

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 28.01.2008 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens R 5/07 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. T. AG wird gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 aufgetragen, bis längstens 08.02.2008 die Verletzungen ihrer Verpflichtungen nach § 41 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 2.1. (Zugangsverpflichtung) und nach § 38 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 2.2 (Gleichbehandlungsverpflichtung) des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 18.12.2006, M 12/06-45, die darin bestehen, dass T. AG in ihren Hauptverteilerbereichen Greuth, Himmelberg, Wolfsberg, Klagenfurt Nord und Spittal an der Drau in dem jeweiligen Hauptverteiler vorgelagerten Einrichtungen jeweils einen, sowie im Hauptverteilerbereich St. Veit an der Glan zwei „Digital Subscriber Line Access Multiplexer“ (DSLAMs) des Typs „ALCATEL-Lucent ASAM 7300 / Ultra Density“ in Betrieb hält, die so konfiguriert sind, dass sie auch im von der U. GmbH bereits vor Inbetriebnahme dieser DSLAMs für die Erbringung von Breitbanddiensten mittels des Übertragungssystems ADSL genutzten Frequenzbereich von 138 kHz bis 1104 kHz Signale senden, wobei T. AG ihrem eigenen Re tailbereich bessere Bedingungen einräumt, als der U. GmbH, dadurch abzustellen, dass die genannten „Digital Subscriber Line Access Multiplexer“ derart umzukonfigurieren sind, dass im Frequenzbereich von 138 kHz bis 1104 kHz keine Signale gesendet werden.

2. T. AG wird gemäß § 91 Abs. 2 TKG 2003 weiters aufgetragen, der Telekom-Control-Kommission bis längstens 08.02.2008 über die erfolgten Umkonfigurationen zu berichten.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Die U.GmbH (im Folgenden: U.) informierte die RTR-GmbH am 21.08.2007 davon, dass bei entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen (TASLn) in Kärnten Störungen festzustellen waren, die nach Meinung von U. durch von T. AG (im Folgenden: T. AG) in Betrieb genommene vorge-lagerte DSLAMs (Digital-Subscriber-Line Access Multiplexer) verursacht wurden. Die RTR-GmbH führte über Antrag der U. ein Streitschlichtungsverfahren nach § 122 TKG 2003 (RSTV 1/07) durch, im Rahmen dessen am 29.08.2007 eine Verhandlung mit den Parteien abgehalten wurde. In der Folge wurde von T. AG versucht, durch verschiedene Maßnahmen die Situation hinsichtlich der Kunden der U. zu verbessern. Mit Schreiben vom 06.11.2007 teilte U. mit, dass diese Bemühungen offenbar nicht zielführend waren und regte die Einleitung eines Verfahrens nach § 91 TKG 2003 an.

Aus dem mitgeteilten Sachverhalt ergab sich der Verdacht, dass T. AG möglicherweise ihren Verpflichtungen zur Gewährung von Zugang bzw. zur Gleichbehandlung nach dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.12.2006, M 12/06-45, mit dem T. AG wegen der festgestellten beträchtlichen Marktmacht auf dem Markt nach § 1 Z 13 TKMVO 2003 (Entbündelungs-markt) Verpflichtungen auferlegt wurden, nicht nachkommt, weshalb die Telekom-Control-Kommission mit Beschluss vom 03.12.2007 das Verfahren R 5/07 einleitete. Mit Schreiben vom 04.12.2007, ON 3, wurden T. AG die wesentlichen Ergebnisse des Verfahrens RSTV 1/07 der RTR-GmbH auch im Verfahren R 5/07 vorgehalten. Weiters wurde T. AG der Verdacht auf Verletzung der Verpflichtungen zur Zugangsgewährung und zur Gleichbehandlung mitgeteilt und diese aufgefordert, allfällige Verletzungen binnen eines Monats abzustellen. Diese der T. AG gesetzte Frist ist mit 05.01.2008 ungenutzt verstrichen. T. AG als Partei des Verfahrens nahm zu den Vorhalten am 12.12.2007 (ON 4) und am 08.01.2008 (ON 9) Stellung. Ebenso wurden von U. als Beteiligter am 08.01.2008 (ON 10) Informationen übermittelt.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Allgemeines

T. AG ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs. 4 Satz 2 TKG 2003. Sie er-bringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, unter anderem Sprachtelefo-niedienste und Breitbanddienste (amtsbekannt).

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.12.2006, M 12/06-45, wurde festgestellt, dass T. AG auf dem Markt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ gemäß § 1 Z 13 TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt. T. AG wurden unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegt (amtsbekannt bzw. ON 9):

Spruchpunkt 2.1.: „T. AG hat gemäß § 41 TKG 2003 den Zugang zu Teilnehmeranschluss-leitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und dafür notwendige Annex-Leistungen zu gewähren.“

Als Wettbewerbsproblem, auf das mit der Auferlegung der Zugangsverpflichtung zu reagieren war, wurde neben der gänzlichen Verweigerung des Zugangs auch die wettbewerbsbehindernde Gestaltung nicht preislicher Parameter identifiziert. Nach dem Bescheid M 12/06-45 (Punkt

B.2.7) besteht danach für T. AG „auch die Möglichkeit mittels nichtpreislicher Parameter Mitbewerber bei deren Leistungserbringung zu behindern. Dies kann beispielsweise durch ... Bereitstellung der Vorleistung mit schlechterer Qualität“ erfolgen.“ Nach dem Bescheid M 12/06-45, Punkt B.3.3.1.2, kann das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen auf die entsprechenden Endkundenmärkte durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt behoben werden. Nach dem Bescheid M 12/06-45, Punkt B.3.3.1.2., bedeutet diese Zugangsverpflichtung, dass sich die „Bedingungen, zu denen der Zugang zu gewähren ist, ... insbesondere hinsichtlich technischer und abwicklungstechnischer Punkte, ... an der bisherigen Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission (TKK) zu orientieren [haben], d.h. insbesondere an den Inhalten der nach wie vor aktuellen Entbündelungsanordnungen (Z 15/00-150 vom 14.11.2005).“

Spruchpunkt 2.2.: „T. AG hat hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gemäß § 38 TKG 2003 gleich zu behandeln, d.h. ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie für ihre eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen bereitzustellen.“ Nach dem Bescheid M 12/06-45, Punkt D.7.2.3.1 ist „ein ... Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung ..., Gleichbehandlung zwischen der T. AG (bzw. ihrem Retail-Arm) selbst und den alternativen Entbündelungspartnern zu erreichen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Endkundenmärkten zu erreichen.“

Anhang 2, Punkt 4.4 des Bescheides Z 15/00-150 vom 14.11.2005 lautet auszugsweise: „Einsatz von Übertragungssystemen an KV bzw. KA/HsV - Werden vom Entbündelungspartner im Rahmen der Entbündelungsvarianten C1 bzw. C2 direkt am KV bzw. an KA/HsV (insbesondere hochbitratige) Übertragungssysteme eingesetzt, so hat der Entbündelungspartner sicherzustellen, dass es dadurch zu keiner übermäßigen Beeinflussung anderer TASLen kommt.“

Anhang 9, Punkt 3 des Bescheides Z 15/00-150 vom 14.11.2005 lautet auszugsweise: „3.Nachprüfungsverfahren

3.1. Allgemeines

Das folgende Nachprüfungsverfahren kann vom Entbündelungspartner in jeder Situation herangezogen werden, in der eine vom Entbündelungspartner genutzte TASL bzw. ein Teilabschnitt gestört ist oder der Entbündelungspartner den begründeten Verdacht hat, dass ein Übertragungssystem von TA oder eines anderen Netzbetreibers oder Diensteanbieters die Anschalte- und Nutzungsbedingungen nicht einhält.

3.2. Nachprüfungsverfahren

Treten an einer vom Entbündelungspartner genutzten TASL bzw. auf einem Teilabschnitt im Einzelfall Störungen auf, so kann der Entbündelungspartner per Telefax bei der ihm genannten Ansprechstelle der TA eine auf Überprüfung aller am relevanten Kabelbündel angeschalteten Übertragungssysteme nachfragen.

Aufgrund einer solchen Nachfrage hat TA binnen fünf Arbeitstagen die Planungs- und/oder Messdaten sowie Testergebnisse aller am relevanten Kabelbündel angeschalteten Übertragungssysteme zu überprüfen. Die Ergebnisse einer solchen Überprüfung sind dem Entbündelungspartner unverzüglich mitzuteilen.

...

3.3. Nachprüfungsverfahren im Verdachtsfall

Hat der Entbündelungspartner den begründeten Verdacht, dass eines der angeschalteten Übertragungssysteme die TA-internen Richtlinien bzw. in weiterer Folge die Anschalte- und Nutzungsbedingungen (siehe Anhang 2) nicht einhält, so kann der Entbündelungspartner auch dann das oben beschriebene Nachprüfungsverfahren heranziehen, wenn es zu keiner Störung gekommen ist.

3.4. Konsequenzen

Stellt sich im Zuge des Nachprüfungsverfahrens heraus, dass ein bereits angeschaltetes Übertragungssystem entgegen den TA-internen Richtlinien bzw. in weiterer Folge entgegen die vereinbarten Anschalte- und Nutzungsbedingungen betrieben wird oder sich sonst nach den Kriterien des Pkt 3., erster Absatz, als unverträglich herausstellt und Störungen bei anderen Übertragungssystemen verursacht, so ist jene Anordnungspartei, die das betreffende Übertragungssystem betreibt, ... verpflichtet, ein solches System außer Betrieb zu nehmen.

...“

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

2. Zu den Hauptverteilerbereichen Greuth und Himmelberg:

U. bietet mittels der von T. AG zugemieteten entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen (TASLn) in den Hauptverteilerbereichen Greuth und Himmelberg in Kärnten ihren Endkunden ADSL-Dienste an (ON 10). Obwohl von U. in den meisten Fällen HDSL als über die entbündelte TASL erbrachtes Service gemeldet war, ist T. AG seit der Mitteilung der gestörten Bandbreiten durch U. bekannt, dass tatsächlich ADSL eingesetzt wird (ON 9, Seite 3). Hierfür wird der Frequenzbereich von 138 bis 1104 kHz verwendet (amtsbekannt und unbestritten).

T. AG betreibt an den Hauptverteilerbereichen Greuth und Himmelberg je eine aktive vorgelagerte Einheit (DSLAM). Für Kunden, deren Anbindung für breitbandige Dienste über diese vorgelagerte Einheit erfolgt, wird auch der Sprachtelefondienst von dort zum Hauptverteiler weitergeleitet. In den vorgelagerten Einheiten wird Equipment des Typs „ALCATEL-Lucent ASAM 7300 / Ultra Density“ eingesetzt. T. AG bietet ihren Kunden in diesen HVT-Bereichen ADSL und ADSL2+-Dienste an (ON 4). Bei ADSL2+ wird der Frequenzbereich von 138 bis 2208 kHz verwendet (amtsbekannt und unbestritten). Bei ADSL2+ besteht die Möglichkeit, Trägerfrequenzen (4,3125 kHz) zu sperren (zu maskieren). Die Erzielung der von T. AG gewünschten Bandbreite kann in diesem Fall in den nicht maskierten Frequenzbereichen zu einem höheren Pegel führen. Es besteht zwischen den von T. AG angebotenen Bitratenprofilen (von 256/64 kBit/s bis 6144/512 kBit/s) und den in den vorgelagerten Einrichtungen benötigten ADSL2+ Trägern kein Zusammenhang (ON 9).

Am 01.08.2007 informierte U. die T. AG darüber, dass bei Kunden der U. in den Hauptverteilerbereichen Greuth und Himmelberg gravierende Störungen auftraten, die in einer Verringerung der erreichbaren Bandbreiten und/oder in Abbrüchen der Verbindungen („Leitungsflaps“) der Breitbandkunden der U. bestanden. Gleichzeitig äußerte U. den Verdacht, dass diese Störungen auf von T. AG in Betrieb genommene DSLAMs in vorgelagerten Kabelverzweigern zurück zu führen waren. Ebenfalls am 01.08.2007 beantragte U. die Einleitung von Nachprüfungsverfahren gemäß Anhang 9, Punkt 3, des zwischen den Parteien bestehenden Entbündelungsvertrages. Die von U. geforderten gemeinsamen Messtermine wurden von T. AG vorerst nicht angeboten.

Am 21.08.2007 übermittelte U. eine Darstellung des Falles an die RTR-GmbH und regte die Einleitung eines Streitschlichtungsverfahrens nach § 122 TKG 2003 bzw. eines Verfahrens nach § 91 TKG 2003 an. Die RTR-GmbH leitete das Verfahren RSTV 1/07 ein und hielt am 29.08.2007 eine Verhandlung mit den Parteien ab. In dieser Verhandlung wurde von T. AG grundsätzlich zugestanden, dass es zu Fehlkonfigurationen der vorgelagerten DSLAMs gekommen war, die wahrscheinlich die Störungen verursachen (Beilage 2 zu ON 3: Protokoll der Streitschlichtungsverhandlung vom 29.08.2007). U. thematisierte zwei Problembereiche, nämlich die Verringerung der Bandbreiten und die Tatsache, dass ein Teil (ab 500 kHz) des grundsätzlich von ADSL genutzten Frequenzspektrums für die Verwendung durch U. nicht mehr zur Verfügung stehe. Es wurde vereinbart, dass als kurzfristige Abhilfemaßnahme gemeinsam versucht werden sollte, ehestmöglich zumindest die Bandbreiten der betroffenen Kunden wieder herzustellen (Beilage 2 zu ON 3).

T. AG versuchte im Anschluss an die Streitschlichtungsverhandlung vom 29.08.2007, die festgestellten Störungen durch folgende Maßnahmen zu beseitigen (ON 4 und ON 9): Einerseits wurden fast alle von den vorgelagerten Einheiten in Greuth und Himmelberg versorgten Kunden der T. AG zwischen 27.08. und 05.09.2007 auf ADSL2+ umgestellt. In vielen Fällen hat T. AG dabei auch einen Teil der ADSL2+ Träger – entweder bis 800 kHz oder bis 500 kHz – für T. AG-Kunden gesperrt, um die Interferenz mit den von U. erbrachten Breitbandservices zu reduzieren. Aufgrund der Entfernung der eigenen Kunden vom Acces Node hat T. AG in manchen Fällen von einer Sperre von Trägern jedoch abgesehen, um den Dienst noch in Betrieb halten zu können. Diese ersten Maßnahmen haben zu einer Verbesserung geführt, wurden jedoch von U. als nicht ausreichend angesehen, insbesondere, da es teilweise sogar zu Kündigungen von Kunden kam. Aus diesem Grund wurden weitere Umschaltungen von T. AG vorzeitig gestoppt.

In einer daran anschließenden zweiten Maßnahme schaltete T. AG ab 12.09.2007 Kunden von den abgesetzten DSLAMs in die Vermittlungsstellen in Himmelberg und in Greuth zurück. Alle Leitungen der Kunden, die aus der Vermittlungsstelle aufgrund der großen Entfernung zwischen Vermittlungsstelle und Netzabschlusspunkt nicht mehr funktionierten, wurden wiederum in den abgesetzten DSLAM geschaltet. Bei dieser Zurückschaltung hat T. AG darauf geachtet, dass die aus dem abgesetzten DSLAM versorgten Eigenkunden – sofern möglich – nicht über Kabelausmündungen (KA) laufen, an denen sich auch entbündelte Leitungen befinden, da an diesem Teilstück die größte Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung besteht. Die DSLAMs in den vorgelagerten Einrichtungen der T. AG sind so konfiguriert, dass sie die Pegel automatisch so hoch einstellen, dass sicher gestellt ist, dass die gewünschte bzw. mögliche Bandbreite erreicht wird (ON 4).

Diese Maßnahmen waren auch teilweise zumindest kurzfristig erfolgreich, teilweise verschlechterte sich die Situation danach allerdings wieder (Beilage zu ON 3: Schreiben der U. vom 06.11.2007). Weitere Maßnahmen wurden von T. AG nicht gesetzt, so dass die Situation seit Abschluss der Maßnahmen im Wesentlichen unverändert ist.

In den verfahrensgegenständlichen HVt-Bereichen sind nahezu alle TASLn länger als 5 Kilometer, teilweise sogar länger als 8 Kilometer (ON 4 und ON 9).

3. Zu den Hauptverteilerbereichen St. Veit an der Glan, Wolfsberg, Klagenfurt Nord und Spittal an der Drau:

Die Feststellungen in Punkt II.B.2 gelten mit folgenden Abweichungen auch für die Hauptverteilerbereiche St. Veit an der Glan, Wolfsberg, Klagenfurt Nord und Spittal an der Drau:

T. AG betreibt im Hauptverteilerbereich St. Veit an der Glan nicht eine, sondern zwei vorgelagerte Einheiten (DSLAMs).

Nach Mitteilung der Störungen in diesen Hauptverteilerbereichen durch U. schlug T. AG zwei mögliche Maßnahmen zur Beseitigung der Störungen vor. Zuerst wurden Umrangierungen der betroffenen Kupferdoppeladern vorgenommen (ON 9, Seite 3), die jedoch nicht zu für U. zufrieden stellenden Ergebnissen führten (Beilage 8 zu ON 3, Schreiben der U. vom 06.11.2007, Seite 1). Die zweite ursprünglich geplante Maßnahme, nämlich eine Rückschaltung von Kunden der T. AG von der vorgelagerten Einrichtung in den Hauptverteiler, wie es in Greuth und Himmelberg durchgeführt worden war, wurde nicht mehr vorgenommen, weil T. AG der Ansicht war, mit der ersten Maßnahme die Probleme ausreichend gelöst zu haben (ON 9, Seite 3).

4. Zum Auftreten von Störungen durch Übersprechen:

Die von T. AG in den verfahrensgegenständlichen Hauptverteilerbereichen eingesetzten DSLAMs verursachen Störungen der von der U. bereits vor Inbetriebnahme dieser DSLAMs an Endkunden mittels des Übertragungssystems ADSL erbrachten Breitbanddienste.

Das von U. von den jeweiligen Hauptverteilern aus verwendete Übertragungssystem ADSL verwendet für den Downlink 138 kHz bis 1104 kHz downstream (amtsbekannt und unbestritten). Das von T. AG in den jeweiligen vorgelagerten Einrichtungen (auch) verwendete Übertragungssystem ADSL2+ kann Frequenzen bis 2208 kHz einsetzen (amtsbekannt und unbestritten).

Da T. AG, wenn überhaupt, nur den Downlink-Frequenzbereich unter 500 bzw. 800 kHz für die Verwendung in ihren in den vorgelagerten Einrichtungen installierten DSLAMs gesperrt hat, können sich die von U. vom Hauptverteiler aus (je nach Leitungslänge) verwendbaren und die von T. AG von der vorgelagerten Einrichtung aus verwendeten Frequenzbereiche zur Gänze oder zumindest im Bereich von 500 bzw. 800 kHz bis höchstens 1104 kHz überlappen. Das Downlink-Signal der T. AG wird in diesem Frequenzbereich durch Übersprechen das Signal der U. in diesem Frequenzbereich beeinflussen und damit die Nutzung durch die U. stören. Höherfrequente Signale unterliegen einer stärkeren Dämpfung in Abhängigkeit von der Leitungslänge als Signale mit niedrigeren Frequenzen (amtsbekannt und unbestritten).

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines:

Die Feststellungen beruhen, soweit im Folgenden nichts Anderes angegeben wird, jeweils auf den im Klammer angegebenen unbedenklichen Urkunden bzw. Aussagen der Parteien und Beteiligten, die im Protokoll der Streitschlichtungsverhandlung vor der RTR-GmbH festgehalten sind, bzw. sind amtsbekannt.

Die Feststellung, dass die von T. AG in den verfahrensgegenständlichen Hauptverteilerbereichen eingesetzten DSLAMs Störungen der von der U. bereits vor Inbetriebnahme dieser DSLAMs an Endkunden mittels des Übertragungssystems ADSL erbrachten Breitbanddienste verursachen, beruht darauf, dass die Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Störungen auf Grund von Signalen, die von abgesetzten DSLAMs ausgesendet werden, bei Teilnehmern, die durch DSLAMs am Hauptverteiler versorgt werden, im Fall überlappender bzw. zumindest teilweise überlappender Frequenzbereiche wesentlich höher ist, als wenn sich die Frequenzbereiche der von den beiden DSLAMs ausgesendeten Signale nicht überlappen. Im Fall überlappender Downlink-Frequenzbereiche wird ein am abgesetzten DSLAM gesendetes Signal das entsprechend der Leitungslänge abgeschwächte Signal vom Hauptverteiler durch Übersprechen

stören. Dieser Sachverhalt wird auch von T. AG selbst eingeräumt (ON 4, Seite 5, wo T. AG ausführt, dass die Trennung von Frequenzbereichen geeignet ist, die „*Interferenz nahezu auf Null zu reduzieren*“, sowie Beilage 2 zu ON 3: Protokoll der Streitschlichtungsverhandlung vom 29.08.2007, wo Störungen durch Fehikonfigurationen zugestanden wurden).

Das Vorbringen der T. AG auf Seite 4f der ON 9, wonach ADSL2+ Systeme ab 5 Kilometer Leitungslänge nicht mehr als 1 Mbit/s Bandbreite zur Verfügung stellen können, mag im Sinne einer Durchschnittsbetrachtung dieses Übertragungssystems durchaus herangezogen werden können, vermag aber im konkreten Fall insofern nicht zu überzeugen, als nach dem Vorbringen der U. vor dem Einschalten der vorgelagerten DSLAMs offenbar bei den betroffenen Kunden faktisch sehr wohl (sogar mittels ADSL) höhere Bandbreiten möglich waren, was sich daran zeigt, dass erst nach Inbetriebnahme dieser Einrichtungen vermehrt Bandbreiteneinbrüche gemeldet wurden, was auch von T. AG nicht grundsätzlich bestritten wurde. Die Feststellung, dass ab einer Leitungslänge von 5 Kilometern keinesfalls mehr eine Bandbreite von mehr als 1 MBit/s mittels ADSL bzw. ADSL2+ erreichbar sei, konnte daher nicht getroffen werden, wohl aber die allgemeine technische Feststellung, dass höhere Frequenzen in Abhängigkeit von der Leitungslänge in geringerer Entfernung abgedämpft werden als niedrigere.

Die Feststellung, dass nach den festgestellten Maßnahmen keine weiteren Maßnahmen von T. AG gesetzt wurden und die Situation seit Abschluss der Maßnahmen daher im Wesentlichen unverändert ist, beruht einerseits darauf, dass U. zuletzt auch auf der Basis von Messungen vom 07.01. bzw. 08.01.2008 vorbrachte, dass keine (weiteren) Verbesserungen der Situation eingetreten sind und andererseits auch darauf, dass T. AG in ihrem Schreiben ON 4 selbst argumentierte, dass davon auszugehen sei, dass nur mehr die vergleichsweise langen Leitungen und die normale Beschaltung allfällige Restprobleme verursachen würden, woraus sich klar ergibt, dass T. AG keine weiteren Schritte mehr unternommen hat.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines:

1.1. Aufsichtsverfahren nach § 91 TKG 2003:

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

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

1.2. Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission:

Nach § 117 Z 6 TKG 2003 obliegt der Telekom-Control-Kommission die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, sowie das Auferlegen spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003. Das Auferlegen von Verpflichtungen in Marktanalyseverfahren und die Überprüfung der Einhaltung dieser Verpflichtungen stellen daher durch die Telekom-Control-Kommission zu besorgende Aufgaben iSd § 91 TKG 2003 dar.

Die Telekom-Control-Kommission ist daher für die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens zuständig.

Der von U. angezeigte und im Verfahren erhobene Sachverhalt kann unter verschiedene Tatbestände subsumiert werden. So stellt das Vorgehen der T. AG sowohl eine von der Telekom-Control-Kommission nach § 91 TKG 2003 aufzugreifende Verletzung der bescheidmäßigen Verpflichtungen nach M 12/06 dar – diese Zuständigkeit umfasst auch Aufsichtsmaßnahmen über Betreiber von Kommunikationsnetzen (Vgl. Feiel/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 2003, Anmerkung zu § 86 Abs. 1 TKG 2003) –, könnte aber auch hinsichtlich der von den Fernmeldebehörden zu vollziehenden Bestimmung des § 88 TKG 2003 einschlägig sein.

1.3. Aufforderung an T. AG:

Die in § 91 Abs. 1 TKG 2003 vorgeschriebene Frist zur Abstellung des Missbrauchs wurde T. AG eingeräumt und ist ergebnislos verstrichen.

2. Verletzung von Verpflichtungen durch T. AG:

2.1. Zur Verletzung der Verpflichtung der T. AG zur Gleichbehandlung nach Spruchpunkt 2.2. des Bescheides M 12/06-45 durch Bevorzugung eigener Kunden der T. AG:

Wie festgestellt, besteht der Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung darin, die Gleichbehandlung zwischen der T. AG bzw. ihrem Retail-Arm und den alternativen Entbündelungspartnern zu erreichen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Endkundenmärkten zu erreichen.

Nach den auf den eigenen Ausführungen der T. AG basierenden Feststellungen (Punkte B.2 und B.3) hat T. AG bei den zur Beseitigung der Störungen vorgenommenen Maßnahmen darauf geachtet, dass ihren eigenen Kunden – und damit ihrem eigenen Retailbereich – die gewünschte bzw. mögliche Bandbreite zur Verfügung gestellt wurde, während T. AG demgegenüber ausdrücklich davon ausgeht, dass umgekehrt den Entbündelungspartnern wie der U. überhaupt keine bestimmte Bandbreite, sondern lediglich die galvanische Durchschaltung der TASL zu gewährleisten sei. T. AG stellt daher offenbar sicher, dass für eigene Kunden ein bestimmter Servicelevel erhalten bleibt, notfalls auch auf Kosten der (bestehenden) Dienste der U.. Durch diese Bevorzugung eigener Kunden gegenüber denen der U. ermöglicht T. AG somit ihrem eigenen Unternehmen (ihrem Retailbereich) die bevorzugte Benutzung des – nach eigenen Angaben der T. AG – „shared medium“ ihres Kupferanschlussnetzes zum Nachteil der U., und zwar sowohl für ihre mittels ADSL als auch für die mittels ADSL2+ versorgten Kunden, da für beide offenbar die jeweils für das Erreichen der „gewünschten Bandbreite“ erforderlichen Frequenzen und Pegel durch die Konfiguration der Modems sicher gestellt werden.

Umstände, die eine derartige bevorzugte Behandlung des eigenen Retailbereichs der T. AG im Sinne der im Bescheid M 12/06 auferlegten Verpflichtung rechtfertigen würden, wurden von T. AG nicht vorgebracht und sind auch sonst im Verfahren nicht hervorgekommen.

T. AG stellt damit der U., die gleichartige (Breitband-)Dienste erbringt, entgegen ihrer Verpflichtung nach Spruchpunkt 2.2. des Bescheides M 12/06 iVm § 38 TKG 2003 unter den gleichen Umständen keine gleichwertigen Bedingungen zur Verfügung bzw. bietet U. keine Dienste zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie für ihre eigenen Dienste an. T. AG verletzt damit ihre Verpflichtung zur Gleichbehandlung (Nichtdiskriminierung), was spruchgemäß abzustellen war.

2.2. Verletzung der Zugangsverpflichtung der T. AG nach § 41 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 2.1. des Bescheides M 12/06-45:

Wie festgestellt, verpflichtet Spruchpunkt 2.1. des Bescheides M 12/06 T. AG dazu, den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen zu gewähren, um vertikale Marktmachtübertragung mittels nicht-preislicher Parameter vom Markt für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen auf die entsprechenden Endkundenmärkte durch Sicherstellung des Zugangs zu adäquaten Vorleistungsprodukten zu verhindern. T. AG behindert mit ihrer festgestellten Vorgehensweise, wonach die eigenen Dienste durch die nachträglich in den vorgelagerten Einrichtungen installierten DSLAMs gegenüber den Diensten der U. bevorzugt werden, mittels derartiger nicht-preislicher Parameter die U. bei deren Leistungserbringung und verschlechtert dadurch deren Wettbewerbsposition auf den nachgelagerten Endkundenmärkten, wie die bereits erfolgten Kündigungen von Kunden der U. deutlich zeigen. T. AG verletzt durch diese Übertragung ihrer Marktmacht auf die Endkundenmärkte daher (auch) ihre Verpflichtung zur Zugangsgewährung.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Zugangsverpflichtung der T. AG nach den Feststellungen dahingehend zu interpretieren ist, dass sich die konkreten Bedingungen, zu denen der Zugang zu gewähren ist, an den Inhalten der Entbündelungsanordnung Z 15/00-150 vom 14.11.2005 orientieren. Dieser Bescheid sieht in Anhang 9, Punkt 3, die festgestellte Regelung vor, wonach im Fall, dass Störungen von vorhandenen Services durch später hinzukommende Services auftreten, diese später installierten Übertragungssysteme (allenfalls) außer Betrieb zu nehmen sind. Das entsprechende Nachprüfungsverfahren wurde von U. bei T. AG beantragt. Auch die ebenfalls festgestellte Regelung in Anhang 2, Punkt 4.4. der Entbündelungsanordnung Z 15/00-150 soll Störungen durch am Kabelverzweiger (KV) bzw. an KA/HsV (Kabelausmündung/Hausverteiler) eingesetzte hochbitratige Übertragungssysteme verhindern, wobei der Wortlaut nur Systeme des Entbündelungspartners umfasst, auf Basis der Gleichbehandlungsverpflichtung dasselbe umgekehrt aber auch gegenüber T. AG selbst zu gelten hat. Die Verletzung der Verpflichtung zur Zugangsgewährung durch T. AG gründet daher auch auf der Verletzung dieser Regelungen und war daher spruchgemäß abzustellen.

2.3. Zum Vorbringen der T. AG über die geschuldete Leistung:

T. AG brachte im Verfahren wiederholt vor, dass sie nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen lediglich die galvanische Durchschaltung der entbündelten TASLs, nicht aber deren Verwendbarkeit für die Übertragung bestimmter Bitraten bei Breitbanddiensten schulde. Da diese geschuldete Leistung immer sicher gestellt gewesen sei, könne auch keine Verletzung von Verpflichtungen durch T. AG vorliegen. Diesem Vorbringen kann insofern nicht gefolgt werden, als nicht die Erfüllung oder Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen durch T. AG, sondern die Frage nach der möglichen Verletzung von Verpflichtungen, die der T. AG wegen ihrer beträchtlichen Marktmacht auf dem Entbündelungsmarkt auferlegt wurden, im gegenständlichen Verfah-

ren zu untersuchen war. Wie in Punkt 2.1 ausgeführt wurde, verletzt T. AG gerade dadurch, dass sie für eigene Kunden bestimmte Bandbreiten sicherstellt, während sie dasselbe der U. nicht zugesteht, ihre Gleichbehandlungsverpflichtung. Die Berufung der T. AG auf die (mögliche) Erfüllung vertraglicher (Mindest-)Verpflichtungen kann diese Verletzung ihrer Verpflichtung keinesfalls rechtfertigen.

Aus demselben Grund kann auch das Vorbringen, wonach T. AG lediglich „freigegebene Systeme in Rahmen der technischen Normen“ einsetze und daher keine Verletzung von Verpflichtungen vorliegen könne, nicht überzeugen, da nicht die Frage, welches Equipment eingesetzt wird, sondern unter welchen Umständen und in welcher Konfiguration es eingesetzt wird, entscheidend ist.

2.4. Zusammenfassung:

Wie dargestellt, verletzt T. AG sowohl ihre Verpflichtungen zur Gleichbehandlung, als auch ihre Verpflichtung zur Gewährung von Zugang. Die festgestellten Rechtsverletzungen bestehen einerseits darin, dass T. AG ihrem eigenen Retailbereich bessere Bedingungen einräumt als der U. und andererseits darin, dass T. AG durch ihre später in Betrieb genommenen Systeme durch die tendenziell höheren Pegel Frequenzbereiche blockiert, die davor der U. zur Verfügung gestanden sind und dadurch sowohl Marktmacht auf die nachgelagerten Endkundenmärkte überträgt, als auch ihre Zugangsverpflichtung im Sinne der erforderlichen Interpretation (Z 15/00) verletzt.

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

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass nach Ablauf der gesetzten Frist die Mängel, deretwegen das Aufsichtsverfahren eingeleitet wurde, nicht abgestellt sind, ordnet sie mit Bescheid die gebotenen, angemessenen Maßnahmen an, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, und setzt eine angemessene Frist fest, innerhalb der der Maßnahme zu entsprechen ist. Da die der T. AG mit ON 3 gesetzte Frist mit 05.01.2008 abgelaufen ist und nach den Feststellungen die Störungen nach wie vor nicht beseitigt wurden, dauert der „Mangel“ iSd § 91 Abs. 2 TKG 2003 noch an. Es waren T. AG daher die gebotenen, angemessenen Maßnahmen, die die Einhaltung der verletzten Bestimmungen sicherstellen, spruchgemäß aufzutragen.

Hinsichtlich dieser angemessenen Maßnahmen geht die Telekom-Control-Kommission von folgenden Überlegungen aus:

U. erbringt ADSL Dienste vom Hauptverteiler aus und hat daher weitere Entfernungen zu ihren Endkunden zu überbrücken als T. AG. T. AG hat nachträglich begonnen, in vorgelagerten Einrichtungen ebenfalls Breitbanddienste anzubieten, die auf Grund höherer Pegel in den überlappenden Frequenzbereichen Störungen verursachen.

Nach den dargestellten einschlägigen Regelungen des Bescheides M 12/06, Spruchpunkt 2.1 iVm mit Z 15/00, Anhang 9, Punkt 3, könnte T. AG grundsätzlich verpflichtet werden, die vorgelagerten DSLAMs außer Betrieb zu nehmen, um die vorliegende Verletzung der Zugangsverpflichtung zu beenden. Da die von U. eingesetzten ADSL Dienste für die Aussendung von Signalen allerdings lediglich den Frequenzbereich von 138 kHz bis 1104 kHz einsetzen, während ADSL2+, das von T. AG teilweise schon von den vorgelagerten Einrichtungen zum Einsatz gebracht wird, für die Aussendung von Signalen den Frequenzbereich von 138 kHz bis 2208 kHz einsetzen kann, und da bei nicht überlagernden Frequenzbereichen die Wahrscheinlichkeit von Beeinflussungen sehr gering ist, besteht daher auch die Möglichkeit, T. AG lediglich aufzutra-

gen, ihre DSLAMs so zu konfigurieren, dass diese den Frequenzbereich von 138 kHz bis 1104 kHz für die Aussendung von Signalen nicht verwenden.

Damit ist einerseits hinsichtlich der von U. betriebenen ADSL Dienste die Störung durch das nachträglich installierte System der T. AG beseitigt, wodurch die Einhaltung der Zugangsverpflichtung der T. AG sicher gestellt ist. Andererseits wird durch diese Aufteilung des Frequenzspektrums auch die Verletzung der Gleichbehandlungsverpflichtung abgestellt. T. AG darf nur mehr Frequenzbereiche verwenden, die U. nicht benötigt und behandelt den eigenen Retailbereich daher nicht mehr besser als U. als externen Nachfrager nach Vorleistungen. Dabei wird auch berücksichtigt, dass U., die längere Entfernungen überbrücken muss, den dafür geeigneteren niedrigeren Frequenzbereich einsetzen kann, während T. AG, die kürzere Entfernungen bedient, den höheren Frequenzbereich zwischen 1104 und 2208 kHz einsetzen kann.

Aus technischer Sicht ist die Maßnahme der Trennung von Frequenzen, wie auch T. AG selbst zugesteht, geeignet, die festgestellten Störpotenziale im „shared medium“ des Kupferanschlusnetztes auszuschalten. So geht T. AG in ON 4, Seite 5, grundsätzlich davon aus, dass eine Trennung der verwendeten Frequenzbereiche die Interferenzen „nahezu auf Null“ reduzieren kann, selbst wenn T. AG dabei von der Annahme ausgeht, dass U. HDSL Dienste erbringt. Im Hinblick darauf, dass auch eine Verpflichtung zur gänzlichen Abschaltung der DSLAMs in Betracht zu ziehen gewesen wäre, ist die angeordnete Verpflichtung auch verhältnismäßig und somit angemessen iSd § 91 Abs. 2 TKG 2003. Zur Sicherstellung der Einhaltung der aufgetragenen Maßnahmen ist auch die Verpflichtung der T. AG erforderlich, der Telekom-Control-Kommission über die erfolgten Umkonfigurationen zu berichten, so dass diesbezüglich spruchgemäß zu entscheiden war. Sollte auf der Basis dieser Mitteilungsverpflichtung der T. AG festgestellt werden, dass die Störungen trotz dieser Maßnahme nach wie vor andauern sollten, könnte in weiterer Folge durchaus auch die gänzliche Abschaltung aufgetragen werden.

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass die gegenständliche Entscheidung gemäß § 91 TKG 2003 der Abstellung der in den vorliegenden Fällen festgestellten Rechtsverletzungen durch T. AG dient. In anders gelagerten Fällen vorgelagerter DSLAMs könnte daher auch anders zu entscheiden sein, insbesondere z.B. dann, wenn bereits bestehende Services auf entbündelten TDSLAMs auch Frequenzbereiche über 1,1 MHz verwenden. Die Tatsache, dass die Umkonfiguration lediglich für die verfahrensgegenständlichen Hauptverteilerbereiche angeordnet wurde, bedeutet auch selbstverständlich nicht, dass T. AG in möglichen anderen Fällen vergleichbares missbräuchliches Verhalten setzen bzw. aufrecht erhalten darf, sondern beruht ebenfalls darauf, dass in einem Verfahren nach § 91 TKG 2003 nur aktuell festgestellte Verletzungen von Verpflichtungen geahndet werden, nicht aber allgemeine Regelungen aufgestellt werden können. Solche grundlegenden Regelungen für die gegenständlichen Problembereiche – „Deployment Rules“ - werden aber in den aktuell (auch zwischen der T. AG und der Anzeigerin U.) geführten Verfahren nach § 50 TKG 2003 anzuordnen sein.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Inbetriebnahmen der vorgelagerten DSLAMs bereits im Sommer 2007 erfolgt sind, ist auch die der T. AG für die Umkonfiguration gesetzte Frist angemessen, so dass diesbezüglich spruchgemäß zu entscheiden war.

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

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungs-

handlungen gemäß § 128 TKG 2003 unter bestimmten Voraussetzungen der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

In Anbetracht der Tatsache, dass der Bescheid lediglich der T. AG in Umsetzung der ihr mit einem bereits konsultierten Marktanalysebescheid auferlegten Verpflichtungen aufträgt, Verhaltensweisen in einem konkreten Fall abzustellen, ist nicht davon auszugehen, dass die nach § 128 Abs. 1 TKG 2003 geforderten beträchtlichen Auswirkungen auf den betreffenden Markt vorliegen. Auch Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten sind nicht zu erwarten, so dass auch ein Verfahren nach § 129 TKG 2003 nicht durchzuführen ist.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 28.01.2008

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé