

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

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 18.09.2006 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 9/06 einstimmig folgenden Maßnahmenentwurf beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 wird festgestellt, dass die Telekom Austria AG auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ gemäß § 1 Z 10 der Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der die der sektorspezifischen ex-ante-Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte für den Telekommunikationssektor festgelegt werden (Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl II Nr. 117/2005, „TKMVO 2003“) über beträchtliche Marktmacht verfügt.

2. Der Telekom Austria AG werden gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifischen Verpflichtungen auferlegt:

2.1. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 44 Abs. 1, Abs. 2 TKG 2003 ein Mindestangebot an Mietleitungen nach den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz für die nachstehend angeführten Mietleitungstypen bereitzustellen:

- analoge Mietleitungen mit Sprachbandbreite normaler Qualität (2-Draht-Leitungen gem. ETSI EN 300 448 (bzw. ETSI ETS 300 448) oder 4-Draht-Leitungen gem. ETSI EN 300 451 (bzw. ETSI ETS 300 451));
- analoge Mietleitungen mit Sprachbandbreite besonderer Qualität (2-Draht-Leitungen gem. ETSI EN 300 449 (bzw. ETSI ETS 300 449) oder 4-Draht-Leitungen gem. ETSI EN 300 452 (bzw. ETSI ETS 300 452));
- digitale Mietleitungen mit einer Datenrate von 64 kbit/s gem. ETSI EN 300 288 und ETSI EN 300 289 bzw. ETSI ETS 300 288, ETSI ETS 300 288/A1 oder ETSI ETS 300 289;
- digitale Mietleitungen mit einer Datenrate von 2.048 kbit/s – E1 (unstrukturiert) gem. ETSI EN 300 418 und ETSI EN 300 247 bzw. ETSI ETS 300 418, ETSI ETS 300 247 oder ETSI ETS 300 247/A1;
- digitale Mietleitungen mit einer Datenrate von 2.048 kbit/s – E1 (strukturiert) gem. ETSI EN 300 418 und ETSI EN 300 419 bzw. ETSI ETS 300 418 und ETSI ETS 300 419.

2.2. Im Zusammenhang mit der Bereitstellung der unter Spruchpunkt 2.1. angeführten Mietleitungen hat die Telekom Austria AG

2.2.1. den Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu wahren, dh, Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter vergleichbaren Umständen vergleichbare Bedingungen zu bieten und Mietleitungen für andere zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereit zu stellen wie für die eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen und wie für andere Unternehmen,

2.2.2. ihre Mietleistungsentgelte an den Prognosekosten zu orientieren,

2.2.3. die folgenden Informationen in leicht zugänglicher Form zu veröffentlichen:

2.2.3.1. technische Merkmale, einschließlich der physischen und elektrischen Kenndaten, sowie detaillierte technische Spezifikationen und Leistungsspezifikationen für den Netzabschlusspunkt;

2.2.3.2. Entgelte (einschließlich ggf. gestaffelter Entgelte), insb. Entgelte für die erstmalige Bereitstellung des Anschlusses, regelmäßige Mietentgelte und andere Entgelte;

2.2.3.3. Lieferbedingungen einschließlich folgender Mindestangaben:

- Informationen über das Bestellverfahren;

- typische Lieferfrist (Zeitspanne ab förmlichem Antrag, in der im Kalenderjahr 95% aller Mietleitungen desselben Typs zu den Endnutzern durchgeschaltet worden sind, wobei Fälle, in denen der Endnutzer selbst eine längere Lieferfrist verlangt hat, nicht berücksichtigt werden; bei Angebot spezifischer Lieferfristen werden die jeweils typischen Lieferfristen veröffentlicht);
- Mindestlaufzeit;
- typische Reparaturzeit (Zeitspanne zwischen Fehlermeldung und Meldung der Wiederherstellung an den Endnutzer von 80% aller Mietleitungen desselben Typs im Kalenderjahr; bei Angebot unterschiedlicher Reparaturqualitäten werden die jeweils typischen Reparaturzeiten veröffentlicht);
- Rückerstattungsmodalitäten jeglicher Art.

2.3. Die Telekom Austria AG hat die Entgelte für von ihr angebotene Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2048 kbit/s mit einer Bandbreite von $n \times 64$ kbit/s, die nicht Bestandteil des Mindestangebots gem. Spruchpunkt 2.1. sind, gem. § 43 Abs. 1, Abs. 3 TKG 2003 an den Prognosekosten zu orientieren.

2.4. In Bezug auf Mietleitungen gemäß Spruchpunkt 2.1. hat die Telekom Austria AG Entgeltbestimmungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 44 Abs. 3 TKG 2003 der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung gem. § 45 TKG 2003 vorzulegen.

2.5. In Bezug auf Mietleitungen gem. Spruchpunkt 2.3. hat es die Telekom Austria AG nach § 43 Abs. 1, Abs. 2 TKG 2003 zu unterlassen,

- bestimmte Endnutzer unangemessen zu bevorzugen oder
- durch vertragliche Bedingungen nachfrageseitige Wechselkosten unangemessen zu erhöhen.

2.6. Entgeltbestimmungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen einschließlich Dienstebeschreibungen für Mietleitungen gemäß Spruchpunkt 2.3. sind nach § 43 Abs. 1, Abs. 3 TKG 2003 der Regulierungsbehörde vor ihrer Wirksamkeit anzuzeigen. Die Regulierungsbehörde kann den angezeigten Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Mietleitungen gemäß Spruchpunkt 2.3. innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn sie dem TKG 2003, dem auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, den §§ 864a oder 879 ABGB oder diesem Bescheid nicht entsprechen. Der Fristenlauf ist gehemmt, so lange die zur Beurteilung der Anzeige durch die Regulierungsbehörde erforderlichen Unterlagen und Nachweise vom Anzeiger nicht beigebracht werden. Die Regulierungsbehörde hat dem Anzeiger innerhalb von zwei Wochen ab Einbringung der Anzeige mitzuteilen, ob und gegebenenfalls welche Unterlagen zur Beurteilung der Anzeige nachzureichen sind.

2.7. Die Telekom Austria AG hat gem. § 43 Abs. 1 TKG 2003 ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

- Erträge,
- Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insb. Kapazitäten und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

2.8. Die Telekom Austria AG hat hinsichtlich der in Spruchpunkt 2.1. angeführten Mietleitungen gem. § 44 Abs. 4 iVm § 43 Abs. 4 TKG 2003 und hinsichtlich der in Spruchpunkt 2.3. angeführten Mietleitungen gem. § 43 Abs. 4 TKG 2003 ein Kostenrechnungssystem einzusetzen, auf welchem aufbauend eine Ermittlung von Prognosekosten möglich ist und welches die in Spruchpunkt 2.7. angeführten Kostenarten ausweist.

3. Die der Telekom Austria auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ mit Bescheid M 10/03-52 v. 27.10.2004 auferlegten Verpflichtungen werden gemäß § 37 Abs. 2 S. 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheids aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 6.02.2006 wurde das gegenständliche Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003 von Amts wegen eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Bettina Bauer, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer, Dr. Wilhelm Schramm und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens („Marktanalyse-Gutachten“) zur Frage beauftragt, ob auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ gemäß § 1 Z 10 der TKMVO 2003 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrsche bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorliege. Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die dem Vorliegen von selbsttragendem Wettbewerb gegebenenfalls entgegen stehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und Abs. 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (kurz „RTR-GmbH“) am 6.02.2006 beauftragt, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen beizuschaffen. Die RTR-GmbH hat daraufhin im Rahmen des von ihr geführten Verfahrens VBAF 2006 die erforderlichen Daten erhoben und diese den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Anfang Juli 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß das Marktanalyse-Gutachten (ON 20) übermittelt.

Nach Erörterung des Gutachtens stellte die Telekom-Control-Kommission in ihrer Sitzung am 10.07.2006 fest, dass vorläufig davon auszugehen sei, dass die Telekom Austria AG (im Folgenden „Telekom Austria“) über beträchtliche Marktmacht auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ und auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen verfüge. Hiervon wurde Telekom Austria mit Schreiben vom 11.07.2006 in Kenntnis gesetzt.

Gleichzeitig bestellte die Telekom-Control-Kommission Dr. Bettina Bauer, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer, Mag. Paul Pisjak, Dr. Wilhelm Schramm und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen und beauftragte sie mit der Erstellung eines Gutachtens („Regulierungsinstrumente-Gutachten“) zur Frage, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das gemäß dem Marktanalyse-Gutachten potentiell marktmächtige Unternehmen Telekom Austria aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den in diesem Gutachten aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem gegenständlichen Markt zu begegnen. In diesem Zusammenhang hatten die Gutachter auch eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihren Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

In einem Schreiben vom 1.08.2006 (ON 23) nahm die Telekom Austria zu dem ihr mit Schreiben vom 11.07.2006 übermittelten Marktanalyse-Gutachten Stellung.

Mitte August 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß das Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 27) übermittelt. Das Gutachten wurde der Telekom Austria gemeinsam mit dem von der European Regulators Group erstellten Dokument („Revised Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework“) am 23.08.2006 zugestellt (ON 28). Gleichzeitig wurde der Telekom Austria das bereits zur GZ M 11/06 der Telekom-Control-Kommission am 22.08.2006 zugestellte Regulierungsinstrumente-Gutachten im Hinblick auf eine Verwertung im gegenständlichen Verfahren übermittelt.

Am 4.09.2006 wurde Telekom Austria von der Telekom-Control-Kommission angehört (ON 29).

Mit Schreiben vom 5.09.2006 (ON 31) legte Telekom Austria die von ihr als wesentlich erachteten Kritikpunkte zum Regulierungsinstrumente-Gutachten dar.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Marktabgrenzung

In der TKMVO 2003 wird der Markt Nr. 10 als „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s (Endkundenmarkt)“ bezeichnet. Die erläuternden Bemerkungen halten dazu wie folgt fest:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 7 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission. Der Markt für Mietleitungen auf Endkundenebene umfasst einerseits analoge Mietleitungen mit einer Bandbreite für Sprache in normaler oder besonderer Qualität, andererseits digitale Mietleitungen mit 64 kbit/s sowie 2048 kbit/s (letztere strukturiert und unstrukturiert). Darüber hinaus sind Mietleitungen mit einer Kapazität eines Vielfachen von 64 kbit/s bis zu einer Obergrenze von 2048 kbit/s Teil des Marktes.

Dieser Markt umfasst keine unbeschalteten Kupferdoppeladern und keine unbeschalteten Glasfaserleitungen.

Dieser Markt enthält weiters nicht Produkte mit endnutzerseitigen X.25-, Frame Relay-, ATM-, Ethernet- und IP-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten, die die Möglichkeit bieten, das Ziel der Verbindung, in Abhängigkeit von den Werten eines Verbindungssteuerungsparameters (s.o.) zu steuern. Dieser Markt enthält ebenfalls nicht Produkte mit endnutzerseitigen Ethernet-Schnittstellen an mehr als zwei Netzabschlusspunkten, die an einer Kundenschnittstelle gesendete Ethernet-Rahmen mehreren oder allen anderen Kundenschnittstellen dieses Produktes zustellen. Schließlich enthält dieser Markt keine Internetzugangsdienste, die dem Endnutzer eine on demand switching-Funktionalität zur Verfügung stellen.“

§ 2 der TKMVO 2003 legt als räumliches Ausdehnungsgebiet des gegenständlichen Marktes das Bundesgebiet fest.

2. Zum Markt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“

Insgesamt stellt sich der Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s wie folgt dar: Im Jahr 2005 erwirtschafteten 34 Betreiber einen Umsatz von 70 Mio. EUR. Die im Dezember 2005 vermieteten 44.000 Mietleitungen entsprechen einer Kapazität von ca. 240.000 64 kbit/s-Äquivalenten. Deutlich erkennbar ist im Beobachtungszeitraum (Q 3/03 bis Q 4/05) ein Trend in Richtung Mietleitungen mit höherer Bandbreite bei gleichzeitigem Rückgang bei der Nachfrage nach Mietleitungen. Weiters erkennbar ist ein Sinken der Umsätze. Die Anzahl an Anbietern ist stabil, wobei die Marktaustritte durch eine ähnliche Anzahl an Markteintritten kompensiert werden. Großteils handelt es sich um dieselben Unternehmen, die auch am Markt für terminierende und/oder am Markt für Trunk-Segmente tätig sind.

Relevante Kriterien (Indikatoren) zur Beurteilung von Marktmacht auf dem Markt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s sind vor allem Marktanteile und deren Entwicklung im Zeitverlauf (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003), die Höhe der Markteintrittsschranken (Z 2) sowie die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur (Z 12). Weitere relevante Kriterien sind das Ausmaß der vertikalen Integration (Z 9), das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht (Z 3) und das Ausmaß der Produktdifferenzierung (Z 10) sowie sonstige Indikatoren gem. § 35 TKG 2003.

3. Zu den einzelnen Marktmachtindikatoren

Nachfolgend werden die wesentlichsten Erkenntnisse zum Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ (kurz „Endkundenmietleitungsmarkt“) festgehalten und dabei besonderes Augenmerk auf die untersuchten Marktmachtindikatoren gelegt.

3.1. Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf

3.1.1. Allgemeines zum Indikator Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf

Die ökonomische Bedeutung des Indikators „Marktanteile“ leitet sich vor allem aus der Monopol- und Oligopoltheorie sowie aus empirischer Evidenz über den Zusammenhang zwischen Marktanteilen und Profitabilität (in Form der price-cost margin) ab. So gibt es sowohl theoretisch als auch empirisch einen positiven Zusammenhang zwischen (unternehmensindividuellem) Marktanteil und (unternehmensindividueller) price-cost margin. Weder die einschlägige empirische noch die theoretische Literatur vermögen allerdings Auskunft darüber zu geben, ab welchem Marktanteil sich das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ vermuten lässt (oder gar erwiesen ist). In der Spruchpraxis haben sich jedoch Schwellwerte von 40% (Europäische Kommission) bzw. 50% (Europäischer Gerichtshof) durchgesetzt.

3.1.2. Untersuchung der Marktanteile

Bei der Untersuchung der Marktanteile wurden sowohl Umsatz- als auch Kapazitätsmarktanteile (letztere in 64 kbit/s-Äquivalenten) sowie Marktanteilsentwicklungen der größten Betreiber am Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s gemessen.

Der Vergleich der Marktanteile zeigt, dass die Telekom Austria mit Marktanteilen von jenseits der 75% bei allen Kennzahlen unangefochtener Marktführer ist. Die Marktanteilsentwicklung zeigt, dass der Anteil der Telekom Austria gemessen in allen drei Indikatoren – Umsatz, Anzahl an Mietleitungen, 64 kbit/s-Äquivalente – (leicht) rückläufig ist, sich jedoch 2005 bei Umsätzen und 64 kbit/s-Äquivalenten auf noch immer sehr hohem Niveau (> 80% bei Umsätzen und > 75% bei 64 kbit/s-Äquivalenten) einpendelt. Der größte Rückgang kann beim Umsatz vermerkt werden, welcher insbesondere auf Veränderungen bei den Tarifen der Telekom Austria zurückzuführen ist (laut Angaben der Telekom Austria kam es infolge der im Verfahren G 8/03 im Juli 2003 neu genehmigten Tarife aufgrund der Migration von ehemaligen Datastream-Leitungen zu günstigeren n x 64 kbit/s-Leitungen ab Ende 2003 zu Umsatzverlusten). Neben Telekom Austria, T-Systems (mit Anteilen von < 5% bei Umsatz und 64 kbit/s-Äquivalenten bzw. < 5% bei Anzahl an Mietleitungen) und Tele2UTA (mit Anteilen von < 5% bei Umsatz und 64 kbit/s-Äquivalenten bzw. < 5% bei Anzahl an Mietleitungen) sind weitere 31 Unternehmen am Endkundenmarkt tätig, deren Marktanteile in der Regel jedoch jeweils weniger als 1% ausmachen. Der Großteil der Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s wird – stückmäßig – mit Bandbreiten bis einschließlich 64 kbit/s vermietet.

Die Marktanteilsverteilung sowie die Marktanteilsentwicklung begründen also die starke Vermutung, dass Telekom Austria über Marktmacht im ökonomischen Sinne verfügt.

Aufgrund der asymmetrischen Marktanteilsverteilung kann das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen werden, weshalb sich eine Behandlung bei den einschlägigen Marktmachtindikatoren erübrigt.

3.2. Markteintrittsbarrieren

3.2.1. Allgemeines zum Indikator „Markteintrittsbarrieren

Markteintrittsbarrieren sind all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. Je höher also Marktzutrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s. Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist aber nicht nur das Vorliegen von Marktzutrittsbarrieren, sondern auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. So kann vor allem dort das Vorliegen von Marktmacht vermutet werden, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Markteintrittsbarrieren vorliegen.

In ihrer Empfehlung 2003/311/EG über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABI L 114/45 v. 8.05.2003) unterscheidet die Europäische Kommission zwei Arten von Markteintrittsbarrieren: strukturell bedingte und rechtlich bedingte Hindernisse. Die dritte Gruppe von Barrieren entsteht durch das Verhalten eines Unternehmens (strategische bzw. endogene Marktzutrittsbarrieren).

Hierbei ist jeweils zu unterscheiden, ob ein Unternehmen entweder

- in den Endkundenmarkt für Mietleitungen durch Errichtung eigener Infrastruktur eintritt oder
- Infrastruktur vollständig oder teilweise an- und weitervermietet („Wiederverkäufer“).

3.2.2. Strukturelle Markteintrittsbarrieren

Ein strukturelles Zugangshindernis liegt vor, wenn bei gegebenem Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur so sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Marktzutritt gehindert werden.

3.2.2.1. Skalenvorteile und versunkene Kosten

Die wichtigsten strukturellen Marktzutrittsbarrieren beim Markteintritt mit eigener Infrastruktur auf dem Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s sind Skalenvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten. Skalenvorteile der Produktion liegen dann vor, wenn die Durchschnittskosten (Kosten pro Einheit) mit steigender Ausbringungsmenge sinken. Versunkene Kosten sind fixe Kosten der Produktion, die, so sie einmal angefallen sind, irreversibel sind, dh, nicht mehr zurückgewonnen werden können.

Obwohl Skalenvorteile per se keine Marktzutrittsbarrieren darstellen, so bewirken sie doch, dass Betreiber mit einer hohen Outputmenge in den Markt eintreten müssen, um keinen Kostennachteil gegenüber den etablierten Unternehmen zu haben. Besteht nun Unsicherheit über den Erfolg des Unternehmens am Markt, so erhöht sich das Risiko des Markteintritts mit der Höhe der versunkenen Kosten, die ja bei einem eventuellen Marktaustritt nicht mehr wiedergewonnen werden können. Skalenvorteile sowie versunkene Kosten ergeben sich vor allem aus den Kosten für das Verlegen der Leitungen (zB Grabungskosten). Diese Kosten führen als fixe Kosten der Produktion zu Skalenvorteilen, welchen – abhängig von der Nachfrage auf einer bestimmten Strecke – unterschiedliche Bedeutung zukommt. Während auf Strecken mit hohem Ausmaß an nachgefragter Übertragungskapazität meist mehrere Anbieter effizient (dh unter weitgehender Ausnutzung der Skalenvorteile) produzieren können, ist dies auf Strecken mit geringem Ausmaß an nachgefragter Übertragungskapazität oft nur für einen Anbieter der Fall. Kosten für das Verlegen von Leitungen sind in dem Ausmaß als versunken anzusehen, als die Leitungen nicht für andere Zwecke als dem Vermieten auf dem Mietleitungsmarkt verwendet werden können. Während eine anderweitige Verwendung der verlegten Infrastruktur auf höherer Netzebene meist möglich

sein wird, kann eine alternative Nutzung der letzten Leitungsabschnitte (Verbindung zum Endkunden) idR ausgeschlossen werden.

Vor allem im Anschlussbereich und auf Strecken mit wenig Verkehr bestehen daher substantielle strukturelle Marktzutrittsbarrieren für Unternehmen, die mit eigener Infrastruktur in den Markt eintreten wollen.

3.2.2.2. Aufwendungen für Werbung und Kundenakquisition

Sowohl beim Markteintritt mit eigener Infrastruktur als auch bei Wiederverkäufern stellen die erforderlichen Ausgaben für Werbung und Kundenakquisition eine weitere strukturelle Zutrittsbarriere dar. Die Etablierung eines Markennamens ist am Mietleitungsmarkt insofern wichtig, als der Versorgungssicherheit im Vergleich zu anderen Telekommunikationsmärkten eine besondere Bedeutung zukommt, da es sich bei den Nachfragern großteils um Geschäftskunden handelt, für die ein Ausfall des Mietleistungsdienstes meist mit Erlöseinbußen verbunden ist. Telekom Austria verfügt als etabliertes Unternehmen über Vorteile gegenüber neu in den Markt eintretenden Wettbewerbern, da ihre „Marke“ bereits eingeführt ist und daher leichter Geschäftsbeziehungen zu potentiellen Neukunden aufgebaut werden können.

3.2.3. Rechtliche Markteintrittsbarrieren

Rechtlich bedingte Hindernisse ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.

Rechtliche Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s entstehen beim Markteintritt mit eigener Infrastruktur im Zusammenhang mit Leitungsrechten und sog. „Aufgrabungsverboten“. Derartige Barrieren resultieren einerseits aus der Notwendigkeit, die für die Infrastrukturerrichtung erforderlichen Leitungsrechte über fremde Grundstücke zu erhalten, andererseits aus Aufgrabungsverboten der jeweiligen Gebietskörperschaften, in deren Gebiet die Infrastruktur errichtet werden soll. In beiden Fällen stellt sich vor allem der mit der Überwindung dieser Hindernisse verbundene Zeitaufwand als Markteintrittsbarriere dar, da Leistungen erst später als geplant öffentlich angeboten werden können und allfällige Anlaufverluste zunehmen. Dies gilt ungeachtet der Bestimmungen des TKG 2003 zu Leitungsrechten.

3.2.4. Strategische Markteintrittsbarrieren

Strategische Marktzutrittsbarrieren resultieren aus dem Verhalten eines Unternehmens.

Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem das Problem der nachfrageseitigen Wechselkosten sowie das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung relevant.

3.2.4.1. Nachfrageseitige Wechselkosten

Für neu in den Markt eintretende Unternehmen (sowohl beim Markteintritt mit eigener Infrastruktur als auch bei Wiederverkäufern) wird das Erreichen einer effizienten Outputmenge (bei der die Skalenvorteile weitgehend ausgeschöpft werden) beim Vorliegen signifikanter Skalenvorteile durch nachfrageseitige Wechselkosten wesentlich erschwert, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Anzahl der Kunden bzw. die am Markt nachgefragte Menge an Mietleitungen nicht wesentlich wächst. Aus Pkt. 2. der Sachverhaltsfeststellungen geht hervor, dass zwar die Anzahl der vermieteten 64 kbit/s-Äquivalente steigt, die Gesamtanzahl der Mietleitungen jedoch zurückgeht. Nachfrageseitige Wechselbarrieren ergeben sich vor allem aus vertraglichen Bedingungen (lange Vertragslaufzeiten, Pönalen bei vorzeitiger Vertragsauflösung, Verlust von Rabatten) sowie aus den Transaktionskosten, die bei einem Betreiberwechsel anfallen (da die Angebote auf die Kundenbedürfnisse zugeschnitten werden, müssen vor einem Betreiberwechsel

Angebote eingeholt und evaluiert werden). Weiters kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle Endkunden genau wissen, welche Betreiber außer der Telekom Austria die von ihnen gewünschte Strecke potentiell überhaupt anbieten können. Wird nur teilweise (dh, auf manchen Teilstrecken) zu einem anderen Betreiber gewechselt, so erhöht sich meist das Risiko von Ausfällen, da eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen unterschiedlichen Betreibern oft nicht gewährleistet ist. Auch ist bei mehreren Anbietern ein One-stop-shopping nicht mehr möglich.

Wettbewerber, die Kunden bestehender Marktteilnehmer zum Anbieterwechsel veranlassen wollen, sind aus den soeben angeführten Gründen im Vergleich zur Telekom Austria als größtem Anbieter benachteiligt.

3.2.4.2. Vertikale Marktmachtübertragung

Verfügt ein vertikal integriertes Unternehmen über Marktmacht bei einem notwendigen Vorleistungsprodukt, so kann angenommen werden, dass es diese Marktmacht insofern ausnützt, als es anderen Unternehmen dieses Vorleistungsprodukt entweder zu überhöhten Preisen (Preise, die signifikant über den Kosten liegen) zur Verfügung stellt oder aber, sollte dies aus irgendeinem Grund nicht möglich sein, versuchen wird, andere Unternehmen vom Endkundenmarkt zu verdrängen. Dies kann entweder durch einen *margin-squeeze* oder aber durch Verzögerungen bei der Bereitstellung der Leistung, Bereitstellung schlechterer Qualität, Verweigerung des Zugangs zu Informationen, unangemessene Vertragsbedingungen oder andere Maßnahmen erfolgen. Das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt kann so die Kosten seiner Konkurrenten erhöhen, den Preis am Endkundenmarkt anheben und so seine Gewinne erhöhen. Die Marktanteile der Konkurrenten gehen zurück bzw. die Konkurrenten werden vollständig vom Markt verdrängt.

Unter Berücksichtigung der starken Stellung der Telekom Austria auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente, welche einen notwendigen Input für den Endkundenmarkt darstellen, ist davon auszugehen, dass die Verweigerung eines adäquaten Zugangs zu Vorleistungsprodukten zur Erhöhung der Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt führt. Aus ebendiesem Grund wurde Telekom Austria mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 12/03-52 vom 27.10.2004 dazu verpflichtet, ein Vorleistungsangebot für terminierende Segmente zu legen.

Die Möglichkeit eines Markteintritts durch den Bezug von Leistungen des Vorleistungsangebots für terminierende Segmente der Telekom Austria ist jedoch nicht hinreichend dafür, dass der gegenständliche Endkundenmarkt langfristig zu effektivem Wettbewerb tendiert. Nach Angaben von Telekom Austria haben bisher zwei Unternehmen das Vorleistungsangebot unterschrieben (██████████). Beide Unternehmen sind am Endkundenmarkt für Mietleitungen tätig und erzielten 2005 Marktanteile von jeweils < 5% (in Umsätzen und 64 kbit/s-Äquivalenten gemessen). Trotz dieses geringen Anteils gehören sie zu den größten, am Endkundenmarkt ≤ 2 Mbit/s tätigen alternativen Betreibern. Gegenwärtig wird das Angebot jedoch nicht genutzt, d.h., es wurden noch keine Mietleitungen entsprechend den Bedingungen des Vorleistungsangebotes nachgefragt bzw. migriert. Grund dafür ist vor allem, dass die Kundendichte an einem bestimmten Standort nicht so hoch ist, dass sich die Koppelung auf eine höhere Bandbreite rechnet (auch angesichts der Kosten, die bei einer solchen Umstellung anfallen würden). Die Betreiber sehen das Angebot eher als Option, die bei Bedarf genutzt werden kann. Weiters bestehen nach Angaben der Telekom Austria Verhandlungen mit drei weiteren Betreibern, von denen zwei allerdings dzt. nicht am Endkundenmarkt für Mietleitungen ≤ 2 Mbit/s tätig sind. Mit weiteren Betreibern bestehen keine Verhandlungen.

Insgesamt zeigt sich also, dass das Vorleistungsangebot für terminierende Segmente in seiner derzeitigen Form nur für größere alternative Betreiber, die über eine entsprechende Anzahl von Leitungen für die Koppelung verfügen, attraktiv ist, jedoch wird es selbst von diesen Betreibern gegenwärtig nicht genutzt. Für kleine alternative Betreiber, die nicht genug Leitungen in einer bestimmten Region haben, sodass sich eine Koppelung auf eine höhere

Bandbreite auszahlen würde, ist das Vorleistungsangebot – auch aufgrund der Einmalzahlung von EUR 6.687 für die Nutzung der elektronischen Bestelloberfläche – unattraktiv. Ohne Koppelung liegen die Preise des Vorleistungsangebots nur unwesentlich unter den unrabattierten Endkundenpreisen.

Da nur wenige Betreiber das Vorleistungsangebot der Telekom Austria nutzen bzw. nutzen werden, kann nicht erwartet werden, dass das Vorleistungsangebot in seiner derzeitigen Form innerhalb der nächsten 1 - 2 Jahre zu einer signifikanten Steigerung des Wettbewerbs auf der Endkundenebene führen wird. Die Betreiber, die das Vorleistungsangebot beziehen, halten nur sehr geringe Marktanteile im Bereich ≤ 2 Mbit/s. Die Telekom-Control-Kommission geht jedoch davon aus, dass sie selbst mit einem geeigneteren Vorleistungsangebot ihre Marktanteile eher im Bereich > 2 Mbit/s als im Bereich ≤ 2 Mbit/s ausbauen werden.

Die Nachfrage nach Mietleitungen auf der Vorleistungsebene bei Telekom Austria wird somit voraussichtlich weiterhin hauptsächlich über das Endkundenangebot der Telekom Austria abgewickelt werden.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass reine Wiederverkäufer in ihren Vorleistungskosten und Qualitätsparametern vom Infrastrukturbetreiber – im vorliegenden Fall meist Telekom Austria – abhängig sind, weshalb es schwierig ist, diese preislich zu unterbieten bzw. sich anders zu differenzieren.

Auch wenn im Zuge des gegenwärtigen Verfahrens auf dem Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen das Vorleistungsangebot für terminierende Segmente der Telekom Austria bewertet und angepasst wird, ist aufgrund des Umstands, dass dieser Prozess und die Etablierung eines veränderten Vorleistungsangebotes am Markt viel Zeit in Anspruch nimmt (und vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem bestehenden Vorleistungsangebot), nicht zu erwarten, dass die Effekte innerhalb der kommenden 1-2 Jahre so stark sein werden, dass der Endkundenmarkt bereits in dieser Periode gegen effektiven Wettbewerb tendiert. Die Auswirkungen eines veränderten Vorleistungsangebotes sind gegebenenfalls bei der nächsten Marktanalyse zu berücksichtigen.

Bei der Beurteilung der Relevanz von Marktzutrittsbarrieren sind schließlich auch dynamische Aspekte wie zB der technische Fortschritt zu berücksichtigen, die dazu führen können, dass bestimmte Barrieren langfristig an Bedeutung verlieren. Auch in den nächsten ein bis zwei Jahren wird leitungsgebundene Technologie vorherrschend sein, wodurch Skalenvorteile und versunkene Kosten auf Grund von Leitungsverlegungen weiter vorliegen werden. Auch bei der Gestaltung von Verträgen bzw. des rechtlichen Rahmens oder der vertikalen Marktmachtübertragung ist nicht zu erwarten, dass die oben ausgeführten Überlegungen innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre wesentlich relativiert würden.

Anhand der im Zuge des Verfahrens erhobenen Daten konnte festgestellt werden, dass vor allem niederbitratige Mietleitungen (< 2 Mbit/s) teilweise durch Breitbandzugänge ersetzt werden. Obwohl nicht anzunehmen ist, dass Breitbandzugänge in den nächsten 1 - 2 Jahren einen hinreichend großen Wettbewerbsdruck auf den vorliegenden Markt ausüben werden, wird der Beurteilung der Rolle dieser Produkte bei der kommenden Marktabgrenzung bzw. Marktanalyse eine besondere Bedeutung zukommen.

Insgesamt sind die Markteintrittsbarrieren daher sowohl für Unternehmen, die mit eigener Infrastruktur in den Markt eintreten, als auch für Wiederverkäufer als hoch zu betrachten.

3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur wird dann gesprochen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder größtenteils in

den Händen eines einzigen Unternehmens ist und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen. Eine solche Kontrolle ermöglicht es dem entsprechenden Unternehmen, (in Abwesenheit von nachfrageseitiger Gegenmacht) Marktmacht auszuüben, da es der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch potentieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte bzw. angrenzende Märkte zu übertragen.

Die Kontrolle der Telekom Austria über einen Großteil der Infrastruktur am Markt für terminierende Segmente aufgrund ihrer starken Stellung im Anschlussnetzbereich schlägt sich – über die vertikale Integration der Telekom Austria – auch auf den Endkundenmarkt nieder, da die Telekom Austria über privilegierten Zugang zu einem notwendigen Input (Zugang zum Endkunden in der Fläche) verfügt. Zwar sind auch andere am Endkundenmarkt tätige Unternehmen (Energieversorger, Kabelnetzbetreiber) vertikal integriert (dh, sie verfügen über eigene Infrastruktur), jedoch in einem wesentlich geringeren Ausmaß als die Telekom Austria, die über das flächendeckendste und dichteste Netz an terminierenden Segmenten verfügt und daher als einziges Unternehmen österreichweit anbieten kann, ohne von Vorleistungen abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen (zumindest für das Mietleitungsende im Bereich des Anschlussnetzes) von Vorleistungen (größtenteils von der Telekom Austria) abhängig. Die meisten Wiederverkäufer (die per Definition nicht vertikal integriert sind) beziehen ihre Vorleistungen zur Gänze von der Telekom Austria.

3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potentiell über Marktmacht, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Marktmacht gegenüber den Nachfragern (zB in Form von überhöhten Preisen) auch ausgeübt werden kann. Dies ist auch vom Ausmaß der Verhandlungsmacht des Nachfragers (nachfrageseitige Gegenmacht) abhängig. Je höher das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, desto weniger wird ein Unternehmen, das potentiell über Marktmacht verfügt, diese auch ausüben können. Nachfrageseitige Gegenmacht wird dann größer sein, je mehr Alternativen ein Kunde zum Kauf von seinem derzeitigen Anbieter hat (zB wenn ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Vorleistung leicht selber erbracht werden kann) oder wenn der Verkäufer wenige Alternativen zum Verkauf an einen bestimmten Käufer hat (zB wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet und es schwierig wäre, die frei gewordenen Kapazitäten anderwärtig zu verkaufen oder wenn der Käufer eine „gatekeeper“-Position zB in Bezug auf bestimmte geografische Gebiete oder bestimmte Kundengruppen hat, die der Verkäufer selbst nicht erreichen kann). Weiters kann nachfrageseitige Gegenmacht auch dadurch erhöht werden, indem der Käufer im Vergleich zum Verkäufer einem geringeren Zeitdruck ausgesetzt ist oder indem er über bessere Informationen verfügt als der Verkäufer.

Nachfrageseitige Gegenmacht ist vor allem in jenen Fällen relevant, in denen ein oder mehrere Unternehmen aufgrund mangelnden Konkurrenzdrucks gegenüber ihren Kunden potentiell über Marktmacht verfügen. Existieren jedoch mehrere Anbieter, so kann davon ausgegangen werden, dass Kunden durch das Einholen und Vergleichen verschiedener Angebote und Drohung mit dem Wechsel zu einem anderen Betreiber Verhandlungsmacht gegenüber den Anbietern ausüben können.

Ein Mangel an nachfrageseitiger Gegenmacht wird am Anteil einzelner Kunden am Gesamtumsatz der Telekom Austria deutlich: So zeichnete der größte der insgesamt ■■■ Endkunden der Telekom Austria im Jahr 2005 für mehr als 15% des Telekom Austria-Gesamtjahresumsatzes 2005 bzw. der Gesamtjahreskapazität 2005 für Endkundenmietleitungen mit Bandbreiten bis einschließlich 2 Mbit/s verantwortlich. Die gleichmäßige Abnahme der Anteile sowohl bei Umsatz wie auch bei Kapazitäten im Vergleich zu 2004 zeigt, dass sich die Nachfrage des größten Kunden verringert hat (und nicht, dass er auf Grund von stärkeren Rabatten weniger Umsatzanteile aufweist). Alle weiteren Kunden der Telekom Austria fragen jeweils weniger als 10% nach. Schon der

drittgrößte Kunde fragt weniger als 5% nach. Obgleich bei einem Marktanteil von 15% das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht nicht auszuschließen ist, hat Telekom Austria trotz ihrer Nichtdiskriminierungsverpflichtung am Endkundenmarkt ≤ 2 Mbit/s verschiedene Möglichkeiten, zwischen ihren Nachfragern zu differenzieren (vor allem über Rabatte, teilweise auch über Bündelprodukte). Daher kann die (potentiell vorliegende) nachfrageseitige Gegenmacht des größten Kunden von den anderen Kunden „isoliert“ werden (dh die anderen Kunden würden gegebenenfalls auch nicht von der Ausübung der nachfrageseitigen Gegenmacht durch den größten Kunden profitieren). Weiters verfügt selbst ein großer Kunde nur dann über nachfrageseitige Gegenmacht, wenn er glaubhaft androhen kann, den Anbieter zu wechseln, die Dienstleistung intern bereitzustellen oder aber die Dienstleistung überhaupt nicht mehr zu beziehen.

Ein solches Drohpotential und damit das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht ist am vorliegenden Markt eher gering.

3.5. Produktdifferenzierung

Das Ausmaß der Produktdifferenzierung ist für die Beurteilung von Marktmacht insofern relevant, als grundsätzlich höhere Produktdifferenzierung mit größerer Marktmacht der einzelnen Unternehmen über ihre Kunden einhergeht, da ein Wechsel zu einem anderen Unternehmen nur mehr eingeschränkt möglich ist. Gelingt es einzelnen Unternehmen, ihr Produkt hinreichend von anderen Produkten zu differenzieren, und ist eine Nachahmung für andere Unternehmen nicht oder nur unter besonderen Verhältnissen möglich, so können daraus Wettbewerbsvorteile erwachsen.

Mietleitungen am Endkundenmarkt sind im ökonomischen Sinne grundsätzlich homogene Produkte, bei denen sich Differenzierungsmöglichkeiten für die Betreiber am ehesten durch geografische Präsenz oder Qualitätsaspekte ergeben können.

Eine starke Differenzierung der Betreiber hinsichtlich ihrer Dienstqualität (Verfügbarkeit, Reparaturzeit) ist anhand der erhobenen Daten nicht festzustellen. Die höhere typische Lieferzeit der Telekom Austria dürfte vor allem durch die Verpflichtung zur Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen bedingt sein, da für manche Strecken Leitungen erst verlegt werden müssen, während andere Betreiber großteils nur dort anbieten, wo sie bereits über Infrastruktur verfügen.

Telekom Austria ist jedoch durch ihre flächendeckende Präsenz gegenüber den anderen Betreibern klar im Vorteil. Gleichzeitig kann sie auch im Rahmen von Projektgeschäften Mietleitungen mit verschiedenen anderen Dienstleistungen bündeln, wobei sie aufgrund ihrer Größe, Präsenz und Diversifiziertheit (Mietleitungen, Sprachtelefonie, Mobiltelefonie) hier über wesentlich mehr Möglichkeiten verfügt als die meisten ihrer Mitbewerber.

3.6. Sonstige Indikatoren

3.6.1. Performancemaße

In einem Markt mit funktionsfähigem Wettbewerb ist keines der Unternehmen längerfristig in der Lage, Preise signifikant über die Kosten zu heben und damit Übergewinne zu erwirtschaften. Ein Indikator, der unmittelbar auf den Zusammenhang zwischen Preisen und Kosten abstellt, sind so genannte Price-Cost-Margins auf Ebene des zu untersuchenden Marktes. Allerdings waren die zur Berechnung erforderlichen Informationen über Preise und Kosten nicht in der erforderlichen Granularität verfügbar. Damit in engem Zusammenhang stehend tritt bei Mehrproduktunternehmen (nicht nur über die Mietleistungsmärkte hinweg, sondern auch darüber hinaus) noch zusätzlich das Problem der Allokation von Gemeinkosten auf. Eine Vornahme entsprechender Berechnungen war daher nicht möglich.

3.6.2. Preispolitik und Preisentwicklung

Die Preissetzungspolitik eines Unternehmens ist ein wesentlicher ökonomischer Verhaltensparameter und kann daher auch für die Beurteilung von Marktmacht relevant sein. So geben zB Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Preisdifferentiale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität. Mietleitungen werden meist als Teil eines „Projektgeschäfts“, d.h. als Teil einer Komplettlösung, oft im Bündel mit anderen Dienstleistungen nachgefragt. Die Preise werden dann in individuellen Verhandlungen festgelegt und sind daher kaum zu erheben. Auch der Vergleich von Listenpreisen (so diese überhaupt existieren) ist nicht sinnvoll, da die tatsächlich verlangten Preise meist von den Listenpreisen abweichen. Eine Durchführung von Preisvergleichen oder Bildung von Zeitreihen war daher nicht möglich. Da der Preis einer Mietleitung von einer Vielzahl von Faktoren (zB Länge, Kapazität, Qualität) abhängt, wurden auch keine impliziten Preise berechnet (zB Umsatz dividiert durch 64 kbit/s-Äquivalente oder Umsatz dividiert durch Anzahl der vermieteten Leitungen), da diese keine Aussagekraft hätten.

3.6.3. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation

Da es sich beim Endkundenmarkt für Mietleitungen um einen Geschäftskundenmarkt handelt, ist zum Vertrieb der Produkte keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie zB ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier auch keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

3.6.4. Technologiebedingter Vorsprung

Da sowohl Übertragungsmedien wie Übertragungstechnologien standardisiert und allgemein zugänglich sind, verfügt kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung.

4. Zusammenfassung

Die og. Feststellungen zeigen, dass Telekom Austria auf dem Endkundenmarkt für Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s über Marktmacht verfügt und dass auf dem Markt kein selbsttragender (infrastrukturbasierter) Wettbewerb herrscht. Dafür sprechen insb. die hohen und weitgehend stabilen Marktanteile sowie die hohen Marktzutrittsbarrieren, die sich vor allem aus den Zutrittsbarrieren auf der Vorleistungsebene ergeben. Das Wholesale-Angebot für terminierende Segmente kommt in seiner derzeitigen Form nur für wenige Anbieter auf dem verfahrensgegenständlichen Markt zum Bezug von Vorleistungsmietleitungen in Frage und konnte bisher keine wettbewerblichen Impulse auf dem vorliegenden Markt geben (das Angebot wurde bisher noch nicht genutzt).

5. Wettbewerbsprobleme

Die anhand der vorstehenden Indikatoren beschriebene Situation auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ kann ohne Regulierung zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht gegenüber Endnutzern und zur Errichtung von Marktzutrittsbarrieren führen.

5.1. Überhöhte Preise und Preisdiskriminierung

Eine Ausübung von Marktmacht gegenüber Endnutzern kann sich aus ökonomischer Sicht bei Abwesenheit von Regulierung vor allem in überhöhten Preisen oder Preisdiskriminierung manifestieren. Die Ausübung von Marktmacht durch Setzen von überhöhten Preisen

(Preisen, die signifikant über den Kosten der Leistungserbringung liegen und die es dem marktmächtigen Unternehmen erlauben, langfristig höhere Gewinne zu erzielen als dies in einem kompetitiven Markt möglich wäre) führt zu allokativen Ineffizienzen (niedrige Ausbringungsmenge und hoher Preis) und somit zu Wohlfahrtsverlusten.

5.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten

Die Errichtung von Marktzutrittsbarrieren durch die Telekom Austria kann am vorliegenden Markt vor allem durch vertragliche Bedingungen erfolgen, welche die nachfrageseitigen Wechselkosten erhöhen. Zu nennen sind hier vor allem lange Vertragslaufzeiten, Pönalen bei vorzeitiger Vertragsauflösung oder der Verlust von Rabatten.

6. Zu den aus ökonomischer Sicht zur Bekämpfung der Wettbewerbsprobleme geeigneten spezifischen Verpflichtungen

Grundsätzlich sind Wettbewerbsprobleme auf Endkundenmärkten zunächst durch Verpflichtungen auf der Vorleistungsebene zu beheben. Durch eine Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen können die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 jedoch nicht erreicht werden, da die Verpflichtungen auf den hier relevanten Vorleistungsmärkten für terminierende Segmente, Entbündelung und breitbandigen Zugang nicht ausreichen, um effektiven Wettbewerb auf dem Endkunden-Mietleitungsmarkt bis einschließlich 2 Mbit/s sicherzustellen. Dies aus folgenden Gründen:

Entsprechend der bestehenden Regulierung am Markt für Entbündelung hat Telekom Austria Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und Zugang zu dafür notwendigen Annex-Leistungen zu gewähren. Darüber hinaus unterliegt Telekom Austria den Verpflichtungen der Nichtdiskriminierung, der Kostenorientierung und der getrennten Buchführung und hat ein entsprechendes Standardangebot zu veröffentlichen (s. Bescheid M 13/03-52 der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004, im Internet abrufbar unter http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_M-13-03?OpenDocument). Über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen können alternative Betreiber auch Mietleitungen für Endkunden realisieren. Dafür wären jedoch massive Investitionen in eigene Infrastruktur erforderlich, um die jeweiligen Hauptverteiler zu erschließen und die entsprechenden Kundenstandorte an das Kernnetz anbinden zu können, zumal die Kundenstandorte von Mietleitungsnachfragern meist nicht im selben Einzugsbereich liegen. Insbesondere im Bereich von Endkundenmietleitungen mit Bandbreiten bis einschließlich 2 Mbit/s ist es praktisch ausgeschlossen, dass sich diese Investitionen (zu denen noch die entbündelungsspezifischen Investitionen in Kollokation etc. hinzukommen) für alternative Betreiber rechnen würden oder gesamtwirtschaftlich effizient wären. Durch ein Vorleistungsangebot für terminierende Segmente ist es alternativen Betreibern zwar leichter möglich, Hauptverteilerstandorte zu erschließen, jedoch ist das bestehende Vorleistungsangebot nicht ausreichend, um effektiven Wettbewerb auf dem Endkunden-Mietleitungsmarkt bis einschließlich 2 Mbit/s sicherzustellen (siehe dazu die Ausführungen weiter unten). Nur Betreiber, die – primär zum Zwecke der Erbringung von breitbandigen Internetzugangsdiensten gegenüber Endkunden – in größerem Ausmaß entbündeln, könnten v.a. in Ballungsräumen Mietleitungsdienste erbringen, ohne auf Mietleistungs-Infrastruktur der Telekom Austria angewiesen zu sein. Die Betrachtung der Marktanteile zeigt jedoch, dass dies gegenwärtig nur in geringem Ausmaß geschieht.

Am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang ist Telekom Austria verpflichtet, breitbandigen Bitstream-Zugang samt den dafür notwendigen Annex-Leistungen nichtdiskriminierend und zu einem Preis, welcher einem Retail-Minus-Standard entspricht, anzubieten. Zusätzlich hat Telekom Austria ein Standardangebot zu veröffentlichen und getrennte Bücher zu führen (s. Bescheid M 1/05-59 der Telekom-Control-Kommission vom 28.02.2006, im Internet abrufbar unter http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_

Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_M1-05?OpenDocument). Durch dieses Angebot wird es alternativen Betreibern ermöglicht, breitbandige Internetzugangsdienste gegenüber Endkunden anzubieten, ohne im selben Ausmaß über Infrastruktur zu verfügen, wie es bei Inanspruchnahme der Entbündelung erforderlich wäre. Jedoch können mit dem bestehenden Angebot keine Produkte kreiert werden, welche die Eigenschaften einer Mietleitung haben. Einerseits weisen DSL-Verbindungen als Internetzugangsdienst, der dem Endnutzer eine On-demand-switching-Funktionalität zur Verfügung stellt, nicht die notwendigen Merkmale einer Mietleitung auf und gehören daher dem verfahrensgegenständlichen Markt nicht an (vgl. EB zu § 1 Z 11 TKMVO 2003, Pkt. 1. der Sachverhaltsfeststellungen). Andererseits kann im Standardangebot der Telekom Austria betreffend breitbandige Internetzugänge nur zwischen Overbookingfaktoren von 5 und 30 gewählt werden (der für ein mit Mietleitungen vergleichbares Produkt notwendige Overbookingfaktor von 1 wird derzeit nicht von Telekom Austria angeboten); zudem ist nur die Übertragung eines beschränkten Datenvolumens möglich. Weiters wird die Flexibilität von alternativen Anbietern in der Geografie insofern eingeschränkt, als für das Bitstream-Angebot nur ein Übergabepunkt pro Bundesland besteht.

Am Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen unterliegt Telekom Austria den Verpflichtungen, nichtdiskriminierenden, kostenorientierten Zugang zu terminierenden Segmenten zu gewähren, ein Standardangebot zu veröffentlichen und getrennte Bücher zu führen (s. Bescheid M 12/03-52 der Telekom-Control-Kommission v. 27.10.2004). Das Vorleistungsangebot der Telekom Austria wurde jedoch bislang nur von wenigen Betreibern unterschrieben und wird bisher von keinem Betreiber tatsächlich genutzt. Grund dafür ist vor allem, dass die Kundendichte an einem bestimmten Standort nicht hoch genug ist, sodass sich die Koppelung auf eine höhere Bandbreite rechnen würde (dies auch angesichts der Kosten, die bei einer Umstellung von bestehenden Endkundenmietleitungen auf terminierende Segmente anfallen würden). Jene Betreiber, die das Angebot unterschrieben haben, zählen zwar zu den größten am Endkundenmarkt, doch erzielen selbst sie nur Marktanteile von < 5%. Für kleine alternative Betreiber, die nicht genug Leitungen in einer bestimmten Region haben, sodass sich eine Koppelung auf eine höhere Bandbreite auszahlen würde, ist das Vorleistungsangebot – auch aufgrund der Einmalzahlung von EUR 6.687 – unattraktiv. Ohne Koppelung liegen die Preise des Vorleistungsangebots nur leicht unter den unrabattierten Endkundenpreisen.

Hinzu kommt, dass vor allem bei geringen Bandbreiten auch nachfrageseitige Wechselbarrieren existieren, welche es alternativen Betreibern wesentlich erschweren können, ihre Marktanteile (trotz Verfügbarkeit eines geeigneten Vorleistungsproduktes) auszudehnen. Auch lassen sich für Endkunden v.a. bei geringen Bandbreiten bei einem Betreiberwechsel (in absoluten Beträgen) kaum nennenswerte Einsparungen erzielen. Gleichzeitig sind Kunden oft nicht gewillt, ein funktionierendes System zu verändern.

Im Zuge des den Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ betreffenden Marktanalyseverfahrens M 11/06 werden auch die der Telekom Austria auf dem Markt für terminierende Segmente auferlegten Verpflichtungen bewertet und angepasst. Aus den Feststellungen ergibt sich, dass das bestehende Standardangebot für terminierende Segmente bisher keine wettbewerblichen Impulse am Endkundenmarkt für Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s geben konnte (vgl. Pkt. 3.2. der Sachverhaltsfeststellungen). Daher enthält der der Telekom Austria übermittelte Entwurf einer Vollziehungshandlung in Bezug auf den Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen geänderte spezifische Verpflichtungen, welche die Koppelung, Service Level Agreements sowie die Herstellungszeiten außerhalb der Planungsstunden betreffen. Auch bei Vornahme der entsprechenden Modifikationen ist jedoch nicht gewährleistet, dass diese Änderungen innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt hinreichend senken, sodass der Markt in Richtung effektiven Wettbewerb tendiert.

6.1. Verpflichtung zur Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen zu kostenorientierten Entgelten, zur Gleichbehandlung, zur Veröffentlichung bestimmter Informationen und zur Genehmigung von diesbezüglichen AGB und Entgelten

Da sich in Bezug auf das Mindestangebot an Mietleitungen die Verpflichtung zur Bereitstellung dieses Mindestangebots zu kostenorientierten Entgelten, zur Gleichbehandlung der Endkunden, denen Mietleitungsdienste im Bereich des Mindestangebots erbracht werden, zur Veröffentlichung bestimmter Informationen und zur Genehmigung der diesbezüglichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelte aus den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen ergibt, sind hierfür keine gesonderten Feststellungen erforderlich.

6.2. Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten bei Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots

Auch bei Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s mit einer Bandbreite von $n \times 64$ kbit/s, die nicht Bestandteil des Mindestangebots iSd Anhangs zum Beschluss der Kommission 2003/548/EG vom 24.07.2003 (ABl L 186/43, 45 v. 25.07.2003) über das Mindestangebot an Mietleitungen mit harmonisierten Merkmalen und die entsprechenden Normen gemäß Art. 18 der Universaldienstrichtlinie sind (kurz „Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots“), aber dem relevanten Markt angehören (vgl. Pkt. 1. der Sachverhaltsfeststellungen), besteht die Gefahr, dass die unter Pkt. 5. der Sachverhaltsfeststellungen genannten Wettbewerbsprobleme auftreten.

Eine Regulierung auf Vorleistungsebene im Bereich der den Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots entsprechenden terminierenden Segmente sowie auf den Vorleistungsmärkten für Entbündelung und breitbandigen Internetzugang ist nach den vorstehenden Ausführungen unter Pkt. 6. der Sachverhaltsfeststellungen aus wirtschaftlicher Sicht nicht ausreichend.

Überhöhten Preisen und Preisdiskriminierung kann durch eine Verpflichtung der Telekom Austria entgegengewirkt werden, keine überhöhten Preise zu verlangen. Die ökonomisch geeignetste Maßnahme, um überhöhte Preise auf dem Endkundenmarkt zu verhindern, ist, die Preise kostenorientiert festzulegen. Andere Regulierungsoptionen sind für die Adressierung dieser Wettbewerbsprobleme nicht geeignet, da mit ihnen der dem Wettbewerbsproblem zugrunde liegende Parameter – der Preis – nicht adressiert werden kann.

Kostenorientiert bedeutet im Fall der Endkundenmietleitungen, dass die Tarife auf Basis von Prognosekosten, die dem Anbieter durch den Aufbau, den Betrieb und die Wartung des Dienstes sowie durch dessen Vermarktung und Abrechnung direkt entstehen, sowie die dem Dienst zuordenbaren indirekten Kosten berechnet werden. Prognosekosten sind voraussichtlich anfallende zukünftige Istkosten.

6.3. Verpflichtung, in Bezug auf Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots bestimmte Nutzer nicht unangemessen zu bevorzugen bzw. nachfrageseitige Wechselkosten durch entsprechende vertragliche Bedingungen nicht unangemessen zu erhöhen

Anstelle der in Spruchpkt. 2.2.1. enthaltenen Gleichbehandlungsverpflichtung auch für Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots erscheinen Verpflichtungen ausreichend, es zu unterlassen, bestimmte Endnutzer unangemessen zu bevorzugen und nachfrageseitige Wechselkosten durch vertragliche Bedingungen unangemessen zu erhöhen. Die zuerst genannte Verpflichtung trägt dem Wettbewerbsproblem der Preisdiskriminierung, die zuletzt genannte Verpflichtung dem der nichtpreislichen Diskriminierung (Erhöhung nachfrageseitiger Wechselkosten durch entsprechende vertragliche Bedingungen) ebenfalls in geeigneter Weise Rechnung.

6.4. Verpflichtung zur Anzeige von AGB und Entgelten bei Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots

Um den Wettbewerbsproblemen überhöhter Preise und preislicher Diskriminierung auch bei Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots wirksam zu begegnen, ist neben kostenorientierten Entgelten und dem Verbot einer unangemessenen Bevorzugung bestimmter Endnutzer eine Anzeige der Entgeltbestimmungen spätestens zeitgleich mit dem Marktauftritt sinnvoll. Gleichzeitig sollte der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eines Widerspruchs eingeräumt werden, falls die angezeigten Entgeltbestimmungen mit den Vorschriften des TKG 2003, den auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, den §§ 864a und 879 ABGB sowie diesem Bescheid nicht im Einklang stehen. Zur besseren Handhabung erscheint zudem die Aufnahme einiger der bestehenden Vorschriften für alle Dienstebetreiber in Bezug auf die Anzeige von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen entsprechenden Verfahrensregelungen sinnvoll.

In Bezug auf nicht-preisliche Parameter kann einer Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber potentiellen Konkurrenten einerseits mit der Auferlegung einer Verpflichtung, es zu unterlassen, nachfrageseitige Wechselkosten durch vertragliche Bedingungen unangemessen zu erhöhen, verhindert werden. Damit diese Verpflichtung wirksam werden kann, ist es jedoch erforderlich, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen inkl. Dienstebeschreibungen spätestens zeitgleich mit dem Marktauftritt, also vor ihrer Wirksamkeit, der Regulierungsbehörde angezeigt werden, und dass dieser für den Fall, dass die angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Verursachung der in der Marktanalyse aufgezeigten Wettbewerbsprobleme führen oder zu deren Entstehung bzw. Beibehaltung beitragen, ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird.

6.5. Verpflichtung zur getrennten Buchführung

Zur Unterstützung der Kontrolle von Einzeltarifen erscheint aus wirtschaftlicher Sicht die Verpflichtung geeignet, auch in Bezug auf die auf dem verfahrensgegenständlichen Endkundenmarkt gegenwärtig bzw. künftig angebotenen Mietleitungsprodukte getrennte Bücher zu führen, um eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene zu ermöglichen und Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent machen zu können. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, zB gemeinsame Kosten für Produkte, die dem relevanten Markt zuzuordnen sind, als auch für Produkte außerhalb des relevanten Marktes jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen. Nur durch die getrennte Buchführung ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden.

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Durch die gleichzeitige Zuordnung der Erlöse wird unerlaubte Quersubventionierung von Produkten, die regulierten Märkten angehören, erschwert.

Im Rahmen der getrennten Buchführung sollten zumindest folgende Informationen verfügbar sein:

- Erträge,
- Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insb. Kapazitäten und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

6.6. Verpflichtung zur Führung eines Kostenrechnungssystems

Mit der Verpflichtung zur Führung eines Kostenrechnungssystems in Bezug auf die dem relevanten Markt angehörenden Produkte kann im Einzelfall (etwa bei Entgeltgenehmigungsverfahren und Anzeige von Entgeltbestimmungen) eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden.

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s, insbesondere zu den einzelnen Indikatoren sowie den wettbewerblichen Verhältnissen ergeben sich aus den eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchungen im Marktanalyse-Gutachten (ON 20) der Amtssachverständigen.

Die Feststellungen in Bezug auf eine Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente auf der Vorleistungsebene ergeben sich aus den überzeugenden Ausführungen im Regulierungsinstrumente-Gutachten der Amtssachverständigen betreffend den Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen (ON 27).

Der Anmerkung von Telekom Austria, dass entbündelte Leitungen, die zur Realisierung von Mietleitungen verwendet werden, bzw. Mietleitungen mittels Richtfunk bei der Datenerhebung nicht berücksichtigt wurden, ist entgegenzuhalten, dass jedes auf den Mietleistungsmärkten tätige Unternehmen aufgefordert wurde, Daten zu Mietleitungen zu melden, unabhängig von der zu Grunde liegenden Technologie oder Infrastruktur. Sowohl entbündelte Leitungen, die als Mietleitungen verwendet werden, bzw. Richtfunkstrecken, die als Mietleitungen verwendet werden, sind demnach in die Datenauswertung eingegangen. Die von Telekom Austria aufgezählten entbündelten Leitungen bzw. Richtfunkstrecken, die nicht in der Mietleitungserhebung enthalten sind, werden demnach nicht für den Einsatz als Mietleitungen herangezogen. Auch die Behauptung der Telekom Austria, dass 56% aller entbündelten HDSL- und SDSL-Leitungen als Substitute für klassische Mietleitungen eingesetzt werden (ON 31, S. 4) und ihr Marktanteil am verfahrensgegenständlichen Endkundenmietleitungsmarkt daher tatsächlich geringer sei, als im Marktanalyse-Gutachten (ON 20) dargestellt, wird von Telekom Austria nicht näher substantiiert. Die Telekom-Control-Kommission kann daher insgesamt keine Anhaltspunkte erkennen, die zu Zweifeln an der Vollständigkeit und der Qualität der gelieferten Daten Anlass geben.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zu den rechtlichen Grundlagen

Der geltende europäische Rechtsrahmen und das TKG 2003 verfolgen einen differenzierten Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und die Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den – im Rahmen einer Marktanalyse identifizierten – wettbewerblichen Problemen zu begegnen.

Die Systematik der maßgeblichen Regelungen sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess – Marktdefinition, Marktanalyse und allenfalls Auferlegung spezifischer Verpflichtungen – vor.

2. Marktdefinition der RTR-GmbH

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die ggf. einer sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden könnten (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die TKMVO 2003 erlassen, die – nach ihrem In-Kraft-Treten am 17.10.2003 – zum 2.05.2005 novelliert wurde (BGBl II Nr. 117/2005) und in ihrer dzt. geltenden Fassung 17 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors – abgegrenzt hat. Gemäß dem Beschluss der RTR-GmbH vom 06.02.2006 besteht derzeit – als Ergebnis der jüngsten Überprüfung dieser Marktdefinitionen – keine Notwendigkeit der Abänderung dieser Verordnung.

Soweit Telekom Austria darlegt, dass die Substitution durch xDSL-Dienste und Entbündelung auf dem verfahrensgegenständlichen Markt ausgesprochen groß sei und dezidierte Bandbreiten in höheren Preiskategorien zunehmend von preisgünstigeren Varianten auf xDSL-Basis (oder ähnlichen Technologien) abgelöst würden (ON 31, S. 4), ist ihr entgegenzuhalten, dass die von Telekom Austria angeführten xDSL-Produkte dem verfahrensgegenständlichen Markt nicht angehören. Wie sich bereits aus den EB zu § 1 Z 10 TKMVO 2003 (vgl. Pkt. 1. der Sachverhaltsfeststellungen) ergibt, umfasst der verfahrensgegenständliche Markt weder Produkte mit endnutzerseitigen X.25-, Frame-Relay-, ATM-, Ethernet- und IP-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten, die die Möglichkeit bieten, das Ziel der Verbindung in Abhängigkeit von den Werten eines Verbindungssteuerungsparameters zu steuern, noch Internetzugangsdienste, die dem Endnutzer eine on demand switching-Funktionalität zur Verfügung stellen. Dass diese Technologien – wie von Telekom Austria (vgl. ON 31, S. 4) behauptet – zwar nicht exakt die Qualitätskriterien von Mietleitungen erfüllen, aus Sicht der Endnutzer aber ausreichen, um bestimmte Typen von Datenübertragungen durchzuführen, wird nicht näher belegt und würde im Übrigen nicht hinreichen, um die Annahme einer Substitutionsbeziehung zu rechtfertigen. Zum Vorwurf der Telekom Austria, dass Realisierungsvarianten mittels Richtfunk, ADSL, Kabelmodem und wireless-Technologien nicht betrachtet worden seien (ON 31, S. 4), ist auf die vorstehenden Ausführungen in der Beweiswürdigung zu verweisen. Eine Diskussion der weiteren Darstellung der Telekom Austria in Bezug auf die Auswirkung der als Substitution für klassische Mietleitungen eingesetzten entbündelten Leitungen auf ihren Marktanteil am Endkundenmarkt für Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s erübrigt sich aus den og. Gründen.

3. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

Die zweite Stufe sieht die Analyse dieser Märkte durch die Telekom-Control-Kommission mit dem Ziel der Feststellung vor, ob auf diesen Telekommunikationsmärkten effektiver Wettbewerb gegeben ist oder aber (zumindest) ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt (§ 37 TKG 2003).

Die dritte Stufe beinhaltet schließlich – bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht – die Festlegung jener Maßnahmen – die "Regulierungsinstrumente" (dh die spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff. TKG 2003) –, die zur Lösung der identifizierten aktuellen und potenziellen Wettbewerbsprobleme herangezogen werden können (§ 37 Abs. 1 und 2 TKG 2003).

4. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

Nach § 37 Abs. 1 TKG 2003 führt die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die TKMVO 2003 festgelegten relevanten Märkte durch.

Die Analyse des jeweiligen Marktes kann folgende Ergebnisse bringen:

Gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

Stellt die Telekom-Control-Kommission demgegenüber fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegen; diesfalls wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde formlos eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

5. Relevanter Markt

Die Stellung als "Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht" bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien der oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind oder das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der Regulierungsbehörde – das ist mangels entsprechender Aufgabenzuweisung an die Telekom-Control-Kommission in § 117 TKG 2003 gemäß § 115 Abs. 1 TKG 2003 die RTR-GmbH – festgelegt.

In der TKMVO 2003 wird der verfahrensgegenständliche Markt als „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s (Endkundenmarkt)“ bezeichnet. Aus den erläuternden Bemerkungen ergibt sich, dass dieser Markt einerseits analoge Mietleitungen mit einer Bandbreite für Sprache in normaler oder besonderer Qualität, andererseits digitale Mietleitungen mit 64 kbit/s sowie 2048 kbit/s (letztere strukturiert und unstrukturiert) umfasst. Darüber hinaus sind Mietleitungen mit einer Kapazität eines Vielfachen von 64 kbit/s bis zu einer Obergrenze von 2048 kbit/s Teil des Marktes, nicht jedoch unbeschaltete Kupferdoppeladern und unbeschaltete Glasfaserleitungen.

Dieser Markt enthält weiters nicht Produkte mit endnutzerseitigen X.25-, Frame Relay-, ATM-, Ethernet- und IP-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten, die die Möglichkeit bieten, das Ziel der Verbindung, in Abhängigkeit von den Werten eines Verbindungssteuerungsparameters zu steuern. Dieser Markt enthält ebenfalls nicht Produkte mit endnutzerseitigen Ethernet-Schnittstellen an mehr als zwei Netzabschlusspunkten, die an einer Kundenschnittstelle gesendete Ethernet-Rahmen mehreren oder allen anderen Kundenschnittstellen dieses Produktes zustellen. Schließlich enthält dieser Markt keine Internetzugangsdienste, die dem Endnutzer eine on demand switching-Funktionalität zur Verfügung stellen.

Zu dem von Telekom Austria wiederholt angeführten Argument, das Mindestangebot an Mietleitungen erfülle aus Sicht der EU – wie auch das Konsultationsdokument für die kommende Märkteliste von Ende Juni 2006 zeige, in welchem die Europäische Kommission für eine Streichung des Marktes aus der Liste eintrete – nicht mehr den Drei-Kriterien-Test, der Voraussetzung einer Berechtigung zu einer ex-ante-Regulierung sei, ist anzumerken, dass eine Analyse der drei Kriterien für den österreichischen Endkundenmarkt ergibt, dass diese erfüllt sind. In Bezug auf das erste Kriterium bezüglich Markteintrittsschranken ergibt sich aus Pkt. 3.2. der Sachverhaltsfeststellungen, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt und für die nächsten ein bis zwei Jahre hohe Zutrittsbarrieren vorliegen, die einen ausreichenden Markteintritt behindern. Selbst ein adaptiertes Vorleistungsangebot für terminierende Segmente wird innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre die Marktzutrittschranken nicht hinreichend reduzieren. Daraus folgt bereits das zu bejahende zweite Kriterium, die Nicht-Tendenz zu effektivem Wettbewerb. Auch das dritte Kriterium ist erfüllt, da das allgemeine Wettbewerbsrecht zur Bekämpfung der Wettbewerbsprobleme nicht ausreicht. Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist hingegen nicht geeignet, aus wettbewerblicher Sicht problematische Marktstrukturen zu bekämpfen. Aus den getroffenen Feststellungen ergibt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission, dass die Ursache der geschilderten Wettbewerbsprobleme primär im Fehlen selbsttragenden infrastrukturbasierenden Wettbewerbs liegt.

Zu dem von Telekom Austria behaupteten Widerspruch zwischen den Ergebnissen der verfahrensgegenständlichen Gutachten und dem Ergebnis der Europäischen Kommission (ON 31, S. 5) ist festzuhalten, dass es sich bei dem von Telekom Austria zitierten Konsultationsdokument zum Entwurf einer überarbeiteten Märkteempfehlung SEC(2006)837 vom 28.06.2006 nur um einen Entwurf handelt, der dzt. Gegenstand eines EU-weiten Konsultationsverfahrens ist. Demgegenüber stellt der der Marktabgrenzung im gegenständlichen Verfahren zu Grunde zu legende TKMVO 2003 geltendes Recht dar, welches die Telekom-Control-Kommission bei der Durchführung von Marktanalysen nach dem klaren Wortlaut von § 37 Abs. 1 S. 1 TKG 2003 in ihrer verfahrensgegenständlichen Entscheidung anzuwenden hat. Darüber hinaus hat die von der RTR-GmbH im Feb. 2006 durchgeführte Überprüfung der TKMVO ergeben, dass zu einer Neufassung der Marktdefinitionen kein Anlass besteht (im Internet abrufbar unter http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Telekommunikationsrecht_Verordnungen_Verordnungen_Maerkteverordnungen_TKMVOMaerkteueu?OpenDocument).

6. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Nationaler wie auch europäischer Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ und „effektivem Wettbewerb“ mit der so genannten „Gleichsetzungsthese“ auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (vgl. Leitlinien der Kommission 2002/C 165/03 zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, ABI C 165/6 vom 11.07.2002, Rz. 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Für die Anwendung des EU-Rechtsrahmens wird „wirksamer Wettbewerb“ dahin gehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 der Rahmen-RL 2002/21/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/36 v. 24.04.2002).

Bei den Fällen beträchtlicher Marktmacht unterscheidet das TKG 2003 entsprechend den Vorgaben des EU-Rechtsrahmens zwischen drei unterschiedlichen Formen: beträchtliche Marktmacht eines einzelnen Unternehmens („single dominance“, § 35 Abs. 1 TKG 2003), gemeinsame beträchtliche Marktmacht von zwei oder mehreren Unternehmen („joint dominance“, § 35 Abs. 3 TKG 2003) oder Übertragung beträchtlicher Marktmacht auf einen benachbarten Markt („leveraging“, § 35 Abs. 5 TKG 2003).

6.1. Beträchtliche Marktmacht eines einzelnen Unternehmens

Gemäß § 35 Abs. 1 TKG 2003 „[gilt] ein Unternehmen [...] dann als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.“

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat („single dominance“), hat die Telekom-Control-Kommission gemäß § 35 Abs. 2 TKG 2003 „insbesondere“ nachfolgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
5. die jeweilige Marktphase,
6. den technologiebedingten Vorsprung,
7. allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation,
8. die Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen,
9. das Ausmaß vertikaler Integration,
10. das Ausmaß der Produktdifferenzierung,
11. den Zugang zu Finanzmitteln,
12. die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur,
13. das Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren.

Die Aufzählung der Kriterien in § 35 Abs. 2 TKG 2003 ist nicht erschöpfend (arg. „insbesondere“); Anhang II der Rahmen-RL hält explizit fest, dass die Liste der „von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung nach Art. 14 Abs. 2 Unterabsatz 2 zu berücksichtigenden Kriterien“ „nicht erschöpfend“ ist und die Kriterien nicht kumulativ vorzuliegen haben.

Die ErläutRV zu § 35 TKG 2003 geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass nicht sämtliche Kriterien zu prüfen sind, „falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters besteht“.

6.2. Gemeinsame beträchtliche Marktmacht von zwei oder mehreren Unternehmen

Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (§ 35 Abs. 3 TKG 2003). Bei der Beurteilung, ob zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen („joint dominance“), sind von der Telekom-Control-Kommission „insbesondere“ folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. das Ausmaß an Marktkonzentration, die Verteilung der Marktanteile und deren Veränderung im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken, das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. die vorhandene Markttransparenz,
5. die jeweilige Marktphase,
6. die Homogenität der Produkte,
7. die zugrunde liegenden Kostenstrukturen,
8. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
9. das Ausmaß an technologischer Innovation und der Reifegrad der Technologie,
10. die Existenz freier Kapazitäten,
11. die Existenz informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern,
12. Mechanismen für Gegenmaßnahmen,
13. das Ausmaß der Anreize für Preiswettbewerb (Abs. 4 leg. cit.).

Die rechtliche Figur der kollektiven Marktmacht (*joint dominance*) ist – jedenfalls nach der derzeitigen Rechtsprechung – gleichzusetzen mit dem ökonomischen Konzept der impliziten Kollusion (*tacit collusion*). Juristisch wird darunter das „Parallelverhalten“ von Unternehmen verstanden, die – ohne explizite Willensübereinkunft – aber in Kenntnis ihrer Reaktionsverbundenheit – auf Kosten der Marktgegenseite (Konsumenten) – auf eine offensive Wettbewerbsstrategie zur Erzielung kurzfristiger individueller Absatzsteigerungen verzichten, weil dies längerfristig für alle Anbieter profitabel ist.

Bei der Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, handeln die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und berücksichtigen dabei weitestgehend die von der Kommission nach Artikel 15 Rahmen-RL veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht („Leitlinien“, ABI C 165/6 vom 11.07.2002). Die bei dieser Beurteilung heranzuziehenden Kriterien sind in Anhang II der Rahmen-RL sowie in Z 97 der „Leitlinien“ aufgeführt (Art. 14 Abs. 2 Rahmen-RL); darin wird folgende nicht erschöpfende Auflistung von Kriterien für die Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung genannt: gesättigter Markt, stagnierendes oder

begrenztes Wachstum auf der Nachfrageseite, geringe Nachfrageelastizität, gleichartiges Erzeugnis, ähnliche Kostenstrukturen, ähnliche Marktanteile, Fehlen technischer Innovation, ausgereifte Technologie, keine Überkapazität, hohe Markteintrittshemmnisse, Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite, Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs, verschiedene Arten informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den betreffenden Unternehmen, Mechanismen für Gegenmaßnahmen, fehlender Preiswettbewerb oder begrenzter Spielraum für Preiswettbewerb.

6.3. Übertragung beträchtlicher Marktmacht auf einen Nachbarmarkt

Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf horizontal und vertikal bzw. geografisch benachbarten Märkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken („Leveraging“, § 35 Abs. 5 TKG 2003).

7. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 6 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zur Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, und zur Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 zu.

8. Zur Beurteilung der Wettbewerbssituation am Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ im Konkreten

Nachfolgend werden die zu Pkt. B. 3. getroffenen Sachverhaltsfeststellungen unter dem Aspekt des Vorliegens von Wettbewerb am Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ bewertet.

8.1. Zum Indikator „Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“

Im Kontext der Untersuchung alleiniger beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens nennt § 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 „die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“. Die Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz. 75 - 78) nennen Marktanteile als einen von mehreren Marktmachtindikatoren.

Die Leitlinien halten dabei fest, dass ein hoher Marktanteil allein noch nicht bedeutet, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung angenommen wurde, da Marktbeherrschung unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne hohen Marktanteil vorliegen kann. Die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes setzt die Schwelle bei 50% an, ab der – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – das Vorliegen von Marktmacht als erwiesen gilt. Weiters ist der Marktanteil auch in Relation zu den Marktanteilen der anderen Marktteilnehmer zu setzen. Hat das betroffene Unternehmen einen wesentlich höheren

Marktanteil als selbst der Größte seiner Konkurrenten, so ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wahrscheinlicher als in Fällen, in denen mehrere Unternehmen über hohe Marktanteile verfügen.

Die Betrachtung der Marktanteile in Umsätzen sowie in Kapazitäten gemessen ergibt, dass die Telekom Austria mit über 80% (Umsätze) bzw. über 75% (Kapazitäten in 64 kbit/s-Äquivalenten) im Jahr 2005 das nach diesem Maß bei weitem größte Unternehmen am Markt ist. Neben der Telekom Austria, T-Systems und Tele2UTA existieren noch weitere 31 Betreiber, die jedoch kaum signifikante Marktanteile aufweisen.

Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein marktmächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung beträchtlicher Marktmacht nicht aus.

Die Marktanteilsentwicklung im Zeitraum Q3/03-Q4/05 zeigt, dass der Umsatzmarktanteil der Telekom Austria leicht zurückging, während der Kapazitätsmarktanteil eher stabil ist. Im Betrachtungszeitraum wurden kaum Schwankungen beim Umsatz- und Kapazitätsmarktanteil festgestellt.

Die Marktanteilsverteilung sowie die Marktanteilsentwicklung begründen also die starke Vermutung, dass die Telekom Austria über Marktmacht verfügt.

Aufgrund der asymmetrischen Marktanteilsverteilung kann das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen werden, weshalb sich eine Behandlung bei den einschlägigen Marktmachtindikatoren erübrigt.

8.2. Zum Indikator „Markteintrittsbarrieren“

Die Liste der Kriterien für alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) nennt die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator; zudem werden „Marktzutrittsschranken“ in Rz. 80 der Leitlinien angeführt.

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten zB ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich wettbewerbswidrig zu verhalten.

Die Prüfung von Marktzutrittsschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg 1973, 215).

Aus ökonomischer Sicht ist die Existenz von langfristigen Markteintrittsbarrieren ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung. Bei freiem Markteintritt würden Übergewinne marktbeherrschender Unternehmen den Eintritt weiterer Unternehmen induzieren, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Je schwieriger der Markteintritt ist, desto höher ist potenziell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen.

Aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten insb. auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente sind die Markteintrittsbarrieren für Unternehmen, die mit eigener Infrastruktur in den Markt eintreten, insgesamt als hoch zu betrachten.

Tritt ein Unternehmen als reiner Wiederverkäufer in den Endkundenmarkt ein, wirken zwar Skalenvorteile und versunkene Kosten nicht als Marktzutrittsbarriere, das Unternehmen ist dafür aber in seinen Vorleistungskosten von Infrastrukturbetreibern abhängig, weshalb es schwierig ist, bestehende Unternehmen im Preis zu unterbieten.

Die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt sind vor allem deswegen als hoch zu klassifizieren, da der Markteintritt mit eigener Infrastruktur durch die hohen Marktzutrittsbarrieren auf den Vorleistungsmärkten (vor allem auf dem Markt für terminierende Segmente) behindert wird. Ein Markteintritt als Wiederverkäufer ist zwar möglich, die geringe Nachfrage nach dem derzeit bestehenden Wholesale-Angebot für terminierende Segmente zeigt jedoch, dass das Angebot in seiner derzeitigen Form nur für wenige Unternehmen in Frage kommt und bisher keine wettbewerblichen Impulse zu geben vermochte. Auch in den nächsten 1 - 2 Jahren ist nicht zu erwarten, dass alternative Betreiber hinreichende Marktanteile gewinnen, so dass man von effektivem Wettbewerb im ökonomischen Sinne auf dem verfahrensgegenständlichen Markt sprechen kann. Telekom Austria ist es daher weiterhin möglich, ihre Marktmacht vom Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente, wo sie im Bereich ≤ 2 Mbit/s über eine unangefochtene Stellung verfügt, auf den Endkundenmarkt ≤ 2 Mbit/s zu übertragen.

Vor diesem Hintergrund muss von einer Existenz von Markteintrittsbarrieren ausgegangen werden, die sich als Hindernis für die Entstehung effektiven Wettbewerbs auf dem verfahrensgegenständlichen Markt darstellen.

8.3. Zum Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“

§ 35 Abs. 2 Z 12 TKG 2003 erwähnt ebenso wie Rz. 78 der Leitlinien als weiteren Parameter zur Beurteilung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht den Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“.

Durch die vertikale Integration der Telekom Austria, die sowohl auf beiden Vorleistungsmärkten als auch am Endkundenmarkt tätig ist und die Vorleistungen für den Endkundenmarkt zur Gänze intern erbringt, überträgt sich die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Markt für terminierende Segmente, die auch aus dem der Telekom Austria gehörenden Anschlussnetz resultiert, auch auf den Endkundenmarkt. Da die Telekom Austria über das flächendeckendste und dichteste Netz an terminierenden Segmenten verfügt, ist sie de facto das einzige Unternehmen, das österreichweit Punkt-zu-Punkt-Verbindungen anbieten kann, ohne von Vorleistungen abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen von Vorleistungen (größtenteils von der Telekom Austria) abhängig.

8.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird im TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung gem. § 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 angeführt. Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß § 35 Abs. 1 TKG 2003, da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

Aufgrund der hohen Marktanteile und insb. der Infrastrukturausdehnung der Telekom Austria kann davon ausgegangen werden, dass die Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht durch Einholen und Vergleichen verschiedener Angebote bzw. durch den Wechsel zu einem anderen Betreiber in vielen Fällen nur eingeschränkt möglich ist. Da überdies auf keinen der insgesamt ██████ Kunden der Telekom Austria im Jahr 2005 mehr als 15% des Gesamtumsatzes bzw. der Gesamtkapazität entfällt, ist eine Beschränkung von Marktmacht durch nachfrageseitige Gegenmacht nicht zu erwarten.

Dem Argument der Telekom Austria, dass nachfrageseitige Gegenmacht anders als im Gutachten festgestellt vorhanden sei, ist entgegen zu halten, dass selbst ein großer Kunde nur dann über signifikante nachfrageseitige Gegenmacht verfügt, wenn er glaubhaft androhen kann, den Anbieter zu wechseln, die Dienstleistung intern bereitzustellen oder aber die Dienstleistung überhaupt nicht mehr zu beziehen.

Obgleich das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht bei den größten Kunden nach Pkt. 3.4. der Sachverhaltsfeststellungen nicht auszuschließen ist, ist fraglich, ob diese Kunden ihr Drohpotential, zu einem anderen Anbieter zu wechseln, tatsächlich ausüben können, da ein Bezug bei anderen Betreibern mangels ubiquitärer Infrastruktur bzw. eine Selbsterbringung der Leistung mangels eigener Infrastruktur idR nicht möglich sein wird. Schon der drittgrößte Nachfrager ist nur für < 5% des Umsatzes auf dem Endkundenmarkt verantwortlich, die restlichen ■■■ Kunden weisen deutlich geringere Anteile auf. Zusätzlich verfügt Telekom Austria über Möglichkeiten, die größten Nachfrager zu isolieren, wodurch eine Übertragung ihrer nachfrageseitigen Gegenmacht auf die restlichen ■■■ Kunden erschwert wird. Selbst unter Berücksichtigung der Nachfragerstruktur für Endkundenmietleitungen mit Bandbreiten von mehr als 2 Mbit/s ändern sich diese Schlussfolgerungen entgegen der von Telekom Austria geäußerten Ansicht (ON 23, S. 4) nicht.

Die Übertragung einer nachfrageseitigen Gegenmacht auf den Endkundenmarkt für Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s ist somit nur in geringem Ausmaß möglich.

8.5. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“

Das „Ausmaß der Produktdifferenzierung“ wird in § 35 Abs. 2 Z 10 TKG 2003 als ein Indikator für das Vorliegen einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht genannt. Darüber hinaus findet sich dieses Kriterium auch in den Leitlinien (Rz. 78) der Europäischen Kommission.

Bei diesem Kriterium stellt sich die Frage, ob einzelne Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Mitbewerbern daraus gewinnen können, dass sie differenzierte Produkte anbieten, die ihnen entsprechende Preissetzungsspielräume einräumen bzw. Mitbewerbern kein Anbieten vergleichbarer Produkte ermöglichen.

Da Mietleitungen auf standardisierten, allgemein verfügbaren Technologien basieren, sind sie grundsätzlich als im ökonomischen Sinn homogenes Produkt zu bewerten. Differenzierungsmöglichkeiten ergeben sich allenfalls durch die Breite der Angebotspalette (zB Geografie, Bandbreite) bzw. durch das Anbieten von Bündelprodukten (zB Kombinationen mit anderen Kommunikationsdienstleistungen) sowie über Qualitätsparameter. Bezüglich der ersten beiden Aspekte ist die Telekom Austria aufgrund ihrer geografischen Präsenz bzw. aufgrund ihrer Bündelungsmöglichkeiten gegenüber ihren Mitbewerbern im Vorteil.

8.6. Sonstige Indikatoren

Andere Indikatoren wie zB Performance-Maße, Preispolitik und Preisentwicklung, der technologiebedingte Vorsprung (§ 35 Abs. 2 Z 6 TKG 2003, Rz. 78 der Leitlinien) oder Vorteile aus der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (§ 35 Abs. 2 Z 7 TKG 2003, Rz. 78 der Leitlinien) sind am Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen für bestimmte Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s kaum relevant:

8.6.1. Performance-Maße

Ein Indikator, der unmittelbar auf den Zusammenhang zwischen Preisen und Kosten abstellt, sind Performance-Maße in Form so genannter Price-Cost-Margins auf Ebene des zu untersuchenden Marktes. Da die zur Ermittlung der Price-Cost-Margins erforderlichen Informationen nicht verfügbar waren, war die Vornahme entsprechender Berechnungen nicht möglich.

8.6.2. Preispolitik und Preisentwicklung

Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist.

Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig –, Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben. Ebenfalls nicht im Einklang mit Wettbewerb ist abgestimmtes Preisverhalten in Form gemeinsamer Preiserhöhungen.

Indessen konnte eine Analyse der Preisentwicklung nicht vorgenommen werden, da einerseits mit Ausnahme der Telekom Austria für die Betreiber keine Entgelte vorliegen und andererseits auch Endkundenmietleitungen in Form von Projektgeschäften verkauft werden, weshalb die Preisbildung gerade auf diesem Markt überaus intransparent erfolgt und systematische Aussagen zum Preissetzungsverhalten einzelner Marktteilnehmer unmöglich macht.

8.6.3. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (§ 35 Abs. 2 Z 7 TKG 2003)

Da es sich beim Endkundenmarkt für Mietleitungen um einen Geschäftskundenmarkt handelt, ist zum Vertrieb der Produkte keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie zB ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier auch keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

8.6.4. Technologiebedingter Vorsprung (§ 35 Abs. 2 Z 6 TKG 2003)

Da sowohl Übertragungsmedien wie Übertragungstechnologien standardisiert und allgemein zugänglich sind, verfügt kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung.

8.7. Zusammenfassende und rechtliche Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Die Auswertung der zu den einzelnen in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Marktmacht-Indikatoren getroffenen Feststellungen zeigt, dass Telekom Austria über hohe und weitgehend stabile Marktanteile verfügt. Überdies bestehen hohe Marktzutrittsbarrieren, die sich vor allem aus den Zutrittsbarrieren auf der Vorleistungsebene sowie aus den Anreizen zu strategischem Verhalten der Telekom Austria ergeben. Da ein Vorleistungsprodukt zwar verfügbar ist, aber von den Marktteilnehmern bislang nicht genutzt wird, kann die Telekom Austria über vertikale Integration ihre starke Stellung auf dem Markt für terminierende Segmente auf den Endkundenmarkt übertragen. Die derzeit vorhandene Regulierung auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente (Verpflichtung zur Gewährung von Zugang, Koppelung und Annexeleistungen, Kostenorientierungsverpflichtung, Gleichbehandlungsverpflichtung, Verpflichtungen zu getrennter Buchführung und zur Führung eines Kostenrechnungssystems) und auf dem hier gegenständlichen Endkundenmarkt (Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen, Kostenorientierung sowie Genehmigungspflicht der diesbezüglichen Geschäftsbedingungen und Entgelte) kann zwar verhindern, dass die Telekom Austria gegenüber ihren Endkunden überhöhte Preise verlangt, sie ist jedoch nur eingeschränkt geeignet, Markteintritt und Wettbewerb am Endkundenmarkt zu fördern.

Insgesamt führen die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen und ihre rechtliche Bewertung zu dem Ergebnis, dass auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ kein selbsttragender (infrastrukturbasierter) Wettbewerb herrscht und dass Telekom Austria nach Untersuchung der in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Indikatoren auf dem Endkundenmarkt für Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s über beträchtliche Marktmacht verfügt.

Daher war wie in Spruchpkt. 1. zu entscheiden.

9. Wettbewerbsprobleme

Das Fehlen des erforderlichen Wettbewerbs am Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ führt in einer Situation ohne jegliche Regulierung potentiell zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen. Die potentiellen Wettbewerbsprobleme am Endkundenmietleitungsmarkt liegen vor allem in der Ausübung von Marktmacht gegenüber den Endnutzern durch überhöhte Preise und Errichtung von Markteintrittsbarrieren.

9.1. Überhöhte Preise und Preisdiskriminierung

Die Ausübung von Marktmacht kann sich vor allem in überhöhten Preisen oder Preisdiskriminierung manifestieren. Überhöhte Preise (also Preise, die signifikant über den Kosten der Leistungserbringung liegen und die es dem Unternehmen erlauben, langfristig höhere Gewinne zu erzielen als dies in einem kompetitiven Markt möglich wäre) führen zu allokativen Ineffizienzen und somit zu Wohlfahrtsverlusten. Als allokativ ineffizient werden Situationen dann bezeichnet, wenn durch eine Änderung der erzeugten Menge (im vorliegenden Fall einer Erhöhung) bzw. des Preises (im vorliegenden Fall einer Senkung) die Gesamtwohlfahrt erhöht werden könnte. Üblicherweise ist die Gesamtwohlfahrt dann maximal, wenn die Preise den Kosten der Produktion entsprechen.

Dass Telekom Austria nach eigenen Angaben keine überhöhten Preise bei Mietleitungen verlangen kann, schließt aus einer ex-ante-Betrachtung das Bestehen eines Anreizes zu überhöhten Preisen dennoch nicht aus. Nach dem Greenfield-Ansatz gilt dies ungeachtet einer tatsächlich bestehenden Regulierung: da die Preise am Endkundenmietleitungsmarkt bis einschließlich 2 Mbit/s aufgrund des Bescheids M 10/03-52 der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 bislang der mit diesem Bescheid auferlegten spezifischen Verpflichtung zur Vorabgenehmigung der Entgelte unterliegen, kann nicht angenommen werden, dass tatsächlich überhöhte Preise gesetzt werden oder wurden (seit Erlass des erwähnten Bescheids hat die Telekom Austria keine neuen Entgeltbestimmungen für Endkundenmietleitungen beantragt). Gegenüber der Kritik der Telekom Austria, dass die sinkende Umsatzentwicklung, der internationale Preisvergleich aus dem 11. Umsetzungsbericht der Europäischen Kommission und das Verhältnis der Umsatzerlöse zu den Kosten zeige, dass eine Verrechnung überhöhter Preise nicht einmal hypothetisch denkbar sei, weist die Telekom-Control-Kommission erneut auf den Umstand hin, dass ein tatsächlicher Marktmachtmissbrauch keine notwendige Voraussetzung für die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten ist, sondern eine Feststellung von Möglichkeiten und Anreizen für antikompetitives Verhalten ausreichend ist. Die Beobachtung von sinkenden Umsatzerlösen, unterdurchschnittlichen Preisen im internationalen Vergleich oder das Verhältnis von Erlösen und Kosten reichen nicht aus, das potentielle Wettbewerbsproblem überhöhter Preise inexistent zu machen. Vielmehr besteht durch die alleinige, flächendeckende Infrastruktur der Telekom Austria ein Anreiz, Preise zu erhöhen, da ein Kundenwechsel zu einem anderen Betreiber relativ wenig wahrscheinlich ist. Das Ergebnis der Marktanalyse lässt daher darauf schließen, dass Telekom Austria ohne Regulierung am vorliegenden Markt überhöhte Preise verlangen könnte und entsprechende Anreize auch vorliegen.

Soweit Telekom Austria vorbringt, dass die Transparenz der Angebote gewährleistet ist und ungerechtfertigte Preisdiskriminierung nicht möglich erscheine, da nur wenige Großkunden als Nachfrager auftreten, ist anzumerken, dass Telekom Austria bereits jetzt Anreize hat, die ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Kundendiskriminierung mittels Rabatten auszuschöpfen. Ohne entsprechende Regulierung ist zu befürchten, dass die wenigen großen Kunden zu Lasten der vielen kleinen Kunden bevorzugt werden bzw. dass Telekom Austria die Preise deutlich über Kosten anheben könnte, ohne entsprechend große Marktanteilsverluste hinnehmen zu müssen, da sie auf Grund ihrer ubiquitären Infrastruktur einen Marktvorteil besitzt.

9.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten

Ein weiteres potentielles Wettbewerbsproblem liegt darin, dass die Telekom Austria durch künstliche Anhebung der Wechselkosten (vor allem durch vertragliche Bedingungen) Marktzutrittsbarrieren gegenüber potentiellen Konkurrenten errichtet. Die Erhöhung von nachfrageseitigen Wechselkosten durch vertragliche Bedingungen kann gleichzeitig sowohl zu einer Erhöhung der Kosten für die Konkurrenten führen (zB durch höhere Aufwendungen für Marketing und Vertrieb) als auch zu einer Einschränkung des Absatzes der Mitbewerber.

Bei Abwesenheit entsprechender bereichsspezifischer Verpflichtungen ist nicht auszuschließen, dass Telekom Austria Anreize für antikompetitives Verhalten realisiert. Dadurch würden sich die Marktzutrittsbarrieren für potentielle Konkurrenten erhöhen, da es für neu in den Markt eintretende Unternehmen schwieriger ist, Kunden zu gewinnen. Höhere Marktzutrittsbarrieren können die Entstehung von effektivem Wettbewerb be- oder verhindern und stehen so den Zielen der Regulierung gem. § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 entgegen.

10. Regulierungsinstrumente („Spezifische Verpflichtungen“ iSd §§ 38 ff. TKG 2003)

10.1. Beschreibung der derzeitigen Regulierungssituation

Auf dem Markt für Endkundenmietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s wurden Telekom Austria mit Bescheid M10/03-52 vom 27.10.2004 folgende spezifische Verpflichtungen nach dem TKG 2003 auferlegt:

Telekom Austria wurde verpflichtet, nach den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz ein Mindestangebot für bestimmte Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s bereitzustellen: analoge Mietleitungen mit Sprachbandbreite normaler bzw. besonderer Qualität, digitale Mietleitungen mit Datenraten von 64 kbit/s und 2.048 kbit/s.

Weiters verpflichtete die Telekom-Control-Kommission Telekom Austria im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Mindestangebots dazu, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu wahren und ihre Mietleitungstarife an den Prognosekosten zu orientieren sowie Geschäftsbedingungen und Entgelte vor deren Anwendung von der Regulierungsbehörde genehmigen zu lassen.

Telekom Austria hat überdies in leicht zugänglicher Form Informationen über technische Merkmale und Spezifikationen, Tarife einschließlich Herstellungsentgelt und regelmäßigem Überlassungsentgelt sowie Lieferbedingungen mit Informationen zu Bestellverfahren, typischer Lieferfrist, Mindestvertragslaufzeit, typischer Reparaturzeit und Rückerstattungsmodalitäten zu veröffentlichen.

In Bezug auf unbeschaltete Kupferdoppeladern sowie Mietleitungen mit Datenraten von n x 64 kbit/s bis einschließlich 2.048 kbit/s wurden ihr die Verpflichtungen zur Kostenorientierung sowie zur Vorabgenehmigung der Entgelte auferlegt.

Darüber hinaus wurde ihr eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung und zur Führung eines Kostenrechnungssystems auferlegt.

10.2. Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003

Gelangt die Regulierungsbehörde im Verfahren nach § 37 Abs. 1 TKG 2003 zu der Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, hat sie diesem Unternehmen gem. § 37 Abs. 2 TKG 2003 geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Dabei sind grundsätzlich folgende Verpflichtungen möglich:

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung
- § 41 TKG 2003: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42 TKG 2003: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- § 43 TKG 2003: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44 TKG 2003: Bereitstellung von Mietleitungen
- § 45 TKG 2003: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten
- § 46 TKG 2003: Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl
- Gemäß § 47 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Diesfalls hat die Regulierungsbehörde bei der Europäischen Kommission einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist dann der Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde zu legen.

§ 46 bezieht sich auf „Bereitstellung des Anschlusses an das feste öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten“ und ist deshalb im Zusammenhang mit Mietleitungsmärkten nicht anwendbar.

10.3. Prinzipien für die Auswahl von Regulierungsinstrumenten

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde gemäß § 34 Abs. 1 TKG 2003 bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 zu verwirklichen und den Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art. 8 Abs. 4 Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 Universaldienst-RL). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss diese ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgen. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zudem zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber überdies keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz 118 der Leitlinien) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil [Hg.]*, TKG 2003, Rz. 3 zu § 34 TKG 2003).

Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ist von der Regulierungsbehörde ferner der in Art. 17 Universaldienst-RL bzw. in § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 enthaltene Grundsatz der alleinigen Regulierung der Endkundenmärkte nur für den Fall, dass die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 führen würde, zu beachten (vgl. auch VwGH ZI 2005/03/0179-7 v. 22.11.2005, S. 47).

Bei der Auswahl der zur Verfügung stehenden Regulierungsinstrumente für den gegenständlichen Markt ist darauf abzustellen, ob die teilweise oder vollständige Auferlegung aller existierenden Vorleistungsregulierungsinstrumente dazu geeignet erscheint, die auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen (Primat der Vorleistungsregulierung, Art. 17 Universaldienst-RL bzw. § 43 TKG 2003).

Basierend auf den Zielen der Rahmen-RL (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Zugangs-Richtlinie sowie Art. 10 und 11 der Genehmigungs-RL) wurden von der European Regulators Group, einem Beratungsgremium der Europäischen Kommission (eingerrichtet durch Beschluss Nr. 2002/627/EG vom 29. Juli 2002, ABI L 200/38 v. 30.07.2002, idF des Beschlusses 2004/641/EG, ABI L 293/30 vom 16.09.2004), in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche bei der Anwendung von Regulierungsinstrumenten beachtet werden sollten (vgl. hierzu ERG Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06)33, abrufbar unter <http://www.erg.eu.int>, S. 57 - 74). Hiernach müssen die ausgewählten Regulierungsinstrumente der Natur des in der Marktanalyse aufgezeigten Wettbewerbsproblems entsprechen und sich als geeignet und notwendig sowie das gelindeste Mittel darstellen. Dort, wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten etwa durch Gewährung von Zugang für alternative Betreiber verhindert werden. Kann angenommen werden, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann, soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden. Schließlich sollten Regulierungsinstrumente so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, dh, dass der Anreiz zur Einhaltung größer sein soll als der Anreiz zur Umgehung.

10.4. Zu den auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ konkret auferlegten spezifischen Verpflichtungen

Grundsätzlich sind Wettbewerbsprobleme auf Endkundenmärkten zunächst durch Verpflichtungen auf der Vorleistungsebene zu beheben. In Bezug darauf, ob die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 auch durch eine Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen erreicht werden könnten, hat die Regulierungsbehörde zu prüfen, ob nicht die für den Vorleistungsmarkt „terminierende Segmente“ vorgeschlagenen bzw. die auf den Vorleistungsmärkten für Entbündelung und breitbandigen Zugang auferlegten Maßnahmen ausreichend sind, um effektiven Wettbewerb auf dem Endkunden-Mietleitungsmarkt bis einschließlich 2 Mbit/s sicherzustellen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission sind Regulierungsmaßnahmen für die Vorleistungsmärkte „terminierende Segmente von Mietleitungen“, Entbündelung und breitbandige Internetzugänge jedoch nicht ausreichend, um effektiven Wettbewerb auf der Endkundenebene sicherzustellen.

Obgleich alternative Betreiber Mietleitungen für Endkunden auch über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen realisieren können, welche sie zu regulierten Konditionen von der Telekom Austria beziehen, ergibt sich aus Pkt. 6. der Sachverhaltsfeststellungen, dass sich insb. im Bereich von Endkundenmietleitungen mit Bandbreiten bis einschließlich 2 Mbit/s die erforderlichen Investitionen unter Berücksichtigung weiterer Kosten für Kollokation etc. nicht rechnen und daher nicht geeignet sind, um effektiven Wettbewerb auf dem Endkunden-Mietleitungsmarkt bis einschließlich 2 Mbit/s sicherzustellen. Weiters ist das Ausmaß, in welchem Betreiber, die – primär zum Zwecke der Erbringung von breitbandigen Internetzugangsdiensten gegenüber Endkunden – in größerem Ausmaß entbündeln, Mietleitungsdienste in Ballungsräumen erbringen, ohne auf Mietleitungs-Infrastruktur der Telekom Austria angewiesen zu sein, gegenwärtig gering.

Am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang ist Telekom Austria verpflichtet, breitbandigen Bitstream-Zugang samt den dafür notwendigen Annex-Leistungen nichtdiskriminierend und zu einem Preis, welcher einem Retail-Minus-Standard entspricht, anzubieten. Zusätzlich hat Telekom Austria ein Standardangebot zu veröffentlichen und getrennte Bücher zu führen (s. Bescheid M 1/05-59 der Telekom-Control-Kommission vom 28.02.2006, im Internet abrufbar unter http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_

Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_M1-05?OpenDocument). Durch dieses Angebot wird es alternativen Betreibern ermöglicht, breitbandige Internetzugangsdienste gegenüber Endkunden anzubieten, ohne im selben Ausmaß über Infrastruktur zu verfügen, wie es bei Inanspruchnahme der Entbündelung erforderlich wäre. Mit dem bestehenden Standardangebot über breitbandige Zugänge können keine Produkte kreiert werden, welche die Eigenschaften einer Mietleitung haben; zudem sieht das Angebot nur einen Übergabepunkt pro Bundesland vor.

Was den Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen anbelangt, zeigen die Feststellungen, dass das Standardangebot der Telekom Austria für terminierende Segmente bislang nur von wenigen Betreibern unterschrieben wurde und von keinem Betreiber tatsächlich genutzt wird, da die Kundendichte an einem bestimmten Standort nicht hoch genug ist und sich daher die Koppelung auf eine höhere Bandbreite im Vergleich zu einem rabattierten Endkundenmietleitungspreis nicht rechnet; das bestehende Standardangebot für terminierende Segmente konnte also bisher keine wettbewerblichen Impulse am Endkundenmarkt für Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s geben. Selbst bei Modifikationen am Standardangebot für terminierende Segmente ist jedoch nicht gewährleistet, dass diese Änderungen so rasch wirksam werden, dass die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre so hinreichend gesenkt werden, dass der Markt in Richtung effektiven Wettbewerb tendiert.

Weitere Hindernisse bestehen vor allem bei geringen Bandbreiten in nachfrageseitigen Wechselbarrieren, da sich bei einem Betreiberwechsel (in absoluten Beträgen) kaum nennenswerte Einsparungen erzielen lassen und Kunden ein funktionierendes System nicht verändern wollen. Vielmehr zeigt die Erfahrung, dass sich Vorleistungsangebote für Mietleitungen offenbar nur langsam am Markt durchsetzen und zusätzlich die oben beschriebenen Wechselbarrieren wirken, sodass sich alternative Betreiber selbst bei Verfügbarkeit eines (besser) geeigneten Vorleistungsangebotes wahrscheinlich nur langsam etablieren können. Zudem ist vor dem Hintergrund früherer Erfahrungen (vgl. Pkt. 3.2.3. der Sachverhaltsfeststellungen) mit Verzögerungen bei der Bereitstellung bzw. Anpassung erforderlicher Vorleistungsprodukte durch Telekom Austria zu rechnen. Trotz Regulierung auf der Vorleistungsebene existieren also weiterhin hohe, permanente Marktzutrittsbarrieren (vgl. Pkt. 3.2.3. der Sachverhaltsfeststellungen), und der verfahrensgegenständliche Endkundenmarkt tendiert nicht von selbst in Richtung Wettbewerb.

Um den in Pkt. 9. der rechtlichen Beurteilung dargelegten Wettbewerbsproblemen zu begegnen und die Regulierungsziele zu verwirklichen (insb. Schutz von Endnutzern vor Marktmachtmissbrauch, Förderung von Markteintritt und Wettbewerb), hält die Telekom-Control-Kommission deshalb eine Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auch auf Endkundenebene für erforderlich.

10.4.1. Zur auferlegten Verpflichtung zur Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen nach § 44 TKG 2003 (Spruchpunkte 2.1. und 2.2.)

Nach § 44 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem Markt für die Bereitstellung eines Teils oder der Gesamtheit des Mindestangebots an Mietleitungen nach den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz die Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen aufzuerlegen. Da die in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Indikatoren ergeben haben, dass auf dem verfahrensgegenständlichen Markt kein effizienter Wettbewerb vorliegt und Telekom Austria auf dem verfahrensgegenständlichen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, hat die Telekom-Control-Kommission Telekom Austria die in § 44 Abs. 1 TKG 2003 genannte Verpflichtung aufzuerlegen. Aufgrund des Gesetzeswortlauts bleibt für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung kein Raum.

Der Umfang des Mindestangebots mit den in Spruchpunkt 2.1. angeführten Mietleitungstypen ergibt sich aus § 44 Abs. 2 TKG 2003 iVm Art. 18 Abs. 3 Universaldienst-RL (RL 2002/22/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/51 v. 24.04.2002) und Art. 17 Rahmen-RL (RL

2002/21/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/33 v. 24.04.2002). Ein entsprechendes Normenverzeichnis („Verzeichnis 2002/C 331/04 der Normen und/oder Spezifikationen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste sowie zugehörige Einrichtungen und Dienste“) wurde am 31.12.2002 veröffentlicht (ABI C 331/32 v. 31.12.2002) und nach Außerkrafttreten der RL 92/44/EG idF der Entscheidung 98/80/EG (ABI L 14/27 v. 20.01.1998) im Juli 2003 nach Art. 18 Abs. 3 Universaldienst-RL aktualisiert („Beschluss der Kommission Nr. 2003/548/EG vom 24.07.2003 über das Mindestangebot an Mietleitungen mit harmonisierten Merkmalen und die entsprechenden Normen gemäß Art. 18 der Universaldienstrichtlinie“, ABI L 186/43, 45 v. 25.07.2003).

Hinsichtlich der bei der Bereitstellung des Mindestangebots einzuhaltenden Bedingungen hat die Regulierungsbehörde nach § 44 Abs. 2 TKG 2003 auf die einschlägigen internationalen Vorschriften Bedacht zu nehmen. Art. 18 Abs. 1 S. 2 Universaldienst-RL verweist diesbezüglich auf die in Anhang VII der Universaldienst-RL angeführten Bedingungen.

Das Mindestangebot an Mietleitungen ist nach § 44 TKG 2003 zu kostenorientierten Preisen, nichtdiskriminierend und transparent bereitzustellen; eine Ausfüllung dieser Begriffe ergibt sich aus Anhang VII zur Universaldienst-RL.

Eine nichtdiskriminierende Bereitstellung der entsprechenden Leistungen heißt, dass allen Endkunden gleichwertige Leistungen zu gleichen Bedingungen zur Verfügung gestellt werden müssen (Spruchpkt. 2.2.1.).

Nach dem Grundsatz der Transparenz sind die wesentlichen Merkmale der angebotenen Leistungen (wie zB Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Entgelte einschließlich Rabatte) zu veröffentlichen (Spruchpkt. 2.2.3.).

Kostenorientiert bedeutet, dass die Tarife auf Basis von Prognosekosten, die dem Anbieter durch den Aufbau, den Betrieb und die Wartung des Dienstes sowie durch dessen Vermarktung und Abrechnung direkt entstehen, sowie auf Basis der dem Dienst zugeordneten indirekten Kosten berechnet werden; Prognosekosten sind voraussichtlich anfallende zukünftige Istkosten (vgl. Beschreibung in § 2 Abs. 1 Telekom-Tarifgestaltungsverordnung, BGBl 650/1996 v. 29.11.1996). Die Prognosekosten sind unter Bedachtnahme auf die Istkosten abgelaufener Zeiträume und die voraussichtliche Entwicklung zu ermitteln.

10.4.2. Zur auferlegten Verpflichtung gem. §§ 44 Abs. 3 TKG 2003, Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen für das Mindestangebot an Mietleitungen vorab von der Regulierungsbehörde genehmigen zu lassen (Spruchpkt. 2.4.)

Da nach § 44 Abs. 3 TKG 2003 Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen für die vom Mindestangebot umfassten Mietleitungen von der Regulierungsbehörde vorab zu genehmigen sind, ist Telekom Austria auch diesbezüglich eine entsprechende spezifische Verpflichtung aufzuerlegen. Auch hier muss eine Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund des Gesetzeswortlauts entfallen.

10.4.3. Zur auferlegten Verpflichtung gem. § 43 Abs. 1, Abs. 3 TKG 2003, Entgelte in Bezug auf Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots an den Prognosekosten zu orientieren (Spruchpkt. 2.3.)

Die in § 44 Abs. 1 TKG 2003 enthaltene Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten bezieht sich lediglich auf analoge Endkundenmietleitungen mit einer Bandbreite für Sprache in normaler bzw. in besonderer Qualität und digitale Endkundenmietleitungen mit 64 kbit/s sowie 2.048 kbit/s (letztere strukturiert und unstrukturiert). Der relevante Markt nach der TKMVO 2003 umfasst aufgrund von Substitutionsbeziehungen jedoch auch alle Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s mit einer Bandbreite von $n \times 64$ kbit/s, für die ebenfalls angemessene Regulierungsmaßnahmen zur Verhinderung der angeführten Wettbewerbsprobleme festzulegen sind.

Eine Regulierung von Diensten für Endnutzer setzt jedoch einerseits gem. § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 voraus, dass auf dem relevanten Endnutzermarkt kein effektiver Wettbewerb herrscht. Andererseits verlangt § 43 Abs. 1 Z 2 TKG 2003, dass spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 nicht zur Erreichung der in § 1 Abs. 2 TKG 2003 vorgegebenen Ziele führen würden.

Hinsichtlich der Frage nach dem Vorliegen von Wettbewerb auf dem verfahrensgegenständlichen Markt wurde das Fehlen effektiven Wettbewerbs bereits unter Pkt. 8.7. der rechtlichen Beurteilung dargestellt.

Auf Grund des zuvor unter Pkt. 10.4. der rechtlichen Beurteilung erwähnten Prinzips des Vorrangs der Regulierung auf Vorleistungsmärkten vor einer Regulierung der Endkundenmärkte ist von der Regulierungsbehörde eine Prognoseentscheidung über die Effekte einer Regulierung auf Vorleistungsebene auf den nachgelagerten Endkundenmarkt zu treffen.

Wie bereits zuvor unter Pkt. 10.4. der rechtlichen Beurteilung ausgeführt wurde, reichen die auf den für den verfahrensgegenständlichen Endkundenmarkt für Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s maßgeblichen Vorleistungsmärkten für terminierende Segmente von Mietleitungen, für Entbündelung und für breitbandige Internetzugänge auferlegten spezifischen Verpflichtungen nicht aus, um effektiven Wettbewerb auf der Endkundenebene sicherzustellen, so dass die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 durch eine Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen auf diesen Vorleistungsmärkten nicht erreicht werden können.

Soweit Telekom Austria gegen eine gleichzeitige Analyse von Endkunden- und Vorleistungsmärkten einwendet, dass zuerst die beiden Vorleistungsmärkte für Trunk-Segmente und für terminierende Segmente zu untersuchen und auf diesen bei Feststellung beträchtlicher Marktmacht ggf. Auflagen zu verhängen sind und erst im Anschluss hieran Auswirkungen in der Analyse des verfahrensgegenständlichen Endkundenmarktes zu berücksichtigen sind, ist ihr entgegen zu halten, dass sowohl der Wortlaut von § 43 Abs. 1 TKG 2003 als auch derjenige der europarechtlichen Bestimmung durch die Verwendung des Konjunktivs [... nicht ... zur Erreichung der ... vorgegebenen Ziele ... führen würden...] nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission eindeutig auf eine von der Regulierungsbehörde zu treffende Prognoseentscheidung abstellen, die im Wesen einer ex ante Regulierung liegt. Darüber hinaus wird diese Prognoseentscheidung entgegen der Behauptung der Telekom Austria, dass eine eingehende Prüfung der Maßnahmen auf Vorleistungsebene und deren Auswirkungen nicht erfolgt sei (ON 31, S.2), durch die in Pkt. 10.4. der rechtlichen Beurteilung enthaltenen Schlussfolgerungen, die aus bereits bestehenden Regulierungen und deren Auswirkungen auf den hier einschlägigen Vorleistungsmärkten abgeleitet wurden, gestützt. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission stellt die im gegenständlichen Verfahren gewählte Vorgangsweise der gleichzeitigen Analyse der allfälligen Wettbewerbsprobleme auf Vorleistungs- und auch auf Endkundenebene in einem Schritt daher keine Abkehr vom Prinzip des Primats der Regulierung der Vorleistungsmärkte dar.

Vielmehr besagt das Prinzip des Vorrangs einer Regulierung der Vorleistungsmärkte nicht, dass die Wettbewerbsprobleme der beiden Wertschöpfungsstufen nicht in einem Schritt analysiert werden dürften. Ein solches Verständnis der einschlägigen Bestimmungen steht nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht in Einklang. Der von Telekom Austria verfolgte Ansatz würde im Ergebnis dazu führen, dass erst nach In-Kraft-Setzung der Regulierung der Vorleistungsmärkte und einer darauf folgenden neuerlichen Marktanalyse Regulierungsinstrumente auf Endkundenmärkten auferlegt werden dürften. Eine solche „Mehrstufigkeit“ lässt sich § 43 Abs. 1 TKG 2003 nicht entnehmen. Vor diesem Hintergrund hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass die auf den Vorleistungsmärkten auferlegten spezifischen Verpflichtungen nicht ausreichen, um den auf dem verfahrensgegenständlichen Endkundenmarkt für Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s bestehenden Wettbewerbsproblemen überhöhter Preise und Preisdiskriminierung sowie Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber potentiellen Konkurrenten entgegen

zu wirken, weshalb der Telekom Austria auch auf dem hier relevanten Endkundenmarkt geeignete spezifische Verpflichtungen auferlegt werden müssen.

Überhöhten Preisen und Preisdiskriminierung bei Mietleitungsprodukten außerhalb des Mindestangebots bis 2.048 kbit/s kann am Geeignetsten mittels einer Verpflichtung entgegengewirkt werden, nach der sich Entgelte für die og. Mietleitungsprodukte an den Kosten zu orientieren haben. § 43 Abs. 3 TKG 2003 sieht in diesem Zusammenhang vor, dass eine Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gem. § 43 Abs. 1 TKG 2003 auch beinhalten kann, dass einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem Endnutzermarkt geeignete Maßnahmen zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen oder zur Kontrolle von Einzeltarifen im Hinblick auf kostenorientierte Entgelte auferlegt werden. Die in § 43 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 vorgesehene Verpflichtung, keine überhöhten Preise zu verlangen, ist wegen der notwendigen Konsistenz mit der für das Mindestangebot an Mietleitungen gem. § 44 Abs. 1 TKG 2003 geltenden Kostenorientierungsverpflichtung nicht geeignet, dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise und Preisdiskriminierung wirksam zu begegnen.

Hinsichtlich des Kostenorientierungsmaßstabs hält die Telekom-Control-Kommission eine Orientierung an den Prognosekosten (zum Begriff vgl. im Einzelnen die Erläuterungen unter Pkt. 10.4.1. der rechtlichen Beurteilung) für geeignet, da er an den in der Telekom-Tarifgestaltungsverordnung (BGBl 650/1996) verankerten Grundsätzen ausgerichtet ist und im Mietleitungsbereich in der Vergangenheit nur in geringem Ausmaß Streitbeilegungsverfahren vor der Regulierungsbehörde anhängig gemacht wurden. Gleichzeitig genügt das Ausmaß der auferlegten Verpflichtung auch dem Verhältnismäßigkeitsgebot, da es den bisher bei der Kontrolle von Mietleitungsentgelten verwendeten Kriterien entspricht, für Telekom Austria berechenbar ist und keinen Umstellungsbedarf für sie erzeugt.

10.4.4. Zur den auferlegten Unterlassungspflichten gem. § 43 Abs. 1, Abs. 2 TKG 2003 in Bezug auf Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots (Spruchpkt. 2.5.)

Um dem Wettbewerbsproblem einer Errichtung von Marktzutrittsbarrieren ua. durch die Aufnahme überlanger Bindungsdauern für die oben genannten Endkundenmietleitungsprodukte, welches auf der Vorleistungsebene aus den unter 10.4. genannten Gründen nicht adäquat behoben werden kann, zu begegnen, wurde Telekom Austria gemäß § 43 Abs. 1, Abs. 2 TKG 2003 die Verpflichtung auferlegt, es zu unterlassen, nachfrageseitige Wechselkosten durch vertragliche Bedingungen unangemessen zu erhöhen.

Zur Vermeidung von Preisdiskriminierung, die aus den og. Gründen auf der Vorleistungsebene ebenso wenig wirksam verhindert werden kann, wurde Telekom Austria außerdem verpflichtet, es zu unterlassen, bestimmte Endnutzer unangemessen zu bevorzugen. Diese Verpflichtung stellt im Vergleich zu der bei Mietleitungen des Mindestangebots auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung ein milderes Mittel dar, welches ebenfalls geeignet ist, dem festgestellten Wettbewerbsproblem zu begegnen.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Auffassung, dass mit der Auferlegung dieser beiden Verpflichtungen im Zusammenwirken mit der in Spruchpunkt 2.6. vorgesehenen Anzeigepflicht für Allgemeine Geschäftsbedingungen inkl. Dienstebeschreibungen und Entgeltbestimmungen den og. Wettbewerbsproblemen unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit in wirksamer Weise begegnet werden kann.

10.4.5. Zur auferlegten Anzeigepflicht gem. § 43 Abs. 1, Abs. 3 TKG 2003 für Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgelte in Bezug auf Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots (Spruchpkt. 2.6.)

Zu Pkt. 10.4.3. wurde schon dargelegt, dass die in § 44 Abs. 3 TKG 2003 enthaltene Genehmigungspflicht für Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen auf das Mindestangebot an Mietleitungen beschränkt ist. Der relevante Markt nach der TKMVO 2003 umfasst aufgrund von Substitutionsbeziehungen jedoch auch alle Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s mit einer Bandbreite von $n \times 64$ kbit/s, für die ebenfalls angemessene Regulierungsmaßnahmen zur Verhinderung der angeführten Wettbewerbsprobleme festzulegen sind.

Eine Regulierung von Diensten für Endnutzer setzt jedoch voraus, dass auf dem relevanten Endnutzermarkt kein Wettbewerb herrscht und spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 nicht zur Erreichung der in § 1 Abs. 2 TKG 2003 vorgegebenen Ziele führen würden.

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wurde bereits unter Pkt. 8.7. der rechtlichen Beurteilung gewürdigt. Dass die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 durch eine Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen nicht erreicht werden könnten, ergibt sich aus Pkt. 10.4. und Pkt. 10.4.3. der rechtlichen Beurteilung. Daher ist eine Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auch auf der Endkundenebene erforderlich.

Der Errichtung von Marktzutrittsbarrieren durch nachfrageseitige Wechselkosten für die oben genannten Endkundenmietleitungsprodukte sowie dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise und Preisdiskriminierung kann mittels einer Verpflichtung nach § 43 Abs. 1 TKG 2003 entgegengewirkt werden, nach der Entgeltbestimmungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen inkl. Dienstbeschreibungen für Endkundenmietleitungsprodukte außerhalb des Mindestangebots bis einschließlich 2.048 kbit/s vor deren Wirksamwerden, also spätestens zeitgleich mit dem Marktauftritt, der Regulierungsbehörde anzuzeigen sind und dieser bei Verstoß der angezeigten Entgeltbestimmungen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. Dienstbeschreibungen gegen das TKG 2003, die auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, die §§ 864a oder 879 ABGB oder diesen Bescheid ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird.

Die Auferlegung dieser Verpflichtung ist erforderlich, da die Einhaltung der der Telekom Austria auferlegten Kostenorientierungsverpflichtung sowie ihrer Verpflichtungen zur Unterlassung einer unangemessenen Bevorzugung bestimmter Endnutzer und zur Unterlassung einer unangemessenen Erhöhung nachfrageseitiger Wechselkosten durch vertragliche Bedingungen nur durch eine Anzeigepflicht überprüft und im Falle eines Verstoßes nur durch ein Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde gewährleistet werden kann. Gleichzeitig war zur Operationalisierung der neuen Anzeigepflicht in Anlehnung an das bestehende Widerspruchsverfahren gemäß § 25 Abs. 6 TKG 2003 die Aufnahme einiger Verfahrensbestimmungen zur Hemmung des Fristenlaufs bei Nichtvorlage der zur Beurteilung angezeigter Entgeltbestimmungen, allgemeiner Geschäftsbedingungen bzw. Dienstbeschreibungen notwendigen Unterlagen und Nachweise (etwa in Bezug auf die Kostenorientierung von Entgelten) bzw. zur Anforderung entsprechender Nachweise durch die Regulierungsbehörde erforderlich. Im Vergleich zu der bislang bestehenden Verpflichtung zur Vorabgenehmigung von allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. Dienstbeschreibungen und Entgeltbestimmungen stellt sich eine Anzeigepflicht für Endkundenmietleitungsprodukte bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots als geringerer Eingriff und mildestes Mittel dar, welches dennoch eine Bekämpfung der identifizierten Wettbewerbsprobleme unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit erlaubt. Andere Regulierungsoptionen sind für die Behebung dieser Wettbewerbsprobleme nicht geeignet, da mit ihnen die dem Wettbewerbsproblem zugrunde liegenden vertraglichen Bedingungen nicht oder nicht adäquat behoben werden können.

10.4.6. Zur auferlegten Verpflichtung der getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erlösen gem. § 43 Abs. 1, Abs. 3 TKG 2003 („getrennte Buchführung“, Spruchpkt. 2.7.)

Die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erlösen ist zur Unterstützung der Kostenorientierungsverpflichtung für das Mindestangebot an Mietleitungen und für Mietleitungen bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots notwendig. Die Kostenorientierungsverpflichtung betrifft jedoch nur die Produkte am relevanten Markt. Diese stellen aber lediglich einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten der Telekom Austria als integriertem Betreiber dar. Um Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent machen zu können, ist eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich, die durch eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 ermöglicht wird. Hierfür reicht die auf den erwähnten Vorleistungsmärkten für terminierende Segmente, Entbündelung und breitbandigen Internetzugang jeweils auferlegte Verpflichtung zur getrennten Buchführung nicht aus.

Bei Telekom Austria als einem Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten muss die Überprüfung einer Kostenorientierung von Entgelten einzelner Produkte oder Produktgruppen bei gleichzeitig von Betreiberseite wiederholt eingeforderten möglichst kurzen Verfahrensdauern in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden. Die getrennte Buchführung umfasst folglich alle Produkte des relevanten Endkundenmarktes (Mindestangebot an Mietleitungen und sonstige Mietleitungen). Eine Trennung der auf diese Produkte entfallenden Kosten und Erlöse von den anderen gegenüber Endkunden oder auf Vorleistungsebene angebotenen Mietleitungsprodukten zuzuordnenden Kosten und Erlösen muss dabei gewährleistet sein.

Da Telekom Austria zudem auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt (zB Vorleistungsmärkte für Festnetz-Originierung und –Terminierung sowie für Entbündelung und breitbandige Internetzugänge), erscheint die Verpflichtung zur getrennten Buchführung angemessen und verhältnismäßig, insb. da die spezifische Verpflichtung zur getrennten Buchführung auch auf den soeben genannten Märkten auferlegt wurde und die bei Realisierung der spezifischen Verpflichtung auch für den verfahrensgegenständlichen Markt anfallenden inkrementellen Kosten aufgrund der erheblichen Synergien gering sind.

10.4.7. Zur Verpflichtung zur Führung eines Kostenrechnungssystems gem. § 44 Abs. 4, § 43 Abs. 4 TKG 2003 (Spruchpkt. 2.8.)

Die Verpflichtung zur Führung eines Kostenrechnungssystems besteht sowohl für das Mindestangebot an Mietleitungen nach § 44 Abs. 4 iVm § 43 Abs. 4 TKG 2003 als auch für Endkundenmietleitungen mit Datenraten bis einschließlich 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots nach § 43 Abs. 4 TKG 2003 bereits ex lege aufgrund der Tatsache, dass Telekom Austria Verpflichtungen nach § 44 bzw. § 43 TKG 2003 auferlegt wurden. Gleiches gilt für den Umstand, dass das Kostenrechnungssystem und dessen Einhaltung von der Regulierungsbehörde oder von einer von dieser beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich überprüft wird. Eine Aufnahme der Verpflichtung als gesonderter Spruchpunkt erfolgt lediglich zur Klarstellung des Bestehens einer derartigen Verpflichtung.

10.4.8. Zur Aufhebung der mit Bescheid M 10/03-52 auferlegten Verpflichtungen (Spruchpkt. 3.)

Da die Telekom Austria mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 10/03-52 vom 27.10.2004 als marktbeherrschend auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ festgestellt wurde, gelten bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit Bescheid M 10/03-52 auferlegten Verpflichtungen.

§ 37 Abs. 2 S. 2 TKG 2003 sieht vor, dass bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen, soweit sie den relevanten Markt betreffen, nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt werden.

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids werden der Telekom Austria spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Endkundenmietleitungsmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit Bescheid M 10/03-52 vom 27.10.2004 der Telekom Austria auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtungen die bisher auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

11. 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 Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen (§ 129 Abs. 1 Z 2 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 Bescheid vorgenommene Feststellung, dass Telekom Austria auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ über beträchtliche Marktmacht verfügt, und die ihr daher neuerlich auferlegten spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003 „beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt“ iSd § 128 TKG 2003 haben.

Der vorliegende Maßnahmenentwurf gemäß § 37 TKG 2003 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 128 f TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen ist.

III. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 18.09.2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann