

Entwurf einer Vollziehungshandlung

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 8.02.2010 einstimmig folgenden Maßnahmenentwurf beschlossen:

I. Spruch

A. Gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Telekom Austria TA AG auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s“ iSd § 1 Z 8 TKMV 2008 mit Ausnahme solcher terminierenden Segmente iSd § 2 Abs 2 TKMV 2008, deren beide Enden innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 verfügt.

B. Telekom Austria TA AG werden gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

B.1. Telekom Austria TA AG hat

gemäß § 41 Abs 1 TKG 2003 auf zumutbare Nachfrage nichtdiskriminierenden Zugang zu den von ihr gegenwärtig angebotenen marktgegenständlichen terminierenden Segmenten von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite (Wholesale EtherLink Services) zu gewähren. Dabei finden die in Spruchpunkt B.1.1. bis B.1.5. angeführten Zugangsverpflichtungen nur auf terminierende Segmente der Mietleitungen und der Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite von jeweils mehr als 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s Anwendung mit Ausnahme solcher terminierenden Segmente, deren beide Enden innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen.

Telekom Austria TA AG hat

B.1.1. Zugang zu den og. terminierenden Segmenten von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite an vom Kunden spezifizierten Standorten zu ermöglichen,

B.1.2. auf Nachfrage die Übergabe der og. terminierenden Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite an einem vom Kunden spezifizierten Standort sowohl auf eigene Infrastruktur des Nachfragers als auch auf Infrastruktur Dritter zu ermöglichen,

B.1.3. auf Nachfrage gemäß § 41 Abs 1 Z 6 TKG 2003 Zugang zu allen erforderlichen Infrastrukturteilen bzw Diensten (zB Kollokation) sowie Annexleistungen zu gewährleisten, die für den Zugang zu den og. terminierenden Segmenten von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite erforderlich sind,

B.1.4. den Zugang zu den og. terminierenden Segmenten von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite ungebündelt zu ermöglichen; dh, der Nachfrager soll nicht verpflichtet werden, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er nicht nachgefragt hat,

B.2. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Zugang zu den in Spruchpunkt B.1. angeführten terminierenden Segmenten von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gemäß § 38 TKG 2003 gleich zu behandeln, dh, ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitzustellen wie für ihre eigenen Dienste, Dienste verbundener Unternehmen oder dritte Unternehmen.

B.3. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 43 Abs 1, Abs 3 TKG 2003 für die von ihr angebotenen terminierenden Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s Entgelte zu verrechnen, so dass im Zeitraum bis zum Abschluss des nächsten Marktanalyseverfahrens das im Folgenden dargestellte maximale Ausmaß nicht überschritten wird:

B.3.1. Die Summe der Umsatzerlöse der marktgegenständlichen Produkte dividiert durch die Summe der 64-kbit/s-Äquivalente aller marktgegenständlichen Produkte darf im Kalenderjahr 2011 nicht höher sein als im Kalenderjahr 2009.

B.3.2. Eine Inflationsanpassung der in Spruchpunkt B.3.1. definierten Preisobergrenze ist erst bei Überschreitung einer kumulierten Inflation von 5% auf Basis des Verbraucherpreisindex 2005 (Indexwert Dezember 2009) zulässig.

B.3.3. Entgelterhöhungen bei einzelnen marktgegenständlichen Produkten sind zulässig, sofern Telekom Austria TA AG die Einhaltung der in Spruchpunkt B.3. definierten Preisobergrenze nachweist. Entgelterhöhungen für einzelne Produkte sind der Regulierungsbehörde vier Wochen vor dem geplanten Inkrafttreten anzuzeigen, wobei der Anzeige ein Nachweis für die Einhaltung der Preisobergrenze beizufügen ist. Der Nachweis hat anhand von Planrechnungen (inkl. aktuelle Umsätze und Mengen sowie Prognoseumsätze und -mengen des von der Entgeltanpassung betroffenen Produkts sowie der übrigen im Güterkorb enthaltenen Produkte) plausibel darzulegen, dass das neue Entgelt mit der in Spruchpunkt B.3. definierten Preisobergrenze für deren gesamten Geltungszeitraum im Einklang steht.

B.3.4. Zur Überprüfung der Einhaltung der in Spruchpunkt B.3. definierten Preisobergrenze unter Berücksichtigung der Struktur des Güterkorbs sowie des Produktivitätsfortschritts hat Telekom Austria TA AG auf Anforderung der Regulierungsbehörde Daten zu entfernungabhängigen Erlösen und Kosten sowie Umsatzerlöse je Tarif (bei terminierenden Segmenten von Mietleitungen dzt. jeweils für Standardtarif und Städtetarif, bei terminierenden Segmenten von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite dzt. jeweils für die Tarifarten „C“, „L“ und „R“) und entsprechende Mengengerüste (Kapazitäten in 64 kbit/s-Äquivalenten und Anzahl an Leitungen) bereit zu stellen.

B.4. Telekom Austria TA AG wird gemäß § 43 Abs 1, Abs 3 TKG 2003 verpflichtet, für die von den Standardangeboten umfassten terminierenden Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s Umsatzrabatte zumindest in Höhe der derzeit geltenden Rabattbestimmungen einzuräumen.

B.5. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 binnen vier Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides ein Standardangebot betreffend „Terminierende Segmente von Mietleitungen größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s“ (entsprechend ihrem bestehenden Angebot „Digitaler Übertragungsweg“) und ein Standardangebot betreffend „Terminierende Segmente von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s“ (entsprechend ihrem bestehenden „Angebot betreffend Wholesale EtherLink Services“) auf ihrer Unternehmenswebseite zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Diese Standardangebote haben folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen:

- Entgeltbestimmungen inkl. Umsatzrabatt zumindest in Höhe der derzeit geltenden Rabattbestimmungen
- Mindestvertragsdauer
- Kündigungsfrist
- Art der Vertragsverlängerung
- Bedingungen der (vorzeitigen) Vertragsauflösung
- Bestimmungen zu verbindlichen Herstellungsterminen auch außerhalb von Planungsrunden
- Bestimmungen zur Angabe von Entgelten, Mengenaufschlüsselungen und Einheitswerten in Einzelangeboten und Rechnungen für Eigen- und Fremdleistungen in Bezug auf neu zu verlegende Leitungsabschnitte und Schutzmaßnahmen gegliedert nach Material-, Arbeits- und Transportkosten

- Bestimmungen betreffend erweiterte Qualität in Form von Service Level Agreements (Entstörungsbedingungen, Reaktionszeiten)
- Bedingungen betreffend die unbefristete und kostenfreie Migration von bestehenden Verträgen zu neuen Vorleistungsangeboten

B.6. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 40 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 TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005, nach den Gattungen „Mietleitungen“ und „Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite“ sowie nach den Produkten

- terminierende Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite bis einschließlich 2,048 Mbit/s
- terminierende Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in Gebiet 2 (dh bundesweit mit Ausnahme solcher terminierenden Segmente, deren beide Enden innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen)
- terminierende Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in Gebiet 1 (dh solche terminierenden Segmente, deren beide Enden innerhalb derselben der vorgenannten Gemeinden liegen)
- terminierende Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 155,52 Mbit/s
- Trunk-Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite
- Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2,048 Mbit/s
- Endkundenmietleitungen größer 2,048 Mbit/s

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

B.7. Die der Telekom Austria AG (nunmehr „Telekom Austria TA AG“) auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ mit Bescheid M 11/06-59 v. 27.11.2006 auferlegten und nach Erlass des Bescheides M 12/09-39 am 6.08.2009 noch fortbestehenden Verpflichtungen werden gemäß § 37 Abs 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben.

B 8. Die Anträge der Tele2 Telecommunication GmbH vom 18.12.2009 (ON 78) werden abgewiesen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 12.01.2009 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 8/09 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Denise Diwisch, Dr. Anton Schwarz, Dr. Wilhelm Schramm und Mag. Michael Spineth zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, „ob auf dem Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten iSd § 1 Z 8, 2 Z 2 der TKMV 2008 gemäß § 36 TKG 2003 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw ob ohne Regulierung selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei sind jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für die betreffenden Märkte zu berücksichtigen sind.

Sollten die Amtssachverständigen Wettbewerbsprobleme identifizieren, werden die Amtssachverständigen beauftragt, darzulegen, welche konkreten spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw oder § 47 Abs 1 TKG 2003 aus wirtschaftlicher Sicht geeignet wären, den Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Dabei ist eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

Sollte eine spezifische Verpflichtung zur Entgeltkontrolle iSd § 42 TKG 2003 vorgesehen sein, werden die Amtssachverständigen beauftragt, die Kosten entsprechend dem vorgeschlagenen Standard zu erheben und darzustellen.“

Im August 2009 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt.

Zu diesem Gutachten langten Stellungnahmen der Telekom Austria TA AG (ON 64 v. 4.11.2009), der Verizon Austria GmbH (ON 66 v. 6.11.2009), der Wirtschaftskammer Österreich, FV UBIT (ON 67 v. 6.11.2009, in Vollmacht für ifunk.at, Peter Rauter GmbH und WV-net GmbH), der Tele2 Telecommunication GmbH (ON 69 v. 9.11.2009) und der Energie AG Oberösterreich Data GmbH (ON 70 v. 11.11.2009) ein.

Am 11.11.2009 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt (Niederschrift, ON 71).

Folgende Unternehmen verfügen nach Durchführung der mündlichen Verhandlung über Parteistellung im Verfahren M 8/09: Telekom Austria TA AG, Tele2 Telecommunication GmbH, UPC Austria GmbH, Verizon Austria GmbH, ifunk.at, Peter Rauter GmbH, WV-net GmbH, net4you Internet GmbH, mobilkom Austria AG, Energie AG Oberösterreich Data GmbH, Oberösterreichische Ferngas GmbH, Graz AG - Stadtwerke für kommunale Dienste, Linz Strom GmbH für Energieerzeugung, -handel, -dienstleistungen und Telekommunikation, Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation, Elektrizitätswerk Wels AG, Stadtwerke Klagenfurt AG, Innsbrucker Kommunalbetriebe AG, Wienstrom GmbH und Citycom Telekommunikations GmbH.

Am 21.12.2009 gab Tele2 eine weitere Stellungnahme ab (ON 79).

Am 25.01.2010 wurden eine Stellungnahme der Europäischen Kommission v. 18.12.2008 zu den die Mietleistungsmärkte betreffenden Teilen der TKMV 2008 (ON 80) und ein Aktenvermerk vom 20.01.2010 über eine ergänzende gutachtliche Äußerung der Amtssachverständigen Dr. Denise Diwisch (ON 81) zum Akt genommen.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Marktabgrenzung

Der Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s umfasst terminierende Segmente von Mietleitungen mit den vorgenannten Bandbreiten und im Unterschied zur TKMVO 2003 auch terminierende Segmente von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s, beides jedoch mit Ausnahme solcher terminierender Segmente, deren beide Enden innerhalb derselben der folgenden Gemeinden liegen: Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien. Jene terminierenden Segmente, mit hohen Bandbreiten, deren beide Enden innerhalb derselben der vorgenannten Gemeinden liegen, werden als in „Gebiet 1“ liegend bezeichnet, die übrigen terminierenden Segmente mit hohen Bandbreiten werden als in „Gebiet 2“ liegend bezeichnet. Als terminierende Segmente gelten alle marktgegenständlichen Produkte oder deren Abschnitte auf Vorleistungsebene, die für die Nutzung durch andere Kommunikationsnetz bzw –dienstebetreiber bereitgestellt werden und nicht als Trunk-Segmente zu klassifizieren sind.

Als marktgegenständliche terminierende Segmente gelten also alle Mietleitungen und alle Ethernetdienste mit einer garantierten Bandbreite auf Vorleistungsebene größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s, die entweder über keine oder nur eine oder innerhalb einer der 28 Trunk-Städte geführt werden, mit Ausnahme jener Mietleitungen und jener Ethernetdienste mit einer garantierten Bandbreite, deren beide Enden innerhalb derselben der zuvor genannten 12 Gemeinden liegen. Trunk-Städte sind jene 28 österreichischen Städte, in denen die Telekom Austria TA AG (kurz „Telekom Austria“) im November 2005 ihre Netzübergabepunkte (Points of Interconnection) für das Telefonnetz realisiert hatte (Wien, Graz, Linz, Salzburg, Innsbruck, Klagenfurt, Villach, Wels, Sankt Pölten, Dornbirn, Steyr, Wiener Neustadt, Feldkirch, Baden, Amstetten, Mödling, Spittal an der Drau, Bruck an der Mur, Telfs, Lienz, Vöcklabruck, Ried im Innkreis, Eisenstadt, Korneuburg, Wörgl, Hollabrunn, Judenburg, Bruck an der Leitha). Weiters werden alle Leitungen mit den og. Bandbreiten, die über mindestens zwei Trunk-Städte geführt werden, in ein Trunk-Segment (Stück zwischen den Trunk-Städten) und ein bzw zwei terminierende Segmente (Verbindung zwischen Trunk-Stadt und Netzabschlusspunkt des Nutzers) zerlegt.

In den relevanten Markt sind auch jene terminierenden Segmente miteinzubeziehen, die ein Kommunikationsnetzbetreiber einem im selben Unternehmen integrierten Kommunikationsdienstebetreiber für das Anbieten von Mietleitungen oder von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite auf Endkundenebene zur Verfügung stellt („Eigenleistung“). Dieser Markt umfasst keine unbeschalteten Kupferdoppeladern und keine unbeschalteten Glasfaserleitungen.

Für die Zuordnung von Ethernetdiensten zum Markt ist die garantierte Bandbreite des Ethernetdienstes unabhängig von einer eventuell zusätzlich bereitgestellten, nicht garantierten Bandbreite maßgeblich. So ist etwa das terminierende Segment eines

Ethernetdienstes mit einer garantierten Bandbreite von 150 Mbit/s und einer zusätzlich bereitgestellten, nicht garantierten Bandbreite von 150 Mbit/s, dessen beide Enden nicht innerhalb derselben der zuvor genannten 12 Gemeinden liegen, Teil des Marktes.

Hinsichtlich der Korrelation zwischen Dichte der Unternehmensstandorte und der Bevölkerungsdichte in Österreich ist festzuhalten, dass der entsprechende Korrelationskoeffizient 0,86 beträgt, so dass die beiden Indikatoren einen signifikanten Zusammenhang aufweisen (ON 81).

2. Zum Markt „terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten“ größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s

Im September 2008 stellten 26 Betreiber österreichweit ca. 3.000 terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten (Summe aus den Mietleitungstypen „nur terminierendes Segment“, „Trunk-Segment mit einem terminierenden Segment“ bzw. „Trunk-Segment mit zwei terminierenden Segmenten“) mit einer Kapazität von insgesamt ca. 2.600.000 64kbit/s-Äquivalenten bereit. Rund 50% der terminierenden Segmente mit hohen Bandbreiten wurden von 19 Betreibern in „Gebiet 2“ bereitgestellt. Damit wird deutlich, dass es sich bei dem gegenständlichen Markt um einen verhältnismäßig kleinen Markt mit volumensmäßig geringer Nachfrage handelt. Insgesamt zeigt die Auswertung jedoch auch, dass die Zahl der vermieteten terminierenden Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in den vergangenen Jahren kontinuierlich zugenommen hat – zuletzt von 2007 auf 2008 um rund 25%.

3. Zur Analyse des Marktes „terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s“ in Gebiet 2

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

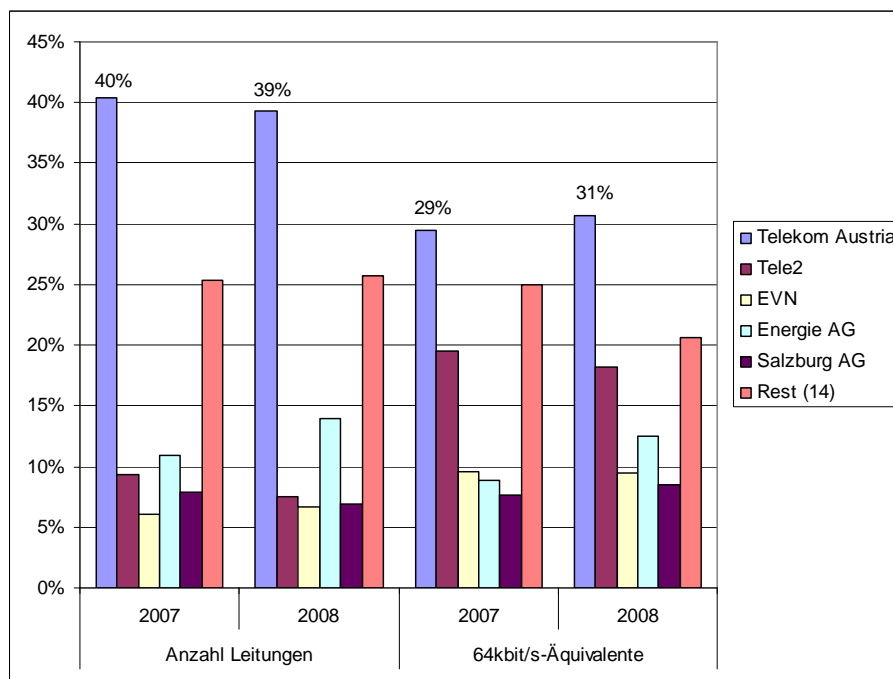


Abbildung: Marktanteile am Markt für terminierende Segmente > 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in Gebiet 2 (inkl. Eigenleistungen und Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite)

Der Vergleich der Marktanteile zeigt, dass Telekom Austria mit Anteilen von 30% (bei 64 kbit/s-Äquivalenten) bis 40% (bei Anzahl an Leitungen) Marktführer ist (GA ON 51, S 23/24). Neben Telekom Austria, Tele 2, EVN, Energie AG und Salzburg AG sind weitere 14 Unternehmen auf dem Markt für terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s tätig, deren Marktanteile jedoch jeweils geringer als 10% sind. Auffallend ist, dass Telekom Austria Mietleitungen mit vergleichsweise geringen Bandbreiten vermietet. So ist die durchschnittliche Nutzbitrate der Leitungen der Telekom Austria im Jahr 2008 mit 50 Mbit/s deutlich geringer als bei den alternativen Betreibern, die deutlich höhere 64kbit/s-Äquivalente ausweisen. Die Differenz in den Marktanteilen bei Telekom Austria (64 kbit/s-Äquivalente, Anzahl Leitungen) ist daraus zu erklären (GA ON 51, S 23/24). Der Marktanteil von Telekom Austria in Gebiet 1 (gemessen an der Anzahl der Leitungen) ging von 2007 auf 2008 um 6 Prozentpunkte zurück und lag im Jahr 2008 bei 26% (ON 81).

Aufgrund der Änderungen in der Marktabgrenzung (Geographische Differenzierung, Berücksichtigung von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite) liegen Daten zum gegenständlichen Markt lediglich für zwei Zeitpunkte (Dezember 2007 und September 2008) vor. Die Marktanteilsentwicklung über diese zwei Zeitpunkte zeigt, dass der Marktanteil von Telekom Austria gemessen anhand des Indikators „Anzahl an Mietleitungen“ leicht gesunken ist, während der Anteil gemessen anhand der 64-kbit/s-Äquivalente leicht gestiegen ist (GA ON 51, S. 24).

Von besonderer Bedeutung für den gegenständlichen Markt ist die Entwicklung von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite (GA ON 51, S 24). Für dieses marktgegenständliche Produkt werden seit Markteinführung (zB EtherLink Multipoint von Telekom Austria: Ende 2007) sehr hohe Wachstumsraten (2007 auf 2008: +180%) beobachtet. So wurden im Jahr 2008 216 Leitungen vermietet; dies entspricht bereits rund 15% der Gesamtnachfrage auf dem gegenständlichen Markt. Auch zukünftig ist mit einer stark steigenden Nachfrage nach diesen Diensten zu rechnen. Das Interesse an diesen Produkten ist aufgrund der preislichen Attraktivität (v.a. in Städten), der möglichen Flexibilität hinsichtlich der Bandbreite, der zunehmenden Bedeutung mobiler Breitbanddienste und der einfacheren Anbindung von Unternehmensnetzen (die zumeist auf Eherlink-Basis bestehen) hoch; in vielen Fällen ist ein zukünftiger Bezug von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite wahrscheinlich. Telekom Austria hält in diesem Teilsegment des Marktes derzeit Marktanteile von rund 80% (bei Anzahl an Leitungen) bzw 85% (bei 64-kbit/s-Äquivalenten). Es ist davon auszugehen, dass diese weitgehend stabil bleiben werden, da die größten Wettbewerber von Telekom Austria am Gesamtmarkt (Tele 2, Energie AG und EVN) Ethernetdienste bislang nicht oder erst seit Kurzem anbieten und alle übrigen Betreiber nur geringe Marktanteile haben bzw auch durch die vorhandene Infrastruktur beschränkt sind. So verfügt bis auf Tele2 keiner der größeren Wettbewerber der Telekom Austria über ein österreichweites Netz, womit die Möglichkeit alternativer Betreiber, auf Basis bestehender Infrastruktur Marktanteilszugewinne zu erzielen, beschränkt ist. Es ist daher in absehbarer Zeit nicht zu erwarten, dass es zu gravierenden Marktanteilsverschiebungen im Teilsegment der Ethernetdienste kommen wird. In Anbetracht der massiv steigenden Nachfrage nach diesen Diensten und unter der Annahme, dass die Marktanteile der Telekom Austria im Bereich der Ethernetdienste auf absehbare Zeit sehr hoch bleiben, ist daher davon auszugehen, dass der Marktanteil von Telekom Austria auf dem Gesamtmarkt künftig substantiell steigen wird. Im Sinne einer zukunftsgerichteten Analyse ist daher besonders auf diese marktgegenständliche Entwicklung und damit auf die Marktposition von Telekom Austria im Bereich der Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite abzustellen.

Insgesamt kann jedoch anhand des Kriteriums „Marktanteile“ alleine keine abschließende Beurteilung bzgl. des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung vorgenommen werden. Daher werden nachfolgend weitere Kriterien dargelegt.

3.2. Markteintrittsbarrieren und potenzieller Wettbewerb

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 Markteintrittsbarrieren sind (dh je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist potenziell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s. Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist aber nicht nur das Vorliegen von Markteintrittsbarrieren, 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.

3.2.1. Strukturelle Markteintrittsbarrieren

Ein strukturbedingtes 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 Markteintritt gehindert werden.

Skalenvorteile sowie versunkene Kosten ergeben sich am Markt für terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s vor allem aus den Kosten für das Verlegen der Leitungen (zB Grabungskosten). Da es sich auf diesem Markt um Vorleistungen für Endkundenverbindungen bzw Verbindungen zum Netzabschlusspunkt eines Nutzers handelt, ist das Ausmaß der Skalenvorteile beträchtlich. Dies ergibt sich daraus, dass die Fixkosten der Produktion (vor allem die Kosten für das Verlegen der Leitung) unabhängig von der Bandbreite sind, was wiederum bedeutet, dass nur wenige Unternehmen – in vielen Fällen vielleicht sogar nur ein einziges – gleichzeitig effizient (unter weitgehender Ausnützung der Skalenvorteile) produzieren können (kann). Hinzu kommt, dass Skalenvorteile insbesondere dann leichter realisiert werden können, wenn die Nachfrage nach dem produzierten Gut entsprechend hoch ist. So ist davon auszugehen, dass in Gebieten mit einer hohen Einwohnerzahl auch entsprechend viele Unternehmen angesiedelt sind, die potenziell eine Nachfrage nach Mietleitungen begründen. Bei den Gemeinden des gegenständlichen Marktes handelt es sich überwiegend um Gemeinden mit geringer Bevölkerungszahl (der Großteil der Gemeinden hat weniger als 1.500 Einwohner) und entsprechend geringer Nachfrage. Skalenvorteile können daher nur schwer realisiert werden. Auch der Anteil der versunkenen Kosten ist am gegenständlichen Markt hoch, da eine alternative Nutzung der letzten Teile (Verbindung zum Endkunden) kaum möglich ist.

Wenn Unternehmen nicht bereits über Infrastruktur verfügen, wie dies zB bei Energieversorgern oder Kabelnetzbetreibern der Fall ist, wirken Skalenvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten auf dem gegenständlichen Markt für terminierende Segmente als substantielle Markteintrittsbarriere. Tatsächlich sind die meisten der am Markt tätigen Unternehmen neben den Betreibern von Sprachtelefonie (wie Telekom Austria, Tele2 und Colt) regionale Energieversorger (wie Wienstrom, EVN oder Vorarlberger Kraftwerke). Diese können bei der Verlegung von Infrastruktur auf Synergieeffekte zurückgreifen, indem sie bereits verlegte Leitungen benutzen oder Telekommunikationsinfrastruktur bei Grabungen mitverlegen. Gleichzeitig mit den geringeren Kosten können diese Unternehmen von den Erfahrungen bei der Verlegung von Infrastruktur profitieren, wodurch der Netzausbau vereinfacht wird.

Ein Indikator, der das Ausmaß von Markteintrittsbarrieren aufgrund versunkener Kosten und von Skalenvorteilen direkt wiedergibt, ist die Anzahl der Betreiber, die in einer Region terminierende Segmente auf Basis eigener oder übertragener Infrastruktur anbieten. Dieses

Kriterium hat den Vorteil, dass es nicht von abstrakten Überlegungen hinsichtlich der Höhe von Markteintrittsbarrieren geleitet ist, sondern zeigt, in welchem Ausmaß Betreiber bestehende Barrieren überwinden können. Aus den vorliegenden Daten ergibt sich, dass Telekom Austria in fast allen Gemeinden des gegenständlichen Marktes entweder der einzige Betreiber mit eigener Infrastruktur ist oder aber nur ein alternativer Betreiber mit eigener Infrastruktur ebenfalls vor Ort ist. Dies trifft laut der vorliegenden Evidenz selbst auf die größten der zu dem gegenständlichen Markt zählenden Gemeinden zu. So ist bekannt, dass mit Ausnahme von Wiener Neustadt, St. Pölten und Schwechat in keiner der 20 größten Gemeinden des Gebietes 2 mehr als zwei Betreiber Mietleitungen auf Basis eigener Infrastruktur anbieten (GA ON 51, S 28).

Eine weitere, vorwiegend strukturell bedingte Zugangsbarriere kann durch Skalenvorteile in Verbindung mit nachfrageseitigen Wechselkosten entstehen. Für neu in den Markt eintretende Unternehmen kann das Erreichen einer effizienten Outputmenge (bei der die Skalenvorteile weitgehend ausgeschöpft werden) beim Vorliegen signifikanter Skalenvorteile durch nachfrageseitige Wechselkosten wesentlich erschwert werden, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Anzahl der Kunden bzw die am Markt nachgefragte Menge nicht wesentlich wächst. Nachfrageseitige Wechselbarrieren am gegenständlichen Markt für terminierende Segmente 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 in der Regel Angebote eingeholt und evaluiert werden). Obgleich derartige nachfrageseitige Wechselkosten am Markt beobachtet werden können, ist die Relevanz dieser Zutrittsbarriere im Vergleich zu jenen, die sich aus Skalenvorteilen iVm versunkenen Kosten ergeben, als eher gering einzustufen.

3.2.2. Rechtliche Markteintrittsbarrieren

Rechtlich bedingte Hindernisse basieren nicht auf wirtschaftlichen Bedingungen, sondern 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 Markteintrittsbarrieren am Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen entstehen 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 kann sich vor allem der mit der Überwindung dieser Hindernisse verbundene Zeitaufwand als Markteintrittsbarriere darstellen, da Leistungen erst später als geplant öffentlich angeboten werden können und allfällige Anlaufverluste zunehmen. Dies gilt ungeachtet der Bestimmungen des TKG 2003 zu Leitungsrechten. Auswirkungen der jüngsten TKG-Novelle (BGBl I Nr. 65/2009) mit Erleichterungen bei der Geltendmachung von Wege- und Leitungsrechten sind aus heutiger Sicht nicht hinreichend konkret abschätzbar.

3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur wird gesprochen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder großteils 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 aktuellem noch potenziellem

Wettbewerb ausgesetzt ist. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

Grundsätzlich verfügt ein hoher Anteil der am Markt tätigen Unternehmen – regional unterschiedlich – über eigene Netzinfrastruktur. So gilt dies für die Festnetz-Sprachtelefonie Betreiber Telekom Austria, Tele2 und Colt sowie für die regionalen Energieversorger und Kabelnetzbetreiber, welche einen Großteil der am Markt tätigen Unternehmen stellen. Es lassen sich daher tendenziell verschiedene Typen von Betreibern unterscheiden:

(i) Telekom Austria, ÖBB Tel, T-Mobile und Tele2 verfügen über österreichweite Netze, wobei Telekom Austria mit ihrer sehr hohen Flächendeckung v.a. im Anschlussnetz hervorzuheben ist. ÖBB Tel, T-Mobile verfügen kaum über eigene Anschlussnetze; Tele2 kann mittels Entbündelung zwar mehr als 50% der Haushalte erreichen, benötigt aber für die Anbindung der Hauptverteiler Mietleitungen.

(ii) Betreiber wie EVN, Energie AG Oberösterreich, Salzburg AG sowie diverse Stadtwerke sind regionale Betreiber, die v.a. in ihren jeweiligen Bundesländern, teilweise auch nur in einer bestimmten Region oder Stadt, präsent sind und teilweise auch über ein eigenes Anschlussnetz verfügen oder Anschlüsse vergleichsweise einfach herstellen können.

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur ausüben kann, sind zwei Dimensionen der Infrastruktur zu unterscheiden. Zum einen ist zu prüfen, ob Betreiber in der Lage sind, Anbindungen zwischen unterschiedlichen Gemeinden herzustellen (Teil des Übertragungstechnischen Netzes), zum anderen ist eine Abschätzung über die Möglichkeit der Anbieter, innerhalb einer Gemeinde Endkunden anbinden zu können (Anschlussnetz), zu treffen.

Um das Ausmaß der tatsächlich vorhandenen Infrastruktur zwischen Gemeinden bewerten zu können, wurden die Netzpläne der größten Betreiber (alle Betreiber der „großen“ Stichprobe; ohne Anschlussnetz) ausgewertet (GA ON 51, S 29). Die Anzahl der Betreiber mit eigener Infrastruktur in den Gemeinden gibt Aufschluss über die Möglichkeit der Betreiber, zwischen unterschiedlichen Gemeinden terminierende Segmente größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s anbieten zu können. Hiernach ist Telekom Austria der einzige Betreiber in über 70% der versorgten Gemeinden (909 von 1254), wobei dies tendenziell jene Gemeinden mit geringer Bevölkerungsdichte sind. Der Einsatz von eigener Infrastruktur alternativer Betreiber ist also größtenteils auf Ballungsräume (die nicht Teil des zu untersuchenden Marktes sind) bzw auf Verbindungen zwischen Ballungsräumen beschränkt, wo hohe Nachfrage besteht.

Die Beurteilung, ob Betreiber innerhalb einer Gemeinde terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten anbieten können, stützt sich auf die Auswertung der geographischen Zuordnung der Netzabschlusspunkte von tatsächlich vermieteten terminierenden Segmenten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s, die auf eigener oder übertragener Infrastruktur basieren. Die Zuordnung erfolgte für die 20 größten Gemeinden des Gebiets 2. Da eine geographische Abfrage der Endpunkte von Mietleitungen aller österreichischen Gemeinden (2.357 an der Zahl) einen unverhältnismäßig hohen Aufwand für die Betreiber (insbesondere Telekom Austria) bedeutet hätte, wurde bei der Abfrage eine Einschränkung auf 32 Gemeinden (davon 20 Gemeinden des Gebiets 2) vorgenommen, bei denen am ehesten angenommen werden konnte, dass dort alternative Betreiber in den Markt eintreten können.

Da es sich bei den angegebenen Enden um vermietete Leitungen handelt (und nicht um grundsätzlich vorhandene Kapazitäten), kann nur indirekt auf die vorhandene Infrastruktur in

den einzelnen Gemeinden geschlossen werden. Dennoch ist ersichtlich, dass das Ausmaß an Anbindung über die Betreiber sehr unterschiedlich verteilt ist. So hält Telekom Austria als einziger Betreiber mit einem österreichweit flächendeckenden Anschlussnetz, selbst in 55% (bzw in 75%) der 20 größten Gemeinden des Gebiets 2 100% (bzw zumindest 50%) der Netzabschlusspunkte. Neben Telekom Austria existiert nur Tele2 als einziger größerer Mitbewerber, der in (fast) allen Bundesländern präsent ist. Alle anderen von ihrer Größe her relevanten Betreiber sind jeweils nur in einem einzigen Bundesland bzw zum Teil auch nur in einer einzigen Gemeinde tätig. Während es in Bundesländern wie Vorarlberg oder Salzburg starke alternative Betreiber gibt, existieren zB in Kärnten oder in der Steiermark kaum Alternativen zu Telekom Austria. Da davon auszugehen ist, dass die Dominanz von Telekom Austria in kleineren Gemeinden noch wesentlich größer ist, liegt der Schluss nahe, dass Telekom Austria nicht nur in Bezug auf das Übertragungstechnische Netz (Infrastruktur zwischen Gemeinden) sondern auch im Bereich des Anschlussnetzes (Infrastruktur innerhalb einer Gemeinde) über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt.

3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht richtet sich vor allem danach, ob ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Leistung leicht selbst erbracht werden kann bzw ob ein Kunde für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet.

Wie aus den Feststellungen zu Markteintrittsbarrieren und Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur hervorgeht, ist das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, das sich aus der Wechselmöglichkeit zu einem alternativen Betreiber bzw aus der Möglichkeit zur internen Erbringung der Leistung ergibt, auf dem gegenständlichen Markt (mangels Ubiquität und mangels eigener Infrastruktur) als eher gering einzustufen. Telekom Austria ist in vielen Gemeinden der einzige Anbieter; zumindest hier sind die Alternativen für Kunden von Telekom Austria stark eingeschränkt, weshalb es selbst bei großen Kunden kaum zur Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht kommen dürfte.

Telekom Austria vermietete in den Jahren 2005 bis 2007 an insgesamt rund 60 Kunden Vorleistungsmietleitungen (Trunk-Segmente und terminierende Segmente, alle Bandbreiten, vgl GA ON 51, S 30). Der größte Abnehmer von Mietleitungen ist dabei das verbundene Unternehmen Mobilkom Austria, auf das rund 55% des Gesamtumsatzes entfallen. Da es sich um ein verbundenes Unternehmen handelt, kann das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht praktisch ausgeschlossen werden.

Der größte externe Kunde auf den Vorleistungsmärkten zeichnet für 24%, der zweitgrößte Kunde für 8% des Gesamtumsatzes verantwortlich. Bei diesem Anteil ist das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht nicht auszuschließen. Dies gilt insbesondere, als die vorgenannten Umsatzanteile auch nicht-marktgegenständliche Produkte einschließen (so sind u. a. Trunk-Segmente ebenso enthalten wie terminierende Segmente < 2,048 Mbit/s) und die beiden größten externen Kunden drohen könnten, ihre gesamte Nachfrage nach Vorleistungsmietleitungen bei einem anderen Unternehmen zu bedienen. Festzuhalten ist aber, dass selbst der größte Kunde nur dann über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen wird, wenn er glaubhaft androhen kann, den Anbieter zu wechseln, die Dienstleistung intern bereitzustellen oder aber die Dienstleistung überhaupt nicht mehr zu beziehen. So wird die Effektivität des Drohpotenzials durch die Verfügbarkeit entsprechender Alternativangebote, welche auf dem gegenständlichen Markt als eher gering einzustufen sind (siehe Pkt 3.3.), eingeschränkt. Das Ausmaß nachfrageseitiger Gegenmacht ist aber dennoch für die beiden größten externen Kunden groß genug, um zusätzlichen Druck auf die Preise auszuüben. Da Telekom Austria trotz einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung am Markt für terminierende Segmente verschiedene Möglichkeiten hat, zwischen ihren Nachfragern zu differenzieren

(vor allem über Rabatte oder den Preis von Trunk-Segmenten, teilweise auch über Bündelprodukte), könnte die (potenziell vorliegende) nachfrageseitige Gegenmacht der größten Kunden von den anderen Kunden „isoliert“ werden (dh die anderen Kunden würden nicht von der Ausübung der nachfrageseitigen Gegenmacht profitieren).

Auf den zweit- und drittgrößten externen Kunden entfällt nur mehr ein kleiner Anteil am Gesamtumsatz. Das Drohpotenzial dieser Unternehmen und der übrigen rund 50 Vorleistungsnachfrager ist als gering einzustufen, weshalb auch das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht gering ist.

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 möglich, so können daraus Wettbewerbsvorteile erwachsen.

Mietleitungen im Allgemeinen und terminierende Segmente im Besonderen sind grundsätzlich insoweit homogene Produkte im ökonomischen Sinne, als die gängigen Übertragungstechnologien weitgehend standardisiert sind und jedem Betreiber in gleicher Weise zur Verfügung stehen. Differenzierungsmöglichkeiten ergeben sich jedoch durch die Breite der Angebotspalette (geografische Präsenz) bzw durch das Anbieten von Bündelprodukten sowie durch die zur Verfügung gestellte Qualität und Kundenorientierung (Service, Wartung, etc.).

Wie aus Pkt 3.3. hervorgeht, ist Telekom Austria jener Betreiber, der über die mit Abstand flächendeckendste Infrastruktur verfügt und daher im Gegensatz zu fast allen anderen Betreibern in der Lage ist, de facto bundesweit zwei Punkte unabhängig von deren Lage entweder mit einem terminierenden Segment oder aber durch ein Trunk-Segment mit zwei terminierenden Segmenten zu verbinden. Telekom Austria verfügt damit über einen substanziellen Vorteil gegenüber ihren Mitbewerbern, die alle eine weit geringere Netzabdeckung aufweisen. Weiters kann Telekom Austria auch im Zuge von Projektgeschäften Mietleitungen zwischen verschiedenen Destinationen bündeln – wie dies zB für die Anbindung von Mobilfunk-Basisstationen nötig ist –, wie es kaum einem anderen Unternehmen am Markt möglich ist.

Eine starke Differenzierung der Betreiber hinsichtlich ihrer Dienstqualität (Verfügbarkeit, Reparaturzeit) ist anhand der erhobenen Daten nicht festzustellen.

3.6. Entgelte

Die Preissetzungspolitik eines Unternehmens ist ein wesentlicher ökonomischer Verhaltensparameter und kann daher auch für die Beurteilung von Marktmacht relevant sein. Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Preisdifferenziale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster geben wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität.

Beim Markt für terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s handelt es sich um einen Vorleistungsmarkt, auf dem die Kunden Mietleitungen häufig als Teil eines „Projektgeschäfts“, dh als Teil einer Komplettlösung im Bündel mit anderen Dienstleistungen, nachfragen. Die Preise werden dann in individuellen Verhandlungen festgelegt und sind daher kaum zu erheben. Auch der

Vergleich von Listenpreisen (so diese überhaupt existieren) ist nur eingeschränkt sinnvoll, da die tatsächlich verlangten Preise meist von den Listenpreisen abweichen. Auf alle Gemeinden des Gebiets 1 ist der Städtetarif, der geringere Preise beinhaltet als der Standardtarif, anwendbar (ON 81).

Um dennoch einen Einblick in die marktüblichen Entgelte zu erlangen, wurden auch Informationen zu den Preisen von Vorleistungsmietleitungen erhoben. Die Betreiber wurden gebeten, den Preis (getrennt nach Herstellungs- und monatliches Entgelt) für ein nationales terminierendes Segment mit einer Bandbreite von 34 Mbit/s (Differenzierung nach Schnittstelle) für ausgewählte Destinationen anzugeben, wobei von einer dreijährigen Vertragsdauer, Standard-SLA, der Abnahme einer einzelnen Leitung und der Nichtgewährung spezifischer Rabatte auszugehen war. Erhoben wurden sowohl innerstädtische Destinationen als auch Destinationen zwischen Städten.

Die durchgeführten Preisvergleiche ergeben kein einheitliches Bild und sind aufgrund der obigen Ausführungen bzw der geringen Stichprobe auch mit Vorsicht zu beurteilen, so dass die Analyse der Entgelte letztlich keinen eindeutigen Hinweis in Bezug auf die Preissetzungspolitik von Telekom Austria liefert.

3.7. Sonstige Indikatoren

3.7.1. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation

Da es sich beim Markt für terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s um einen Vorleistungsmarkt handelt, ist zum Vertrieb der Produkte keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie zB ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier vermutlich auch keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

3.7.2. Technologiebedingter Vorsprung

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

3.8. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Insgesamt zeigen die Feststellungen auf Basis der og. Indikatoren, dass Telekom Austria auf dem Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s über Marktmacht im ökonomischen Sinne verfügt und dass auf dem Markt kein selbsttragender (infrastrukturbasierter) Wettbewerb herrscht. Dafür sprechen vor allem die hohen Markteintrittsbarrieren für neue Unternehmen, die beim Markteintritt eigene Infrastruktur erst verlegen müssen, und die ubiquitäre Präsenz der Telekom Austria mit eigener Infrastruktur in allen Bundesländern (Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur). In den meisten Gemeinden ist Telekom Austria der einzige Betreiber, oft steht Telekom Austria nur mit einem weiteren Betreiber im Wettbewerb. Dies trifft selbst auf die größten 20 Gemeinden des Gebiets 2 zu. So ist bekannt, dass mit Ausnahme von drei Gemeinden in keiner der 20 größten Gemeinden mehr als zwei Betreiber Mietleitungen anbieten (GA ON 51, S. 26/27). Außerdem hält Telekom Austria selbst in 55% der 20 größten Gemeinden des Gebiets 2 100% der Netzabschlusspunkte (GA ON 51, S. 28). Auswertungen auf Basis von Netzplänen zeigen außerdem, dass Telekom Austria der einzige Betreiber in über 70% der versorgten Gemeinden ist, wobei es sich hierbei vor allem um Gemeinden des Gebiets 2 handelt (GA ON 51, S. 29). Der Marktanteil von Telekom Austria liegt bei 40% (Anzahl Leitungen) bzw 30% (Kapazitäten).

Im Sinne einer zukunftsgerichteten Analyse ist jedoch besonders auf die Marktposition von Telekom Austria in dem stark wachsenden Bereich der Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite (Wachstumsraten von +180%) abzustellen. In diesem Teilsegment des Marktes hält Telekom Austria Marktanteile von über 80% . Es ist davon auszugehen, dass diese auf absehbare Zeit sehr hoch bleiben werden, da die größten Wettbewerber von Telekom Austria am Gesamtmarkt Ethernetdienste bislang nicht oder erst seit Kurzem anbieten und alle übrigen Betreiber nur geringe Marktanteile haben bzw auch durch die vorhandene Infrastruktur beschränkt sind. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Marktanteil der Telekom Austria am Gesamtmarkt künftig substantiell steigen wird (GA ON 51, S. 24). Vor allem in Kombination mit den zuvor genannten Kriterien ist daher das Vorliegen von Marktmacht in ökonomischem Sinne zu bejahen.

4. Wettbewerbsprobleme

Folgende potenzielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt werden für den Fall identifiziert, dass ein regulatorischer Eingriff unterbleibt:

Die anhand der vorstehenden Indikatoren beschriebene Situation auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s“ kann in einer Situation ohne jegliche Regulierung am vorliegenden Markt zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern, die Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potenziellen) Konkurrenten sowie die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte führen, die nachstehend einzeln skizziert werden.

4.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern

Die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern manifestiert sich vor allem in überhöhten Preisen. So kann grundsätzlich angenommen werden, dass Telekom Austria die Preise für terminierende Segmente ohne Preisregulierung über das Wettbewerbsniveau anheben könnte, ohne entsprechend große Nachfrageverluste hinnehmen zu müssen, da sie in gewissen Regionen der einzige Anbieter mit eigener Infrastruktur ist bzw umfassendere Bündel als Mitbewerber anbieten kann. Dieses Wettbewerbsproblem wird aber insofern abgeschwächt, als die Nachfrage auf dem gegenständlichen Markt insgesamt gering und auf gewissen Strecken neben Telekom Austria ein weiterer Wettbewerber aktiv ist. Auch konnten mehrere Mitbewerber in den letzten Jahren signifikante Marktanteile gewinnen. Hinzu kommt auch, dass Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite erst seit kurzem auf dem Markt angeboten werden und die (Preis-) Entwicklung noch beobachtet werden muss.

4.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potenziellen) Konkurrenten

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

4.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte

In Bezug auf die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte sind im vorliegenden Zusammenhang vor allem zwei Strategien relevant.

Da terminierende Segmente vielfach komplementär zu Trunk-Segmenten nachgefragt werden, kann durch das Anbieten von Bündeln zwischen Trunk- und terminierenden Segmenten potenziell eine Marktmachtübertragung vom Markt für terminierende Segmente in den Markt für Trunk-Segmente stattfinden. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Bündel für Mitbewerber nicht replizierbar ist.

Eine weitere Form der Marktmachtübertragung ist jene vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt. Da die meisten Unternehmen, die am Markt für Endkundenmietleitungen tätig sind, nur lokal über eigene Infrastruktur verfügen, sind sie auf Vorleistungen angewiesen, wenn sie bundesweit End-to-End-Verbindungen anbieten wollen. Folglich kann die Telekom Austria durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zu terminierenden Segmenten die Markteintrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich erhöhen. Neben der totalen Verweigerung des Zugangs sind hier auch Strategien wie Preisdiskriminierung (die zu einem margin squeeze führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken bei der Bereitstellung relevant. Anreiz zu einem solchen Verhalten kann in Abwesenheit von Regulierung insbesondere dadurch entstehen, dass die Vorleistungskunden von Telekom Austria auf diversen Endkundenmärkten (so am Endkundenmarkt für Mietleitungen, aber auch am Endkundenmarkt für zB Festnetzsprachtelefonie, Datendienste oder Mobiltelefonie) mit der Telekom Austria in Konkurrenz stehen.

5. Zu den zur Bekämpfung der Wettbewerbsprobleme geeigneten spezifischen Verpflichtungen

5.1. Zugangsverpflichtung

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s auf den Endkundenmarkt kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt am Markt für terminierende Segmente behoben werden. Zugang zu terminierenden Segmenten kann – bei effektivem Wettbewerb am Markt für Trunk-Segmente – die Markteintrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich reduzieren und so für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgen.

Da die von Telekom Austria intern bereitgestellten Produkte nicht hinreichend transparent sind, ist die Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung zur Sicherstellung eines adäquaten Zugangs nicht geeignet.

Aus ökonomischer Sicht ist auf zumutbare Nachfrage der Zugang zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen mit gängigen Bandbreiten und terminierenden Segmenten von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in Gebiet 2 einschließlich dafür notwendiger Annex-Leistungen zu ermöglichen. Eine Zugangsverpflichtung sowohl für Mietleitungen als auch für Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite ist insofern notwendig, als der Großteil der bestehenden Nachfrage Mietleitungen und der Großteil der neuen Nachfrage Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite betrifft.

Hinsichtlich des Zugangs zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in Gebiet 2 soll Telekom Austria Zugang zu jenen Diensten ermöglichen, wie sie gegenwärtig in dem Angebot der Telekom Austria „Digitaler Übertragungsweg“ enthalten sind, wobei lediglich die marktgegenständlichen Produkte des Angebots von der Zugangsregulierung umfasst sind. Die Orientierung an dem bestehenden Angebot hat den Vorteil, dass die Produkte bereits bekannt sind und gegenwärtig auch vom Markt angenommen werden.

Hinsichtlich des Zugangs zu terminierenden Segmenten von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in Gebiet 2 soll Telekom Austria Zugang zu jenen Diensten ermöglichen, wie sie gegenwärtig in dem Angebot betreffend Wholesale EtherLink Services enthalten sind, wobei lediglich die marktgegenständlichen Produkte des Angebots von der Zugangsregulierung umfasst sind. Darüber hinaus ist auf begründete Nachfrage auch Zugang zu EtherLink VPLS-Services zu gewähren.

In Fragen der Zumutbarkeit eines nachgefragten Zugangs, die nicht durch die beiden Standardangebote abgedeckt werden, sollte die Regulierungsbehörde angerufen werden können.

Die marktgegenständlichen Produkte sind Nachfragern unabhängig von ihrer Nutzung anzubieten, dh, sie können sowohl für die Bedienung einer Endkundenmietleitungsnachfrage eingesetzt werden als auch für den Infrastrukturaufbau. Die Übergabe von terminierenden Segmenten ist entsprechend dem Kundenbedürfnis zu gewährleisten, sofern aus technischer und wirtschaftlicher Sicht vertretbar. Der Ort der Übergabe hat nach Kundenbedarf zu erfolgen. Eine Übergabe kann an einem Endkundenstandort oder an einem vom Nachfrager definierten Standort, sowohl auf eigener Infrastruktur des Nachfragers als auch auf Infrastruktur Dritter, erfolgen. Zugang ist jedenfalls zu allen erforderlichen Infrastrukturateilen bzw Diensten (zB Kollokation), die für den Zugang zu marktgegenständlichen Produkten erforderlich sind, zu gewährleisten.

Der Zugang zu marktgegenständlichen Produkten sollte ungebündelt erfolgen, dh, der Nachfrager soll nicht verpflichtet werden, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er selbst bereitstellen kann. Beispielsweise sollte eine verpflichtende Bündelung mit Trunk-Segmenten nicht zulässig sein. Hierdurch kann dem Wettbewerbsproblem einer horizontalen Marktmachtübertragung entgegengewirkt werden.

5.2. Entgeltkontrolle

Telekom Austria kann am gegenständlichen Markt aufgrund ihrer marktmächtigen Stellung potenziell (ohne Regulierung) überhöhte Preise verlangen, ohne entsprechende Marktanteilsverluste hinnehmen zu müssen (GA ON 51, S 35/36). Gleichzeitig ist es Telekom Austria auch möglich, ihre Konkurrenten am Endkundenmarkt durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) einem margin-squeeze auszusetzen. Eine Entgeltkontrolle ist daher zur Bekämpfung der Wettbewerbsprobleme „Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern“ sowie „Übertragung von Marktmacht auf den Endkundenmarkt“ notwendig.

Alternativ zu § 42 TKG 2003 sind im vorliegenden Zusammenhang die Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 38 TKG 2003) gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003) zu betrachten, die potenziell für die Festlegung des Zugangspreises in Frage kommen. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Da durch diese Verpflichtungen die im vorliegenden Fall erforderlichen Informationen im betroffenen Markt, nämlich Preise auf Produktebene, nicht genügend transparent gemacht werden können, ist die gemeinsame Verpflichtung nach § 38 und § 40 TKG 2003 alleine nicht für die Festlegung des Zugangspreises geeignet. Daher ist die Gleichbehandlungsverpflichtung gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung nicht verhältnismäßig; eine Entgeltkontrolle ist als speziellere und verhältnismäßigere Verpflichtung vorzuziehen.

Der vergleichsweise strenge Regulierungsmaßstab der Kostenorientierungsverpflichtung ist nicht angemessen, da das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise auf dem gegenständlichen Markt abgeschwächt ist. Dies gilt sowohl für terminierende Segmente von Mietleitungen als auch für terminierende Segmente von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite. So legen in Bezug auf Mietleitungen bereits die Marktanteile nahe, dass der Wettbewerbsdruck in diesem Bereich (dh ohne Berücksichtigung von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite) deutlich stärker ausgeprägt ist als auf anderen Mietleistungsmärkten (wie zum Beispiel im Bereich niedriger Bandbreiten bis einschließlich 2,048 Mbit/s). Neben Telekom Austria ist auf gewissen Strecken auch ein weiterer Wettbewerber aktiv. Zudem konnten mehrere Mitbewerber in den letzten Jahren signifikante Marktanteile gewinnen. In Bezug auf Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite ist festzuhalten, dass es sich hierbei um ein vergleichsweise neues Produkt handelt, dh, dass - wenn man die hohen Zuwachsraten betrachtet - entsprechende Skalenvorteile ggf noch nicht realisiert werden konnten. Weiters ist davon auszugehen, dass Unsicherheit über die zukünftigen Kosten in diesem Teilbereich des Marktes besteht. Hinzu kommt, dass der Preissetzungsspielraum für Telekom Austria bei Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite in gewissem Umfang durch Mietleitungen beschränkt wird. Insgesamt liegt daher der Schluss nahe, dass das Wettbewerbsproblem überhöhter Preise auf dem gegenständlichen Markt deutlich abgeschwächt ist und die Auferlegung einer Kostenorientierungsverpflichtung deshalb nicht mehr angemessen ist.

Daher ist stattdessen eine Entgeltkontrolle in Form einer Price-Cap-Regulierung vorzuziehen. Konstituierendes Merkmal der Price-Cap-Regulierung ist eine Preisobergrenze für einzelne Produkte bzw bestimmte Produktgruppen (auch: „Güterkörbe“), wobei unter Berücksichtigung der Preisbeschränkungen allenfalls generierte Gewinne vom regulierten Unternehmen einbehalten werden können und so einen Anreiz zur Effizienzsteigerung darstellen. Der Price-Cap selbst wird im allgemeinen innerhalb eines festgesetzten Zeitrahmens gemäß einer vorherbestimmten Regel, die Produktivitätsfortschritt, Inflation sowie sonstige exogene Faktoren widerspiegeln soll, periodisch angepasst. Nach Ablauf dieses Zeitrahmens werden die einzelnen Anpassungsfaktoren und Gewichtungen von der Regulierungsbehörde erneut auf ihre Angemessenheit hin überprüft und ggf neu definiert. Die nachstehende Gleichung zeigt die Standardausprägung einer Price-Cap Formel, wonach die Preise in Periode $t+1$ (p^{t+1}) folgende Bedingung zu erfüllen haben:

$$\frac{\sum_{i=1}^n p_i^{t+1} q_i^t}{\sum_{i=1}^n p_i^t q_i^t} \leq 1 + RPI^t - X$$

Dabei bezeichnet q_i^t die Mengen von Produkt i in Periode t , RPI^t die Inflationsrate in Periode t und X das (erwartete) Produktivitätswachstum. Demgemäß sieht die Price-Cap-Spezifikation vor, dass das regulierte Unternehmen die realen Preise ggf periodisch um einen bestimmten exogenen Faktor (X) absenkt. Damit sollten sich Outputpreise an der Entwicklung eines wettbewerblichen Umfeldes orientieren bzw deren Änderungsrate am Wachstum der Inputpreise und der Produktivitätssteigerungen. Price-Caps sprechen also unmittelbar das Problem überhöhter Preise an. Zentral für die Price-Cap-Konstruktion ist die Zusammenfassung wettbewerblich gleicher oder ähnlicher Produkte. Im Rahmen der Korbbildung können die für das regulierte Unternehmen verbleibenden Freiheitsgrade festgelegt werden.

Aus ökonomischer Sicht geeignet ist ein Güterkorb, der zwei Produktgruppen umfasst:

- (i) terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s und

- (ii) terminierende Segmente von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s.

Da das Problem überhöhter Preise auf dem gegenständlichen Markt weniger gravierend ist, ist die Preisobergrenze für den Güterkorb (gemessen anhand eines 64kbit/s-Äquivalents) auf Höhe der bestehenden Entgelte festzulegen. Die Umsetzung der og. Formel ist bei Mietleitungen jedoch nicht sinnvoll möglich, da es sich aufgrund der in die Preisbildung jeweils einfließenden Parameter Bandbreite, Leitungslänge und Standort der Leitungsenden nicht um Produkte mit homogenen Preisen handelt und Telekom Austria deshalb zu jeder einzelnen zum Zeitpunkt t verkauften Mietleitung den Preis zum Zeitpunkt t+1 auszuweisen hätte, was bei der hohen Anzahl an Leitungen und aufgrund der Gewährung unterschiedlicher Rabatte sowie des Vertriebs im Rahmen von Projektgeschäften faktisch unmöglich ist. Die konkrete Berechnung erfolgt daher in einer Aggregatsbetrachtung anhand der Umsätze aller Produkte des Güterkorbs bezogen auf ein 64kbit/s-Äquivalent wie folgt:

$$\frac{\frac{\text{Umsätze}^{t+1}}{64\text{kbit/s Äquivalente}^{t+1}}}{\frac{\text{Umsätze}^t}{64\text{kbit/s Äquivalente}^t}} \leq 1 + RPI^t - X$$

In institutioneller Hinsicht ist festzulegen, für welchen Zeitraum („regulatory lag“) die obige Güterkorb-Spezifikation verbindlich sein soll. Als Bezugszeitraum ist das Jahr 2009 heranzuziehen, wobei die regulatorischen Marktanalyseintervalle den relevanten Zeitraum darstellen. Die Price-Cap-Verpflichtung ist bis zum Abschluss der nächsten Marktanalyseverfahren verbindlich festzulegen, wobei im Zuge des nächsten Verfahrens eine Überprüfung ihrer Einhaltung vorzunehmen ist. Ergibt die Überprüfung, dass es zu Überschreitungen des Price-Caps gekommen ist, so sind ggf im Rahmen des nachfolgenden Price-Cap-Geltungszeitraums Anpassungen vorzunehmen. Sicherzustellen ist dabei insbesondere, dass der Anreiz zur Einhaltung der Verpflichtung größer ist als der Anreiz zur Umgehung der Verpflichtung. Im Zusammenhang mit der Überprüfung des Price-Caps sind auch die Struktur des Güterkorbs sowie der Produktivitätsfortschritt zu untersuchen. In diesem Zusammenhang hat Telekom Austria auf Anforderung der Regulierungsbehörde Daten zu entfernungsabhängigen Erlösen und Kosten sowie Umsatzerlöse je Tarif (bei terminierenden Segmenten von Mietleitungen dzt. jeweils für Standardtarif und Städtetarif, bei terminierenden Segmenten von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite dzt. jeweils für die Tarifarten „C“, „L“ und „R“) und entsprechende Mengengerüste (Kapazitäten in 64 kbit/s-Äquivalenten und Anzahl an Leitungen) bereit zu stellen. Für den Fall, dass es im Geltungszeitraum der Price-Cap-Regulierung zu keinen Entgelterhöhungen kommt, kann die Überprüfung auf die Struktur des Güterkorbs sowie den Produktivitätsfortschritt beschränkt bleiben.

Partielle Entgelterhöhungen bei einzelnen Produkten des Güterkorbs sind zulässig, insofern es damit zu keiner über die Inflationsanpassung (siehe unten) hinausgehenden Erhöhung des Durchschnittswertes kommt. Vom regulierten Unternehmen ist jedoch im Falle einer geplanten Entgelterhöhung bei einem Produkt des Güterkorbs ein entsprechender Nachweis hinsichtlich der Kompatibilität mit der Gesamtspezifikation der Price-Cap-Regulierung zu erbringen, wobei anhand von Planrechnungen (aktuelle Umsätze und Mengen sowie Prognoseumsätze und -mengen des von der Entgeltanpassung betroffenen Produkts sowie der übrigen im Güterkorb enthaltenen Produkte) plausibel darzulegen ist, dass der neue Tarif mit der Gesamtspezifikation für den gesamten Geltungszeitraum der Anordnung vereinbar ist.

Hinsichtlich der Inflationsanpassung (*RPI*) werden Price-Caps üblicherweise an den Index der Verbraucherpreise (VPI) oder an einen bestimmten Inputfaktor gekoppelt. Für den VPI spricht, dass dieser als zentraler Indikator zur Beurteilung der Geldwertentwicklung (auf Endkundenebene) und als wesentlichster volkswirtschaftlicher wie einzelwirtschaftlicher Orientierungsmaßstab fungiert. Als gesamtwirtschaftlicher Indikator spiegelt der VPI in gewissem Maße auch allgemeine Kostensteigerungen im Telekomsektor (insbesondere hinsichtlich Löhne und Sachmittel) wider und hat umgekehrt den Vorteil gegenüber unternehmensindividuellen Indikatoren, dass er nicht vom regulierten Unternehmen beeinflusst werden kann. Im Falle Österreichs kommt damit die aktuell verfügbare Indexreihe des „Verbraucherpreisindex 2005“ (VPI 2005) zur Anwendung. Die konkrete Implementierung besteht darin, dass eine durchschnittliche Erhöhung der Entgelte erst bei einer kumulierten Inflation von 5% (auf Basis des VPI) zulässig ist. Ferner soll der Ausgangsindexwert gemäß VPI 2005 möglichst zeitnah zur regulatorischen Gültigkeit des Güterkorbs sein. Entsprechend dem Bezugszeitraum ist auf den Indexwert im Dezember 2009 zurückzugreifen.

Hinsichtlich der Bestimmung des X-Faktors ist grundsätzlich das durchschnittliche Produktivitätswachstum für den Gültigkeitszeitraum der Price-Cap-Anordnung abzuschätzen. Da dies im Hinblick auf branchenspezifische als auch im Hinblick auf märktespezifische Produktivitätsentwicklungen schwierig ist und eine Abschätzung der zu erwartenden Produktivitätsfortschrittsrate des regulierten Unternehmens zum Teil (zusätzliche) detaillierte disaggregierte Unternehmensdaten erfordert, ist aus ökonomischer Sicht statt einer fehleranfälligen Bestimmung des X-Faktors als pragmatische Lösung $X=0$ vorzuziehen, die sich – neben Informationsproblemen – dahingehend rechtfertigen lässt, als das Problem überhöhter Preise gering ist und dem Produktivitätsfortschritt – so er nicht weitergegeben wird und sich die wettbewerblichen Verhältnisse nicht positiv verändern – ggf im Rahmen einer Neudefinition Rechnung getragen werden kann.

Anspruch auf einen Umsatzrabatt sollen jene Vorleistungsbezieher haben, die die künftigen Standardangebote nutzen.

5.3. Gleichbehandlungsverpflichtung und Standardangebot

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Entgeltkontrolle werden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Markt (dem Endkundenmarkt) geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene neben dem Preis auch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu seinen Gunsten zu beeinflussen. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt zB das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Ist ein Zugangspreis festgelegt und die Preissetzung damit dem Unternehmen entzogen, so hat das marktmächtige Unternehmen einen Anreiz, seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen zu erhöhen. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten am nachgelagerten Markt erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene führt.

Das Unternehmen hat also (ökonomische) Anreize zu den oben angeführten Praktiken der Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung aus ökonomischer Sicht eine Gleichbehandlungsverpflichtung

sinnvoll, die sich auf notwendige, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Da es sich bei den marktgegenständlichen terminierenden Segmenten um (technisch gesehen) komplexe Produkte handelt, wird zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung zudem die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes als erforderlich angesehen. Aufgrund der Komplexität des Produktes erscheint eine umfassende Spezifizierung für die Effektivität der Regulierung unerlässlich.

Das bestehende Standardangebot der Telekom Austria wurde nur von zwei Betreibern unterschrieben und konnte bisher keine wettbewerblichen Impulse auf der Endkundenebene geben. Eines der Hauptprobleme mit dem bestehenden Angebot ist laut Angabe der Betreiber, dass die Kundenstandorte von Kunden alternativer Betreiber nicht hinreichend konzentriert sind, sodass sich eine Koppelung (angesichts der anfallenden Umrüstkosten) oftmals nicht rechnet. Überdies werden mehrere terminierende Segmente eines Standorts auch bei Bezug außerhalb des Standardangebots schon jetzt üblicherweise auf höherbitratigen Mietleitungen konzentriert (ON 66). Darüber hinaus ist eine Migration hin zum Standardangebot mit Wechselkosten (Einmalzahlung von € 6.687) verbunden, die einen Umstieg zusätzlich erschweren. Eine Verpflichtung zur Veröffentlichung des bestehenden Standardangebots ist daher aus ökonomischer Sicht nicht abermals aufzuerlegen. Bestehende Verträge auf Basis des alten Standardangebots bleiben davon jedoch unberührt.

Vielmehr soll Telekom Austria binnen vier Wochen nach In-Kraft-Treten des Marktanalysebescheides zwei neue Standardangebote veröffentlichen, welche terminierende Segmente von Mietleitungen bzw. terminierende Segmente von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite in allen gängigen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s abdecken und alle für die Bereitstellung von diesen terminierenden Segmenten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen enthalten. In die Standardangebote sollten darüber hinaus konkrete Angaben über die Entgelte von Vorleistungen für neu zu verlegende Leitungsabschnitte bzw. für Schutzmaßnahmen aufgenommen werden wie die Angabe von Tarifsätzen für Personal- und Transportkosten. Wird einem Kunden ein spezifisches Angebot über Vorleistungen für neu zu verlegende Leitungsabschnitte bzw. über Schutzmaßnahmen gelegt, so soll dieses je anfallender Arbeit (Tätigkeiten, für die Personalkosten anfallen), je verwendeten und verrechneten Materials und je Transportleistung genaue Mengenaufschlüsselungen und Einheitswerte enthalten. Um die erbrachten und zu bezahlenden Leistungen auch nachvollziehen zu können, soll Telekom Austria zur Übermittlung detaillierter Rechnungen verpflichtet werden, die ebenfalls genaue Mengenaufschlüsselungen und Einheitswerte enthalten. Als Nachweis dafür sind den Rechnungen für eine zweifelsfreie Nachvollziehbarkeit geeignete Unterlagen (für Material zB Ausführungspläne, Stücklisten, Massenermittlung, Materialscheine etc.; für Arbeit zB Stundenaufzeichnungen, Arbeitspläne, Rückmeldescheine etc.) beizulegen.

Konkret hat Telekom Austria in Bezug auf die marktgegenständlichen terminierenden Mietleistungssegmente das bestehende Angebot „Digitaler Übertragungsweg“ (AGB, LB, EB) sowie in Bezug auf die marktgegenständlichen terminierenden Segmente von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite das bestehende „Angebot betreffend Wholesale EtherLink Services“ als Standardangebote zu veröffentlichen, wobei von der Verpflichtung zur Veröffentlichung der Standardangebote lediglich die marktgegenständlichen Produkte der oben genannten Angebote umfasst sind. Darüber hinaus haben die Standardangebote Rabattbestimmungen zu enthalten, die einen Umsatzrabatt zumindest im gleichen Ausmaß wie die bislang auf Wiederverkäufer dzt. nicht

anwendbaren Rabattbestimmungen (<http://unternehmen.telekom.at/Content.Node/dateien/rabattbestimmungen.pdf>) vorsehen. Sicherzustellen ist dabei insbesondere, dass bei Migration der bestehenden Verträge keine zusätzlichen Kosten entstehen.

Um Wettbewerbern auf Endkundenseite gleiche Bedingungen zu ermöglichen, sollen die Standardangebote auch Bestimmungen betreffend Qualität in der Form von SLAs (zB Entstörungsbedingungen, Reaktionszeiten) beinhalten.

Die Migrationsmöglichkeit bestehender Mietleitungen auf das neue Standardangebot ist zeitlich unbeschränkt vorzusehen.

5.4. Verpflichtung zur getrennten Buchführung

Da die Entgeltkontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist zudem eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen notwendig. Eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf disaggregierter Ebene ("separated accounts") ist erforderlich, um Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent zu machen. Ein Unternehmen könnte zB im Fall regulierter Vorleistungsprodukte andernfalls einen Anreiz haben, zB gemeinsame Kosten in einem überhöhten Ausmaß jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen. Nur durch getrennte Buchführung ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden.

Da Telekom Austria auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt bzw voraussichtlich verfügen wird (zB terminierende Segmente von Mietleitungen mit niedrigen Bandbreiten, Originierung, Terminierung, Entbündelung) und auch dort das Instrument der getrennten Buchführung auferlegt wurde, ist die Verpflichtung zur getrennten Buchführung angemessen, insbesondere da die inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstruments auf dem vorliegenden Markt gering sind (und erhebliche Synergien bestehen).

Aus ökonomischer Sicht ist die getrennte Buchführung getrennt von den übrigen von Telekom Austria angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 sowie nach den Produkten

- terminierende Segmente von Mietleitungen > 2,048 Mbit/s bis <=155,52 Mbit/s in Gebiet 2 und
- terminierende Segmente von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite > 2,048 Mbit/s bis <=155,52 Mbit/s in Gebiet 2

vorzunehmen.

Um Kostenverschiebungen zwischen regulierten und nicht regulierten Bereichen hintanzuhalten und damit eine verursachungsgerechte Zuordnung von Kosten sicherzustellen, ist darüber hinaus die getrennte Buchführung - gegliedert nach den Gattungen „Mietleitungen“ und „Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite“ - auch für

- den Bereich der terminierenden Segmente von Mietleitungen und Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite > 2,048 Mbit/s bis <=155,52 Mbit/s in Gebiet 1,
- den Bereich der terminierenden Segmente von Mietleitungen und Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite > 155,52 Mbit/s,

- den Bereich der Trunk-Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite und
- den Bereich der Endkundenmietleitungen > 2,048 Mbit/s

erforderlich, für die jeweils eine getrennte Darstellung zu erfolgen hat.

Im Rahmen der notwendigen Operationalisierung der getrennten Buchführung 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.

Die Details der konkreten Ausgestaltung werden von der Regulierungsbehörde im Rahmen einer regelmäßigen Überprüfung spezifiziert.

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum gegenständlichen Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen sowie den einzelnen Indikatoren, ergeben sich aus den eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchungen der Amtssachverständigen im wirtschaftlichen Gutachten (ON 51). Soweit die Amtssachverständigen zur Datenqualität der dem Gutachten zugrunde liegenden Zahlen dargelegt haben, dass aus Gründen der Verfahrensökonomie sowohl auf Daten aus der „Nacherhebung“ als auch (etwa bei der Anzahl der Anbieter der marktgegenständlichen Produkte in „Gebiet 2“ (vgl Pkt 2. der Sachverhaltsfeststellungen) auf solche aus der „Plausibilitätserhebung“ zurückgegriffen wurde (ON 51, S. 19), ist dies nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht zu beanstanden, da beide Erhebungen im Wesentlichen einer Absicherung der Korrektheit der auf Basis dieser Zahlen und Fragenbeantwortungen getroffenen Aussagen dienen.

Die Feststellung, dass mehrere terminierende Segmente eines Standorts schon jetzt üblicherweise auf höherbitratigen Mietleitungen konzentriert werden, ergibt sich aus dem glaubwürdigen Vorbringen der Verizon (ON 66).

In der Folge wird auf weiteres Vorbringen der Verfahrensparteien eingegangen, soweit sich dieses auf die gegenständliche Feststellung beträchtlicher Marktmacht und die Festlegung konkreter spezifischer Verpflichtungen bezieht.

Einleitend ist darauf zu verweisen, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (vgl etwa Erkenntnisse vom 31.1.1995, ZI 92/07/0188, und vom 25.4.1991, ZI 91/09/0019), einem schlüssigen Sachverständigengutachten mit bloßen Behauptungen, ohne Argumentation auf gleicher Ebene, in tauglicher Art und Weise nicht entgegengetreten werden kann. Vorbringen gegen ein Sachverständigengutachten, das sich darauf beruft,

dass das Gutachten mit den Erfahrungen der in Betracht kommenden Wissenschaft in Widerspruch stehe, muss diese Behauptung aber – und zwar tunlichst unter präziser Darstellung der gegen das Gutachten gerichteten sachlichen Einwände – durch das Gutachten eines anderen Sachverständigen unter Beweis stellen. Eine bloß gegenteilige Behauptung genügt nicht.

Die Anmerkungen in der Stellungnahme der Energie AG Oberösterreich Data GmbH (ON 67) bestätigen teilweise die auf der Grundlage des wirtschaftlichen Gutachtens getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zur Marktmacht der Telekom Austria, zB in Bezug auf Vorteile der Telekom Austria aufgrund der Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur oder die Existenz von Markteintrittsbarrieren und Preissetzungsspielräumen der Telekom Austria. Das Vorbringen, dass das Gutachten bei der Untersuchung des Vorliegens von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur nicht zwischen Verbindungsleitungen zwischen Gemeinden und der Netzinfrastruktur innerhalb einer Gemeinde differenziert habe, erweist sich angesichts des Wortlauts des Gutachtens als unzutreffend; vielmehr wurde gerade diese Thematik eingehend behandelt. Im wirtschaftlichen Gutachten (ON 51, S. 28/29) wird hierzu ausgeführt: „Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur ausüben kann, sind zwei Dimensionen der Infrastruktur zu unterscheiden. Zum einen ist zu prüfen, ob Betreiber in der Lage sind, Anbindungen zwischen unterschiedlichen Gemeinden herzustellen (Teil des Übertragungstechnischen Netzes), zum anderen ist eine Abschätzung über die Möglichkeit der Anbieter, innerhalb einer Gemeinde Endkunden anbinden zu können (Anschlussnetz), zu treffen. (...) Um das Ausmaß der tatsächlich vorhandenen Infrastruktur zwischen Gemeinden bewerten zu können, wurden von den Gutachtern die Netzpläne der größten Betreiber (alle Betreiber der „großen“ Stichprobe; ohne Anschlussnetz) ausgewertet. (...) Die Beurteilung, ob Betreiber innerhalb einer Gemeinde terminierende Segmente anbieten können, stützt sich auf die Auswertung der geographischen Zuordnung der Netzabschlusspunkte von tatsächlich vermieteten terminierenden Segmenten bis einschließlich 2,048 Mbit/s, die auf eigener oder übertragener Infrastruktur basieren.“ Im Gegensatz zur von der Energie AG Oberösterreich Data vertretenen Auffassung sind zur Beurteilung der Replizierbarkeit von Mietleitungsangeboten der Telekom Austria für alternative Netzbetreiber nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht nur die Netzinfrastruktur innerhalb einer Gemeinde, sondern auch Verbindungen zwischen Gemeinden maßgeblich. Nach den auf Basis des wirtschaftlichen Gutachtens getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ist Telekom Austria bei terminierenden Segmenten zwischen Gemeinden in über 70% der versorgten Gemeinden der einzige Betreiber und hält in Bezug auf die Netzinfrastruktur innerhalb einer Gemeinde sogar in 90% der 32 größten Gemeinden Österreichs mehr als 70% der Netzabschlusspunkte; beides zeigt, dass Telekom Austria sowohl in Bezug auf das Übertragungstechnische Netz als auch in Bezug auf das Anschlussnetz über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt. Gründe für eine Nichteinbeziehung von Verbindungen zwischen Gemeinden sind nicht ersichtlich.

Zur Kritik der Tele2 (ON 79), dass mit den vorliegenden Daten eine Entgeltkontrolle nicht möglich und die Lockerung der Entgeltkontrolle mangels Lieferung der erforderlichen Daten durch Telekom Austria deshalb nicht gerechtfertigt sei, ist festzuhalten, dass die Feststellungen zum Umstieg auf einen Price-Cap aus ökonomischer Sicht plausibel erscheinen, weshalb keine Veranlassung besteht, die von Tele2 begehrten zusätzlichen Erhebungen durchzuführen. Die Zweifel der Tele2, ob sich die bei einem Price-Cap zugrunde zu legenden Daten auf Ist-Umsätze oder theoretische Umsätze beziehen bzw, ob Preisreduktionen seit 2003 berücksichtigt werden, werden durch die Klarstellung in Spruchpunkt B.3.1. und die flankierenden Nachweispflichten in Spruchpunkt B.3.3. ausgeräumt, wonach die Berechnung auf aktuellen Umsatzerlösen (Jahr 2009) und damit auf Ist-Entgelten basiert.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Marktdefinition der RTR-GmbH

Der verfahrensgegenständliche Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis inkl. 155,52 Mbit/s“ ist in §§ 1 Z 8, 2 Z 2 TKMV 2008 (BGBl II Nr 505/2008) als einer von mehreren nationalen Märkten definiert, die ggf für eine sektorspezifische Regulierung relevant sind (§ 36 TKG 2003). Aus den erläuternden Bemerkungen ergibt sich, dass dieser Markt terminierende Segmente von Mietleitungen und Ethernetdiensten mit einer garantierten Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s umfasst, jedoch mit Ausnahme solcher terminierender Segmente, deren beide Enden innerhalb derselben der folgenden Gemeinden liegen: Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien. Als terminierende Segmente gelten alle marktgegenständlichen Produkte oder deren Abschnitte auf Vorleistungsebene, die für die Nutzung durch andere Kommunikationsnetz- bzw -dienstebetreiber bereitgestellt werden und nicht als Trunk-Segmente zu klassifizieren sind. Überdies gehören ihm jene terminierenden Segmente an, die ein Kommunikationsnetzbetreiber einem im selben Unternehmen integrierten Kommunikationsdienstebetreiber für das Anbieten von Mietleitungen oder von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite auf Endkundenebene zur Verfügung stellt. Unbeschaltete Kupferdoppeladern und unbeschaltete Glasfaserleitungen sind nicht Teil des Marktes, ebenso wenig Verbindungen mit nutzerseitigen X.25-, ATM-, IP- und Frame-Relay-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten, die die Möglichkeit bieten, das Ziel der Verbindung in Abhängigkeit von den Werten eines Verbindungssteuerungsparameters zu steuern.

In ihrer Stellungnahme zum Entwurf der TKMV 2008 vom 18.12.2008 (ON 80) fordert die Europäische Kommission dazu auf, im Zuge der Notifizierung der vollständigen Marktanalyse das Bestehen unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen in Gebiet 1 und Gebiet 2 detaillierter zu belegen und dabei insbesondere auf die Entwicklung der Marktanteile und Unterschiede in den Preisstrukturen abzustellen. Weiters nimmt die Europäische Kommission darauf Bezug, dass die Regulierungsbehörde von einer hohen Korrelation zwischen der Dichte der Unternehmensstandorte und der Bevölkerungsdichte ausgeht und deshalb die Einwohnerzahl als geeignetes Kriterium für die geografische Differenzierung heranzieht. Sie fordert in diesem Zusammenhang die Behörde auf, diese Korrelation im Zuge der Notifizierung der vollständigen Marktanalyse näher zu belegen.

Eine eingehende Prüfung der Marktsituation hat ergeben, dass die Marktanteile von Telekom Austria (Anzahl Leitungen) in Gebiet 1 deutlich niedriger sind als in Gebiet 2 (ON 81). Dies trifft für das Jahr 2007 wie für das Jahr 2008 gleichermaßen zu. Während der Marktanteil von Telekom Austria in Gebiet 2 im Jahr 2008 bei 40% liegt, beträgt der entsprechende Wert für das Gebiet 1 lediglich 26%. Hinzu kommt, dass die Entwicklung der Marktanteile über beide Jahre nahe legt, dass die wettbewerblichen Unterschiede über die Zeit zunehmen. Während der Marktanteil von Telekom Austria in Gebiet 2 von 2007 auf 2008 lediglich um einen Prozentpunkt zurückging, ist der entsprechende Wert für Gebiet 1 um 6 Prozentpunkte gesunken. Diese Evidenz zeigt, dass der Wettbewerbsdruck in Gebiet 1 deutlich stärker ist als in Gebiet 2, womit die Ergebnisse der Marktabgrenzung bestätigt werden.

Hinzu kommt, dass auf dem verfahrensgegenständlichen Markt die Kunden Mietleitungen häufig als Teil eines „Projektgeschäfts“, dh als Teil einer Komplettlösung im Bündel mit anderen Dienstleistungen nachfragen. Nach Pkt 3.6. der Feststellungen werden die Preise

dann in individuellen Verhandlungen festgelegt und sind daher kaum zu erheben, zumal die tatsächlich verlangten Preise meist von den Listenpreisen abweichen. Festgestellt kann jedoch werden, dass auf alle Gemeinden des Gebiets 1 der Städtetarif, der geringere Preise als der Standardtarif beinhaltet, anwendbar ist (ON 81).

Hinsichtlich der Korrelation zwischen Dichte der Unternehmensstandorte und der Bevölkerungsdichte in Österreich ist festzuhalten, dass der entsprechende Korrelationskoeffizient 0,86 beträgt (ON 81). Dieser Wert zeigt, dass ein signifikanter Zusammenhang zwischen den beiden Indikatoren besteht.

2. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

Nach § 37 Abs 1 TKG 2003 führt die Telekom-Control-Kommission (§ 117 Z 6 TKG 2003) von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Union in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durch.

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig („Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, in der Folge „Leitlinien“, ABI C 165/6 vom 11.7.2002): Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine Ex-ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield-Ansatz“). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: „Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [...]. Da Beweise für oder Aufzeichnungen über vergangenes Verhalten oftmals fehlen dürften, muss sich die Marktanalyse hauptsächlich auf Prognosen stützen. [...] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz 70, 71 der Leitlinien).

3. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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 näher bezeichnete Kriterien, die in § 35 TKG 2003 gelistet sind, zu berücksichtigen.

4. Zur rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten (Spruchpunkt A.)

Nachfolgend werden die zu Pkt 3. des Sachverhalts getroffenen Feststellungen unter dem Aspekt des Vorliegens von Wettbewerb am Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s (Vorleistungsmarkt)“ bewertet.

4.1. 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. 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.

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.

Der Marktanteil von Telekom Austria liegt mit 40% (Anzahl an Leitungen) bei der Vermutungsschwelle für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Dennoch ist Telekom Austria weiterhin der mit Abstand größte Marktteilnehmer. Von besonderer Relevanz bei der Beurteilung dieses Indikators ist die stark wachsende Bedeutung von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite (Wachstumsraten von 180%). In diesem Teilbereich des Marktes hält Telekom Austria Marktanteile von rund 80% (bei Anzahl an Leitungen) bzw 85% (bei 64kbit/s Äquivalenten). Nach den Feststellungen ist davon auszugehen, dass diese auf absehbare Zeit sehr hoch bleiben werden, da die größten Wettbewerber von Telekom Austria am Gesamtmarkt Ethernetdienste bislang nicht oder erst seit Kurzem anbieten und alle übrigen Betreiber nur geringe Marktanteile haben bzw auch durch die vorhandene Infrastruktur beschränkt sind. Dies umso mehr, als erkennbar ist, dass ein wesentlicher Teil der Nachfrage nach Ethernetdiensten durch Anforderungen des Mobilfunkbereichs entstehen wird (Entwicklung bei mobilem Breitband, LTE). Diese Unternehmen mit ihrer flächendeckenden Infrastruktur haben primär ein Interesse an One-stop-shopping-Lösungen, sodass Anbieter mit nur regional/lokal begrenztem footprint gegenüber der flächendeckenden Infrastruktur der Telekom Austria in ihren Angebotsmöglichkeiten klar im Nachteil sind. Eine Versorgung von Basisstationen der österreichischen Mobilfunknetze über (breitbandigen) Richtfunk kommt nur beschränkt als Alternative in Betracht, da der Richtfunk eine Sichtverbindung erfordert, die aufgrund der topografischen Verhältnisse nur teilweise gegeben ist. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der massiv steigenden Nachfrage nach Ethernetdiensten ist davon auszugehen,

dass der Marktanteil der Telekom Austria am Gesamtmarkt künftig substantiell steigen wird. Insgesamt kann jedoch anhand des Kriteriums Marktanteile alleine keine abschließende Beurteilung bzgl. des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung vorgenommen werden.

4.2. Markteintrittsbarrieren

Die Liste der Kriterien für alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs 2 Z 2 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 unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten (Rz 80 der Leitlinien).

Der 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.

Markteintrittsbarrieren auf dem Markt für terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s sind vor allem aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten für potenziell neu in den Markt eintretende Unternehmen als hoch einzustufen. Durch die geringe und vielfach geografisch disperse Nachfrage auf dem gegenständlichen Markt ist die Realisierung von Skalenvorteilen zudem erschwert.

4.3. 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“.

Da die meisten am Markt tätigen Unternehmen die Erbringung von Mietleitungsdiensten mit der Erbringung von anderen infrastrukturbasierten Leistungen verbinden (wie zB Betreiber von Festnetz-Sprachtelefonie, Kabelnetzbetreiber oder Energieversorger), verfügen fast alle am Markt tätigen Unternehmen zumindest in einem gewissen Ausmaß über eigene Infrastruktur. Eine Betrachtung der Netzabschlusspunkte von terminierenden Segmenten auf Basis eigener Infrastruktur je Bundesland zeigt, dass Telekom Austria und Tele2 die einzigen größeren am Markt tätigen Unternehmen sind, die bundesweit terminierende Segmente vermieten. In allen Bundesländern gibt es jedoch lokale Betreiber, die teilweise im jeweiligen Bundesland über signifikante Anteile verfügen. Dennoch ist offensichtlich, dass Telekom Austria in über 70% der versorgten Gemeinden der einzige Betreiber und somit das Unternehmen mit der bei weitem ubiquitärsten Infrastruktur ist. Hieraus ergibt sich, dass Telekom Austria in weiten Teilen des Marktes, insbesondere in dünner besiedelten Gebieten, über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt.

4.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird im TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung (§ 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 Infrastrukturausdehnung der Telekom Austria ist die Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht durch Einholen und Vergleich verschiedener Angebote bzw durch den Wechsel zu einem anderen Betreiber oft nur eingeschränkt möglich. Die Feststellungen in Bezug auf die Nachfrageseite zeigen, dass die beiden größten unabhängigen Abnehmer der Telekom Austria (nach dem Tochterunternehmen mobilkom Austria) 2007 zwar für 24% bzw 8% aller Umsätze für Trunk- und terminierende Segmente verantwortlich zeichneten und die Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht daher nicht auszuschließen ist, auf alle anderen Kunden jedoch ein wesentlich geringerer Anteil am Umsatz entfällt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die der Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zu Grunde liegenden Daten auch nicht-marktgegenständliche Produkte einschließen (vgl Pkt 3.4. der Sachverhaltsfeststellungen; so sind u. a. Trunk-Segmente ebenso enthalten wie terminierende Segmente bis einschließlich 2,048 Mbit/s) und dass die beiden größten externen Nachfrager vor allem Mietleitungen mit Bandbreiten bis einschließlich 2,048 Mbit/s beziehen. Dies bedeutet, dass die nachfrageseitige Gegenmacht dieser beiden Nachfrager für die gegenständlichen terminierenden Segmente mit hohen Bandbreiten tatsächlich als geringer einzustufen ist.

Nachdem ca. weitere 50 Betreiber als Nachfrager auftreten, ist das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht insgesamt als gering zu bewerten.

4.5. Produktdifferenzierung

Das „Ausmaß der Produktdifferenzierung“ wird im TKG 2003 als ein Indikator für das Vorliegen einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht genannt (§ 35 Abs 2 Z 10 TKG 2003). 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 vom ökonomischen Standpunkt aus grundsätzlich als homogenes Produkt zu bewerten. Differenzierungsmöglichkeiten für Betreiber ergeben sich allenfalls durch die Breite der Angebotspalette (zB Geografie, Bandbreite) bzw durch das Anbieten von Bündelprodukten (zB Kombinationen aus Trunk- und terminierenden Segmenten) sowie über Qualitätsparameter. Bezüglich der ersten beiden Aspekte ist Telekom Austria aufgrund ihrer bundesweiten Präsenz sowie aufgrund ihrer Bündelungsmöglichkeiten gegenüber ihren Mitbewerbern im Vorteil.

4.6. Entgelte

Die Möglichkeit, Entgelte 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 Verhalten in Form gemeinsamer Entgelterhöhungen.

Da einerseits für die Betreiber keine Entgelte vorliegen und andererseits höherbitratige Mietleitungen meist in Form von Projektgeschäften verkauft werden, erfolgt die Preisbildung gerade auf diesem Markt überaus intransparent, was systematische Aussagen zum Preissetzungsverhalten einzelner Marktteilnehmer unmöglich macht. Die im Rahmen der Datenabfrage zur Marktabgrenzung erhobenen typischen Preise für Vorleistungsmietleitungen mit hoher Bandbreite (34 Mbit/s) zeigen, dass die Preise der Telekom Austria (welche den genehmigten Listenpreisen entsprechen) zum Teil über und zum Teil unter jenen der alternativen Anbieter liegen. Berücksichtigt man die vorstehenden Ausführungen und den nach den Sachverhaltsfeststellungen geringen Umfang der Stichprobe, liefert die Analyse der Entgelte keinen eindeutigen Hinweis in Bezug auf die Preissetzungspolitik von Telekom Austria.

4.7. Sonstige Indikatoren

Andere Indikatoren wie zB Performancemaße, Preispolitik und –entwicklung, Vorteile aus der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (§ 35 Abs 2 Z 7 TKG 2003, Rz 78 der Leitlinien) oder der technologiebedingte Vorsprung (§ 35 Abs 2 Z 6 TKG 2003, § 78 der Leitlinien) sowie das Ausmaß vertikaler Integration (§ 35 Abs 2 Z 9 TKG 2003, § 78 der Leitlinien) sind am Markt für terminierende Segmente wenig relevant.

4.7.1. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation

Da es sich beim Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s um einen Vorleistungsmarkt handelt, ist zum Vertrieb der Produkte keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie zB ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

4.7.2. Technologiebedingter Vorsprung

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

4.8. Zusammenfassende rechtliche Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse

Die Prüfung der zu den einzelnen in § 35 Abs 2 TKG 2003 angeführten Marktmacht-Indikatoren getroffenen Feststellungen zeigt hohe Markteintrittsbarrieren für potenziell neu in den Markt eintretende Unternehmen aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten. Hinzu kommen die ubiquitäre Präsenz der Telekom Austria mit eigener Infrastruktur in allen Bundesländern sowie Vorteile bei der Produktdifferenzierung und das insgesamt geringe Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht. In den meisten Gemeinden ist Telekom Austria der einzige Betreiber, oft steht Telekom Austria nur mit einem weiteren Betreiber im

Wettbewerb. Der Marktanteil von Telekom Austria liegt bei 40% (Anzahl Leitungen) bzw 30% (Kapazitäten). Im Sinne einer zukunftsgerichteten Analyse ist jedoch besonders auf die Marktposition von Telekom Austria in dem stark wachsenden Bereich der Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite abzustellen, wo Telekom Austria Marktanteile von über 80% hält.

Insgesamt führen die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zu dem Ergebnis, dass auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s“ kein selbsttragender (infrastrukturbasierter) Wettbewerb herrscht und dass Telekom Austria nach Untersuchung der in § 35 Abs 2 TKG 2003 angeführten Indikatoren auf dem gegenständlichen Markt über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 verfügt.

Daher war wie in Spruchpunkt A. zu entscheiden.

E. Zu den spezifischen Verpflichtungen nach dem TKG 2003 (Spruchpunkt B.)

1. Allgemeines

Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen, sind geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Dabei sind grundsätzlich Verpflichtungen zur Gleichbehandlung (§ 38 TKG 2003), zur Transparenz (§ 39 TKG 2003), zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003), zur Gewährung des Zugangs zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen (§ 41 TKG 2003), zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang (§ 42 TKG 2003) denkbar. Da es sich beim Markt für terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s mit Ausnahme solcher terminierenden Segmente, deren beide Enden innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, um einen Vorleistungsmarkt handelt, sind die Bestimmungen in den §§ 43 - 45 TKG 2003 nicht relevant, weil es sich hierbei um Maßnahmen für Endkundenmärkte handelt. § 46 TKG 2003 bezieht sich auf „Bereitstellung des Anschlusses an das feste öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten“ und ist deshalb im Zusammenhang mit Mietleistungsmärkten nicht anwendbar. Gemäß § 47 Abs 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen.

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. Wie auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird ausdrücklich auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (Art 8 Abs 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs 4 der Zugangs-RL und Art 17 Abs 2 der Universaldienst-RL, jeweils idF 7.03.2002). 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 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).

2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

Unter Bezugnahme auf die festgestellten Wettbewerbsprobleme, die Regulierungsziele des TKG 2003 und des Europäischen Rechtsrahmens sowie die von der ERG aufgestellten Grundsätze werden in der Folge Auswahl und Anwendung der der Telekom Austria auferlegten spezifischen Verpflichtungen dargestellt. Diese sind komplementäre und nicht alternative Instrumente. Jedes für sich dient dazu, einzelnen Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Nur beim Einsatz aller im konkreten Fall vorgesehenen Instrumente ist sichergestellt, dass die Wettbewerbsprobleme tatsächlich hintangehalten werden können.

2.1. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen (Spruchpunkt B.1.)

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s mit Ausnahme solcher terminierender Segmente, deren beide Enden innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, auf die Endkundenmietleitungsebene kann durch Auferlegung einer Zugangsverpflichtung gemäß § 41 TKG 2003 behoben werden, mit welcher der Zugang anderer Kommunikationsdienstbetreiber zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt am gegenständlichen Markt sicher gestellt wird. Zugang zu terminierenden Segmenten kann die Markteintrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich reduzieren und so für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgen. Da es sich bei den marktgegenständlichen terminierenden Segmenten zu einem wesentlichen Teil um nicht leicht ersetzbare Infrastruktur handelt (siehe Pkt 3.3. der Sachverhaltsfeststellungen), erscheint eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie als das einzige effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Grundsätzlicher Zweck einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs zu verhindern und die Bedingungen des Zugangs zu spezifizieren.

§ 41 Abs 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Unter Abs 2 leg cit werden die Möglichkeiten des Zugangs näher spezifiziert (darunter die Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen, vgl Art 12 Zugangs-RL).

Zwar sollten Betreiber Zugangs- ebenso wie Zusammenschaltungsverhältnisse primär auf privatrechtlicher Basis eingehen. Nach dem EU-Rechtsrahmen und dem TKG 2003 gilt der Grundsatz des Vorrangs der vertraglichen Regelung von Zugang – und Zusammenschaltung als wesentlichster Form des Zugangs – vor hoheitlicher Regulierung (Art 5 Abs 4, Erwägungsgrund 5 der Zugangs-RL; Stratil, TKG 2003, Rz 1 zu § 41 TKG 2003).

Grundsätzlich wäre für die Sicherstellung des Zugangs zu einem Vorleistungsprodukt auch § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) in Erwägung zu ziehen. Da aber die von der Telekom Austria intern bereitgestellten Produkte nicht hinreichend transparent sind, ist die Gleichbehandlungsverpflichtung nicht geeignet, einen adäquaten Zugang sicherzustellen.

Eine Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet, um den Zugang zu einem geeigneten Vorleistungsprodukt am Markt für terminierende Segmente mit hohen

Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s mit Ausnahme solcher terminierenden Segmente, deren beide Enden innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, sicherzustellen.

Prinzipiell hat Telekom Austria auf zumutbare Nachfrage Zugang zu den marktgegenständlichen von ihr angebotenen terminierenden Segmenten von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s und dafür notwendigen Annex-Leistungen (wie etwa Kollokation) zu ermöglichen.

Durch die Verpflichtung von Telekom Austria, eine Übergabe der og. terminierenden Segmente mit hohen Bandbreiten an demjenigen Standort zu ermöglichen, der der Nachfrage des Kunden (zB Übergabe am NÜP oder am kundenseitigen Pol) entspricht, soll gewährleistet werden, dass Telekom Austria den Zugang zu terminierenden Segmenten in umfassendem Ausmaß ermöglicht. Dies beinhaltet, dass ein Zugang zu terminierenden Segmenten mit hohen Bandbreiten entsprechend dem Kundenbedürfnis an all jenen Punkten realisiert wird, an welchen Telekom Austria mit eigener Infrastruktur vertreten ist. Zur Sicherstellung einer effizienten Nutzung vorhandener Mietleitungsinfrastruktur soll dabei eine Übergabe von terminierenden Segmenten der Telekom Austria mit hohen Bandbreiten sowohl auf Basis eigener Infrastruktur des Nachfragers als auch auf Infrastruktur anderer Kommunikationsdienstbetreiber zulässig sein. Bei der Beurteilung entsprechender Nachfragen ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission jedoch darauf Bedacht zu nehmen, dass eine Realisierung der Nachfrage für Telekom Austria aus technischer und wirtschaftlicher Sicht vertretbar ist.

Die Verpflichtung, auf Nachfrage die Koppelung von Mietleitungen mit niedrigen Datenraten auf höherbitratige Mietleitungen zu ermöglichen, wurde nicht wieder auferlegt. Der Umstand, dass das bestehende Standardangebot betreffend Wholesale-Mietleitungen von den Marktteilnehmern unzureichend angenommen wurde, hat gezeigt, dass nur geringes Interesse an einer Erzielung entsprechender Größenvorteile besteht. Da mehrere terminierende Segmente eines Standorts schon jetzt üblicherweise auf höherbitratigen Mietleitungen konzentriert werden, was durch die Ausführungen der Verizon (ON 66) bestätigt wird und für alle Beteiligten technisch bzw wirtschaftlich vorteilhaft ist, besteht an der erneuten Aufnahme einer entsprechenden Verpflichtung anders als von Verizon angeregt kein Bedarf.

Die Verpflichtung, dass Telekom Austria gemäß § 41 Abs 1 Z 6 TKG 2003 Zugang zu allen erforderlichen Infrastrukturteilen bzw Diensten (zB Kollokation) sowie Annexleistungen gewährleisten muss, die für den Zugang zu terminierenden Segmenten erforderlich sind, soll sicherstellen, dass eine Bedienung der Nachfrage von Kommunikationsdienstbetreibern in Bezug auf den Zugang zu terminierenden Segmenten nicht deshalb unterbleibt, weil die zu einer Verwirklichung des Zugangs notwendigen Nebenleistungen wie zB die Zurverfügungstellung von Kollokation oder Elektrizitätsversorgung durch die Telekom Austria nicht erfolgt.

Weiters wurde der Telekom Austria auch die Verpflichtung auferlegt, dass der Zugang zu den marktgegenständlichen terminierenden Segmenten ungebündelt zu erfolgen hat; dh, der Nachfrager darf nicht verpflichtet werden, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er nicht nachgefragt hat. So ist zB eine verpflichtende Bündelung von terminierenden Segmenten mit Trunk-Segmenten unzulässig. Existiert Zugang zu (ungebündelten) terminierenden Segmenten auf der Vorleistungsebene, so kann das entsprechende Bündel von den Mitbewerbern am Vorleistungsmarkt repliziert werden,

wodurch die Möglichkeiten zur horizontalen Marktmachtübertragung durch Telekom Austria stark eingeschränkt werden.

Hingegen sind spezifische Verpflichtungen betreffend die Verwendung eines terminierenden Segments als „Joining Link“ nicht vorzusehen. Joining Links als Mietleitungen zwischen zwei Netzen unterscheiden sich insofern von anderen Mietleitungen, als sie für die direkte Zusammenschaltung verwendet werden und allenfalls ein Zusammenschaltungspartner kein Interesse an der Realisierung eines Joining Links haben könnte. Fragen der direkten Zusammenschaltung mittels Joining Links sind im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung zu lösen; die Kosten und deren Aufteilung bei der Nutzung von terminierenden Segmenten als Joining Link für die Zusammenschaltung sind durch § 49 Abs 3 TKG 2003 geregelt, der unabhängig von den für terminierende Segmente auferlegten spezifischen Verpflichtungen Anwendung findet. Im Streitfall kann bei Notwendigkeit der Anordnung eines Entgelts in Bezug auf Joining links zur Beurteilung der Angemessenheit eines Sockelbetrages auf die Entgelte für die entsprechenden Produkte des zukünftigen Standardangebots zurückgegriffen werden. Die für den gegenständlichen Markt auferlegten Zugangsverpflichtungen sind daher insoweit als ausreichend anzusehen.

2.2. Entgeltkontrolle (Spruchpunkte B.3., B.4.)

Die Bestimmung des § 37 TKG 2003 eröffnet der Regulierungsbehörde nicht nur die Möglichkeit, eine (oder mehrere) geeignete spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38ff TKG 2003 auszuwählen und dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht aufzuerlegen, sondern auch die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Verpflichtung (diesfalls zur Entgeltkontrolle) derart zu spezifizieren, dass diese geeignet ist, wettbewerbliche Verhältnisse herzustellen bzw in den Fällen, in denen Wettbewerb faktisch nicht möglich ist, zu simulieren und somit den festgestellten wettbewerblichen Defiziten zu begegnen.

§ 42 Abs 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen, wenn sie in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 feststellt, dass ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte.

§ 42 TKG 2003 ermöglicht verschiedene Varianten der Entgeltkontrolle: so sieht Abs 1 leg cit die Auferlegung von „Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte“ vor. In weiterer Folge (Abs 2 leg cit) werden „an den Kosten orientierte Entgelte“, „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“, „von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung“ sowie die Berücksichtigung von „Entgelten, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten“, angesprochen. Daraus folgt, dass die Regulierungsbehörde – unter Bedachtnahme auf die Verhältnismäßigkeit – die konkrete Ausformung der Entgeltkontrolle entsprechend den Ergebnissen eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 vorzunehmen hat und § 42 TKG 2003 mehrere Möglichkeiten eröffnet; dadurch wird sichergestellt, dass Regulierungsverpflichtungen ausgewählt und auferlegt werden, die „geeignet“ iSd § 37 Abs 2 TKG 2003 (Art 16 Abs 4 RL 2002/21/EG) sind, das konkret festgestellte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen.

Neben der Feststellung beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 weiters voraus, dass „ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte“. Die Verwendung des Konjunktivs zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die

Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten – auf Grund nachvollziehbarer Anreize – praktiziert werden könnte; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen Ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung. Oben zu Pkt D.6.1. der rechtlichen Beurteilung wurde bereits festgestellt, dass Telekom Austria in Abwesenheit von Regulierung ökonomische Anreize hat, überhöhte Entgelte für den Zugang zu terminierenden Segmenten zu verlangen. Ein erhöhter Vorleistungspreis spiegelt sich auch beim Vorleistungsbezieher wider, der die Preiserhöhung idR an den Endnutzer weitergibt. Daraus ist zu folgern, dass Telekom Austria grundsätzlich ihre Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl Stratil [Hg.], TKG 2003, Rz 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorabverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

Bei der Auswahl der Art der Entgeltkontrolle ist jedoch zu berücksichtigen, dass auf dem gegenständlichen Markt das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise abgeschwächt gegeben ist (Wettbewerbskräfte sind stärker, auf gewissen Strecken ist neben Telekom Austria ein weiterer Wettbewerber aktiv, Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite werden erst seit kurzem auf dem Markt angeboten und die (Preis-) Entwicklung ist erst zu beobachten). Vor diesem Hintergrund erscheint der vergleichsweise strenge Regulierungsmaßstab der Kostenorientierungsverpflichtung nicht angemessen. Aus ökonomischer Sicht ist daher von einer Kostenorientierungsverpflichtung abzusehen und stattdessen eine Entgeltkontrolle in Form einer Price-Cap-Regulierung vorzusehen. Die Price-Cap-Regulierung stellt sicher, dass das gegenwärtige reale Preisniveau zumindest nicht überstiegen wird. Der Price-Cap wird innerhalb eines festgesetzten Zeitrahmens unter Berücksichtigung von Produktivitätsfortschritt, Inflation und ggf sonstigen exogenen Faktoren gemäß einer vorherbestimmten Regel periodisch angepasst. Nach Ablauf dieses Zeitrahmens werden die einzelnen Anpassungsfaktoren und Gewichtungen von der Regulierungsbehörde erneut auf ihre Angemessenheit hin überprüft und ggf neu definiert.

Soweit Telekom Austria einen Zwang zu Entgeltanpassungen aufgrund von ihr nicht vorhersehbarer Mengenänderungen befürchtet (zB durch Austausch von Mietleitungen mit niedrigen Bandbreiten gegen solche mit höheren Bandbreiten, generelle Nachfrageänderungen oder den Churn großer Kunden mit hohen Anteilen an Jahresumsatz und gemieteter Bandbreite) und eine Berücksichtigung derartiger Ereignisse bei der Berechnungsweise des Price-Cap verlangt (ON 64), ist ihr entgegen zu halten, dass derartige Faktoren mangels entsprechender Prognostizierbarkeit ohnedies keinen Eingang in eine Price-Cap-Regulierung finden können, da diese eine Festschreibung bestimmter Rahmenparameter bei der Auferlegung der entsprechenden Entgeltkontrollverpflichtung im Marktanalysebescheid voraussetzt. Überdies ist die Umsetzung der auf S. 18 angeführten Standard-Price-Cap-Formel bei Mietleitungen nach den Sachverhaltsfeststellungen nicht sinnvoll möglich, da es sich aufgrund der in die Preisbildung jeweils einfließenden Parameter Bandbreite, Leitungslänge und Standort der Leitungsenden nicht um Produkte mit homogenen Preisen handelt und Telekom Austria deshalb zu jeder einzelnen zum Zeitpunkt t verkauften Mietleitung den Preis zum Zeitpunkt t+1 auszuweisen hätte, was bei der hohen Anzahl an Leitungen und aufgrund der Gewährung unterschiedlicher Rabatte sowie des Vertriebs im Rahmen von Projektgeschäften faktisch unmöglich ist.

Soweit Verizon (ON 66), Tele2 (ON 68), UPC Austria sowie ifunk.at, Peter Rauter GmbH und wv-net GmbH (ON 65) und mehrere am Verfahren beteiligte Energieversorgungsunternehmen den Übergang von einer Kostenorientierungsverpflichtung zu einem Price-Cap-Regime beanstanden, ist auszuführen, dass die letzten Entgeltveränderungen bei den von Telekom Austria angebotenen Endkundenmietleitungen im Jahr 2003 erfolgten und auch die Entgelte des im Frühjahr 2005 erstmals veröffentlichten Standardangebotes der Telekom Austria betreffend Wholesale-Mietleitungen im

Wesentlichen gleich geblieben sind. Dies zeigt, dass die Verpflichtung, die Entgelte für terminierende Segmente an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren, keine Auswirkung auf die tatsächlichen Mietleitungspreise hatte. Vor diesem Hintergrund ist die vorgesehene Flexibilisierung der bestehenden Kostenorientierungsverpflichtung in Form eines Price-Cap gerechtfertigt. Vor diesem Hintergrund war dem entsprechenden Antrag der Tele2 auf Gutachtensergänzung (ON 79) nicht nachzukommen.

Die Kritik von Tele2 (ON 68) und UPC (ON 65), ein Price-Cap könne keinen margin-squeeze verhindern, übersieht, dass ein solcher schon nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unzulässig ist und diesfalls im Rahmen von Aufsichtsverfahren der Telekom-Control-Kommission ohnehin Maßnahmen zu ergreifen sind.

Der von Tele2 befürchteten Diskriminierung durch Anwendung unterschiedlicher Entgelte (ON 68, S. 4) wird mit der Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung begegnet.

Um Vorleistungsnachfragern einen Anreiz zur Migration auf die neuen Standardangebote zu geben, wurde Telekom Austria auch in Bezug auf die marktgegenständlichen terminierenden Segmente mit hohen Bandbreiten zur Gewährung eines Umsatzrabatts in Höhe der geltenden, dzt. jedoch nicht auf Wiederverkäufer anwendbaren Rabattbestimmungen verpflichtet. Hingegen vermag die Telekom-Control-Kommission den Vorschlägen von Verizon und Tele2, den für terminierende Segmente mit niedrigen Bandbreiten vorgesehenen Wiederverkäuferrabatt auf terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten auszudehnen und dort mit 15 – 20% (Verizon, ON 66) bzw 25% (Tele2, ON 68, ON 78) vorzusehen, aufgrund des im Vergleich zu terminierenden Segmenten mit niedrigen Bandbreiten geringeren Ausmaßes an Marktmacht der Telekom Austria nicht zu folgen, weshalb den entsprechenden Anträgen der Tele2 auf Gegenüberstellung der Kosten von Vorleistungs- und korrespondierenden Endkundenmietleitungen und auf Auferlegung einer Verpflichtung zur Gewährung eines Rabatts von zumindest 25% (ON 79) nicht entsprochen wurde. Überdies ist der bisherige Umsatzrabatt nun auch auf Vorleistungsnachfrager anwendbar.

Eine Einbeziehung der Entgelte für eine Leistungserbringung im Rahmen von SLAs in die Gewährung von Rabatten wie von Tele2 gefordert (ON 68) ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht geboten, da die diesen Leistungen zugrunde liegenden Kosten zum überwiegenden Teil aus Personalkosten bestehen und keine economies of scale realisierbar sind.

Zum Vorbringen von ifunk.at, Peter Rauter GmbH, wv.net GmbH und net4you Internet GmbH in der mündlichen Verhandlung, dass Telekom Austria bei Ausschreibungen ihre eigenen Preise unterbiete, hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass in derartigen Fällen – soweit die Vergabe durch eine öffentliche Stelle erfolgt – idR eine Beschwerdemöglichkeit bei der zuständigen Vergabebehörde besteht und dass zudem im konkreten Fall Aufsichtsmaßnahmen nach § 91 TKG 2003 angeregt werden können. Eine generelle Unterbindung derartiger Praktiken, die unabhängig von der Art einer allfälligen Entgeltkontrollverpflichtung vorkommen können, ist mit der Auferlegung spezifischer Verpflichtungen im Rahmen von Marktanalysebescheiden jedoch ohnedies nicht möglich.

2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung (Spruchpunkt B.2.)

Gemäß § 38 Abs 1 und 2 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen. Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige

Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbieten und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, Erläuterung zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (Stratil, TKG 2003, Rz 1 zu § 38 TKG 2003).

2.4. Standardangebot (Spruchpunkt B.5.)

§ 38 Abs 3 TKG 2003 räumt der Regulierungsbehörde die Möglichkeit ein, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte inkl. Rabatte anzugeben. Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (vgl Art 9, 10 Zugangs-RL).

Die Möglichkeit, ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Veröffentlichung eines Standardangebots zu verpflichten, wurde im europäischen Rechtsrahmen im Kontext der Transparenzverpflichtung verankert (Art 9 Abs 2, 3 Zugangs-RL); eine inhaltliche Nähe zwischen diesen beiden möglichen Vorabverpflichtungen ist deutlich gegeben (vgl ERG 06-33, S. 43).

Da es sich bei terminierenden Segmenten von Mietleitungen bzw von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite um (technisch gesehen) komplexe Produkte handelt, ist zur Konkretisierung bzw Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung und zur Erhöhung der Transparenz für die Marktteilnehmer die Auferlegung einer Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 erforderlich, wobei je ein Standardangebot für terminierende Segmente von Mietleitungen (ausgehend von dem bestehenden Angebot „Digitaler Übertragungsweg“) und für terminierende Segmente von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite (ausgehend von dem bestehenden Angebot betreffend Wholesale EtherLink Services) veröffentlicht werden soll. Aufgrund der Komplexität der Produkte ist eine umfassende Spezifizierung insb im Hinblick auf die in den Spruchpunkten 2.1.1. bis 2.1.4. angeführten Zugangsleistungen sowie die Festlegung entsprechender Entgelte unerlässlich.

Die im bestehenden Standardangebot eröffnete Möglichkeit der Koppelung wurde mangels hinreichender Konzentration der Kundenstandorte alternativer Betreiber nicht angenommen. Zudem vermochte das Standardangebot mangels ausreichender preislicher Attraktivität (vgl gemeinsame Stellungnahme von i.funk.at, Peter Rauter GmbH, WV-net GmbH und net4you Internet GmbH, ON 67) aufgrund der für Wiederverkäufer bislang nicht anwendbaren Umsatzrabatte sowie aufgrund zusätzlich anfallender Wechselkosten für die Nutzung der elektronischen Bestelloberfläche bisher keine wettbewerblichen Impulse auf der Endkundenebene zu geben (vgl Pkt 5.3. der Sachverhaltsfeststellungen). Aus den vorgenannten Gründen sieht die Telekom-Control-Kommission von der erneuten Auferlegung der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes in der bisherigen Form ab. Die Telekom-Control-Kommission ist jedoch der Ansicht, dass sich bei Nichtauferlegung der Verpflichtung zur Legung von Standardangeboten für einzelne

Nachfrager eines Zugangs zu den marktgegenständlichen terminierenden Segmenten mit hohen Bandbreiten unterschiedliche Zugangsbedingungen ergeben können. Dies lässt sich angesichts der dominierenden Stellung der Telekom Austria auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten nicht mit dem Regulierungsziel der Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten durch Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen iSd § 1 Abs 2 Z 2 TKG 2003 vereinbaren. Die neuen Standardangebote in Bezug auf Vorleistungsmietleitungen und Vorleistungs-Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite sollten sich deshalb – insb in Bezug auf die Gewährung von Umsatzrabatten bei der Preisgestaltung für die angebotsgegenständlichen Produkte – anders als das bisherige Standardangebot betreffend Wholesale-Mietleitungen an die bestehenden Endkundenangebote anlehnen. Durch die erneute Auferlegung der Verpflichtung zur Legung von Standardangeboten – wenngleich in abgewandelter Form – wird daher dem Regulierungsziel des § 1 Abs 2 Z 2 TKG 2003 entsprochen.

Die Standardangebote haben in Bezug auf die marktgegenständlichen terminierenden Segmente mit hohen Bandbreiten alle gängigen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s abzudecken; dies gilt nicht für terminierende Segmente mit beiden Enden innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien. Die Standardangebote haben in Bezug auf die marktgegenständlichen terminierenden Segmente mit hohen Bandbreiten ausgehend von den bestehenden Angeboten der Telekom Austria „Digitaler Übertragungsweg“ und „Angebot betreffend Wholesale EtherLink Services“ alle gängigen Bandbreiten größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s abzudecken. Darüber hinaus haben die Standardangebote alle für die Bereitstellung der marktgegenständlichen terminierenden Segmente notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen zu enthalten und sind von der Telekom Austria zu veröffentlichen. Weitergehende Leistungen wie zB der Zugang zu EtherLink VPLS-Services sollen im Einzelfall im Zusammenhang mit einer zumutbaren Nachfrage geklärt werden.

In die Standardangebote sind darüber hinaus konkrete Angaben über die Entgelte von Eigen- und Fremdleistungen für neu zu verlegende Leitungsabschnitte bzw für Schutzmaßnahmen aufzunehmen. Dies beinhaltet die Angabe von Tarifsätzen für Personal- und Transportkosten. Wird einem Kunden ein spezifisches Angebot über Vorleistungen für neu zu verlegende Leitungsabschnitte bzw über Schutzmaßnahmen gelegt, so hat dieses je anfallender Arbeit (Tätigkeiten, für die Personalkosten anfallen), je verwendetem und verrechnetem Material und je Transportleistung genaue Mengenaufschlüsselungen und Einheitswerte zu enthalten. Um die erbrachten und zu bezahlenden Leistungen auch nachvollziehen zu können, sind von Telekom Austria detaillierte Rechnungen zu legen, die ebenfalls genaue Mengenaufschlüsselungen und Einheitswerte zu enthalten haben. Als Nachweis dafür sind den Rechnungen für eine zweifelsfreie Nachvollziehbarkeit geeignete Unterlagen (für Material zB Ausführungspläne, Stücklisten, Massenermittlung, Materialscheine etc.; für Arbeit zB Stundenaufzeichnungen, Arbeitspläne, Rückmeldescheine etc.) beizulegen.

Um dem Problem von nachfrageseitigen Wechselkosten zu begegnen, sind u.a. Angaben zu Mindestvertragsdauer, Kündigungsfrist, Art der Vertragsverlängerung sowie Bedingungen der (vorzeitigen) Vertragsauflösung bzw ergänzende Migrationsbestimmungen in die Standardangebote aufzunehmen. Diese Migrationsbestimmungen haben für all jene Nachfrager nach terminierenden Segmenten, die Vorleistungsmietleitungen dzt. auf Basis der geltenden EB/LB von Telekom Austria oder auf Basis der bestehenden Telekom Austria-Angebote betreffend Wholesale-Mietleitungen oder Wholesale-EtherLink-Services beziehen, ein Migrationsszenario zu enthalten, welches einen unbürokratischen und zügigen Umstieg

auf die von den neuen Standardangeboten umfassten Vorleistungs-Mietleitungen bzw – Ethernet-Diensten ohne zusätzliche Kosten und ohne Ausschlussfrist ermöglicht. Letztlich soll es auch zu keinen Dienstbeeinträchtigungen beim Endkunden kommen. Andere Möglichkeiten zur wirksamen Bekämpfung des genannten Wettbewerbsproblems sind nicht ersichtlich.

Da die Regulierungsbehörde gemäß § 38 Abs 4 TKG 2003 Änderungen von Standardangeboten anordnen kann, kann eine Überprüfung der auferlegten Maßnahmen (zB hinsichtlich der Preiskontrolle) durch Einsichtnahme in alle erforderlichen Unterlagen vorgenommen werden. Streitigkeiten über den Inhalt der Standardangebote sind im Bedarfsfall in Verfahren vor der Regulierungsbehörde gemäß § 50 TKG 2003 zu klären.

Um der Telekom Austria die Überarbeitung des bestehenden Standardangebots bzw des Wholesale-Angebots für EtherLink-Services innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu ermöglichen, hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, ihr diesbezüglich eine Frist von vier Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides einzuräumen. Spätestens bis zum Ablauf dieses Zeitraums hat die Telekom Austria der ihr auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung überarbeiteter Standardangebote in Bezug auf den Zugang zu den verfahrensgegenständlichen terminierenden Segmenten nachzukommen. Für die Überarbeitung der Standardangebote sieht die Telekom-Control-Kommission diesen Zeitraum im Hinblick auf die klaren Vorgaben in der gegenständlichen Entscheidung sowie darauf, dass Grundgerüste bereits existieren, jedenfalls als ausreichend an.

2.5. Getrennte Buchführung (Spruchpunkt B.6.)

Gemäß § 40 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten auferlegen, um unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Zu diesem Zweck kann insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Großhandelspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten (vgl Art 11 Zugangs-RL).

Die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erlösen ist zur Unterstützung der Entgeltkontrollverpflichtung in Bezug auf die marktgegenständlichen terminierenden Segmente mit hohen Bandbreiten notwendig (vgl ERG 06-33, S. 44).

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Überprüfung der Einhaltung einer auferlegten Entgeltkontrollverpflichtung notwendig bzw, wenn Kosten und Erlöse allen Produkten verursachungsgerecht zugeordnet werden sollen. Dadurch erst kann im Einzelfall sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw umgekehrt) verschoben werden.

Da die auferlegte Entgeltkontrollverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und diese in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellen, ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung für das ganze Unternehmen zumindest getrennt von den übrigen von Telekom Austria angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 sowie nach den Produkten

- terminierende Segmente von Mietleitungen größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in Gebiet 2

- terminierende Segmente von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in Gebiet 2 (s.o.)

notwendig.

Um Kostenverschiebungen zwischen regulierten und nicht regulierten Bereichen hintanzuhalten und damit eine verursachungsgerechte Zuordnung von Kosten sicherzustellen, ist darüber hinaus die getrennte Buchführung – gegliedert nach den Gattungen „Mietleitungen“ und „Ethernetdienste mit garantierter Bandbreite“ - auch für die Bereiche

- terminierende Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 2,048 Mbit/s bis einschließlich 155,52 Mbit/s in Gebiet 1
- terminierende Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite bis einschließlich 2,048 Mbit/s
- terminierende Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite größer 155,52 Mbit/s
- Trunk-Segmente von Mietleitungen und von Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite
- Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2,048 Mbit/s
- Endkundenmietleitungen größer 2,048 Mbit/s

notwendig. Dies erlaubt eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene, durch welche Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können.

Da Telekom Austria zudem aufgrund ihrer festgestellten Marktmacht 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 inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstruments aufgrund der bisherigen Regulierung von Mietleistungsentgelten gering sind (und erhebliche Synergien bestehen).

Soweit Telekom Austria die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung auf nicht von der TKMV 2008 umfassten Mietleistungsmärkten mit der Begründung ablehnt, dass es sich um nicht regulierte Märkte handle (ON 64, S. 21/22), ist ihr entgegen zu halten, dass die getrennte Buchführung zur Hintanhaltung unerlaubter Quersubventionierung auch Produkte außerhalb der TKMV 2008 erfassen muss, da die Einhaltung der Entgeltkontrollverpflichtung ansonsten nicht effektiv überprüft werden kann und die Entgeltkontrolle damit ins Leere laufen würde. Die Behauptung der Telekom Austria, dass ihr auf unregulierten Märkten spezifische Verpflichtungen auferlegt würden, erweist sich insofern als unzutreffend. Werden einem gemeldeten Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem oder mehreren Märkten Verpflichtungen zur getrennten Buchführung auferlegt, so können diese Verpflichtungen nach Erwägungsgrund 5 der Empfehlung der Kommission 2005/698/EG über die getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme entsprechend dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation vom 19.09.2005, ABl L 266/64 v. 11.10.2005 auch für Märkte gelten, auf denen der Betreiber keine marktbeherrschende Stellung einnimmt, damit zB die Kohärenz der Daten gewährleistet

bleibt. In Konkretisierung des Umfangs der Verpflichtung ist die Telekom-Control-Kommission der Ansicht, dass eine getrennte Buchführung aus diesen Gründen zumindest auf Ebene der Märkte der TKMVO 2003 und zusätzlich sowohl auf Ebene der marktgegenständlichen Produkte als auch auf Ebene der übrigen von Telekom Austria angebotenen Mietleitungs- bzw Ethernetprodukte - soweit letztere garantierte Bandbreiten aufweisen - erfolgen muss. Dabei dient die Erwähnung der - außer Kraft getretenen - TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 ausschließlich Referenzzwecken, um die Aufzählung der entsprechenden 17 Märkte zu vermeiden. Die von Telekom Austria behauptete Rechtswidrigkeit einer über die Märkte der TKMV 2008 hinaus gehenden Verpflichtung zur getrennten Buchführung ist vor dem Hintergrund der genannten Kommissionsempfehlung nicht erkennbar.

3. Zur Aufhebung der mit Bescheid M 11/06-59 auferlegten Verpflichtungen (Spruchpkt. B.7.)

Da die Telekom Austria mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 11/03-59 vom 27.11.2006 als marktbeherrschend auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ festgestellt wurde, gelten bis zu jenem Zeitpunkt, ab welchem die Regelungen des gegenständlichen Bescheides ihre Rechtswirkungen entfalten, die mit Bescheid M 11/06-59 auferlegten Verpflichtungen, soweit diese nicht bereits mit Bescheid M 12/09-39 v. 6.08.2009 aufgehoben wurden.

§ 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 Vorleistungsmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit Bescheid M 11/06-59 vom 27.11.2006 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 Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

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

Gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und 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 vorliegende Anordnung gemäß § 37 ff TKG 2003 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 128 f TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen ist.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 8.02.2010

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé