

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 2.06.2009 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 12/09 einstimmig folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen:

I. Spruch

Die der Telekom Austria AG (nunmehrige Telekom Austria TA AG) mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 11/06-59 vom 27.11.2006 auferlegten spezifischen Verpflichtungen werden mit Rechtskraft dieses Bescheides analog § 37 Abs 3 TKG 2003 insofern aufgehoben, als sie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten von mehr als 155 Mbit/s sowie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten größer 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s, deren beide Enden jeweils innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, betreffen.

II. Begründung

A. Festgestellter Sachverhalt

Der dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 11/06 vom 27.11.2006 zu Grunde liegende Markt für „Terminierende Segmente von Mietleitungen (Vorleistungsmarkt)“ wurde gemäß § 36 TKG 2003 für die Zwecke der Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 in § 1 Z 12 TKMVO 2003 definiert.

Mit Kundmachung der Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), BGBl II Nr 505/2008, am 30.12.2008 trat § 1 Z 12 TKMVO 2003 außer Kraft. Der früher einheitliche Markt für terminierende Segmente zerfiel in der TKMV 2008 in zwei Märkte für terminierende Segmente mit niedrigen Bandbreiten bis einschließlich 2 Mbit/s und für terminierende Segmente mit hohen Bandbreiten größer 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s. Darüber hinaus wurde das geografische Ausdehnungsgebiet des zuletzt genannten Marktes insoweit eingeschränkt, als er gemäß § 2 Z 2 TKMV 2008 Teilprodukte dieses Marktes, soweit deren beide Enden jeweils innerhalb derselben Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, nicht mehr umfasst.

B. Beweiswürdigung

Die Veränderung der dem im Verfahren M 11/06 ergangenen Bescheid zugrunde liegenden Marktdefinition nach § 36 TKG 2003 ist amtsbekannt.

C. Rechtliche Beurteilung

1. Zu den rechtlichen Grundlagen

Sowohl der geltende europäische Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste als auch das TKG 2003 verfolgen einen differenzierten Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und hinsichtlich der Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den – im Rahmen einer Marktanalyse – gegebenenfalls identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen. Die Systematik sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess – Marktdefinition, Marktanalyse und allenfalls Auferlegung spezifischer Verpflichtungen – vor.

2. Marktdefinition durch die RTR-GmbH

Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte werden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der RTR-GmbH festgelegt. Die Festlegung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat nach der genannten Vorschrift unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften sowie entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung der Erfordernisse sektorspezifischer Regulierung zu erfolgen.

Die mit § 4 TKMV 2008 verfügte Aufhebung des Vorleistungsmarktes für terminierende Segmente von Mietleitungen erfolgt als Konsequenz der in der TKMV 2008 neu definierten, zuvor national nach § 128 TKG 2003 konsultierten und der Europäischen Kommission zuvor gemäß § 129 TKG 2003 notifizierten Vorleistungsmärkte für terminierende Segmente von Mietleitungen mit niedrigen Bandbreiten (größer 2 Mbit/s bis einschließlich 34 Mbit/s) und für

terminierende Segmente von Mietleitungen mit hohen Bandbreiten (größer 34 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s).

3. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

Nach § 37 Abs 1 TKG 2003 führt die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durch. Die Telekom-Control-Kommission ist im Rahmen dieser Marktanalyseverfahren an die Marktabgrenzung gebunden. Ziel dieser Verfahren ist, festzustellen, ob auf diesen Telekommunikationsmärkten effektiver Wettbewerb gegeben ist oder aber (zumindest) ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt.

Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien das oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind bzw das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher die Definition eines nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Marktes gem § 36 TKG 2003 voraus.

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

Stellt die Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 Abs 3 TKG 2003 demgegenüber fest, dass auf dem nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß 37 Abs 2 TKG 2003 auferlegen. Diesfalls wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

Für den Vorleistungsmarkt im Sinne von § 1 Z 12 TKMVO 2003 betreffend terminierende Segmente von Mietleitungen wurden Telekom Austria AG (nunmehr: Telekom Austria TA AG, im Folgenden: TA) mit Bescheid M 11/06-59 vom 27.11.2006 spezifische Verpflichtungen auferlegt. Seit Inkrafttreten der TKMV 2008 am 30.12.2008 wurde die Definition dieses Marktes jedoch wie aus den Sachverhaltsfeststellungen ersichtlich geändert, weil die in der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission angeführten kumulativen drei Kriterien für die Eignung eines Marktes für die sektorspezifische ex-ante Regulierung - diese sind (i) Existenz nachhaltiger Eintrittsbarrieren (struktureller und/oder rechtlicher Natur), (ii) der Markt tendiert (ohne sektorspezifische Regulierung) längerfristig nicht gegen effektiven Wettbewerb und (iii) die Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind unzureichend, um den wettbewerblichen Problemen zu entsprechen - hinsichtlich des Vorleistungsmarktes für terminierende Segmente von Mietleitungen, soweit dieser terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten von mehr als 155 Mbit/s bzw. terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten größer 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s umfasst, deren beide Enden jeweils innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, nicht mehr vorliegen.

Nach dem Wortlaut des § 37 TKG 2003 kann nur hinsichtlich eines nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Marktes ein Marktanalyseverfahren eingeleitet werden. Ferner ist auch

die Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen nur bei festgestelltem Wettbewerb vorgesehen, was gemäß diesen Überlegungen ebenfalls die Einleitung eines Marktanalyseverfahrens erfordert und daher bei einem nicht mehr nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Markt ebenfalls nicht möglich wäre.

Es ist daher nach dem Wortlaut des TKG 2003 nicht möglich, auferlegte spezifische Verpflichtungen aufzuheben, wenn der Markt nicht mehr gem § 36 TKG 2003 definiert ist. Ebenso wenig ist eine Aufhebung spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf Produkte möglich, die aufgrund einer veränderten Marktdefinition dem Markt nicht mehr angehören. Dies kann jedoch nicht der Intention des TKG 2003 entsprechen, wenn sich die wettbewerbliche Situation auf dem betreffenden Markt in der Zwischenzeit geändert hat.

Es liegt somit für diese Situation offenbar eine planwidrige Lücke vor, da sich eine Situation ergeben kann, für die es im direkten Anwendungsbereich des § 37 TKG 2003 keine Lösung gibt. Die Analogie, um diese Lücke zu schließen, bietet sich direkt aus §§ 36f TKG 2003 an.

Die Telekom-Control-Kommission leitet (i) in formaler Hinsicht aus § 37 TKG 2003 die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission sowie die Notwendigkeit eines Verfahrens ("hat mit Bescheid ... aufzuheben") ab. Ferner leitet sie (ii) durch einen Größenschluss aus §§ 36 und 37 TKG 2003 in materieller Hinsicht ab, dass, wenn es auf einem nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Markt bei festgestelltem Wettbewerb keine Verpflichtungen (mehr) geben darf, es umso weniger zulässig sein kann, wenn in Bezug auf Produkte, die einem nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Markt aufgrund einer veränderten Marktdefinition nicht mehr angehören (und insoweit gar nicht mehr der Regulierung nach dem TKG 2003 unterliegen), spezifische Verpflichtungen nach § 37 Abs 2 TKG 2003 fortbestehen. Solche nach § 37 Abs 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen sind daher in einem Verfahren nach "§ 37 TKG 2003 analog" aufzuheben, da das auf Grund des klaren Wortlauts im direkten Anwendungsbereich nicht gedeckt ist, aber dem Zweck der Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 entspricht.

Die auf dem Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bescheid M 11/06-59 auferlegten spezifischen Verpflichtungen waren daher aufzuheben, soweit sie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten von mehr als 155 Mbit/s sowie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten größer 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s, deren beide Enden jeweils innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, betreffen.

4. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens

Es wurde die Aufhebung der mit Bescheid M 11/06-59 der TA auferlegten spezifischen Verpflichtungen, soweit sie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten von mehr als 155 Mbit/s sowie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten größer 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s, deren beide Enden jeweils innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, betreffen, mit Rechtskraft der Entscheidung angeordnet.

§ 37 Abs 3 letzter Satz TKG 2003 sieht in Umsetzung von Art 16 Abs 3 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG beziehungsweise von Rn 113 der Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl C 165/6 vom 11.07.2002) die Anordnung einer angemessenen, jedoch sechs Monate nicht übersteigenden Frist, zur Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen vor. Nach Art 16 Abs 3 Rahmenrichtlinie ist die geplante Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen den betroffenen Parteien innerhalb einer angemessenen Frist im Voraus anzukündigen.

Die Aufhebung der mit Bescheid M 11/06-59 der TA auferlegten spezifischen Verpflichtungen, soweit sie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten von

mehr als 155 Mbit/s sowie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten größer 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s, deren beide Enden jeweils innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, betreffen, mit Rechtskraft dieses Bescheides ist aus folgenden Gründen angemessen:

1. Die TKMV 2008 wurde seit dem 18.11.2008 öffentlich auf der Homepage der RTR-GmbH konsultiert. Die Änderung der Definition des Marktes für terminierende Segmente von Mietleitungen durch Aufteilung in je einen Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen mit niedrigen und hohen Bandbreiten ist ferner spätestens mit dem Inkrafttreten der TKMV 2008 mit Ablauf des 30.12.2008 bekannt. Diese Änderung erlaubte es allen Verfahrensparteien, von einer baldigen Aufhebung der der TA mit Bescheid M 11/06-59 auferlegten spezifischen Verpflichtungen, soweit sie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten von mehr als 155 Mbit/s sowie terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten größer 2 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s, deren beide Enden jeweils innerhalb derselben der Gemeinden Bregenz, Dornbirn, Feldkirch, Graz, Hallein, Innsbruck, Klagenfurt, Linz, Salzburg, Steyr, Wels und Wien liegen, betreffen, auszugehen und gegebenenfalls bereits entsprechende Vorkehrungen zu treffen.

Vor Beschluss eines Bescheides im Verfahren M 12/09 ist außerdem gem §§ 128, 129 TKG 2003 ein Konsultationsverfahren beziehungsweise ein einmonatiges europaweites Koordinierungsverfahren durchzuführen.

Die eingeschlagene Vorgangsweise ist den Verfahrensparteien somit seit nahezu sechs Monaten bekannt.

2. Obgleich der Markt nach § 1 Z 12 TKMVO 2003 ein Vorleistungsmarkt ist, wird sich die Aufhebung der spezifischen Verpflichtungen für Wettbewerber von TA auf diesem Markt nicht nennenswert auswirken. Dies deshalb, da nach den bestehenden spezifischen Verpflichtungen schon ab Zustellung des Bescheids M 11/06-59 am 28.11.2006 für terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten von mehr als 155 Mbit/s und für terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten größer 34 Mbit/s bis einschließlich 155 Mbit/s, soweit beide Enden dieser zuletzt genannten terminierenden Segmente jeweils innerhalb derselben der Landeshauptstädte Wien, Linz, Graz, Salzburg, Innsbruck, Bregenz und Eisenstadt liegen, keine Zugangs-, Kostenorientierungs- und Gleichbehandlungsverpflichtung mehr bestand. Überdies ist die Situation von Wettbewerbern von TA auf allen benachbarten Vorleistungsmärkten nicht beeinträchtigt; insbesondere sind allfällige Vorleistungsvereinbarungen durch diesen Bescheid nicht in ihrem Bestand betroffen. Darüber hinaus unterliegt TA auch in Zukunft den sich aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht ergebenden Normen.

Angesichts des Ausgeführten ist eine weitere Übergangsfrist über die Rechtskraft dieses Bescheides hinaus nicht angemessen, weshalb von ihrer Anordnung abgesehen wurde.

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

Gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen (§ 129 Abs 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 2.06.2009

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé