

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 27.10.2004 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 10/03 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 wird festgestellt, dass die Telekom Austria AG auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ gemäß § 1 Z 10 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

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

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

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

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

2.2.2. ihre Mietleitungstarife an den Prognosekosten zu orientieren sowie diesbezüglich ein Kostenrechnungssystem auszuarbeiten und in die Praxis umzusetzen,

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

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

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

2.2.3.3. Lieferbedingungen einschließlich folgender Mindestangaben:

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

2.3. Die Telekom Austria AG hat die Entgelte für gegenwärtig oder künftig von ihr angebotene Endkundenmietleitungen bis 2.048 kbit/s mit einer Bandbreite von $n \times 64$ kbit/s sowie unbeschaltete Kupferdoppeladern zwischen Netzabschlusspunkten (nicht Entbündelung), die nicht Bestandteil des Mindestangebots gemäß Spruchpunkt 2.1. sind, gemäß § 43 Abs. 1, Abs. 3 TKG 2003 an den Prognosekosten zu orientieren.

2.4. Die Telekom Austria AG hat Entgeltbestimmungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen für Mietleitungen gemäß Spruchpunkt 2.1. nach § 44 Abs. 3 TKG 2003 sowie für Mietleitungen gemäß Spruchpunkt 2.3. nach § 43 Abs. 2, Abs. 3 TKG 2003 der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung gemäß § 45 TKG 2003 vorzulegen.

2.5. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs. 1 TKG 2003 erstmals bezogen auf das Jahr 2004 ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

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

2.6. Die Telekom Austria AG hat hinsichtlich der in Spruchpunkt 2.1. angeführten Mietleitungen gemäß § 44 Abs. 4 iVm § 43 Abs. 4 TKG 2003 und hinsichtlich der in Spruchpunkt 2.3. angeführten Mietleitungen gemäß § 43 Abs. 4 TKG 2003 erstmals bezogen auf das Jahr 2004 ein Kostenrechnungssystem im Sinne des Spruchpunktes 2.5. einzusetzen, auf welchem aufbauend eine Ermittlung von Prognosekosten möglich ist und welches die in Spruchpunkt 2.5. angeführten Kostenarten ausweist. Das Kostenrechnungssystem und dessen Einhaltung wird von der Regulierungsbehörde oder von einer von dieser beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich überprüft.

3. Sämtliche gemäß § 133 Abs. 7 TKG 2003 geltenden Verpflichtungen der Telekom Austria AG wegen deren festgestellter marktbeherrschender Stellung nach § 33 TKG 1997 in Bezug auf die von ihr angebotenen Mietleitungsdienste werden gemäß § 37 Abs. 2 S 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde das gegenständliche Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003 von Amts wegen eingeleitet.

Darüber hinaus wurden MMag. Bettina Bauer, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens („Marktanalyse-Gutachten“) zur Frage beauftragt, ob auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ gemäß § 1 Z 10 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 der RTR-GmbH (kurz „TKMVO 2003“) aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrsche bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorliege. Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die dem Vorliegen von selbsttragendem Wettbewerb gegebenenfalls entgegen stehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und Abs. 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren. In der Sitzung am 15.3.2004 beschloss die Telekom-Control-Kommission, Dr. Wilhelm Schramm als technischen Gutachter zwecks Mitwirkung an dem og. Gutachten als weiteren Amtssachverständigen gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu bestellen.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (kurz „RTR-GmbH“) am 20.10.2003 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen beizuschaffen. Die RTR-GmbH hat daraufhin im Rahmen des von ihr geführten Verfahrens VBAF 2003 die erforderlichen Daten erhoben und diese den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Anfang Mai 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß das Marktanalyse-Gutachten (ON 23) übermittelt.

Nach Erörterung des Gutachtens stellte die Telekom-Control-Kommission in ihrer Sitzung am 3.05.2004 fest, dass vorläufig davon auszugehen sei, dass die Telekom Austria AG (im Folgenden „TA“) über beträchtliche Marktmacht auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ und auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen verfüge. Hiervon wurde TA mit Schreiben vom 6.05.2004 in Kenntnis gesetzt.

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

In einem Schreiben vom 28.05.2004 (ON 26) nahm die TA zu dem ihr mit Schreiben vom 6.05.2004 übermittelten Marktanalyse-Gutachten Stellung.

Mitte Juli 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß das Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 28) übermittelt. Das Gutachten wurde TA gemeinsam mit dem von der European Regulators Group erstellten Dokument („Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“) am 21.07.2004 zugestellt (ON 29).

Mit Schreiben vom 10.08.2004 (ON 30) legte TA die von ihr als wesentlich erachteten Kritikpunkte zum Regulierungsinstrumente-Gutachten dar.

Am 16.08.2004 wurde TA von der Telekom-Control-Kommission angehört (ON 32).

Mit Schreiben vom 27.08.2004 wurde TA das zur GZ M 12/03 der TA am 21.07.2004 zugestellte Regulierungsinstrumente-Gutachten im Hinblick auf eine Verwertung im gegenständlichen Verfahren übermittelt.

Am 6.09.2004 beschloss die Telekom-Control-Kommission einen Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 (ON 36).

Dieser Entwurf wurde sodann bis 4.10.2004 gemäß § 128 TKG 2003 national konsultiert und gemäß § 129 TKG 2003 mit der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten koordiniert. Im Rahmen des Konsultationsverfahrens gemäß § 128 TKG 2003 wurden Stellungnahmen vom Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber, von der ISPA und von der UTA Telekom AG abgegeben.

Im Zuge des Koordinationsverfahrens übermittelte die Europäische Kommission am 27.09.2004 ein Auskunftsersuchen an die Telekom-Control-Kommission (ON 40). Das Auskunftsersuchen enthielt den Hinweis, eine Einbeziehung von Mietleitungen bis 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots und unbeschalteten Kupferdoppeladern in den relevanten Markt setze den Nachweis durch die nationale Regulierungsbehörde voraus, dass Maßnahmen auf der Vorleistungsebene zur Adressierung von Problemen auf Endkundenebene nicht ausreichend seien; für eine Abweichung von der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission sei eine Erfüllung derjenigen Kriterien erforderlich, nach denen ein Markt einer Vorabregulierung unterworfen werden könne. Hinsichtlich der über das Mindestangebot hinausgehenden Endkundenmietleitungen wurde um Übermittlung zusätzlicher Tatsachen und Begründungen dafür gebeten, dass Maßnahmen auf der Vorleistungsebene zur Adressierung von Problemen auf der Endkundenebene nicht ausreichend und für die über das Mindestangebot hinausgehenden Endkundenmietleitungen die Kriterien für eine Vorabregulierung erfüllt seien.

Mit Schreiben vom 30.09.2004 (ON 41) wurde der Europäischen Kommission im Auftrag der Telekom-Control-Kommission mitgeteilt, dass der in der TKMVO 2003 definierte Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s wie unter Pkt. 1. der Sachverhaltsfeststellungen dargelegt abgegrenzt worden sei. Eine Einbeziehung von Mietleitungen mit einer Kapazität eines Vielfachen von 64 kbit/s bis zu einer Obergrenze von 2.048 kbit/s sowie von unbeschalteten Kupferdoppeladern zwischen Netzabschlusspunkten in den Markt sei aufgrund von Substitutionsketten zwischen den verschiedenen Übertragungskapazitäten bzw. aufgrund von Umrüstungen von Mietleitungen auf unbeschaltete Kupferdoppeladern, die bei Preiserhöhungen eines hypothetischen Monopolisten zwischen 5 und 10% zum Tragen kämen, sowohl in Bezug auf Angebots- als auch Nachfragesubstituierbarkeit notwendig gewesen. Regulierungsaufgaben für terminierende Segmente von Mietleitungen seien zur Sicherstellung effektiven Wettbewerbs am betroffenen Endkundenmarkt im Zeitraum der nächsten ein bis zwei Jahre nicht ausreichend. Eine getrennte Beurteilung von Mietleitungen des Mindestangebots einerseits und Mietleitungen außerhalb des Mindestangebots mit einer Kapazität eines Vielfachen von 64 kbit/s bis zu einer Obergrenze von 2.048 kbit/s sowie unbeschalteten Kupferdoppeladern andererseits sei aufgrund von angebots- und nachfrageseitigen Substitutionsbeziehungen nicht sinnvoll. Bei der Bereitstellung der erforderlichen Vorleistungsprodukte sei mit Verzögerungen zu rechnen. Nachfrageseitige

Wechselbarrieren am Endkundenmarkt könnten alternativen Betreibern eine Ausdehnung ihrer Marktanteile erschweren. Die Kriterien für eine Vorabregulierung seien erfüllt, da sie sich auf den gesamten Markt, also auch Mietleitungen außerhalb des Mindestangebots mit $n \times 64$ kbit/s bis zu einer Obergrenze von 2.048 kbit/s sowie unbeschaltete Kupferdoppeladern, bezögen.

Im Rahmen des Konsultationsverfahrens hielt die TA in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2004 (ON 42) fest, dass der Entwurf einer Vollziehungshandlung im gegenständlichen Verfahren inhaltlich nicht von den Ergebnissen der Amtssachverständigengutachten abweiche und die von ihr vorgebrachten Kritikpunkte nur marginal berücksichtigt worden seien, weshalb sie auf ihre bisherigen Stellungnahmen verweise.

Der Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber führte in seiner Stellungnahme vom 28.09.2004 (ON 43) im Wesentlichen aus, dass ein Mietleitungsmarkt für Kapazitäten größer 2 Mbit/s in die TKMVO aufgenommen werden solle. Für Retailverträge von Mietleitungsbetreibern, die aufgrund der neuen Rechtslage in Wholesaleverträge umgewandelt werden müssten, seien zur Vermeidung einer Geltung unterschiedlicher Bedingungen Übergangsbestimmungen erforderlich. Zur Verhinderung von margin-squeeze solle eine Relation zwischen Retailtarifen für Kapazitäten unter 2 Mbit/s und Wholesalepreisen der TA festgesetzt werden. Alternativen Netzbetreibern müsse in TA betreffenden Tarifgenehmigungsverfahren Parteistellung zuerkannt werden. Zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung solle für noch nicht erschlossene Kunden eine Anschlussverpflichtung der TA in Bezug auf Mietleitungen aufgenommen werden. Die Richtigkeit der den Mietleitungstarifen der TA zugrunde liegenden Prognosekosten sei regelmäßig durch die Regulierungsbehörde zu überprüfen; Wholesalepreis und Mietleitungstarif müssten in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dass die TA-Tarife trotz des hohen Marktanteils signifikant über jenen der Mitbewerber lägen, sei ein Indiz für predatory pricing; dieses Wettbewerbsproblem sei von der Regulierungsbehörde zu beobachten und zu untersuchen. Die Aussage, dass erforderliche Informationen zur Berechnung eines price-cost margins nicht verfügbar gewesen seien, stelle den Aufwand der Betreiber bei der Datenlieferung in Frage.

Die ISPA legte in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2004 (ON 44) im Wesentlichen dar, dass bei der Festlegung der Entgelte eine konsistente Preisstruktur über alle regulierten Zugangs- und Endkundenmärkte sichergestellt werden und der Gefahr eines margin squeeze in Verbindung mit anderen Vorleistungsmärkten entgegengewirkt werden müsse, weshalb auch eine Preisfestsetzung durch die Regulierungsbehörde unabdingbar sei. Im Zusammenhang mit den Prognosekosten erachtete sie deren Kontrolle und nachträgliche Überprüfung als klärungsbedürftig. Weiters sprach sie sich für das explizite Verbot einer Preis-Kosten-Schere aus und regte an, bei der getrennten Buchführung der TA nicht auf die Märkte der TKMVO 2003 abzustellen.

Die UTA Telekom AG brachte in ihrem am 7.10.2004 eingegangenen Schreiben (ON 45) im Wesentlichen inhaltsgleiche Argumente wie der VAT in Bezug auf die Aufnahme eines Mietleitungsmarktes für Kapazitäten größer 2 Mbit/s in die TKMVO, Übergangsbestimmungen für bestehende Retail-Verträge, Relationen zwischen Retail- und Wholesale-Preisen sowie Parteistellung in Tarifgenehmigungsverfahren, Anschlussverpflichtung, Kontrolle von Prognosekosten, mögliches predatory pricing und price-cost margins vor. Zudem wurden Übergangsfristen für die Umsetzung der Auflagen verlangt.

Mit Schreiben vom 5.10.2004 (ON 46) wurden TA die im Konsultationsverfahren eingegangenen Stellungnahmen von VAT, ISPA und UTA übermittelt.

In ihrer Stellungnahme vom 7.10.2004 (ON 48) teilte die Europäische Kommission mit, dass sie nach Untersuchung des ihr übermittelten Maßnahmenentwurfs und der zusätzlichen Informationen keine Anmerkungen habe; für eine breitere Marktabgrenzung seien ausreichende Gründe vorgebracht worden.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Marktabgrenzung

In § 1 Z 10 TKMVO 2003 wird der hier relevante Markt als „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s (Endkundenmarkt)“ bezeichnet. Die erläuternden Bemerkungen halten dazu wie folgt fest:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 7 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

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

Dieser Markt umfasst weiters unbeschaltete Kupferdoppeladern zwischen Netzabschlusspunkten, die von Kommunikationsnetz- und -dienstbetreibern vermietet worden sind.

Dieser Markt enthält nicht Verbindungen mit nutzerseitigen X.25-, ATM-, IP- und Frame-Relay-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten.“

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

2. Zum Markt „Mindestangebot an Mietleitungen für bestimmte Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“

Insgesamt stellt sich der Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s wie folgt dar: 21 Betreiber erwirtschafteten 2002 einen Umsatz von EUR 108 Mio. und 22 Unternehmen von Jänner bis September 2003 einen Umsatz von EUR 77 Mio., die Anteile der unbeschalteten Kupferdoppeladern sind jeweils vernachlässigbar klein. Die im Dezember 2002 vermieteten 58.000 Mietleitungen entsprechen einer Kapazität von 188.000 64 kbit/s-Äquivalenten; im September 2003 sind 55.000 Mietleitungen mit 212.000 64 kbit/s-Äquivalenten vermietet worden.

Relevante Kriterien (Indikatoren) zur Beurteilung von Marktmacht auf dem Markt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s sind vor allem Marktanteile und deren Entwicklung im Zeitverlauf (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003), die Höhe der Markteintrittsschranken (Z 2) sowie die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur (Z 12). Weitere relevante Kriterien sind das Ausmaß der vertikalen Integration (Z 9), das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht (Z 3) sowie das Ausmaß der Produktdifferenzierung (Z 10) und das Preissetzungsverhalten (Z 13) sowie sonstige Indikatoren gemäß § 35 TKG 2003.

3. Zu den einzelnen Marktmachtindikatoren

Nachfolgend werden unter Bezugnahme auf die untersuchten Marktmachtindikatoren Feststellungen zum Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ (kurz „Endkundenmietleitungsmarkt“) getroffen.

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

Bei der Untersuchung der Marktanteile wurden sowohl Umsatz- als auch Kapazitäts- (64 kbit/s-Äquivalent-) und Anzahl-Marktanteile der größten Betreiber sowie Marktanteilsentwicklung der TA gemessen.

Der Vergleich der Marktanteile zeigt, dass die TA mit Marktanteilen von jenseits der 80% sowohl an Umsätzen als auch an Kapazitäten und an der Anzahl von Mietleitungen gemessen unangefochtener Marktführer ist. Die Marktanteilsentwicklung zeigt, dass der Kapazitätsmarktanteil gemessen in 64 kbit/s-Äquivalenten zwar leicht rückläufig ist (ca. 3% von Januar 2002 bis Sept. 2003), Umsätze und die Anzahl an Mietleitungen aber äußerst stabil sind. Neben TA und UTA (mit Umsatz-, Kapazitäts- und Anzahl-Marktanteilen von jeweils unter 10%) sind weitere 20 Unternehmen am Endkundenmarkt tätig, die aber fast alle weniger als 1% Marktanteil haben. Großteils handelt es sich um dieselben Unternehmen, die auch am Markt für terminierende und/oder am Markt für Trunk-Segmente tätig sind.

Der Großteil der Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s wird mit einer Bandbreite zwischen 64 kbit/s und 2 Mbit/s vermietet. In diesem Segment weist die TA einen Anteil nach Kapazitäten von über 75% auf. Im Segment von Mietleitungen mit Bandbreiten bis 64 kbit/s liegt der Marktanteil der TA bei nahezu 100%.

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

3.2. Markteintrittsbarrieren

Markteintrittsbarrieren sind all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen.

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

Hierbei ist jeweils zu unterscheiden, ob ein Unternehmen entweder

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

3.2.1. 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 Marktzutritt gehindert werden.

3.2.1.1. Skalenvorteile und versunkene Kosten

Die wichtigsten strukturellen Marktzutrittsbarrieren beim Markteintritt mit eigener Infrastruktur auf dem Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen für bestimmte Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s sind Skalenvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten. Skalenvorteile der Produktion liegen dann vor, wenn die Durchschnittskosten (Kosten pro Einheit) mit steigender Ausbringungsmenge sinken.

Versunkene Kosten sind fixe Kosten der Produktion, die, so sie einmal angefallen sind, irreversibel sind, dh, nicht mehr zurückgewonnen werden können.

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

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

3.2.1.2. Aufwendungen für Werbung und Kundenakquisition

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

3.2.1.3. Nachfrageseitige Wechselkosten

Für neu in den Markt eintretende Unternehmen (sowohl beim Markteintritt mit eigener Infrastruktur als auch bei Wiederverkäufern) wird das Erreichen einer effizienten Outputmenge (bei der die Skalenvorteile weitgehend ausgeschöpft werden) beim Vorliegen signifikanter Skalenvorteile durch nachfrageseitige Wechselkosten wesentlich erschwert, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Anzahl der Kunden bzw. die am Markt nachgefragte Menge an Mietleitungen nicht wesentlich wächst. Aus Pkt. 2. der Sachverhaltsfeststellungen geht hervor, dass zwar die Anzahl der vermieteten 64 kbit/s-Äquivalente steigt, die Gesamtanzahl der Mietleitungen jedoch zurückgeht. Nachfrageseitige Wechselbarrieren ergeben sich vor allem aus vertraglichen Bedingungen (lange Vertragslaufzeiten, Pönalen bei vorzeitiger Vertragsauflösung, Verlust von Rabatten) sowie aus den Transaktionskosten, die bei einem Betreiberwechsel anfallen (da die Angebote auf die Kundenbedürfnisse zugeschnitten werden, müssen vor einem Betreiberwechsel Angebote eingeholt und evaluiert werden). Weiters kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle Endkunden genau wissen, welche Betreiber außer der TA die von ihnen gewünschte Strecke potentiell überhaupt anbieten können. Wird nur teilweise (dh auf manchen Teilstrecken) zu einem anderen Betreiber gewechselt, so erhöht sich meist das Risiko von Ausfällen, da eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen unterschiedlichen

Betreibern oft nicht gewährleistet ist. Auch ist bei mehreren Anbietern ein one-stop-shopping nicht mehr möglich.

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

3.2.2. Rechtliche Markteintrittsbarrieren

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

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

3.2.3. Strategische Markteintrittsbarrieren

Strategische Marktzutrittsbarrieren resultieren aus dem Verhalten eines Unternehmens.

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

Unter Berücksichtigung der starken Stellung der TA auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente, welche einen notwendigen Input für den Endkundenmarkt darstellen, würden Verweigerungsstrategien der TA in Bezug auf die Gewährung eines adäquaten Zugangs zu terminierenden Segmenten zur Erhöhung der Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt führen. Die zur Zeit bestehende Regulierung verpflichtet die TA zwar zur Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen und sonstiger Mietleitungen zu kostenorientierten Entgelten. Da es sich hier aber um Endkundenprodukte mit Endkundenpreisen handelt, stellen diese Produkte keine geeigneten Vorleistungsprodukte für Betreiber dar, die damit Kunden an ihr Netz anbinden, oder für Wiederverkäufer, die in den Endkundenmarkt eintreten wollen.

Auch wenn ein geeignetes Vorleistungsprodukt existieren würde, sind Wiederverkäufer in ihren Vorleistungskosten und Qualitätsaspekten von Infrastrukturbetreibern abhängig, weshalb es schwierig ist, bestehende Unternehmen im Preis zu unterbieten bzw.

Qualitätsparameter selbst zu bestimmen. Eine weitere Marktzutrittsbarriere für Wiederverkäufer stellen langfristige Verträge auf Vorleistungsebene mit hohen Pönalen bei vorzeitigem Ausstieg dar, welche die Kosten des Marktaustritts (und daher, falls Unsicherheit über den Erfolg der Unternehmung besteht, auch die Kosten des Markteintritts) erhöhen.

TA hat bislang keine erkennbaren Vorkehrungen getroffen, um entsprechende Vorleistungsprodukte am Markt anzubieten. Wie den entsprechenden (Tele-) Kommunikations- und Tätigkeitsberichten der Telekom-Control GmbH bzw. der RTR-GmbH in den zurückliegenden Jahren zu entnehmen ist, kam es in der Vergangenheit bei der Bereitstellung neuer, aufgrund von Regulierungsverpflichtungen entstandener Vorleistungsprodukte durch TA immer wieder zu erheblichen Verzögerungen.

So wurden im Bereich der Carrier Preselection wiederholt Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission in Bezug auf die Erfüllung der Verpflichtungen der TA aus den entsprechenden Bescheiden geführt (vgl. zB Verfahren der Telekom-Control GmbH zur GZ RWBR 3/01).

Seit Beginn der Markteinführung von ADSL-basierenden Internetzugangslösungen im November 1999 musste TA immer wieder aufgefordert werden, für die von ihr angebotenen neuen Retail-Produkte auch korrespondierende ADSL-Vorleistungsprodukte für Internet Service Provider verfügbar zu machen (vgl. Verfahren der Telekom-Control GmbH zu den GZ RWBR 15/99, RWBR 7/2000); die Bereitstellung des Vorleistungsproduktes erfolgte mit einem halben Jahr Verzögerung.

Beim Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung erhoben alternative Betreiber mehrfach Beschwerden wegen des schleppenden Fortgangs der Entbündelung insb. im Zusammenhang mit den Bearbeitungsfristen und der Verweigerung einer Bereitstellung von Kollokationsräumen (UTA, Inode). Die Beschwerdefälle konnten zumeist erst nach von der Telekom-Control GmbH bzw. der RTR-GmbH moderierten Streitschlichtungsgesprächen zwischen TA und alternativen Betreibern beigelegt werden.

Die in der Verordnung (EG) 2887/2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (ABl L 336/4 v. 30.12.2000) vorgesehene Bereitstellung von Teilabschnitten der Teilnehmeranschlussleitung erfolgte erst nach Erlass einer entsprechenden Entbündelungsanordnung drei Monate nach In-Kraft-Treten der VO (EG) 2887/2000. Auch die Erweiterung des Standardentbündlungsangebotes (Z 4/01) auf eine Bereitstellung von „shared use“ hat TA erst nach wiederholter Aufforderung durch die Telekom-Control-Kommission etwa ein halbes Jahr nach In-Kraft-Treten der VO (EG) 2887/2000 vorgenommen (vgl. Bescheid der Telekom-Control-Kommission Z 4/01-11 v. 18.06.2001).

Auch unter Berücksichtigung dieser Erfahrungen in der Vergangenheit geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass es bei der Bereitstellung von Vorleistungsprodukten im Bereich der terminierenden Segmente durch TA erneut zu entsprechenden Verzögerungen kommen wird.

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

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

3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur wird dann gesprochen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder 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 aktueller noch potentieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte bzw. angrenzende Märkte zu übertragen.

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

3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potentiell über Marktmacht, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Marktmacht gegenüber den Nachfragern (zB in Form von überhöhten Preisen) auch ausgeübt werden kann. Dies ist auch vom Ausmaß der Verhandlungsmacht des Nachfragers (nachfrageseitige Gegenmacht) abhängig. Je höher das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, desto weniger wird ein Unternehmen, das potentiell über Marktmacht verfügt, diese auch ausüben können. Nachfrageseitige Gegenmacht wird dann größer sein, wenn ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Vorleistung leicht selber erbracht werden kann bzw. wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet.

Ein Mangel an nachfrageseitiger Gegenmacht wird am Anteil einzelner Kunden am Gesamtumsatz der TA deutlich: So zeichnete kein einziger Kunde der TA im Jahr 2002 für mehr als 10% des Gesamtjahresumsatzes 2002 verantwortlich, auf die Gesamtkapazität bezogen ist der Anteil des größten Kunden sogar noch geringer. Hieraus und aus den Feststellungen zu Marktanteilen, Marktzutrittsbarrieren und Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur geht hervor, dass das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht von TA-Kunden, welches sich aus der Möglichkeit eines Wechsels dieser Kunden von TA zu einem anderen Betreiber (mangels Ubiquität) bzw. aus der Möglichkeit zur internen Erbringung der Leistung (mangels eigener Infrastruktur) ergibt, als gering einzustufen 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 am Endkundenmarkt sind im ökonomischen Sinn grundsätzlich homogene Produkte, bei denen sich Differenzierungsmöglichkeiten für die Betreiber am ehesten durch geographische Präsenz oder Qualitätsaspekte ergeben können.

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

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

3.6. Entgelte

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

Die in der Studie „Report on Telecoms Price Developments from 1998 to 2003“ (erstellt von Teligen im Sept. 2003 im Auftrag der GD Informationsgesellschaft der Europäischen Kommission) enthaltenen Preise für Österreich, die auf Basis von Preisen der TA ermittelt wurden, zeigen, dass die Entgelte über alle Bandbreitenkategorien seit 1998 deutlich (teilweise um mehr als die Hälfte) gesunken sind. Aus dem im Marktanalyse-Gutachten angestellten nationalen Preisvergleich wird jedoch ersichtlich, dass die von TA verrechneten Entgelte deutlich über jenen der Mitbewerber liegen.

3.7. Sonstige Indikatoren

3.7.1. Performancemaße

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

3.7.2. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation

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

3.7.3. Technologiebedingter Vorsprung

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

3.8. Internationaler Vergleich

Ein internationaler Vergleich kann „Ausreißer“ oder Anomalien aufzeigen und ergänzt insofern das Gesamtbild der Marktanalyse. Im internationalen Vergleich der monatlichen Preise für Endkundenmietleitungen in den Bandbreiten 64 kbit/s und 2 Mbit/s vom 1. August 2003 sind die österreichischen Tarife insbesondere bei 2 Mbit/s bei den verglichenen Entfernungen deutlich unter dem durchschnittlichen EU-Niveau (vgl. 9. Umsetzungsbericht der Europäischen Kommission, COM 2003/715, Annex 1, SEC 2003/1342, S. 86). Dies trifft auch auf kurze digitale Mietleitungen von 64 kbit/s zu (vgl. 9. Umsetzungsbericht, Annex 1, S. 85). Lediglich bei der Entfernung von 200 km zählen die österreichischen 64 kbit/s Mietleitungen zu den teuersten im EU-Raum. Hierzu ist anzumerken, dass in Österreich kaum lange Mietleitungen mit niedrigen Bitraten verkauft werden, der Großteil fällt in die Kategorie von Mietleitungen mit einer Länge von 5 km oder weniger (84% aller Mietleitungen mit einer Datenrate von 64 kbit/s oder weniger hatten im Jahr 2003 eine Länge von 5 km oder weniger).

4. Zusammenfassung

Die og. Feststellungen zeigen, dass TA über hohe und weitgehend stabile Marktanteile verfügt. Überdies bestehen hohe Marktzutrittsbarrieren, die sich vor allem aus den Barrieren für die Verlegung eigener Infrastruktur sowie aus den Anreizen zu strategischem Verhalten der TA ergeben. Weil kein adäquates Vorleistungsprodukt verfügbar ist, kann die TA über vertikale Integration ihre starke Stellung auf dem Markt für terminierende Segmente, wo TA als einziges Unternehmen über eine flächendeckende Infrastruktur verfügt, auf den Endkundenmarkt übertragen. Da auch das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht gering ist und TA über Vorteile bei der Produktdifferenzierung verfügt, kann sie höhere Entgelte als ihre Mitbewerber verlangen, ohne entsprechende Marktanteilsverluste in Kauf nehmen zu müssen.

5. Wettbewerbsprobleme

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

5.1. Überhöhte Preise und Preisdiskriminierung

Eine Ausübung von Marktmacht gegenüber Endnutzern kann sich aus ökonomischer Sicht bei Abwesenheit von Regulierung vor allem in überhöhten Preisen oder Preisdiskriminierung manifestieren. Die Ausübung von Marktmacht durch Setzen von überhöhten Preisen (Preisen, die signifikant über den Kosten der Leistungserbringung liegen und die es dem marktmächtigen Unternehmen erlauben, langfristig höhere Gewinne zu erzielen als dies in einem kompetitiven Markt möglich wäre) führt zu allokativen Ineffizienzen (niedrige Ausbringungsmenge und hoher Preis) und somit zu Wohlfahrtsverlusten.

5.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten

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

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

Obwohl geeignete Regulierungsmaßnahmen auf der Vorleistungsebene im Bereich der terminierenden Segmente – wie kostenorientierter Zugang zu terminierenden Segmenten, Gleichbehandlungsverpflichtung und Veröffentlichung eines Standardangebots sowie getrennte Buchführung – langfristig wesentlich zur Reduktion der Markteintrittsbarrieren am Endkundenmarkt beitragen können, ist bei Nichtergreifen zusätzlicher Regulierungsmaßnahmen auf Endkundenebene dennoch zu erwarten, dass sich alternative Betreiber am Endkundenmarkt nur langsam etablieren können. Da der Zugang zu terminierenden Segmenten ein neues Produkt mit neuen Merkmalen darstellt, wird es, wie bei der Einführung jedes neuen Produktes, zu Anlaufschwierigkeiten kommen, die erst im Zeitverlauf gelöst werden können. Zudem erschweren die nachfrageseitigen Wechselbarrieren am Endkundenmarkt iSd Pkt. 3.2.1.3. der Sachverhaltsfeststellungen alternativen Betreibern wesentlich, ihre Marktanteile (trotz Verfügbarkeit eines geeigneten Vorleistungsproduktes) zu erhöhen. Schließlich ist vor dem Hintergrund früherer Erfahrungen (vgl. Pkt. 3.2.3. der Sachverhaltsfeststellungen) mit Verzögerungen bei der Bereitstellung erforderlicher Vorleistungsprodukte durch TA zu rechnen.

6.1. Verpflichtung zur Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen zu kostenorientierten Entgelten und zur Genehmigung von diesbezüglichen AGB und Entgelten

Da sich die Verpflichtung zur Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen zu kostenorientierten Entgelten und zur Genehmigung der diesbezüglichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelte aus den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen ergibt, sind hierfür keine gesonderten Feststellungen erforderlich.

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

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

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

Überhöhten Preisen und Preisdiskriminierung kann durch eine Verpflichtung der TA entgegengewirkt werden, keine überhöhten Preise zu verlangen und bestimmte Endnutzer nicht unangemessen zu bevorzugen. Die ökonomisch geeignetste Maßnahme, um

überhöhte Preise auf dem Endkundenmarkt zu verhindern, ist, die Preise kostenorientiert festzulegen. Andere Regulierungsoptionen sind für die Adressierung dieser Wettbewerbsprobleme nicht geeignet, da mit ihnen der dem Wettbewerbsproblem zugrunde liegende Parameter – der Preis – nicht adressiert werden kann.

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

6.3. Verpflichtung zur Genehmigung von AGB und Entgelten bei Endkundenmietleitungen bis 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots

Bei Endkundenmietleitungen bis 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots sollten Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgelte zur Verhinderung einer Erhöhung nachfrageseitiger Wechselkosten durch entsprechende vertragliche Bedingungen vor ihrem Inkrafttreten der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorgelegt werden.

6.4. Verpflichtung zur getrennten Buchführung

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

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Durch die gleichzeitige Zuordnung der Erlöse wird unerlaubte Quersubventionierung von Produkten, die regulierten Märkten angehören, erschwert.

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

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

6.5. Verpflichtung zur Führung eines Kostenrechnungssystems

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

C. Beweismwürdigung

Die Feststellungen zum Endkundenmarkt für das Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s, insbesondere zu den einzelnen Indikatoren sowie den wettbewerblichen Verhältnissen, ergeben sich abgesehen von den nachstehend angeführten Ausnahmen aus den eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchungen im Marktanalyse-Gutachten (ON 23) sowie aus dem Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 28).

Der im Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 28, S. 15) enthaltenen Empfehlung einer getrennten Buchführung auf Geschäftsbereichsebene folgt die Telekom-Control-Kommission nicht, da der Zuschnitt von Geschäftsbereichen und davon abhängig auch die Darstellung der Kosten in zu starkem Ausmaß von der Gestaltung durch das regulierte Unternehmen abhängig ist, was für die Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 nicht der Fall ist. Hinsichtlich der im Rahmen der getrennten Buchführung bereitzustellenden Informationen bevorzugt die Telekom-Control-Kommission den umfassenderen Begriff „Erträge“ gegenüber dem im Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 28, S. 19) verwendeten Begriff „Erlöse“. Bei den Kosten erübrigt sich die im Gutachten angeführte Kategorie „durchschnittlich gebundenes Kapital“ im Hinblick auf die ebenfalls darzustellenden „Kapitalkosten“. Die im Gutachten erwähnte Kategorie „Kosten des laufenden Betriebs“ wurde – dem Vorschlag der TA folgend - durch „Personalkosten“ ersetzt. Die Kategorien „Investitionen“ und „Kennzahlen zu Personal, Anzahl Leitungen etc.“ wurden verdeutlicht und in der Kategorie „detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insb. Kapazitäten und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen“ zusammengefasst. Ein Unterschied zwischen der von TA geforderten Kategorie „Abschreibung“ im Vergleich zu dem im Gutachten verwendeten Begriff „Abschreibungen für Anlagegüter“ ist nicht ersichtlich, weshalb der Begriff aus dem Gutachten aufgrund größerer Genauigkeit in der Bezeichnung beibehalten wurde.

Dem von TA geäußerten Bedenken, dass ihr Marktanteil im Marktanalyse-Gutachten als wesentlich überhöht bzw. verzerrt dargestellt werde und nach Schätzungen der TA zwischen 60 und maximal 70% liegen müsse, kann nicht beigetreten werden. Die von der RTR-GmbH in einem aufwändigen Verfahren beigeschafften Daten wurden von den Gutachtern internen Plausibilitätskontrollen unterzogen und in einem wochenlangen Prozess ausgewertet. Unklarheiten konnten durch Rückfragen bei den beteiligten Unternehmen und - soweit möglich - Plausibilitätskontrollen zwischen Vorleistungs- und korrespondierenden Endkunden-Märkten ausgeräumt werden. Insb. hält der von TA erhobene Vorwurf, dass eine Bewertung der Kriterien Tarife/Preispolitik u. Infrastruktur durch mangelhafte Datenlieferung einiger Mitbewerber nur bedingt möglich sei, einer näheren Nachprüfung nicht stand. Lediglich ein einziger der für den Vergleich ausgewählten Betreiber hat keine Daten zu Entgelten zur Verfügung gestellt. In Bezug auf die Infrastruktur gab es keine mangelhaften Datenlieferungen. Hinsichtlich des von UTA kritisierten Fehlens von Berechnungen in Bezug auf price-cost margins wurde bereits in Pkt. 3.7.1. des Sachverhalts erläutert, dass die zur Berechnung erforderlichen Informationen in der notwendigen Granularität bei den Betreibern nicht verfügbar sind (für Mehrproduktunternehmen ist insb. die Allokation von Gemeinkosten problematisch), weshalb auch die geforderte nachträgliche Abfrage dieser Daten nicht erfolgen kann. Die im Gutachten gezogenen Schlussfolgerungen bleiben daher unberührt.

Der Telekom-Control-Kommission liegen darüber hinaus keinerlei Hinweise vor, die an der Vollständigkeit und der Qualität der gelieferten Daten zweifeln ließen.

Die Feststellungen in Bezug auf eine Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente auf der Vorleistungsebene ergeben sich aus den überzeugenden Ausführungen im

Regulierungsinstrumente-Gutachten betreffend den Markt für terminierende Segmente für Mietleitungen (ON 34).

Hinsichtlich der Stellungnahme und Urkundenvorlage der TA, die auch im Verfahren M 12/03 eingebracht wurde (ON 20), hat die Telekom-Control-Kommission entschieden, das vorgelegte Gutachten von European Economic & Marketing Consultants – EE&MC GmbH betreffend „*Implikationen des TKG 2003 für die Telekom Austria*“ vom April 2004 nicht für das gegenständliche Verfahren zu verwerten, da die Datenbasis nur auf internen Quellen und Schätzungen der TA beruht und im Vergleich zu den im Rahmen des Marktanalyse-Gutachtens der Amtssachverständigen herangezogenen Daten, die auf Datenlieferungen sämtlicher Betreiber zurückgehen, nicht hinreichend repräsentativ erscheint. Weiters liegen die in ON 20 angegebenen Umsatzmarktanteile beim Mindestangebot iSd Beschlusses der Kommission Nr. 2003/548/EG vom 24.07.2003 über das Mindestangebot an Mietleitungen mit harmonisierten Merkmalen und die entsprechenden Normen gemäß Art. 18 der Universaldienstrichtlinie, ABI L 186/45 v. 25.07.2003, und bei den Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s im Sinne des relevanten Marktes mit jeweils ca. 50 % ebenfalls auf hohem Niveau, wie auch von EE & MC eingeräumt wird; die konkreten Werte ergeben sich aber ausschließlich aus eigenen Berechnungen der TA. Hinsichtlich des von EE & MC angestellten Entgeltvergleichs werden keine näheren Angaben zur Methodik der zugrunde liegenden „Studie“ unterbreitet. Zu den übrigen im Gutachten von EE & MC teils in sehr allgemeiner Form angesprochenen Punkten ist die Telekom-Control-Kommission auf der Grundlage des Marktanalysegutachtens der Amtssachverständigen zu anderen Feststellungen gelangt als sie im EE & MC-Gutachten nahe gelegt werden. Die im Weiteren übermittelte Zusammenfassung dieses Gutachtens sowie das Dokument der Telekom Austria AG „*Im Wissen liegt die Zukunft – Investieren in Informationsnetze*“ (ON 21) haben ebenfalls keine Aussagekraft für das gegenständliche Verfahren.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 6 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zur Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, und zur Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 zu. Gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der gemäß § 36 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durchzuführen.

2. Allgemeines

Im Gegensatz zum bisherigen Regelwerk des TKG 1997 bzw. der ONP-Richtlinien hat der neue Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste – das Telekommunikationsgesetz 2003 – einen differenzierteren Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und die Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den - im Rahmen einer Marktanalyse – identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen.

Die Systematik der neuen Regelungen sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess vor:

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung zu unterworfen sind (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die TKMVO 2003 erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte abgegrenzt hat.

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

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

3. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

Primäres Ziel des Marktanalyseverfahrens ist die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Je nach Ergebnis sind im Anschluss daran die spezifischen Verpflichtungen aufzuheben, beizubehalten, zu ändern oder aufzuerlegen.

Die Analyse des jeweiligen Marktes kann folgende Ergebnisse bringen:

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

4. Relevanter Markt

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

In der TKMVO 2003 wird der verfahrensgegenständliche Markt als „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s (Endkundenmarkt)“ bezeichnet. Aus den erläuternden Bemerkungen ergibt sich, dass dieser Markt einerseits analoge Mietleitungen mit einer Bandbreite für Sprache in normaler oder besonderer Qualität, andererseits digitale Mietleitungen mit 64 kbit/s sowie 2048 kbit/s (letztere strukturiert und unstrukturiert) umfasst. Darüber hinaus sind Mietleitungen mit einer Kapazität eines Vielfachen von 64 kbit/s bis zu einer Obergrenze von 2048 kbit/s sowie unbeschaltete Kupferdoppeladern zwischen Netzabschlusspunkten, die von Kommunikationsnetz- und -dienstbetreibern vermietet worden sind, Teil des Marktes, nicht jedoch Verbindungen mit nutzerseitigen X.25-, ATM-, IP- und Frame-Relay-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten.

Zum Vorbringen von VAT und UTA im Konsultationsverfahren betreffend das Fehlen eines relevanten Marktes für Endkundenmietleitungen mit Kapazitäten von mehr als 2 Mbit/s ist anzumerken, dass ein derartiger Endkundenmarkt nicht als relevanter Markt gemäß § 36 TKG 2003 definiert wurde, da in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission davon auszugehen ist, dass Maßnahmen auf der Vorleistungsebene ausreichen, um allfällige Probleme zu lösen (vgl. Explanatory Memorandum zur Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -Dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, abrufbar unter http://europa.eu.int/information_society/topics/ecommm/doc/useful_information/library/recomm_guidelines/relevant_markets/de1_2003_497.pdf, S. 28).

5. 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 „insbesondere“ nachfolgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
5. die jeweilige Marktphase,
6. der technologiebedingte Vorsprung,
7. allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation,
8. die Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen,
9. das Ausmaß vertikaler Integration,
10. das Ausmaß der Produktdifferenzierung,
11. der Zugang zu Finanzmitteln,
12. die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur,
13. das Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (§ 37 Abs. 3 TKG 2003); die Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht ergeben sich aus § 35 Abs. 4 TKG 2003.

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

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ und „effektivem Wettbewerb“ mit der so genannten „Gleichsetzungsthese“ auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in den „Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ (ABl C 165/6 vom 11.07.202, kurz „Leitlinien“) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt (Leitlinien Rz. 19,

112). Für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wird „wirksamer Wettbewerb“ dahin gehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 RL 2002/21/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/33 v. 24.04.2002, kurz „Rahmen-RL“).

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die vorerwähnten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig: 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 zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht“ 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 [...] 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 zu dem Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz. 70, 71).

Fußnote 73 zu den Leitlinien hält darüber hinaus fest, dass „die NRB keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.“

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

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

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

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

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

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

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

Die Betrachtung der Marktanteile in Umsätzen sowie in Kapazitäten gemessen ergibt, dass die TA mit über 90% (Umsätze) bzw. über 80% (Kapazitäten in 64 kbit/s-Äquivalenten) das nach diesem Maß bei weitem größte Unternehmen am Markt ist. Neben der TA existieren noch weitere 21 Betreiber, die jedoch kaum signifikante Marktanteile aufweisen.

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

Die Marktanteilsentwicklung im Zeitraum Q1/02-Q3/03 zeigt, dass der Marktanteil der TA in Kapazitäten gemessen leicht (um ca. 3%) zurückging, während der Umsatzmarktanteil sehr stabil ist. Im Betrachtungszeitraum wurden kaum Schwankungen beim Umsatz- und Kapazitätsmarktanteil festgestellt.

Die Marktanteilsverteilung sowie die Marktanteilsentwicklung begründen also die starke Vermutung, dass die TA über Marktmacht verfügt. Aufgrund der Marktanteilsverteilung kann das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen werden.

6.2. Zum Indikator „Markteintrittsbarrieren“

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

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

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

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

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

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

Der Eintritt als Wiederverkäufer wird zudem durch strategische Marktzutrittsbarrieren - im vorliegenden Zusammenhang vor allem durch vertikale Marktmachtübertragung – erschwert bzw. verhindert. Unter Berücksichtigung der starken Stellung der TA auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente, welche einen notwendigen Input für den

Endkundenmarkt darstellen, führt die Verweigerung eines adäquaten Zugangs zu Vorleistungsprodukten bzw. Verzögerungen bei der Bereitstellung eines derartigen Zugangs (vgl. Pkt. 3.2.3. der Sachverhaltsfeststellungen) zur Erhöhung der Marktzutrittsbarrieren für alternative Betreiber am Endkundenmarkt. Dies gilt trotz der derzeit bestehenden Verpflichtung der TA, Mietleitungen kostenorientiert bereitzustellen. Die von TA bereitgestellten Endkundenprodukte sind als Vorleistungsprodukte für Kommunikationsnetze- und -dienstebetreiber nur eingeschränkt geeignet. Mit entsprechenden Vorleistungsprodukten wären die Marktzutrittsbarrieren langfristig als geringer einzustufen, können jedoch im Zeitraum von ein bis zwei Jahren aufgrund von Wechselkosten bzw. Vorteilen der bereits am Markt tätigen Unternehmen (zB Markenname) dazu führen, dass sich neue Unternehmen nur sehr langsam etablieren können.

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

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

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

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

Dem Vorbringen der TA, dass am Endkundenmarkt die Berücksichtigung der seit langem bestehenden „Universaldienstverpflichtung“ der TA für diesen Markt und der damit verbundenen Auswirkungen bei der Bewertung von Marktmacht nicht erfolgt sei und flächendeckende Infrastruktur und „Mächtigkeit“ der TA nicht zuletzt aufgrund der bisherigen Regulierung bestünden, ist entgegenzuhalten, dass die Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zur Bereitstellung des Mindestangebotes an Mietleitungen gesetzlich vorgesehen ist und die Interessen der Endnutzer fördert. Langfristig wird durch entsprechende Vorleistungsregulierung der Wettbewerb auf der Endkundenebene gefördert, weshalb die Telekom-Control-Kommission der von TA geäußerten Ansicht, dass die Verpflichtung zur Bereitstellung des Mindestangebotes an Mietleitungen automatisch zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führe, nicht beizutreten vermag. Überdies beinhaltet die Verpflichtung zur Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen nicht auch per se eine Verpflichtung zu einheitlichen Preisen, weshalb hier schon deshalb nicht von einer „Universaldienstverpflichtung“ gesprochen werden kann.

6.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

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

Aufgrund der hohen Marktanteile und insb. der Infrastrukturausdehnung der TA kann davon ausgegangen werden, dass die Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht durch Einholen

und Vergleichen verschiedener Angebote bzw. durch den Wechsel zu einem anderen Betreiber in vielen Fällen nur eingeschränkt möglich ist. Da überdies auf keinen Kunden der TA im Jahr 2002 mehr als 10% des Gesamtumsatzes bzw. mehr als 5% der Gesamtkapazität entfällt, ist eine Beschränkung von Marktmacht durch nachfrageseitige Gegenmacht nicht zu erwarten.

6.5. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“

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

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

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

6.6. Zum Indikator „Preispolitik und Preisentwicklung“

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

Bei Vorliegen von effektivem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen längerfristig in der Lage, Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben.

Auch wenn die Entgelte der TA seit 1998 teilweise stark gesunken sind, liegen sie weiterhin signifikant über jenen der größten Mitbewerber. Jedoch ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass viele alternative Betreiber zur Kundengewinnung vor allem aufgrund des Bestehens nachfrageseitiger Wechselbarrieren TA insb. preislich unterbieten. Zudem beinhalten die kostenorientierten Entgelte der TA auch gemeinsame und Gemeinkosten, während alternative Betreiber ihre Preise nicht zwingend basierend auf den Vollkosten festsetzen. Rückschlüsse von den angewendeten Preisen auf die zugrunde liegenden produktspezifischen Kosten sind daher nur in eingeschränktem Ausmaß zulässig. Obwohl es sich bei den TA-Entgelten um kostenorientiert genehmigte Entgelte handelt, ist die Tatsache, dass das teuerste (bzw. eines der teuersten) Unternehmen den höchsten Marktanteil hält, dennoch als Indiz für das Vorliegen von Marktmacht zu werten. Offensichtlich ist die TA, vor allem aufgrund ihrer Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Markt für terminierende Segmente, in vielen Fällen nur beschränktem Wettbewerbsdruck ausgesetzt.

6.7. Sonstige Indikatoren

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

6.7.1. Performance-Maße

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

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

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

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

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

6.8. Internationaler Vergleich

Aus dem im 9. Umsetzungsbericht enthaltenen internationalen Vergleich wird deutlich, dass die in Österreich verrechneten Preise in allen relevanten betrachteten Kategorien unter dem EU-Schnitt liegen. „Ausreißer“ und Anomalien konnten jedoch nicht festgestellt werden, weshalb keine Schlussfolgerungen über das Vorliegen oder die Abwesenheit einer marktbeherrschenden Stellung gezogen werden können.

6.9. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Die Auswertung der zu den einzelnen in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Marktmacht-Indikatoren getroffenen Feststellungen zeigt, dass TA über hohe und weitgehend stabile Marktanteile verfügt. Überdies bestehen hohe Marktzutrittsbarrieren, die sich vor allem aus den Zutrittsbarrieren auf der Vorleistungsebene sowie aus den Anreizen zu strategischem Verhalten der TA ergeben. Da kein adäquates Vorleistungsprodukt verfügbar ist, kann die TA über vertikale Integration ihre starke Stellung auf dem Markt für terminierende Segmente auf den Endkundenmarkt übertragen. Die derzeit vorhandene Regulierung (Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen, Kostenorientierung sowie Genehmigungspflicht von Geschäftsbedingungen und Entgelten) kann zwar verhindern, dass die TA gegenüber ihren Endkunden überhöhte Preise verlangt, sie ist jedoch nur eingeschränkt geeignet, Markteintritt und Wettbewerb am Endkundenmarkt zu fördern.

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

7. Wettbewerbsprobleme

Das Fehlen des erforderlichen Wettbewerbs am Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ führt in einer Situation ohne jegliche Regulierung potentiell zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen. Die potentiellen Wettbewerbsprobleme am Endkundenmietleitungsmarkt liegen vor allem in

der Ausübung von Marktmacht gegenüber den Endnutzern durch überhöhte Preise und Errichtung von Markteintrittsbarrieren.

Die von TA vertretene Auffassung, dass die Wettbewerbsprobleme hypothetisch und nicht hinreichend bewiesen seien und eine präventive Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nicht dem TKG 2003 entspreche, da Regularungsaufgaben aus dem tatsächlichen Marktverhalten des Unternehmens abzuleiten seien, erweist sich als unzutreffend. Im Bereich der sektorspezifischen ex-ante-Regulierung ist ein tatsächlicher Missbrauch von Marktmacht keine notwendige Voraussetzung für die Auferlegung von Regularungsinstrumenten. Vielmehr reicht es aus, Möglichkeiten und Anreize für antikompetitives Verhalten festzustellen, um die Auflage von Regularungsinstrumenten zu rechtfertigen. Der von TA geforderte Beweis des Missbrauchs gehört vielmehr dem allgemeinen Wettbewerbsrecht an, welches jedoch lediglich eine ex-post-Kontrolle von Marktmachtmissbräuchen ermöglicht (vgl. auch Leitlinien, Rz. 70, 71 und Fn. 73).

7.1. Überhöhte Preise und Preisdiskriminierung

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

Dass TA nach eigenen Angaben bislang nie überhöhte Preise bei Mietleitungen verlangt, sondern vielmehr ihre Tarife aufgrund des Wettbewerbsdrucks immer gesenkt hat, weshalb ihr Verhalten am Markt auch nicht auf Derartiges schließen lasse, schließt aus einer ex-ante-Betrachtung das Bestehen eines Anreizes zu überhöhten Preisen dennoch nicht aus. Da die Preise am Mietleitungsmarkt in der Vergangenheit der Entgeltregulierung unterworfen waren, kann nicht angenommen werden, dass tatsächlich überhöhte Preise gesetzt werden oder wurden. Das Ergebnis der Marktanalyse lässt dennoch darauf schließen, dass TA ohne Regularung am vorliegenden Markt überhöhte Preise verlangen könnte und entsprechende Anreize auch vorliegen.

Dem widerspricht auch nicht die von TA behauptete Notwendigkeit, durch Kostenüberdeckung (im von TA behaupteten Ausmaß von 17%) adäquate Gewinne zu erzielen, um in der kapitalintensiven Telekommunikationsbranche in neue Technologien, in Forschung und Entwicklung und neue Produkte investieren zu können, da die dem zu genehmigenden Preis zugrunde liegenden Kosten auch Abschreibungen, Kosten für Forschung und Entwicklung sowie eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital umfassen. Nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission ist die Einsicht, dass marktmächtige Unternehmen den Preis auf ein Niveau anheben, das gesamtwirtschaftlich nicht optimal ist, empirisch wie theoretisch ausreichend erwiesen.

Dem Hinweis der TA auf ihre im internationalen Vergleich günstigen Preise war im Hinblick darauf, dass internationale Vergleiche aufgrund ihrer beschränkten Aussagekraft nur bei groben Anomalien (die hier nicht vorliegen) für die Analyse des verfahrensgegenständlichen Marktes herangezogen werden, nicht weiter nachzugehen.

Der von UTA im Konsultationsverfahren geäußerten Auffassung, dass TA hohe Marktanteile unter Missachtung der genehmigten Tarife durch „predatory pricing“ erreiche, vermag die Telekom-Control-Kommission nicht beizutreten. Höhere Preise und hohe (stabile) Marktanteile der TA sind am vorliegenden Markt v.a. durch die flächendeckende Präsenz der TA und durch die zuvor erwähnten Vorteile bei der Produktdifferenzierung zu erklären. Diese Vorteile gegenüber ihren Mitbewerbern erlauben es TA, höhere Preise (im Rahmen der

Kostenorientierung) als ihre Mitbewerber zu setzen, ohne entsprechend Marktanteile zu verlieren. Das Wettbewerbsproblem liegt daher in überhöhten und nicht in zu niedrigen Preisen.

7.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten

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

Zum Hinweis der TA, dass Kunden aufgrund der standardmäßigen Vertragsbindungsdauer von einem Jahr flexibel auf Angebote von Mitbewerbern reagieren könnten und die behauptete Erhöhung nachfrageseitiger Wechselkosten unzutreffend sei (ON 30, S. 4), ist erneut auf Pkt. 8. der Sachverhaltsfeststellungen zu verweisen. Durch die früher aus § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 18 TKG 1997 resultierende Genehmigungspflicht für AGB und kostenorientierte Entgelte wurden überlange Vertragsbindungsdauern verhindert. Dies schließt jedoch nicht aus, dass TA Anreize für antikompetitives Verhalten bei Abwesenheit entsprechender bereichsspezifischer Verpflichtungen realisiert. Dadurch würden sich die Marktzutrittsbarrieren für potentielle Konkurrenten erhöhen, da es für neu in den Markt eintretende Unternehmen schwieriger ist, Kunden zu gewinnen. Höhere Marktzutrittsbarrieren können die Entstehung von effektivem Wettbewerb be- oder verhindern und stehen so den Zielen der Regulierung gemäß § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 entgegen.

8. Regulierungsinstrumente

8.1. Beschreibung der derzeitigen Regulierungssituation

Der Rechtsrahmen des TKG 1997 kannte betreffend Mietleitungen nur einen einheitlichen Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes. Gesonderte Märkte für Endkundenmietleitungen, terminierende Segmente oder für Trunk-Segmente gab es nicht. Die Regulierung des Mietleitungsmarktes bezog sich demnach auf Endkundenmietleitungen, die von den Nachfragern – zumindest sofern die Nachfrage an TA gerichtet war – mangels Alternativen auch als Trunk- bzw. terminierende Segmente verwendet wurden. Eine Unterscheidung nach Bandbreite gab es bei der Regulierung nicht, und Mietleitungssubstitute waren nicht Teil des Marktes.

Nach § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 18 TKG 1997 ist TA aufgrund ihrer Feststellung als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines selbst betriebenen festen Netzes (vgl. zuletzt Bescheid M 1/02-114 der Telekom-Control-Kommission vom 20.09.2002) verpflichtet, ihre Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Regulierungsbehörde zur Vorabgenehmigung vorzulegen. Die Entgelte für die von ihr öffentlich angebotenen festnetzgestützten Mietleitungsdienste unterliegen gemäß § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 18 Abs. 6 TKG 1997 dem Gebot der Kostenorientierung. Zusätzlich verpflichtet sie der ebenfalls über § 133 Abs. 7 TKG 2003 fortgeltende § 36 TKG 1997 zur Bereitstellung des Mindestangebotes an Mietleitungen gemäß Art. 7 iVm Anh. II RL 92/44/EWG v. 5.06.1992 (ABI L 165/27 v. 19.06.1992) idF der Entscheidung 98/80/EG v. 7.01.1998 (ABI L 14/27 v. 20.01.1998) auf Basis ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu kostenorientierten Entgelten.

8.2. Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003

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

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

§ 46 TKG 2003 bezieht sich auf „Bereitstellung des Anschlusses an das feste öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten“ und ist deshalb in Zusammenhang mit Mietleitungsmärkten nicht anwendbar.

8.3. Prinzipien für die Auswahl von Regulierungsinstrumenten

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

Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ist von der Regulierungsbehörde ferner der in Art 17 Universaldienst-RL bzw. in § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 enthaltene Grundsatz der alleinigen Regulierung der Endkundenmärkte nur für den Fall, dass die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 führen würde, zu beachten.

Basierend auf den Zielen der Rahmen-Richtlinie (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Zugangs-Richtlinie sowie Art. 10 und 11 der Genehmigungs-Richtlinie) wurden von der European Regulators' Group, einem Beratungsgremium der Europäischen Kommission (eingesetzt durch Beschluss Nr. 202/627/EG vom 29. Juli 2002 (ABl L 200/38 v. 30.07.2002), in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche bei der Anwendung von Regulierungsinstrumenten beachtet werden sollten (vgl. hierzu ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework, ERG (03)30, rev. 1, abrufbar unter <http://www.erg.eu.int>, S. 57 - 74). Hiernach müssen die ausgewählten Regulierungsinstrumente der Natur des in der Marktanalyse aufgezeigten Wettbewerbsproblems entsprechen und sich als geeignet und notwendig sowie als das gelindeste Mittel darstellen. Dort, wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten etwa durch Gewährung von Zugang für alternative Betreiber verhindert werden. Kann angenommen werden, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann, soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden. Schließlich sollten Regulierungsinstrumente so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, dh, dass der Anreiz zur Einhaltung größer sein soll als der Anreiz zur Umgehung.

8.4. Zu den auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen für bestimmte Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s“ konkret auferlegten spezifischen Verpflichtungen

Grundsätzlich sind Wettbewerbsprobleme auf Endkundenmärkten zunächst durch Verpflichtungen auf der Vorleistungsebene zu adressieren. Regulierungsmaßnahmen für den Vorleistungsmarkt „terminierende Segmente von Mietleitungen“ sind jedoch nicht ausreichend, um effektiven Wettbewerb auf der Endkundenebene sicherzustellen.

Obwohl geeignete Regulierungsmaßnahmen auf der Vorleistungsebene langfristig wesentlich zur Reduktion der Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt beitragen, werden sich alternative Betreiber am Endkundenmarkt nur langsam etablieren können, da der Zugang zu terminierenden Segmenten ein neues Vorleistungsprodukt darstellt, dessen Einführung üblicherweise mit Anlaufschwierigkeiten und Verzögerungen (vgl. Pkt. 3.2.3. der Sachverhaltsfeststellungen) verbunden ist, die erst im Zeitverlauf gelöst werden können. Überdies erschweren nachfrageseitige Wechselbarrieren alternativen Betreibern eine Ausdehnung ihrer Marktanteile auch bei Verfügbarkeit eines geeigneten Vorleistungsproduktes wesentlich. Schließlich ist vor dem Hintergrund früherer Erfahrungen (vgl. Pkt. 3.2.3. der Sachverhaltsfeststellungen) mit Verzögerungen bei der Bereitstellung erforderlicher Vorleistungsprodukte durch TA zu rechnen.

Betrachtet man die Stellung der TA am Endkundenmarkt mit stabilen Marktanteilen von – je nach Kennzahl – 80% und ca. 95% (jeweils gerundet), so erscheint es unmittelbar einsichtig, dass effektiver Wettbewerb sich angesichts der Wechselbarrieren und Anlaufschwierigkeiten allein durch Regulierung auf der Vorleistungsebene weder augenblicklich noch im Zeitraum von ein bis zwei Jahren einstellen wird.

Regulierungsmaßnahmen auf dem verfahrensgegenständlichen Endkundenmarkt sind daher notwendig, um die Ziele der Regulierung zu erreichen, dh im vorliegenden Fall, Endnutzer vor dem Missbrauch von Marktmacht zu schützen und Markteintritt und Wettbewerb zu fördern.

8.4.1. Zur auferlegten Verpflichtung zur Bereitstellung eines Mindestangebots an Mietleitungen nach § 44 TKG 2003

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

Der Umfang des Mindestangebots mit den in Spruchpunkt 2.1. angeführten Mietleitungstypen ergibt sich aus § 44 Abs. 2 TKG 2003 iVm Art. 18 Abs. 3 Universaldienst-RL (RL 2002/22/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/51 v. 24.04.2002) und Art. 17 Rahmen-RL (RL 2002/21/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/33 v. 24.04.2002). Ein entsprechendes Normenverzeichnis („Verzeichnis 2002/C 331/04 der Normen und/oder Spezifikationen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste sowie zugehörige Einrichtungen und Dienste“) wurde am 31.12.2002 veröffentlicht (ABI C 331/32 v. 31.12.2002) und nach Außerkrafttreten der RL 92/44/EG idF der Entscheidung 98/80/EG (ABI L 14/27 v. 20.01.1998) im Juli 2003 nach Art. 18 Abs. 3 Universaldienst-RL aktualisiert („Beschluss der Kommission Nr. 2003/548/EG vom 24.07.2003 über das Mindestangebot an Mietleitungen mit harmonisierten Merkmalen und die entsprechenden Normen gemäß Art. 18 der Universaldienstrichtlinie“, ABI L 186/45 v. 25.07.2003).

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

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

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

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

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

Zu dem von VAT, ISPA und UTA im Konsultationsverfahren kritisierten Fehlen einer Relation von Endkunden- und Vorleistungspreisen ist auszuführen, dass auf der Grundlage des in Bezug auf den Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen ergangenen Bescheides im Verfahren M 12/03 die Preisstruktur auf der Vorleistungsebene die Preisstruktur auf der Endkundenebene widerspiegeln muss. Darüber hinaus müssen die Preise sowohl auf

Endkunden- als auch auf Vorleistungsebene dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen, weshalb die Telekom-Control-Kommission das im Zuge des Konsultationsverfahrens vorgeschlagene explizite Verbot einer Preis-Kosten-Schere auf dem verfahrensgegenständlichen Markt nicht als notwendig erachtet.

8.4.2. Zur auferlegten Verpflichtung gemäß §§ 44 Abs. 3 TKG 2003, Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen für das Mindestangebot an Mietleitungen vorab von der Regulierungsbehörde genehmigen zu lassen

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

8.4.3. Zur auferlegten Verpflichtung gemäß § 43 Abs. 1, Abs. 3 TKG 2003, Entgelte in Bezug auf Endkundenmietleitungen bis 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots an den Prognosekosten zu orientieren

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

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

Hinsichtlich der Frage nach dem Vorliegen von Wettbewerb auf dem verfahrensgegenständlichen Markt wurde das Fehlen effektiven Wettbewerbs bereits unter Pkt. 7.9. der rechtlichen Beurteilung festgestellt.

In Bezug darauf, ob die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 auch durch eine Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen erreicht werden könnten, wurde bereits oben zu Pkt. 8.4. der rechtlichen Beurteilung ausgeführt, dass die Telekom-Control-Kommission trotz Reduktion der Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt durch geeignete Regulierungsmaßnahmen auf der Vorleistungsebene erwartet, dass sich alternative Betreiber aufgrund der Anlaufschwierigkeiten bei der Einführung des Zugangs zu terminierenden Segmenten als neuem Vorleistungsprodukt und nachfrageseitigen Wechselbarrieren am Endkundenmarkt nur langsam etablieren können und ein chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb iSd § 1 Abs. 2 TKG 2003 auf dem verfahrensgegenständlichen Markt durch Auferlegung geeigneter Vorleistungsverpflichtungen derzeit nicht erreicht werden kann. Schließlich sind vor dem Hintergrund früherer Erfahrungen (vgl. Pkt. 3.2.3. der Sachverhaltsfeststellungen) Verzögerungen bei der Bereitstellung erforderlicher Vorleistungsprodukte durch TA zu erwarten.

Um den in Pkt. 8. der rechtlichen Beurteilung dargelegten Wettbewerbsproblemen begegnen zu können, hält die Telekom-Control-Kommission aus diesen Gründen eine Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auch auf der Endkundenebene für erforderlich.

Überhöhten Preisen und Preisdiskriminierung bei den zuletzt genannten Mietleitungsprodukten kann am geeignetsten mittels einer Verpflichtung entgegengewirkt werden, nach der sich Entgelte für die og. gegenwärtig und künftig angebotenen Mietleitungsprodukte an den Kosten zu orientieren haben. § 43 Abs. 3 TKG 2003 sieht in diesem Zusammenhang vor, dass eine Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 43 Abs. 1 TKG 2003 auch beinhalten kann, dass einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem Endnutzermarkt geeignete Maßnahmen zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen oder zur Kontrolle von Einzeltarifen im Hinblick auf kostenorientierte Entgelte auferlegt werden. Die anderen in § 43 Abs. 2 TKG 2003 vorgesehenen Verpflichtungen wie etwa die Verpflichtung, keine überhöhten Preise zu verlangen, oder die Verpflichtung, bestimmte Endnutzer nicht unangemessen zu bevorzugen, sind wegen der notwendigen Konsistenz mit der für das Mindestangebot an Mietleitungen gemäß § 44 Abs. 1 TKG 2003 geltenden Kostenorientierungsverpflichtung nicht geeignet, dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise und Preisdiskriminierung wirksam zu begegnen.

Hinsichtlich des Kostenorientierungsmaßstabs hält die Telekom-Control-Kommission eine Orientierung an den Prognosekosten für geeignet. Ein derartiger Maßstab ist konsistent mit den Mietleitungen des Mindestangebots und an bekannten Grundsätzen (vgl. zB Telekom-Tarifgestaltungsverordnung,) ausgerichtet. Zudem wurden im Mietleitungsbereich in der Vergangenheit nur in geringem Ausmaß Streitbeilegungsverfahren vor der Regulierungsbehörde anhängig gemacht. Gleichzeitig genügt das Ausmaß der auferlegten Verpflichtung auch dem Verhältnismäßigkeitsgebot, da es den bisher bei der Kontrolle von Mietleitungsentgelten verwendeten Kriterien entspricht, für TA berechenbar ist und keinen Umstellungsbedarf für sie erzeugt.

Wie bereits in Pkt. 8.4.1. der rechtlichen Beurteilung erläutert wurde, wurde vom expliziten Verbot einer Preis-Kosten-Schere abgesehen, da die Preisstruktur auf der Vorleistungsebene die Preisstruktur auf der Endkundenebene widerspiegeln muss; zudem müssen die Preise auf Endkunden- und Vorleistungsebene dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen.

Zu der von TA behaupteten Unzulässigkeit einer Auferlegung von Regulierungsinstrumenten für alle (insb. auch künftig anzubietende) n x 64 kbit/s-Mietleitungen ist auszuführen, dass eine diesbezügliche Verpflichtung aus Sicht der Telekom-Control-Kommission notwendig ist, da ansonsten eine Umgehung der auferlegten Verpflichtungen in Form einer Ersetzung der derzeit angebotenen Produkte durch Produkte mit geringfügig anderen Bandbreiten sehr leicht möglich wäre.

8.4.4. Zur auferlegten Genehmigungspflicht gemäß § 43 Abs. 1, Abs. 3 TKG 2003 für Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgelte in Bezug auf Endkundenmietleitungen bis 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebotes

Zu Pkt. 9.4.3. wurde schon dargelegt, dass die in § 44 Abs. 3 TKG 2003 enthaltene Genehmigungspflicht für Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen auf das Mindestangebot an Mietleitungen beschränkt ist. Der relevante Markt nach der TKMVO 2003 umfasst aufgrund von Substitutionsbeziehungen jedoch auch alle Endkundenmietleitungen bis 2.048 kbit/s mit einer Bandbreite von n x 64 kbit/s sowie unbeschaltete Kupferdoppeladern zwischen Netzabschlusspunkten (nicht Entbündelung), für die als Teil des Marktes ebenfalls angemessene Regulierungsmaßnahmen zur Verhinderung der angeführten Wettbewerbsprobleme festzulegen sind.

Wie bereits zu Pkt. 8.4.3. ausgeführt wurde, setzt eine Regulierung von Diensten für Endnutzer jedoch voraus, dass auf dem relevanten Endnutzermarkt kein Wettbewerb herrscht und spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 nicht zur Erreichung der in § 1 Abs. 2 TKG 2003 vorgegebenen Ziele führen würden.

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wurde bereits unter Pkt. 7.9. der rechtlichen Beurteilung festgestellt. Dass die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 durch eine Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen nicht erreicht werden könnten, ergibt sich aus Pkt. 9.4. der rechtlichen Beurteilung. Daher ist eine Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auch auf der Endkundenebene erforderlich.

Der Errichtung von Marktzutrittsbarrieren durch nachfrageseitige Wechselkosten für die oben genannten Endkundenmietleitungsprodukte kann mittels einer Verpflichtung nach § 43 Abs. 1 TKG 2003 entgegengewirkt werden, nach der Allgemeine Geschäftsbedingungen vor deren Wirksamwerden der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen sind. Andere Regulierungsoptionen sind für die Adressierung dieses Wettbewerbsproblems nicht geeignet, da mit ihnen die dem Wettbewerbsproblem zugrunde liegenden vertraglichen Bedingungen nicht oder nicht adäquat adressiert werden können.

Eine Verpflichtung zur Einzeltarifkontrolle in Bezug auf Entgelte für gegenwärtig und künftig angebotene Endkundenmietleitungen bis 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots ist zur Sicherstellung der Einhaltung der Kostenorientierungsverpflichtung in Bezug auf die angebotenen Endkundenmietleitungsprodukte im Hinblick auf das Wettbewerbsproblem überhöhter Preise erforderlich. Eine weniger belastende Maßnahme wie etwa die Bestimmung von Obergrenzen von Endnutzerpreisen gemäß § 43 Abs. 3 Z 1 TKG 2003 ist aufgrund mangelnder Konsistenz mit der Entgeltgenehmigungspflicht für das Mindestangebot an Mietleitungen nicht geeignet, um dem Wettbewerbsproblem in hinreichendem Maße zu begegnen.

Zu der von TA behaupteten Unzulässigkeit einer Auferlegung von Regulierungsinstrumenten für alle (insb. auch künftig anzubietende) n x 64 kbit/s-Mietleitungen wird auf die entsprechenden Ausführungen zur Notwendigkeit einer Auferlegung von Regulierungsinstrumenten zur Vermeidung einer Umgehung der auferlegten Verpflichtung (vgl. Pkt. 8.4.3. der rechtlichen Beurteilung a.E.) verwiesen.

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

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

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wurde bereits unter Pkt. 6.9. der rechtlichen Beurteilung festgehalten. Dass die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 durch eine Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen nicht erreicht werden können, ergibt sich aus Pkt. 8.4. der rechtlichen Beurteilung. Daher ist eine Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auch auf der Endkundenebene erforderlich.

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

Bei TA als einem Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Überprüfung einer Kostenorientierung von Entgelten bei gleichzeitig von Betreiberseite wiederholt eingeforderten möglichst kurzen Verfahrensdauern nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte

"separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden. Die getrennte Buchführung umfasst folglich alle Produkte des relevanten Endkundenmarktes (Mindestangebot an Mietleitungen und sonstige Mietleitungen/unbeschaltete Kupferdoppeladern). Eine Trennung der auf diese Produkte entfallenden Kosten und Erträge von den den anderen gegenüber Endkunden oder auf Vorleistungsebene angebotenen Mietleitungsprodukten zuzuordnenden Kosten und Erträgen muss dabei gewährleistet sein.

Die TA hat hierzu vorgebracht, dass sich eine Gliederung der getrennten Buchführung nach den Märkten der TKMVO 2003 nicht mit den TA-Geschäftsbereichen decke und eine Zuordnung der relevanten Kosten auf einzelne Märkte oder Geschäftsbereiche wegen der erforderlichen Kosten- und Erlösermittlung auf Produktebene wegen des damit verbundenen Umsetzungsaufwandes unverhältnismäßig und nicht zumutbar sei. Zudem sei die Darstellung der Kosten und Erlöse für Endkunden-Mietleitungen mit höheren Datenraten als 2 Mbit/s abzulehnen, da diese außerhalb des definierten Mindestangebots an Mietleitungen lägen. Überdies sei das derzeit von TA verwendete Kostenrechnungssystem „Gamma“ nicht in der Lage, die geforderten Funktionalitäten und Informationen in der gebotenen Granularität zu liefern, eine Modifikation bedürfe des Aufwands mehrerer Mannjahre. In diesem Zusammenhang hat TA auch um eine Modifikation der Kostenkategorien ersucht. Die ISPA übermittelte im Zuge des Konsultationsverfahrens den Vorschlag, die Aufgliederung der Märkte nicht auf die TKMVO 2003 zu beziehen, da in dieser nicht alle relevanten Märkte aufschienen.

Hierzu hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen:

Die getrennte Buchführung ist im vorliegenden Fall notwendig, um Kostenverschiebungen und unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Um die Verpflichtung zur Kostenorientierung innerhalb eines angemessenen Zeitraums (insb. bei Entgeltgenehmigungsverfahren, für die gemäß § 45 Abs. 1 TKG 2003 nur eine Entscheidungsfrist von acht Wochen zur Verfügung steht) überprüfen zu können, ist eine Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 erforderlich. Eine Gliederung etwa nach Geschäftsbereichen wäre demgegenüber ungeeignet, da diese von Veränderungen der Unternehmensstruktur betroffen sein können und die Zuordnung von Kosten zu bestimmten Produkten in zu weit gehendem Maße in das Belieben des regulierten Unternehmens gestellt wird. Eine Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 ist auch deshalb zwingend, da sich die Überprüfung der Kostenorientierung bei regulierten Entgelten nur auf Produkte erstrecken kann, die dem relevanten Markt angehören. Dass die Verpflichtung zur getrennten Buchführung sich auch auf aggregierte Kosten und Erlöse in Bezug auf unregulierte Märkte wie etwa Gemeinkosten für Trunk-Segmente oder Endkundenmietleitungen mit höheren Datenraten als 2.048 kbit/s erstreckt, liegt in der Natur der Sache, da ansonsten Kostenverschiebungen nicht transparent wären und die Effektivität der Regulierung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht sichergestellt werden kann. Der von TA behauptete Aufwand für die Implementierung der getrennten Buchführung ist der Telekom-Control-Kommission insoweit nicht nachvollziehbar, als TA aufgrund von § 43 Abs. 3 TKG 1997 schon in der Vergangenheit zu einer rechnermäßigen Trennung ihrer Tätigkeiten im Telekommunikationsbereich von ihren anderen Geschäftsfeldern sowie gemäß § 45 Abs. 1 TKG 1997 zum Betrieb eines Kostenrechnungssystems verpflichtet war, welches eine Zuordnung von Kosten und Kostenelementen auf alle Dienste und Diensteelemente sowie eine nachträgliche Überprüfung erlaubte.

Zum Formulierungsvorschlag der ISPA ist anzumerken, dass die Definition der relevanten Telekommunikationsmärkte durch Erlass der entsprechenden Verordnung gemäß § 36 TKG 2003 der RTR-GmbH obliegt.

Hinsichtlich der Frage, ob sich aufgrund der der Regulierungsbehörde in § 90 TKG 2003 (Informationspflichten) eingeräumten Möglichkeit zum Erhalt von Betreiberdaten die

zusätzliche Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung nicht erübrigt, ist darauf hinzuweisen, dass eine Übermittlung der notwendigen Daten für die Überprüfung des Quersubventionierungsverbotes gemäß dieser Bestimmung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichen könnte, um im Fall eines Verdachts einer unerlaubten Quersubventionierung von Produkten mit kostenorientierten Entgelten durch Erträge aus unregulierten Bereichen innerhalb eines vergleichsweise kurzen Zeitraums entsprechende Daten zu erhalten.

Da zudem aufgrund von vorläufige Feststellungen der Telekom-Control-Kommission in parallelen Marktanalyseverfahren derzeit davon ausgegangen wird, dass TA auch auf anderen Märkten der TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt, 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).

8.4.6. Zur Verpflichtung zur Führung eines Kostenrechnungssystems gemäß § 44 Abs. 4, § 43 Abs. 4 TKG 2003

Die Verpflichtung zur Führung eines Kostenrechnungssystems besteht sowohl für das Mindestangebot an Mietleitungen nach § 44 Abs. 4 iVm § 43 Abs. 4 TKG 2003 als auch für Endkundenmietleitungen mit Datenraten bis 2.048 kbit/s außerhalb des Mindestangebots nach § 43 Abs. 4 TKG 2003 bereits ex lege aufgrund der Tatsache, dass TA Verpflichtungen nach § 44 bzw. § 43 TKG 2003 auferlegt wurden. Eine Aufnahme der Verpflichtung als gesonderter Spruchpunkt erfolgt lediglich zur Klarstellung des Bestehens einer derartigen Verpflichtung.

8.5. Zur Aufhebung der gemäß § 133 Abs. 7 TKG 2003 weitergeltenden Verpflichtungen nach dem TKG 1997

Soweit die Regulierungsbehörde vor In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes festgestellt hat, dass ein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des § 33 TKG 1997 ist, gelten die sich aus dem TKG 1997 ergebenden Pflichten für marktbeherrschende Unternehmer gemäß § 133 Abs. 7 TKG 2003 solange weiter, bis für das betreffende Unternehmen ein Bescheid nach § 37 Abs. 2 TKG 2003 ergangen ist oder die Aufhebung der Verpflichtungen nach § 37 Abs. 3 TKG 2003 wirksam wird.

Da die TA vor In-Kraft-Treten des TKG 2003 am 20.08.2003 mit Bescheid M 1/02-114 der Telekom-Control-Kommission vom 20.09.2002 als marktbeherrschend auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleistungsdienstes iSd TKG 1997 festgestellt wurde, gelten dzt. die bislang bestehenden Verpflichtungen des TKG 1997 für die TA in Bezug auf sämtliche von ihr öffentlich angebotenen Mietleistungsdienste weiter. TA bietet dzt. ausschließlich Endkundenmietleitungen an.

§ 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 TA spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Endkundenmietleistungsmarkt auferlegt. Dieser Markt wurde durch § 1 Z 10 TKMVO 2003 jedoch enger abgegrenzt als der im Bescheid M 1/02-114 der Telekom-Control-Kommission vom 20.09.2002 gemäß § 33 TKG 1997 abgegrenzte Markt für das Anbieten öffentlicher Mietleistungsdienste, welcher zB auch die von TA angebotenen Endkundenmietleitungen mit einer höheren Datenrate als 2.048 kbit/s umfasste.

Die Telekom-Control-Kommission geht daher davon aus, dass die gemäß § 133 Abs. 7 TKG 2003 fortgeltenden Verpflichtungen der nach § 33 TKG 1997 als marktbeherrschend festgestellten TA zur Vermeidung von Inkonsistenzen zwischen dem nach dem TKG 1997

und dem nach dem TKG 2003 definierten Endkundenmietleitungsmarkt gemäß § 37 Abs. 2 S 2 TKG 2003 dahingehend zu ändern sind, dass sämtliche Verpflichtungen der TA in Bezug auf die von ihr angebotenen Mietleitungsdienste aufgehoben werden. Diese genannten Verpflichtungen umfassen insb. die Verpflichtung zur Vorabgenehmigung von Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Mietleitungsdienste mit Datenraten von mehr als 2.048 kbit/s nach § 18 Abs. 4 u. Abs. 6 TKG 1997 sowie die Verpflichtung zur Kostenorientierung der Entgelte für Mietleitungsdienste mit einer Datenrate von mehr als 2 Mbit/s nach § 18 Abs. 6 S 1 Z 2, Abs. 6 S 8 TKG 1997. Von TA neu angebotene Endkundenmietleitungen innerhalb des relevanten Marktes sind der Regulierungsbehörde zuvor gemäß § 45 TKG 2003 zur Genehmigung vorzulegen; für Endkundenmietleistungsprodukte außerhalb des relevanten Marktes gelten die genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen weiter, soweit TA nicht neue Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen gemäß § 25 TKG 2003 bei der Regulierungsbehörde zur Anzeige bringt.

Die Einräumung einer Übergangsfrist erscheint im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Die im Spruch angeführten Endkundenmietleitungsdienste werden von TA auch dzt. schon auf der Basis von durch die Telekom-Control-Kommission genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und kostenorientierten Entgelten nichtdiskriminierend angeboten. Eine Übergangsfrist im Hinblick auf Nutzer, die mit TA Verträge über Mietleitungen mit einer Datenrate von mehr als 2 Mbit/s abgeschlossen haben, erscheint insoweit nicht erforderlich, als es sich idR um längerfristige Verträge handelt, die von beiden Seiten zum nächstmöglichen Kündigungszeitpunkt angepasst werden können. Darüber hinaus stehen dem Nutzer im Bereich von Endkundenmietleitungen mit höheren Datenraten als 2 Mbit/s idR mehrere Anbieter zur Verfügung, weshalb ein besonderes Schutzbedürfnis im vorliegenden Fall nicht erkennbar ist.

9. 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 ff TKG 2003 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 128 f TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen war.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweise

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 27.10.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann