwerde erhoben habe. Gleichzeitig forderte der Verwaltungsgerichtshof die Telekom-Control-Kommission auf, innerhalb von drei Monaten, sohin bis 25.01.2006, den gegenständlichen Bescheid zu erlassen.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

eTel ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs. 4 Satz 2 TKG 2003. Sie erbringt unter anderem öffentliche Sprachtelefondienste mittels eines selbst betriebenen festen Kommunikationsnetzes (amtsbekannt).

TA ist ebenfalls Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs. 4 Satz 2 TKG 2003 (amtsbekannt). Sie erbringt mehrere Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, wobei die umsatzmäßig wesentlichste der öffentliche Festnetz-Sprachtelefondienst ist (amtsbekannt).

2. Zur Frage der beträchtlichen Marktmacht

Mit den Bescheiden M 1/03-61 und M 2/03-61 der Telekom-Control-Kommission vom 20.12.2004 wurde festgestellt, dass TA auf den Endkundenmärkten für Zugang von Privat- bzw. Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten über beträchtliche Marktmacht verfügt. Gleichzeitig wurde TA verpflichtet, ihren Teilnehmern den Zugang zu Diensten aller zusammengeschalteten Betreiber öffentlich zugänglicher Telefondienste sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren als auch durch Betreibervorauswahl zu ermöglichen sowie ein Standardangebot für den Wiederverkauf der Anschlussleistung auf Basis eines Retail-Minus-Ansatzes zu legen. Darüber hinaus wurde ihr in diesem Zusammenhang eine Gleichbehandlungsverpflichtung auferlegt. Das Standardangebot wurde von TA am 22.03.2005 vorgelegt (amtsbekannt, den Parteien bekannt) und von der Regulierungsbehörde bislang nicht beanstandet.

3. Zur Nachfrage nach den verfahrensgegenständlichen Leistungen und den dazu geführten Verhandlungen zwischen den Verfahrensparteien

Mit Schreiben vom 13.08.2004 (ON 1, Blg. ./A) fragte eTel bei TA unter Bezugnahme auf die AGB Telefon und die LB Fernsprechanchluss der TA unter Darlegung ihrer Anforderungen und Angabe nötiger Modifikationen die Legung eines nichtdiskriminierenden Angebots betreffend die Möglichkeit zum Fernsprechanschluss-Rebilling an Endkunden nach; der Nachfrage war die Rohfassung einer „Vereinbarung betreffend das Reselling des Fernsprechanchlusses“ beigefügt. In einem weiteren Schreiben vom 24.02.2005 (ON 1, Blg. ./B) fragte eTel in Vorbereitung auf einen Verhandlungstermin mit TA am 28.02.2005 die schon am 13.08.2004 nachgefragten Leistungen erneut nach. Nach den weiteren von TA nicht bestrittenen Angaben der eTel (ON 1, S. 3) übermittelte TA als Reaktion auf die Nachfrage das von ihr zwischenzeitlich gelegte Standardangebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung. Nach Auffassung der eTel entspricht dieses Angebot der TA nicht den Anforderungen der eTel und würde diese zwingen, nicht von ihr nachgefragte Leistungen von TA zu beziehen. Nach Angabe der eTel, der TA nicht widersprochen hat, ist TA zu einer vom Standardangebot abweichenden Angebotslegung an eTel nicht bereit (ON 1, S. 3).

4. Zu den Anträgen der Parteien

Strittig zwischen den Parteien ist im Wesentlichen, ob TA neben dem von ihr gelegten Standardangebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung der weiteren Nachfrage

der eTel in Bezug auf die Legung eines Angebotes betreffend das von eTel begehrte Rebilling nachzukommen hat.

Zur Begründung ihres Verlangens legt eTel dar, ihr Endkunde solle nur eine Rechnung über Anschluss- und Verbindungsentgelte erhalten; Vertragspartner hinsichtlich des Anschlusses gegenüber TA sei eTel. Dem Rebilling-Konzept der eTel liegt nach eigenen Angaben anders als im TA-Standardwiederverkaufsangebot, welches dem von TA im Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu W 2/02 vorgelegten Angebot entspricht, ein Modell zugrunde, welches von der Grundidee einer Übertragung des bestehenden TA-Anschlusses auf Basis des Ablaufs bei der Übertragung von Endkundenanschlüssen ausgeht; notwendige Modifikationen umfassen lt. eTel Eingabe eines neuen Tarifs in den Systemen der TA, Übermittlung der Rechnungen an eTel statt an den Kunden, Telefonbucheintrag des Teilnehmers anstelle von eTel, Beibehaltung der Preselection, Information über Durchführung der Anschlussübertragung. eTel will Rebilling sowohl für Anschlussübertragungen als auch für Neuherstellungen einsetzen (ON 7).

Derzeit sei die Übertragung eines Anschlusses von TA auf eTel insb. mit dem Wegfall von Carrier preselection und voreingestellten Diensten, der Notwendigkeit einer Umstellung des Telefonbucheintrags auf „kein Eintrag gewünscht“, der Versendung der Information über den Umstellungszeitpunkt per Post sowie der Fakturierung des Grundentgelts ohne Abschlag an eTel verbunden. Dies erzeuge Zusatzaufwand für eTel wie zB Erzeugung eines zusätzlichen Endkunden-Telefonbucheintrags durch TA, Neubeantragung und erneute volle Verrechnung der vom Endkunden gewünschten Zusatzdienste bei TA, Neubeantragung und erneute volle Verrechnung der Carrier preselection (ON 7).

Die gewünschten Änderungen umfassen laut eTel weiters die Punkte Abschlag auf das Endkunden-Grundentgelt (wobei eTel explizit auf die im Verfahren W 2/02 angestellten Berechnungen zur Höhe des monatlichen Überlassungsentgelts verweist, jedoch weiter gehende Abschläge verlangt), Einräumung der Möglichkeit zur elektronischen Übermittlung der Formulare für die Anschlussübertragung an TA anstelle von Papierform und Übermittlung der Rechnungen sowie der Information über den Umstellungszeitpunkt von eTel an TA in elektronischer anstelle von Papierform (ON 7).

eTel führt weiter aus, das TA-Standardangebot weise in Bezug auf den Wiederverkauf der Anschlussleistung einen im Vergleich zu den Wünschen der eTel weitaus größeren Leistungsumfang auf. eTel müsse (unter Verweis auf den Bescheid zu M 1/03) entgegen dem Entbündelungsgrundsatz Leistungen abnehmen, die sie nicht benötige (ON 1, S. 6). Zudem gehe das gegenwärtige Wiederverkaufsangebot am Markt vorbei und sei zur Schaffung von Wettbewerb nicht geeignet. Der von eTel vorgelegte Vertragsentwurf erfordere keine Ablaufänderung bei TA, da er sich an der LB Fernsprechanschluss orientiere; zur Berücksichtigung des Großhandelsabschlags müsse lediglich ein neuer Tarif im System der Antragsgegnerin eingegeben werden (ON 1, S. 2). eTel schulde TA alle Entgelte für Verbindungen, die der Endkunde unter Nutzung der Netzbetreiberkennzahl 1001 herstelle, und sei mit einem Rechnungserhalt zum selben Zeitpunkt wie andere TA-Kunden zufrieden (ON 1, S. 5). Aus diesen Gründen entfalle insb. die Notwendigkeit einer kostspieligen Herstellung der „Mandantenfähigkeit“ des TA-Netzes und die Verpflichtung zur Zahlung der anteiligen Investitions- und Implementierungskosten wie im Standardangebot.

Eine Notwendigkeit zu Modifikationen ergebe sich lediglich in Bezug auf den Telefonbucheintrag (Eintragung des Teilnehmers anstelle von eTel; hier wurde von TA auf die Möglichkeit zum Abschluss eines entsprechenden Sondervertrages verwiesen), die Aufhebung der Preselection (eTel bevorzugt eine Belassung der Preselection, ist im Falle von Mehrkosten hierfür aber auch mit Wegfall und Neueinrichtung einverstanden), die von TA an eTel zu übermittelnde Information über die erfolgte Durchführung einer Anschlussübertragung und die Bestimmungen über Aufrechnung und Sicherheitsleistung. Störungen werde der Endkunde bei eTel anzeigen. Änderungen von Einstellungen für Dienstmerkmale könnten nur von eTel vorgenommen werden. Den Einzelentgeltnachweis benötige eTel in elektronischer Form (ON 1, S. 4/5).

Demgegenüber beantragt TA, den Antrag der eTel wegen „res iudicata“ aufgrund der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission im Verfahren W 2/02 (in dem auch eTel zeitweise Verfahrenspartei gewesen sei) vom 22.11.04 zurückzuweisen, da weder § 38 Abs. 4 noch § 50 TKG 2003 Rechtsgrundlagen für die gestellten Anträge bilden könnten. Andererseits verweist TA auf die Beteiligung der eTel im Verfahren W 2/02 sowie darauf, dass die Probleme im Zusammenhang mit der technischen und administrativen Umsetzung des Wiederverkaufs der Anschlussleistung nicht so einfach lösbar seien wie von eTel dargestellt. eTel könne aus dem bestehenden Portfolio des Standardangebotes die für ihre Kunden benötigten Leistungen auswählen. Eine von der Entscheidung im Verfahren W 2/02 abweichende Anordnung der Regulierungsbehörde auf Basis der Gleichbehandlungspflicht würde nach Ansicht von TA zu dem tatsächlichen Ergebnis führen, dass TA intern diverse Varianten des Wiederverkaufs der Anschlussleistung anbietet (ON 4, Stellungnahme der TA v. 4.04.2005).

5. Zum Standardangebot der TA betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung

Das Standardangebot der TA betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung ist in einen Hauptteil und fünf Anlagen (Anlage 1 – Technisches Handbuch, Anlage 2 – Entgelte und Rechnungslegung, Anlage 3 – Betriebliches Handbuch, Anlage 4 – Verrechnung nach Aufwand und Anlage 5 – Leistungsbeschreibungen) gegliedert. Die Regelungen des Hauptteils enthalten wie auch andere Standardangebote Regelungen in Bezug auf den Vertragsgegenstand sowie weitere vertragsrechtliche Bestimmungen.

In Anlage 1 werden die Modalitäten einer Bereitstellung der für die Weiterverrechnung erforderlichen und insb. zur Abrechnung der aufgrund der Carrier-preselection-Erreichbarkeitstabelle weiterhin über das Netz der TA abgewickelten Verbindungen zu bestimmten Diensternummern benötigten Call Detail Records („CDR“) an den Vertragspartner erläutert.

Hinsichtlich der Entgelte sieht Anlage 2 des Standardangebotes neben einem vom Vertragspartner an TA zahlbaren monatlichen Überlassungsentgelt iHv EUR 12,70 pro POTS-Anschluss zur Abgeltung der bei der Realisierung des Wiederverkaufs der Anschlussleistung anfallenden Investitions- und Implementierungskosten eine Einmalzahlung von EUR 750.000 nach Vertragsunterzeichnung sowie einen Aufschlag von EUR 11,32 auf das pro Wiederverkaufsanschluss zu entrichtende Herstellungsentgelt von EUR 24,92 vor. Die Entgelte für die Bereitstellung von CDR betragen EUR 0,0017 pro CDR.

Anlage 3 des Standardangebotes enthält Vorgaben für die Planung und Realisierung im Zuge der Bereitstellung der vertragsgegenständlichen Leistungen. Dabei geht das Angebot von einer sich an die Vertragsunterzeichnung anschließenden einmonatigen Projektierungsphase sowie einer achtmonatigen Realisierungsphase (inkl. einer viermonatigen Testphase mit „friendly customers“) aus, an die sich bei planmäßigem Verlauf die reguläre Leistungsbereitstellung anschließt.

Zusätzliche Bestimmungen in Bezug auf die Abgeltung bestimmter aufwandsbezogener Entgelte, die bei Realisierung einiger der angebotsgegenständlichen Leistungen anfallen können, sind in Anlage 4 des Standardangebotes dargestellt.

Schließlich enthält Anlage 5 des Standardangebotes Leistungsbeschreibungen in Bezug auf die einzelnen Bestandteile der mit der Anschlussleistung von TA bereitgestellten Leistungen.

TA stellt die in Anlage 1 „Technisches Handbuch“ und Anlage 5 „Leistungsbeschreibungen“ zum Standardangebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung idF vom 22.03.2005 angeführten Einzelleistungen ihrem eigenen für den Endkundenvertrieb zuständigen Geschäftsfeld, aber auch potentiellen Vorleistungsnachfragern wie etwa eTel zur Verfügung.

6. Zum derzeit bestehenden Zugang zu Vorleistungen der TA

Die derzeitigen regulatorischen Rahmenbedingungen in der Telekommunikation ermöglichen schon heute verschiedenste Formen des Endkundenzugangs. Neben dem branchenbekannten Umstand, dass ca. 50% der Bevölkerung (siehe dazu den Statusreport Entbündelung 2005 der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH unter http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Netzzugang_Entbuendelung) über andere Festnetzinfrastrukturen als jene des etablierten Betreibers erreichbar sind, stehen Entbündelung, Wiederverkauf im Rahmen des bestehenden TA-Standardangebots und – ggf. für VoIP-Lösungen – Bitstreaming zur Verfügung und werden – wenn auch in geringem Umfang – wahrgenommen. Zudem nutzt eTel nach eigenen Angaben neben den og. alternativen Zugangsmöglichkeiten bereits heute die Möglichkeit, Dienste der TA über Endkundenschnittstellen (ohne Großhandelsabschlag) zu beziehen und weiterzuverkaufen, hat also neben den og. alternativen Zugangsmöglichkeiten bereits heute aufgrund des in den TA-AGB nicht enthaltenen Wiederverkaufsverbots (vgl. Bescheid G 8/02-9 der Telekom-Control-Kommission v. 9.09.2002) die Wahlmöglichkeit, entweder Dienste der TA über Endkundenschnittstellen (ohne Großhandelsabschlag, aber allenfalls zu den von der Regulierungsbehörde genehmigten Rabatten) zu beziehen und weiterzuverkaufen oder das Standardangebot (mit Großhandelsabschlag, aber mit Investitionskostenbeitrag) zu nutzen und in dessen Rahmen ihre Rebilling-Kunden anzubinden.

7. Zum vorgelagerten Streitbeilegungsverfahren vor der RTR-GmbH

Zwei zwischen den Parteien im Rahmen des vorgelagerten Streitschlichtungsverfahrens vor der RTR-GmbH durchgeführte Verhandlungsgespräche am 12. und 22.04.2005 verliefen ohne Einigung.

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum derzeitigen Stand der Zusammenschaltung der Netze der Verfahrensparteien ergeben sich aus den übereinstimmenden Stellungnahmen der Verfahrensparteien.

Die Feststellungen zur Nachfrage der eTel nach den verfahrensgegenständlichen Leistungen und zur ablehnenden Haltung der TA in Bezug auf die Legung eines von ihrem bestehenden Standardangebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung abweichenden Angebots entsprechend den Anforderungen der eTel sowie die Feststellungen zur Notwendigkeit einer Vornahme von Änderungen in den Systemen der TA bei Realisierung des von eTel begehrten Rebilling (insb. Eingabe eines neuen Tarifs im System der TA zur Berücksichtigung des Großhandelsabschlags ergeben sich aus dem glaubwürdigen Vorbringen der eTel, dem von TA nicht widersprochen wurde (ON 1).

Die Feststellungen zum Inhalt des Standardangebots ergeben sich aus dem vorliegenden Angebotstext (ON 24). Die Feststellungen betreffend den Zugang zu Vorleistungen der TA ergeben sich aus amtsbekannten Tatsachen, aus dem den Parteien bekannten „Status-Report Entbündelung 2005“ der RTR-GmbH (S. 26/27) sowie aus eigenen Angaben der Parteien.

Von einer Einholung der von eTel beantragten technischen und wirtschaftlichen Gutachten konnte abgesehen werden, da weder die Klärung der Erforderlichkeit technischer Adaptionen im TA-Netz noch die Ermittlung der Höhe eines Großhandelsabschlags in Bezug auf das von eTel begehrte Rebilling-Produkt entscheidungserheblich sind.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

Kommt zwischen einem Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder –dienstes, dem von der Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach §§ 38, 41, 44 Abs. 1 und 2, 47 oder 46 Abs. 2 TKG 2003 auferlegt worden sind oder der nach §§ 23 Abs. 2, § 48 oder § 49 Abs. 3 verpflichtet ist, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder –dienstes eine Vereinbarung über die nach §§ 23 Abs. 2, 38, 41, 44 Abs. 1 und 2, 46 Abs. 2, 48 oder 49 Abs. 3 TKG 2003 bestehenden Verpflichtungen trotz Verhandlungen binnen einer Frist von sechs Wochen nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten gem. § 50 Abs. 1 TKG 2003 die Regulierungsbehörde anrufen. § 50 Abs. 1 TKG 2003 setzt jedoch voraus, dass die zur Anordnung beantragte Leistung bei dem verpflichteten Betreiber nachgefragt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Verpflichtung ergebnislos verhandelt haben. Im Fall eines Scheiterns der privatautonomen Verhandlungen ersetzt die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen im Hinblick auf das Bestehen bzw. den Umfang der Verpflichtung festgelegt werden, die nicht zustande gekommene Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003).

2. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Die Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission zu (§ 117 Z 7 TKG 2003).

Mit der im Zuge der Verfahren M 1/03, M 2/03 auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung wurde der TA eine spezifische Verpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 auferlegt. § 50 TKG 2003 sieht die Möglichkeit eines „anderen Betreibers“, also auch der eTel, zur Anrufung der Regulierungsbehörde für den Fall vor, dass eine Vereinbarung zwischen eTel und TA über die der TA gemäß § 38 TKG 2003 in den og. Marktanalyseverfahren auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung (bzw. deren Umfang) nicht zu Stande gekommen ist. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, mit der über die Gleichbehandlungsverpflichtung der TA (bzw. deren Umfang) abgesprochen wird, ersetzt die zu treffende, nicht zustande gekommene Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003). Den Parteien steht es jederzeit – so auch nach Erlass einer Anordnung – frei, eine anders lautende Vereinbarung zu treffen.

Die Hinweise der TA auf eine angebliche Unzulässigkeit des Antrages der eTel wegen „res iudicata“ bedürfen aufgrund des Unterschiedes der im Verfahren W 2/02 behandelten Rechtsfrage zu der im hier gegenständlichen Verfahren und der daraus resultierenden Unanwendbarkeit von § 68 AVG (keine „selbe Verwaltungssache“ mangels Identität des Antragsgegenstands sowie der geänderten Rechtsgrundlage) keiner weiteren Erörterung.

3. Nachfrage, Verhandlungen

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 die gegenüber dem Antragsgegner erfolgte Nachfrage sowie das ergebnislose Führen von privatrechtlichen Verhandlungen über die später bei der Regulierungsbehörde zur Anordnung beantragte Leistung.

Aus Pkt. 3. des Sachverhalts ergibt sich, dass seit der entsprechenden Nachfrage der eTel v. 13.08.2004 jedenfalls mehr als sechs Wochen (vor Antragstellung durch eTel am 17.03.2005) verstrichen sind. Die Ernsthaftigkeit der Nachfrage der eTel wird auch dadurch

dokumentiert, dass diese ihre Position vor einem offenbar für den 28.02.2005 anberaumten Verhandlungsgespräch mit TA nochmals zusammengefasst hat.

4. Beträchtliche Marktmacht

Mit den Bescheiden M 1/03-61 und M 2/03-61 der Telekom-Control-Kommission vom 20.12.2004 wurde festgestellt, dass TA auf den Endkundenmärkten für Zugang von Privat- bzw. Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten über beträchtliche Marktmacht verfügt. Gleichzeitig wurde TA verpflichtet, ihren Teilnehmern den Zugang zu Diensten aller zusammengeschalteten Betreiber öffentlich zugänglicher Telefondienste sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren als auch durch Betreibervorauswahl zu ermöglichen sowie ein Standardangebot für den Wiederverkauf der Anschlussleistung auf Basis eines Retail-Minus-Ansatzes zu legen. Darüber hinaus wurde ihr in diesem Zusammenhang eine Gleichbehandlungsverpflichtung auferlegt. Das Standardwiederverkaufsangebot wurde der Regulierungsbehörde am 22.03.2005 von TA vorgelegt und von der Regulierungsbehörde bislang nicht beanstandet.

5. Nichtvorliegen einer vertraglichen Vereinbarung oder einer Zusammenschaltungsanordnung

Die Tätigkeit der Regulierungsbehörde bei der Festlegung von Bedingungen für die in § 50 Abs. 1 TKG 2003 angeführten Verpflichtungen ist gegenüber den privatautonom geführten Verhandlungen der Verfahrensparteien subsidiär. Im gegenständlichen Fall liegt hinsichtlich der beantragten Regelungen keine aufrechte vertragliche Vereinbarung und auch keine aufrechte Anordnung der Telekom-Control-Kommission vor.

6. Vorgelagertes Streitbeilegungsverfahren vor der RTR-GmbH

Im Zuge des gemäß § 121 Abs. 3 TKG 2003 durchzuführenden obligatorischen Streitschlichtungsverfahrens konnte zwischen den Parteien keine Einigung herbeigeführt werden.

7. Gleichbehandlungsverpflichtung

Zu den sich für die TA aufgrund der Feststellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf den Märkten für den Zugang von Privat- bzw. Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten aus den Bescheiden M 1/03-61, M 2/03-61 v. 20.12.2004 ergebenden Verpflichtungen gehört insbesondere die Beachtung der in den genannten Bescheiden auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung. Hiernach hat TA gemäß § 38 TKG 2003 anderen Unternehmen, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw. Diensteanbietern erbringen, die Leistung „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selbst, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. TA hat insbesondere in Bezug auf alle von ihr angebotenen Endkundenprodukte, die den Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten als Vorleistung erfordern, diese Vorleistung anderen Unternehmern zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten.

Unzweifelhaft stellt TA die in ihrem Standardangebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung idF vom 22.03.2005 angeführten Einzelleistungen ihrem eigenen für den

Endkundenvertrieb zuständigen Geschäftsfeld, aber auch potentiellen Vorleistungsnachfragern wie etwa eTel zur Verfügung.

eTel bringt vor, aus der der TA auferlegten Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung ergebe sich, dass sie dieselbe Rebilling-Möglichkeit, wie sie der TA-eigene Retail-Bereich habe, erhalten müsse.

Die der TA mit den og. Marktanalysebescheiden auferlegte Verpflichtung, anderen Unternehmen die Leistung „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ genauso anzubieten, wie TA diese sich selbst, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt, setzt voraus, dass dies „unter gleichen Umständen“ erfolgt.

eTel räumt jedoch selbst ein, dass die Realisierung des von ihr gewünschten Wiederverkaufs der TA-Anschlussleistung in Form des von ihr begehrten Rebilling zusätzliche Modifikationen im Vergleich zu den AGB Telefon und den LB Fernsprechanschluss der TA (wie etwa die Eingabe eines neuen Tarifs im System der TA, um einen Wholesale-Abschlag vorzunehmen) voraussetzt (ON 1, S. 4). Insoweit liegen aber keine „gleichen Umstände“ vor (vgl. Polster in Stratil (Hrsg.), TKG 2003, Anm. 4 zu § 38 TKG 2003).

Darüber hinaus macht die der TA in den og. Marktanalysebescheiden zusätzlich auferlegte Verpflichtung, in Bezug auf alle von ihr angebotenen Endkundenprodukte, die den Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten als Vorleistung erfordern, diese Vorleistung anderen Unternehmern zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, deutlich, dass sich die der TA auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung im Verhältnis zu Wettbewerbern auf Vorleistungen erstreckt. Die Verpflichtung geht jedoch nicht soweit, dass TA auch sämtliche von ihrem Retail-Bereich angebotenen Endkundenprodukte wie zB die Anschlussübertragung lediglich durch Vornahme eines Großhandelsabschlages als Vorleistungen verfügbar zu machen hat.

Eine Verpflichtung der TA, die Anschlussleistung in der von eTel gewünschten Form des „Rebiling“ verfügbar zu machen, ist daher (auch) nicht aus der der TA auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung ableitbar.

8. Zugangsverpflichtung

Im Kern zielt das Begehren der eTel auf die Gewährung von Zugangsleistungen iSd § 41 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 außerhalb des von TA gelegten Standardangebotes betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung ab. In den Marktanalysebescheiden der Telekom-Control-Kommission M 1/03-61, M 2/03-61 v. 20.12.2004 wurde TA jedoch lediglich zur Legung eines Standardangebotes betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung verpflichtet; eine darüber hinaus gehende Zugangsverpflichtung wurde ihr nicht auferlegt.

Die von eTel behauptete Verpflichtung der TA, neben den von TA im Rahmen des Standard-Wiederverkaufsangebotes verfügbaren Leistungen weitere Vorleistungen in der von eTel als „Rebiling“ bezeichneten spezifischen Form des Zugangs zur Anschlussleistung bereitzustellen, wird von eTel damit begründet, dass sie aufgrund des Entbündelungsgrundsatzes nicht verpflichtet sei, jene Bestandteile des Standardangebotes abzunehmen, an welchen sie kein Interesse habe. Aus dem Vorbringen der eTel ergibt sich jedoch, dass eTel nur die im Rahmen des Standard-Wiederverkaufsangebotes von TA bereitgestellten Call Detail Records (für die ein gesondertes Entgelt pro Call Detail Record zu entrichten ist) nicht abnehmen will (ON 4, Protokoll des Streitschlichtungsgesprächs v. 22.04.2005, S. 1). Diese stellen eine separat abgrenzbare Leistung dar, die von eTel nicht zwingend bezogen werden muss und überdies gesondert bepreist ist (ON 24, Anl. /2, Pkt. VII.).

Das Begehren der eTel auf Abschluss einer Vereinbarung über den Wiederverkauf der Anschlussleistung im Sinne des von eTel Austria AG nachgefragten Rebiling kann daher weder

auf eine der TA gemäß § 41 Abs. 2 TKG 2003 auferlegte Zugangsverpflichtung noch auf den Entbündelungsgrundsatz gestützt werden.

Die Telekom-Control-Kommission hat bei Auferlegung von Verpflichtungen nach § 41 Abs. 2 TKG 2003 auch die Regulierungsziele nach § 1 Abs. 2 TKG 2003 zu berücksichtigen (§ 34 Abs. 1, erster Satz TKG 2003), was sich im Übrigen auch aus Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL (RL 2002/19/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/15 v. 24.04.2002) durch den Verweis auf Art. 8 Abs. 2 Rahmen-RL (RL 2002/21/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/42 v. 24.04.2002) ergibt. Daher ist der Antrag der eTel auch daraufhin zu prüfen, welche Ziele iSd § 1 Abs. 2 TKG 2003 durch ihn verfolgt werden, und bei ggf. einander widerstreitenden Zielen abzuwägen, welchen Zielen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß § 34 Abs. 1, zweiter Satz TKG 2003 und im gegebenen Fall unter Berücksichtigung der in § 42 Abs. 3 TKG 2003 enthaltenen Kriterien dann tatsächlich der Vorzug einzuräumen ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass durch die von eTel beantragte Leistung kein zusätzlicher Beitrag zur Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau iSd § 1 Abs. 2 Z1 TKG 2003 geleistet wird, da das von eTel begehrte Produkt keine technologische Innovation darstellt, sondern bloß modifizierte Vertriebsmöglichkeiten eines bereits seit längerem bestehenden Produkts beinhaltet.

Zur Beantwortung der Frage, inwieweit eTel neben der im bestehenden Standardangebot der TA betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung, einen weiteren Zugangsanspruch auf die der TA mit den og. Bescheiden auferlegte Zugangsverpflichtung iSd § 41 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 stützen kann, sind auch die in § 41 Abs. 3 TKG 2003 enthaltenen Ermessensbindungen heranzuziehen.

Gleichzeitig mit dem in § 41 Abs. 2 TKG 2003 enthaltenen Katalog an Zugangsverpflichtungen enthält § 41 Abs. 3 TKG 2003 Vorgaben, in welcher Weise die Regulierungsbehörde das ihr zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen („Regulierungsinstrumente“) eingeräumte Ermessen auszuüben hat. So hat die Regulierungsbehörde nach dieser Vorschrift insb. die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen im Hinblick auf die Geschwindigkeit der Marktentwicklung, die Möglichkeit der Zugangsgewährung im Hinblick auf die verfügbare Kapazität, die Anfangsinvestition des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken, die Notwendigkeit der Zugangsverpflichtung zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum sowie die Bereitstellung europaweiter Dienste zu berücksichtigen.

Nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission stellen die og. Ermessensbindungen auch Auslegungshilfen in Bezug auf den Umfang und damit auch Grenzen der einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegten Zugangsverpflichtungen dar. Dies bedeutet, dass die Regulierungsbehörde bei der Beurteilung der Reichweite der einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem relevanten Markt auferlegten spezifischen Verpflichtungen auch die Rechte eines Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums für eigene Zwecke und die Rechte anderer Diensteanbieter auf Zugang zu Einrichtungen, die sie zum Erbringen konkurrierender Dienste benötigen, gegeneinander abzuwägen hat.

Da die derzeitigen regulatorischen Rahmenbedingungen (Entbündelung, Wiederverkauf der Abschlussleistung, Bitstreaming für VoIP) schon jetzt verschiedenste Formen des Endkundenzugangs ermöglichen und eTel schon heute TA-Dienste weiterverkauft (vgl. Pkt. 6. des Sachverhalts), ist die Telekom-Control-Kommission der Auffassung, dass die beantragten Leistungen nicht notwendig zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs iSd § 41 Abs. 3 Z 4 TKG 2003 sind, weil andere Zugangsformen in ausreichendem Maß zur Verfügung stehen. eTel konnte im Verfahren auch nicht substantiiert nachweisen, dass die von ihr beantragten Leistungen zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs iSd § 41 Abs. 3 Z 4 TKG 2003 erforderlich seien.

Die von eTel beantragten Leistungen sind darüber hinaus auch nicht für eine Verbesserung der Bereitstellung europaweiter Dienste iSd § 41 Abs. 3 Z 6 TKG 2003 geeignet, da gemäß eigenem Vorbringen lediglich bereits bestehende Dienste von TA wiederverkauft werden sollen.

Den Interessen der eTel an einer Erhöhung der Kundenbindung durch eine einheitliche Rechnung über Anschluss- und Verbindungsleistungen für ihre Endkunden stehen vor dem Hintergrund eines sich nur langsam entwickelnden Wettbewerbs im Anschlussnetz die Interessen der TA daran gegenüber, nicht für jeden (beliebigen) Zugangswunsch ihrer Wettbewerber ein gesondertes Szenario entwickeln und realisieren zu müssen. Ebenso wenig muss TA sämtliche der von ihrem Retail-Bereich erbrachten, teils innovativen Leistungen, welche nicht den hier relevanten Märkten angehören, auf denen sie über beträchtliche Marktmacht verfügt, als Vorleistungen verfügbar machen.

Nach ausführlicher Erörterung ist die Telekom-Control-Kommission aus den obigen Gründen zu der Auffassung gelangt, dass im vorliegenden Fall § 1 Abs. 2 TKG 2003 keinen hinreichenden Grund für weitere Regulierungsmaßnahmen bildet und die Interessen der eTel an einer Gewährung des von ihr unter der Bezeichnung „Rebilling“ begehrten speziellen Zugangs zur TA-Anschlussleistung zu regulierten Bedingungen auf der Wholesale-Ebene hinter das Interesse der TA an einem einheitlichen Großhandelsangebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung zurücktreten müssen.

9. Änderung des Standardangebots

Der Eventualantrag der eTel, TA eine entsprechende Änderung ihres Standardangebotes im Sinne der von eTel nachgefragten Alternativvariante aufzutragen, war zurückzuweisen. § 38 Abs. 4 TKG 2003 sieht ausschließlich eine Änderung von Standardangeboten durch die Regulierungsbehörde, nicht jedoch ein Antragsrecht von Nachfragern der in derartigen Standardangeboten enthaltenen Leistungen vor (vgl. Bescheid der Telekom-Control-Kommission v. Z 1/05-11 v. 21.03.2005, abrufbar unter http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_Bescheid-Z-1-05?OpenDocument). Die Möglichkeit für Vorleistungsnachfrager zur Einbringung diesbezüglicher Anträge ergibt sich bereits aus § 50 TKG 2003.

Zur Frage, ob das derzeit von TA vorliegende Angebot zum Wiederverkauf der Anschlussleistung den Auflagen der Marktanalysebescheide zu M 1/03 und zu M 2/03 entspricht, wird auf die Ausführungen zu Punkt 7 verwiesen.

10. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und Verpflichtungen, die gemäß §§ 38 bis 42 auferlegt werden, betreffen (§ 129 Abs. 1 Z 4 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit dem vorliegenden Maßnahmenentwurf vorgenommene Abweisung eines Antrags auf Festlegung von Regelungen betreffend Legung eines Angebotes in Bezug auf „Rebilling“ „beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt“ iSd § 128 TKG 2003 – hier die Endkundenmärkte für „Zugang von Privat- bzw. Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ - hat.

Aus den dargelegten Gründen ist der vorliegende Maßnahmenentwurf gemäß § 50 TKG 2003 als Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 zu unterwerfen.

III. Hinweise

Der vorliegende Maßnahmenentwurf stellt den Entwurf einer Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003 dar.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 8.11.2005

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann