

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 2.4.2007 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 1/06 einstimmig folgenden Bescheidentwurf beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Telekom Austria AG auf dem Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ iSd § 1 Z 1 TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

2.1 Telekom Austria AG hat gemäß § 46 Abs. 1 TKG 2003 ihren Teilnehmern den Zugang zu Diensten aller zusammengeschalteten Betreiber öffentlich zugänglicher Telefondienste,

- sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren durch Wählen einer Kennzahl
- als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen,

zu ermöglichen.

2.2 Telekom Austria AG hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 in Verbindung mit § 38 TKG 2003 bis 1.4.2007 ein Standardangebot zu legen, um Betreibern öffentlich zugänglicher Telefondienste den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung auf Basis eines Retail-Minus-Ansatzes zu ermöglichen. Das zu legende Standardangebot hat sich an dem von Telekom Austria am 22.03.2005 gelegten Angebot zu orientieren. Das Standardangebot hat Bestimmungen zumindest hinsichtlich der folgenden Punkte zu enthalten:

- Prozedere hinsichtlich Bestellung, Bereitstellung und Kündigung der anordnungsgegenständlichen Leistungen,
- Bestimmungen hinsichtlich Vertragsgegenstand, Entgelte, technische Voraussetzungen beim Vertragspartner,
- Bestellung, Bereitstellung, Stornierung und Kündigung von einzelnen Leistungen.

2.3 Telekom Austria AG hat gemäß § 38 TKG 2003 bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die den Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten als Vorleistung erfordern, die dafür notwendige Vorleistung „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

2.4. Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs. 1 iVm Abs. 2 iVm Abs. 3 TKG 2003 alle Endkundenentgelte und alle Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Leistungsbeschreibungen für die marktgegenständlichen Grund- und Herstellungsentgelte der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung vorzulegen.

Die Endkundenentgelte müssen dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen. Von der Kostenorientierung sind zumindest umfasst:

- Grundentgelte und die Herstellung von Anschlüssen,
- Rabatte unter Berücksichtigung von anderen Vergünstigungen, insb. von kurzfristigen Werbeaktionen.

Von der Genehmigung im Sinne dieses Spruchpunktes sind kurzfristige Aktionsangebote, bei denen es sich nicht um „Kettenangebote“ handelt, ausgenommen. Kurzfristige Aktionsangebote müssen der Kostenorientierungsverpflichtung lediglich unter Zugrundelegung eines Durchrechnungszeitraums von einem Jahr entsprechen.

Kurzfristige Aktionsangebote sind dadurch charakterisiert, dass

1. der Zeitraum, innerhalb der seitens des Endkunden die vertragliche Einigung über die Inanspruchnahme der vergünstigten Aktionsbedingungen erfolgen muss, drei Monate nicht übersteigen darf,
2. die Vorteile der Aktion hinsichtlich reduzierter Verbindungsentgelte innerhalb eines Jahres konsumiert werden müssen und die Inanspruchnahme des Aktionsangebotes seitens Telekom Austria nicht mit einer „überlangen“ Vertragsbindung des Endkunden, nämlich von über einem Jahr, junktiniert wird sowie
3. bei Miteinbeziehung von Herstellertgelten in die Aktion die wirtschaftlichen Auswirkungen maximal in der Höhe des jeweiligen Herstellungsentgeltes zu liegen kommen, unabhängig vom Zeitraum der Inanspruchnahme.

2.5. Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs. 4 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und gliedert 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 insbesondere die Anzahl der Leitungen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

3. Die der Telekom Austria AG mit Bescheid M 1/03-61 vom 20.12.2004 in Bezug auf die marktgegenständlichen Leistungen auferlegten Verpflichtungen werden – mit Ausnahme von Spruchpunkt 2.2. des Bescheides M 1/03-61 – gemäß § 37 Abs. 2 S 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben. Die Verpflichtung gemäß Spruchpunkt 2.2. des Bescheides M 1/03-61 vom 20.12.2004 wird gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 mit 30.03.2007 aufgehoben.

4.1. Die sich aus Spruchpunkt 2.4. ergebende Verpflichtung zur Genehmigung gilt auch für Mobilkom Austria AG, sofern von ihr ein marktgegenständliches Produkt angeboten wird.

4.2. Die sich aus Spruchpunkt 2.4. ergebende Verpflichtung zur Kostenorientierung gilt auch für Mobilkom Austria AG, sofern von ihr - ohne Bündelung mit marktgegenständlichen Produkten von Telekom Austria AG - ein marktgegenständliches Produkt angeboten wird. Die Verpflichtung zur Kostenorientierung erstreckt sich in diesem Fall auf das marktgegenständliche Produkt von Mobilkom Austria AG.

4.3. Sofern von Mobilkom Austria AG gemeinsam mit Telekom Austria AG – ein Bündelprodukt angeboten wird, das auch teilweise aus Produkten besteht, die dem gegenständlichen Markt angehören, hat sich die wettbewerbliche Verträglichkeit dabei an den Prüfkriterien „Replizierbarkeit“, „Margin Squeeze“ und „Marktmachtübertragungspotential“ zu orientieren. Diese Verpflichtung erstreckt sich in diesem Fall auf den Teil des Bündelproduktes, der von Mobilkom Austria AG bereitgestellt wird, unabhängig davon, ob dieser Teil marktgegenständlich ist oder nicht.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 6.2.2006 wurde das Verfahren zu M 1/06 gemäß § 37 TKG 2003 amtswegig eingeleitet.

Die Telekom-Control-Kommission erteilte am 6.2.2006 weiters folgenden Gutachtensauftrag:

„Die Telekom-Control-Kommission bestellt gemäß § 52 AVG für den Cluster Festnetz-Retail (Märkte Nr. 1 – 6 der TKMVO 2003, bzw. M 1-6/06) Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs sowie DI Kurt Reichinger zu Amtsgutachtern und beauftragt sie mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens über die Frage, ob auf den jeweiligen Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei sind auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen sind.“

Im Juli 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt (ON 20). Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission am 24.7.2006 den Beschluss gefasst, davon auszugehen, dass Telekom Austria AG (im Folgenden auch „TA“ bzw. „Verfahrenspartei“) auf dem gegenständlichen Markt (vorläufig) über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, TA gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung in Bezug auf das Verfahren für den gegenständlichen Markt einzuräumen. Es wurde Telekom Austria daher das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen im Verfahren übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, dazu Stellung zu nehmen (ON 21). Die Stellungnahme der TA zum Marktanalysegutachten langte am 30.8.2006 (ON 25) ein.

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission in der Sitzung vom 24.7.2006 folgenden Gutachtensauftrag beschlossen:

„Die Telekom-Control-Kommission bestellt Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen und beauftragt sie mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen Telekom Austria AG aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im Erstgutachten vom Juli 2006 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 1 – 6/06“) aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf den Endkundenmärkten „Zugang für Privat- bzw. Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“, „Inlandsverbindungen für Privat- bzw. Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“ sowie auf dem Endkundenmarkt „Auslandsverbindungen für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“ zu begegnen.

Dabei ist eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.“

Im September haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente übermittelt. Dieses wurde der Telekom Austria (TA) am 20.9.2006 (ON 28) zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt. Ebenfalls am 20.9.2006 wurde der Mobilkom Austria AG das wirtschaftliche Gutachten (ON 20) sowie das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente (ON 25) zugestellt.

Die Stellungnahmen der Telekom Austria zum Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 34) und die Stellungnahme der Mobilkom Austria (ON 33) langten am 10.10.2006 ein.

Im Rahmen einer Anhörung gem. § 45 Abs. 3 AVG am 16.10.2006 legte Telekom Austria ergänzende Unterlagen vor (ON 37).

Am 22.1.2007 hat die Telekom-Control-Kommission einen Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 beschlossen (ON 40).

Dieser Entwurf wurde sodann den nationalen Wettbewerbsbehörden gemäß § 37 Abs. 5 S. 2 TKG 2003 zur Stellungnahme übermittelt, bis 15.2.2007 gemäß § 128 TKG 2003 national konsultiert und gemäß § 129 TKG 2003 mit der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften koordiniert. Im Rahmen dieser Verfahren wurden Stellungnahmen von Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde, vom Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT), von der Silver Server GmbH und von der Europäischen Kommission abgegeben. Die Stellungnahmen im Rahmen des Konsultationsverfahrens gemäß § 128 TKG 2003 wurden auf der Website der RTR-GmbH veröffentlicht, sofern in der Stellungnahme nicht ersucht wurde, davon Abstand zu nehmen.

Am 1.2.2007 teilte die Europäische Kommission mit, dass sie gem. Art. 5 (2) der Rahmenrichtlinie zusätzliche Informationen benötige (ON 50). Diese Informationen wurden am 6.2.2007 an die Europäische Kommission übermittelt (ON 52).

Die Bundeswettbewerbsbehörde teilte per E-Mail am 2.2.2007 (ON 51) mit, dass die gewählten spezifischen Verpflichtungen geeignet schienen, die Entwicklung des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten positiv zu beeinflussen. Der Bundeskartellanwalt erklärte mit Schreiben vom 8.2.2007 (ON 53), dass von der Erstattung einer Äußerung abgesehen werde.

TA brachte am 15.2.2007 eine Stellungnahme zum veröffentlichten Konsultationsentwurf ein (ON 54), ebenso die Mobilkom Austria (ON 55).

Von Seiten der Europäischen Kommission wurde in einer Stellungnahme vom 23.2.2007 (ON 59) hinsichtlich des gegenständlichen Zugangsmarktes ausgeführt, dass die Miteinbeziehung von Voice over Broadband (VoB)-Diensten in den gegenständlichen Markt nicht nur auf Basis von funktioneller Austauschbarkeit mit Festnetzsprachtelefonie erfolgen dürfe, sondern konkret festgestellt werden müsste, ob eine kleine, aber signifikante und anhaltende Preiserhöhung von 5 – 10 % auf dem gegenständlichen Markt durch einen hypothetischen Monopolisten Auswirkungen auf den gegenständlichen Markt dergestalt hätte, dass Konsumenten zu Breitbandanschlüssen auf Basis von VoB wechseln würden. Nur falls eine solche Preiserhöhung Konsumenten dazu bewegen würde, zu Breitbandanschlüssen zu wechseln, was die Preiserhöhung unprofitabel machen würde, sollten nach Ansicht der Europäischen Kommission Breitbandanschlüsse in den gegenständlichen Markt einbezogen werden. Die Europäische Kommission hielt in ihrer

Stellungnahme fest, dass Entscheidungsentwürfe der Telekom-Control-Kommission, durch die eine Miteinbeziehung von VoB-Diensten in die Regulierung auf Basis des gegenständlichen Bescheides vorgesehen würde, vorher der Europäischen Kommission gem. Art. 7 Rahmenrichtlinie zu notifizieren wären.

Ferner verleiht die Europäische Kommission ihrer Ansicht Ausdruck, dass zur Senkung der Markteintrittsbarrieren beim Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung eine Überprüfung der im derzeitigen Standardangebot zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung vorgesehenen „Vorauszahlungen“ an Telekom Austria vorgenommen werden sollte und diese gegebenenfalls verringert werden sollten.

Mit Schreiben vom 23.2.2007 wurde der Telekom Austria (ON 60) und der Mobilkom Austria (ON 61) die Stellungnahme der Europäischen Kommission übermittelt.

Mit Schreiben vom 7.3.2007 wurden der Telekom Austria (ON 62) und der Mobilkom Austria (ON 63) die im Konsultationsverfahren eingegangenen Stellungnahmen von Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt, VAT, und Silver Server GmbH übermittelt.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abgrenzung des gegenständlichen Marktes „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“

Bestandteil des Zugangsmarktes zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten sind analoge und digitale Zugangsrealisierungen zum öffentlichen Telefonnetz über ein eigenes Kupferdoppelader- bzw. Glasfasernetz, entbündelte Leitungen, Mietleitungen und über Kabelnetze (CATV-Anschlüsse). Der Zugang umfasst Anschluss und Erreichbarkeit für ankommende Verbindungen. Mobile drahtlose Zugangsrealisierungen zum öffentlichen Telefonnetz sind nicht Bestandteil dieses Marktes.

Privat- und Nichtprivatkunden sind getrennten Märkten zuzurechnen.

Zugangsrealisierungen mittels Voice over Broadband (VoB) sind Bestandteil des gegenständlichen Marktes, Zugangsrealisierung mittels Voice over Internet (VoI) hingegen nicht.

Das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet ist dabei das Bundesgebiet.

2. Zum gegenständlichen Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ und zum Verhältnis zu benachbarten Märkten

Der gegenständliche Markt steht zu den Märkten gem. § 1 Z 1 bis 6 der TKMVO 2003 idgF (Festnetzendkundenmärkte) auf gleicher Wertschöpfungsstufe und in horizontaler Beziehung, sowie zu den Festnetzvorleistungsmärkten der TKMVO 2003 idgF in vertikaler Beziehung.

Für die Zwecke der Marktanalyse werden die zugrunde liegenden Märkte der TKMVO 2003 in „Cluster“ unterteilt (ON 20). Die Clusterung erfolgt anhand der horizontalen und vertikalen Beziehungen der einzelnen Märkte zueinander. Der gegenständliche Markt ist Bestandteil des „Festnetzclusters“, der aus den Märkten gemäß § 1 Z 1 -6 TKMVO 2003 idgF besteht. Es sind dies die Märkte für den Zugang von (Nicht)Privatkunden, für Inlandsgespräche von (Nicht)Privatkunden und von Auslandsgesprächen von (Nicht)Privatkunden.

2.1. Horizontale Beziehungen:

Horizontal verbundene Märkte können zueinander in substitutiven oder komplementären Beziehungen stehen:

- Substitutive Beziehungen zwischen Märkten derselben Wertschöpfungsstufe: Das Ausmaß der substitutiven Beziehung zwischen den auf den hier analysierten Märkten angebotenen Produkten wurde bereits durch die Marktabgrenzung vorweg beurteilt. Ist Substitution in einem höheren, einen hypothetischen Monopolisten (im Rahmen des HM-Tests) disziplinierenden Ausmaß gegeben (d.h. erheblich und zeitlich rasch), so sind die untersuchten Produkte demselben Markt zuzuordnen.
- Komplementäre Beziehungen: Um ein bestimmtes Endkundenprodukt (z.B. nationales Gespräch) anbieten zu können, sind oft mehrere komplementäre Produkte aus unterschiedlichen Märkten erforderlich (z.B. Zugang- und Verbindungsmärkte).

2.2. Vertikale Beziehungen:

Die vertikalen Beziehungen lassen sich anschaulich durch die Logik der Abwicklung eines Telefongesprächs erläutern:

Um ein Telefongespräch (bzw. allgemeiner einen Verbindungsaufbau) führen zu können, benötigt der Endkunde zunächst einen Zugang, der in Form eines Anschlusses an das feste öffentliche Netz bereitgestellt wird. Dieser kann grundsätzlich auf zwei Arten bereitgestellt werden: i) der Anbieter errichtet selbst einen entsprechenden Zugang zum Teilnehmer, oder aber ii) er benutzt vorhandene Zugangsmöglichkeiten eines anderen Anbieters (Teilnehmernetzbetreibers).

Ähnlich verhält es sich auch hinsichtlich der vom Endkunden gewünschten Aktivgespräche. Diese können ihm entweder von einem integrierten Betreiber (mittels eigener Infrastruktur) angeboten werden oder aber sie werden von Dritten bereitgestellt, welche die vorhandene Infrastruktur zur Erstellung eines Dienstangebotes an Kunden nützen (Verbindungsnetzbetrieb).

Bei Telekommunikationsdienstleistungen handelt es sich um Ende-zu-Ende Beziehungen, d.h. dass gegebenenfalls (gleichzeitig) eine Verbindung zwischen Endteilnehmern (allenfalls) auch verschiedener Netze herzustellen ist. Dies setzt den wechselseitigen terminierenden Zugang zu allen anderen Netzen (bzw. Teilnehmern) voraus. Für die Erstellung von Endkundenprodukten ist daher – seitens der Anbieter – jedenfalls eine entsprechende Originierungs- und Terminierungsleistung Voraussetzung.

TABELLE 1: VERTIKALE BEZIEHUNG ZWISCHEN DEN RELEVANTEN MÄRKTEN

Endkundenmärkte (Privat- und Nichtprivatkunden)	Vorleistungsmärkte
Zugang	Entbündelung, terminierende Segmente Mietleitungen
Inlandsverbindungen	Originierung, Terminierung, Transitdienste
Auslandsverbindungen	Originierung, Terminierung (Ausland), Transitdienste (In- und Ausland)

Die Art der Beziehung zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenmärkten ist zentral von Parametern wie zum Beispiel, der Qualität, den Tarifen, sowie dem Zeitpunkt der Bereitstellung und den wettbewerblichen Gegebenheiten abhängig. So ist etwa die mögliche technische Qualität für Endkundenprodukte direkt von der Qualität der bereitgestellten Vorleistung abhängig. Endkundentarife enthalten andererseits die auf den Vorleistungsmärkten zugekauften Leistungen als wesentliche Kostenparameter. Anbieter, die sowohl auf Vorleistungs- wie auch auf Endkundenmärkten tätig sind, haben somit grundsätzlich andere Möglichkeiten der Angebotserstellung (Integration, Entwicklung neuer Dienste etc.) als Anbieter, die ausschließlich auf den Zukauf von Vorleistungsprodukten zur Erstellung von Endkundenprodukten angewiesen sind.

3. Zur Analyse des Marktes „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ gem. § 1 Z 1 TKMVO 2003 idgF

3.1. Marktanteile und Marktentwicklung

3.1.1. Bedeutung des Indikators Marktanteile

Die Bedeutung des Indikators „Marktanteile“ zur Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens leitet sich vor allem aus der Monopol- und Oligopoltheorie sowie aus empirischer Evidenz über den Zusammenhang zwischen Marktanteilen und price-cost margins (als Performancemaß) ab. Auch aus der Rechtsprechung ergibt sich – ceteris paribus – ein Zusammenhang zwischen der Größe der Marktanteile eines Unternehmens und dessen Marktmacht.

3.1.2. Ausprägungen des Indikators Marktanteile

Der Zugangsbereich insgesamt unterliegt einem leicht rückläufigen Trend. Aus Abbildung 1 geht hervor, dass diese Entwicklung nach Anschlussart (POTS/ISDN) differenziert zu beurteilen ist. Aus Vergleichbarkeitsgründen wurden die Anschlusstechnologien jeweils in 64 kbit Äquivalenten ausgedrückt, wobei der Multiplikationsfaktor jeweils angegeben wird (POTS=1, ISDN=2). „Multi-ISDN“-Anschlüsse werden faktisch nur von Nichtprivatkunden nachgefragt und spielen sohin auf dem gegenständlichen Markt eine vernachlässigbare Rolle (ON 20).

Auf dem gegenständlichen Markt zeigt sich mit Ausnahme geringfügiger Zuwächse bei ISDN-Anschlüssen im Jahr 2003 ein durchgängig negativer Gesamttrend der Anschlüsse, die Anzahl der Gesamtanschlüsse auf dem gegenständlichen Markt geht leicht zurück. Der im Durchschnitt beobachtbare Rückgang, dürfte auf den von Mobilfunkanschlüssen ausgehenden Wettbewerbsdruck zurückzuführen sein. Die Tatsache, dass der Rückgang primär bei den POTS-Anschlüssen erfolgt, lässt darauf schließen, dass dieser Austausch eher bei Privatkunden mit Analoganschlüssen stattfindet.

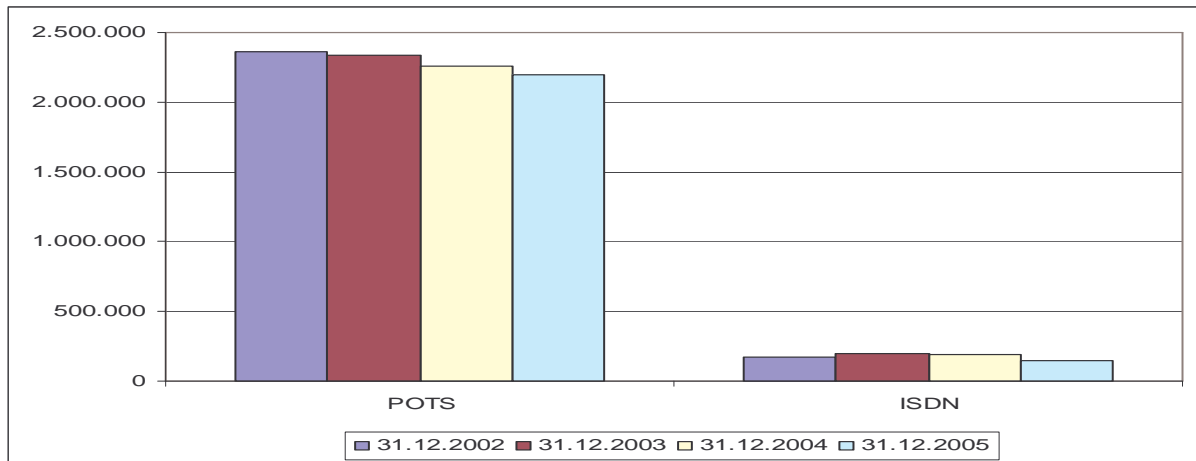


ABBILDUNG 1: ENTWICKLUNG DER ANSCHLUSSARTEN IN 64KBIT-ÄQUIVALENTEN BEI PRIVATKUNDEN (POTS=1; ISDN=2)

Das Anbieten von Teilnehmeranschlussleitungen setzt voraus, über diese Leitungen bereits zu verfügen oder die notwendige lokale und ökonomisch nur schwer zu duplizierende Infrastruktur aufzubauen. Ein derartiger Marktauftritt ist daher mit massiven Investitionsausgaben verbunden. Daher charakterisieren die lokalen Ortsnetze, aufgrund der Subadditivität der Kostenstruktur, den damit verbundenen hohen versunkenen Kosten, den eigentlichen Kern des – verbliebenen – natürlichen Monopols.

Der gegenständliche Markt ist dementsprechend (auch im 9. Jahr der Liberalisierung) durch eine stark asymmetrische Marktanteilsverteilung (ON 20, Abb. 32) gekennzeichnet, wobei Telekom Austria über den mit Abstand größten Marktanteil verfügt. So verfügt Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt über einen Marktanteil von über 91 %, während der zweitgrößte Marktteilnehmer über einen Marktanteil von unter 7 % verfügt und alle sonstigen Marktteilnehmer jeweils über einen Marktanteil von unter 1 % verfügen (Marktanteile jeweils gemessen in 64 kbit-Äquivalenten).

TA hat in Österreich bei der Bereitstellung des Zuganges auf dem gegenständlichen Markt einen Marktanteil von über 90 % aller Anschlüsse (ON 20, Abb. 33), während der zweitgrößte Marktteilnehmer über einen Marktanteil von unter 7 % verfügt und alle sonstigen Marktteilnehmer lediglich über einen Marktanteil von unter 2 % verfügen (Marktanteile jeweils gemessen in Absolutwerten, d.h. in Anschlüssen).

Marktanteilsverluste der Telekom Austria bei POTS-Privatkunden sind insbesondere auf das hauptsächlich in der Bundeshauptstadt tätige Unternehmen UPC zurückzuführen, welches rund 150.000 Telefoniekunden über das eigene Koaxialkabelnetz anbindet. Doch bildet diese Konkurrenz eine regionale Ausnahme, weshalb sich an der grundsätzlich monopolistischen Struktur seit Beginn der Liberalisierung wenig geändert hat.

Die folgende Abbildung 2 ergänzt diese Feststellungen, insofern die prozentuelle Bedeutung der einzelnen Infrastrukturalternativen für Privatkunden (als auch für Nichtprivatkunden) im Zeitverlauf dargestellt wird. Dem rückläufigen Trend bei POTS Anschlüssen und der Stagnation bei Koaxanschlüssen steht einzig bei der Anzahl der entbündelten Leitungen ein positiver Trend gegenüber. Letzteres ist auch in Hinblick auf die Zunahme von Anschlüssen auf dem gegenständlichen Markt im Jahre 2005 zu erwähnen, welche mit dem Produktlaunch des Unternehmens Tele2UTA (Produkt „Complete“) einherging.

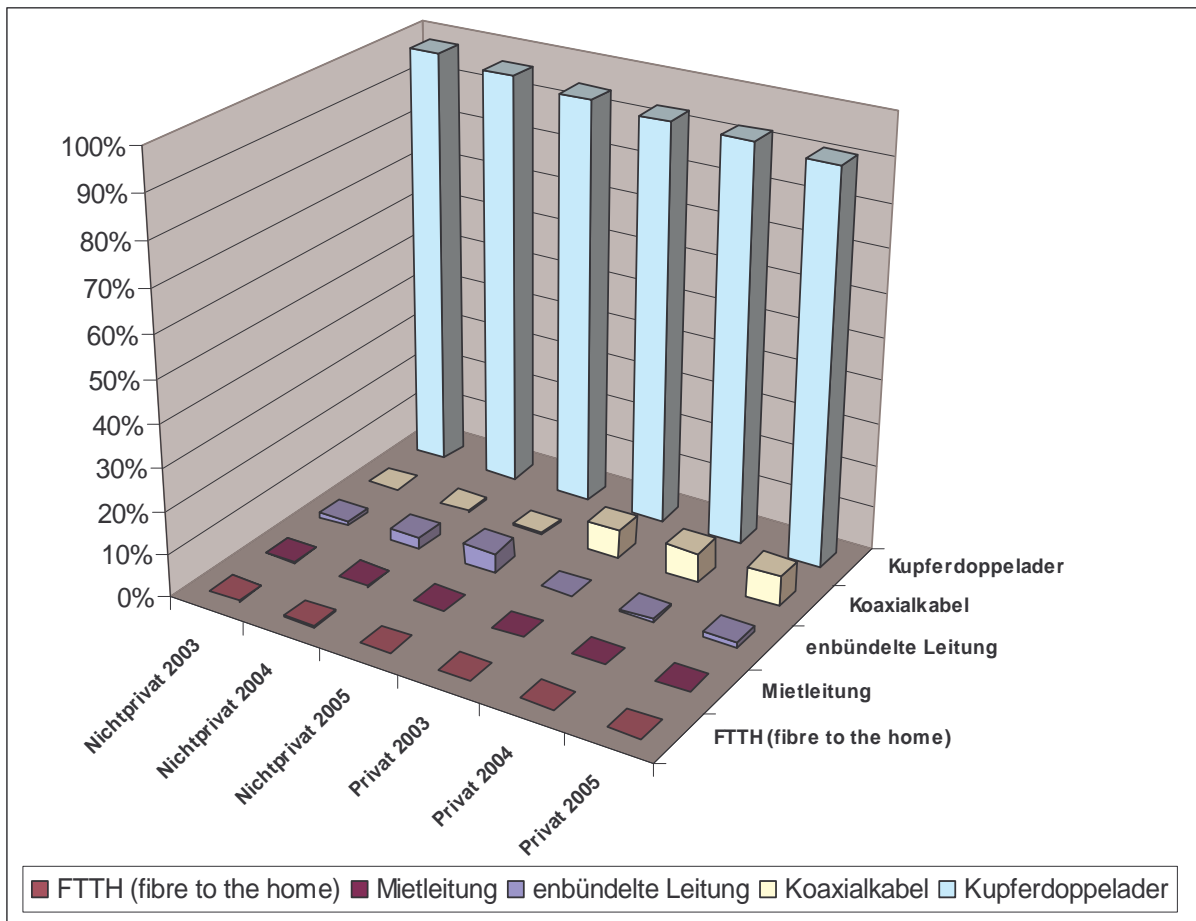


ABBILDUNG 2: PROZENTUELLE ENTWICKLUNG DER ANSCHLUSSFORMEN NACH INFRASTRUKTUR UND KUNDENGRUPPE

Die vorigen Ausführungen werden durch die Entwicklung all derjenigen Zugangsrealisierungen unterstützt, die auf VoB-Technologie basieren (ON 20, Abb. 35). Man erkennt hier bereits deutliche Zuwächse Ende 2004 bzw. im Laufe des Jahres 2005, dennoch bleibt der entsprechende Marktanteil (in absoluten Anschlüssen) auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt für Privatkunden mit rund 1 % per Ende 2005 noch auf einem geringen Ausgangsniveau. Die Entwicklung wird auch weiterhin eng mit jener der Entbündelung einhergehen, da die ausgewiesenen VoB-Zugänge bislang ausschließlich von Betreibern realisiert wurden, die auch entsprechend in Entbündelung investierten.

Die Marktanteile der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt für Nichtprivatkunden sind zwar durchgängig rückläufig, dennoch bleiben die Marktanteilswerte nach wie vor auf monopolähnlichem Niveau. Mit Ende des Beobachtungszeitraums per 31.12.2005 liegt der Umsatzmarktanteil der TA für Anschlüsse von Privatkunden bei über 94 %, während der in 64 kbit-Äquivalenten rund 3 % unter diesem Wert zu liegen kommt (ON 20, Abb. 36, 37).

Am 29.12.2006 wurde der geplante Zusammenschluss von Telekom Austria AG und eTel Austria AG bei der Bundeswettbewerbsbehörde angemeldet.

3.1.3. Wettbewerbsbeurteilung des Indikators Marktanteile

Bei der bloßen Marktanteilsanalyse beider Zugangsmärkte können trotz der Entbündelungsverpflichtung und der Verpflichtung zum Wholesale Line Rental (Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung, Resale) kaum Anzeichen für eine

Abschwächung der überragenden Marktposition der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt ausgemacht werden.

Technologische Entwicklungen, die die de facto Monopolstellung von Telekom Austria auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt nachhaltig und rasch, nämlich innerhalb von etwa zwei Jahren, ändern könnten, sind nicht absehbar. Hier kann man nur allmählich Substitutionswirkungen von Alternativtechnologien bzw. aus bestehenden Regulierungsverpflichtungen erwarten. Allerdings wird in der näheren Zukunft auch eine konkrete regulatorische Verpflichtung zum Wiederverkauf der Anschlussleistung keine marktstrukturellen Umstürze mit sich bringen. Solange aber damit das Quasi-Monopol im Zugangsbereich erhalten bleibt, wird dieser immer auch Anker für Marktmachtübertragungsmechanismen („horizontal leveraging“) sein. Hinzu käme der unmittelbare Anreiz eines Anschlussmonopolisten, überhöhte Preise („excessive pricing“) für Zugangsleistungen anzusetzen. Die Marktanteilsniveaus und die damit verbundenen Tendenzen sind des Weiteren immer auch Ausfluss zugrunde liegender Marktbarrieren an sich.

Insgesamt begründet die Marktanteilsverteilung sowie die Marktanteilsentwicklung weiterhin die ökonomische Vermutung, dass Telekom Austria auf dem vorliegenden Markt über Marktmacht verfügt.

Es sind keine Anzeichen erkennbar, dass der beschriebene Trend sich innerhalb der nächsten 1 – 2 Jahre nicht fortsetzen sollte.

3.2. Marktzutrittsbarrieren

3.2.1. Bedeutung des Indikators Marktzutrittsbarrieren

Als wichtigste und entscheidende strukturelle Marktzutrittsbarriere auf dem gegenständlichen Markt können Skalenvorteile (§ 35 Abs. 1 Z 8 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) in Verbindung mit versunkenen Kosten betrachtet werden. 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 schließlich bei einem eventuellen Marktaustritt nicht mehr wiedergewonnen werden können und beeinflussen so die Markteintrittsentscheidung. So ist das Risiko des Markteintritts größer, je höher der Anteil der versunkenen Kosten an den fixen Kosten und das Ausmaß an Skalenvorteilen ist.

3.2.2. Ausprägungen des Indikators Marktzutrittsbarrieren

Da das Anbieten von Teilnehmeranschlussleistungen voraussetzt, über die korrespondierenden Teilnehmeranschlussleitungen bereits zu verfügen oder die notwendige lokale und ökonomisch nur schwer zu duplizierende Infrastruktur aufzubauen, ist ein derartiger Marktauftritt bei Selbstverlegung von Leitungen mit massiven Investitionsausgaben verbunden. Als einzig flächendeckend-marktfähige Alternative bleiben gegenwärtig (regulatorisch angeordnete) Entbündelungsformen. Auch diese Geschäftsstrategie impliziert jedoch substantielle und vorweg zu tätige Investitionen in Infrastrukturelemente (Kollokation, ...). Zudem zeigt die Erfahrung, dass auch die Entbündelungsoption aufgrund der Technologie bzw. der damit verbundenen nötigen kritischen Größe in erster Linie in urbanen Gebieten und am Nichtprivatkundenmarkt profitabel scheint und so in der Umsetzung schwerpunktmäßig auf diese Bereiche beschränkt blieb. Erst im Jahr 2005 wurde von Tele2UTA ein auf Entbündelung basierendes

Endkundenprodukt gelauncht („Complete“), welches erstmals auf Privatkunden ausgerichtet ist.

Als zusätzliche alternative Infrastrukturform die bei Privatkunden, jedoch ausschließlich in urbanen Gebieten, ein gewisses Substitutionspotential entfaltet, gilt die Kabelnetztechnologie, mit dem Unternehmen UPC als mit Abstand bedeutendsten Vertreter.

Andere Zugangstechnologien, wie z.B. Stromnetze oder alternative funkbasierte Dienste (Wireless Local Loop, WiMax, WLAN) sind entweder technisch noch nicht genügend ausgereift, um das Stadium der Marktfähigkeit zu erreichen, oder (einstweilen noch) von einer geringen nachfrageseitigen Marktbedeutung. Was das Substitutionspotential von Zugängen zum Mobiltelefonnetz (GSM bzw. UMTS) betrifft, so ist grundsätzlich auf die Überlegungen bzw. Vorgaben der TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 zu verweisen. Aus letzterer geht hervor, dass diese mobilen Zugangsformen gegenwärtig zwar deutlich größere Bedeutung haben als alternative drahtlose Zugangsformen, diese aber dennoch keine hinreichend restringierende Wirkung auf die quasi-monopolistischen Marktstrukturen im Anschlussbereich entfalten können.

Jedenfalls kann mit den gegenwärtig vorliegenden Technologien die natürliche Monopolcharakteristik im Zugangsbereich nur schwerlich bzw. nur in Ausschnitten überwunden werden. Die Ortsnetze charakterisieren aufgrund der Subadditivität der Kostenstruktur, den damit verbundenen hohen versunkenen Kosten, den eigentlichen Kern des – verbliebenen – natürlichen Monopols, welches die wesentlichste Quelle der Marktmacht der Telekom Austria bzw. für deren Übertragungspotentiale („leveraging“) ist. So sind die hohen Infrastrukturausgaben im Zugangsbereich eben überwiegend als versunkene Kosten zu werten: Teilnehmeranschlussleitungen sind nur mit dem jeweiligen Anschlusskunden verknüpft und so nur in Verbindung mit einem bestimmten Hauptverteiler nutzbar. Es fehlt die alternative Verwendungsmöglichkeit, Sekundärmärkte existieren nicht, die Kosten bleiben daher versunken.

Da es sich bei der marktgegenständlichen Teilnehmeranschlussleitung um relativ geringe Verkehrsmengen (in der Regel sind diese deutlich geringer als bei Nichtprivatkunden) handelt, ist das Ausmaß der Skalen- und Dichtevorteile im Vergleich zur Größe der gesamten nachgefragten Verkehrsmenge sehr groß. Dies ergibt sich daraus, dass die Fixkosten der Produktion (vor allem die Kosten für das Verlegen der Leitung) unabhängig von der Verkehrsmenge sind, was wiederum bedeutet, dass nur wenige Unternehmen – häufig sogar nur ein einziges – gleich effizient (unter weitgehender Ausnützung der Skalenvorteile) produzieren können. Die Feststellungen zu den Marktanteilen belegen dies sehr deutlich.

3.2.3. Wettbewerbsbeurteilung des Indikators Marktzutrittsbarrieren

Neben den anteilig auch den Teilnehmeranschlussmärkten zurechenbaren Werbungs-, Marketing- und Vertriebsleistungen, die ebenfalls gewisse Barrieren zur Folge haben, ist der gegenständliche Zugangsmarkt jedenfalls – allein aufgrund der enormen Infrastrukturausgaben bzw. dem damit verbundenen hohen Anteil an versunkenen Kosten – von massiven Marktbarrieren gekennzeichnet.

Aufgrund der nicht leicht zu duplizierenden Infrastruktur am gegenständlichen Zugangsmarkt sind die Marktbarrieren, mit denen sich ein alternativer Teilnehmernetzbetreiber konfrontiert sieht, als sehr hoch einzustufen. In Bezug auf das gesamte Bundesgebiet muss der Anschlussbereich aufgrund der damit verbundenen hohen Fixkosten (bzw. versunkenen Kosten) im Kern nach wie vor als natürliches Monopol bezeichnet werden.

3.3. Nachfrageseitige Gegenmacht

3.3.1. Bedeutung des Indikators Nachfrageseitige Gegenmacht

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist im Wesentlichen die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber dem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, so dass es diesem nicht möglich ist, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten.

3.3.2. Ausprägungen des Indikators Nachfrageseitige Gegenmacht

Auf dem gegenständlichen Markt ist nicht mit Preisnachlässen im Rahmen unternehmensindividueller Gesamtlösungen zu rechnen. Privatkunden wählen vielmehr zwischen verschiedenen am Markt angebotenen Standardlösungen mit nur marginalen Freiheitsgraden in der individuellen Preis-Leistungsspezifikation.

3.3.3. Bedeutung des Indikators Nachfrageseitige Gegenmacht

Auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt für Privatkunden ist daher von der Abwesenheit nennenswerter nachfrageseitiger Gegenmacht auszugehen.

3.4. Preise

3.4.1. Bedeutung des Indikators Preise

Im Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren wie dem Preis spielt die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle, da die marktgegenständliche Leistung „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ des marktbeherrschenden Unternehmens wurde seit der Liberalisierung der Sprachtelefonie im Festnetz im Rahmen von Tarifgenehmigungsverfahren reguliert. Aus diesem Grund ist eine Betrachtung anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Verfahrenspartei die Zugangsentgelte für Privatkunden in einem regulierungsfreien Raum setzen würde (so genannter „Greenfield-Ansatz“; vgl. Punkt D 6).

Im Zeitverlauf geben zB Preisbewegungen oder vorhandene Preisdifferentiale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität. Bei der Untersuchung des gegenständlichen Marktes ist aufgrund der engen Verbundenheit mit dem benachbarten Verbindungsmarkt auch die dortige Preissetzungspolitik in Betracht zu ziehen.

Das Preissetzungsverhalten kann Anhaltspunkte dafür liefern, wie ein Unternehmen versucht, sich gegenüber seinen Mitbewerbern zu positionieren. Je größer der Handlungsspielraum eines einzelnen Unternehmens dabei ist, desto eher kann vermutet werden, dass das Unternehmen über eine (gewisse) Marktmacht verfügt. Aufgrund der Tatsache, dass Preisgestaltung die eindeutig bedeutendste unternehmerische Strategiegröße darstellt sowie der stark asymmetrischen Verteilung auf Anschlussmärkten kommt dieser Ungleichheit in den Gestaltungsmöglichkeiten wesentliche wettbewerbliche Bedeutung zu.

3.4.2. Ausprägungen des Indikators Preise

Da insbesondere auf Seiten der Telekom Austria eine relativ umfangreiche Palette von Tarifmodellen bzw. Kombinationsmöglichkeiten angeboten wird, ist die Vergleichbarkeit mit den alternativen Wettbewerbern nur bedingt gegeben, weswegen auch die Analyse expliziter Preise nur von eingeschränkter Bedeutung ist. Für Privatkunden steht eine Vielzahl von Optionaltarifen zur Verfügung, da der Grundtarif „Tik Tak Privat“ mit so genannten „Bonuspaketen“ kombiniert werden kann (ON 20, Abbildung 54, S 95). Hinzu kommt der „Standardtarif“, der ebenfalls überwiegend von Privatkunden in Anspruch genommen wird.

Insgesamt resultiert so auf Seiten der Telekom Austria ein sehr breites Produktportfolio, welches nur von sehr wenigen Teilnehmernetzbetreibern (TNB) in ähnlicher Form nachgebildet werden kann. Den reinen Verbindungsnetzbetreibern steht ein im Vergleich zur Telekom Austria weitaus geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zu Verfügung.

Bei Privatkunden ist nach einem zeitweiligen Rückgang im Jahr 2003 wieder ein Anstieg bzw. seit Q4/2003 eine konstante Entwicklung der durchschnittlichen Grundentgeltpreise der Telekom Austria zu beobachten.

3.4.3. Preisdifferenzierung und Transparenz

Für Privatkunden (wie im Übrigen auch für Nichtprivatkunden) existieren zahlreiche Ausgestaltungs- und Differenzierungsmöglichkeiten in Form von Zusatzdiensten, die zum Teil von beiden Kundengruppen in Anspruch genommen werden können (etwa Rufnummernanzeige, Einzelentgeltnachweis) bzw. kundenspezifisch ausgerichtet sind.

Auch auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt für Privatkunden erfährt das Instrument der Preisdifferenzierung nicht zuletzt auch aufgrund der Komplementarität der Anschluss- und Verbindungsbereiche intensive Verwendung. Die existierende Tarifstruktur der Telekom Austria entspricht einer Produkt- und Preisbündelung von Anschluss- und Verbindungsleistungen in Form zweigliedriger Tarife. Die Tarife sind optional gestaltet (daher auch die Bezeichnungen „Options“- bzw. „Optionaltarife“), insofern sich die Konsumenten selbst den angebotenen Tarifmodellen gemäß ihren Präferenzen zuordnen („Self Selection“) und so Information über ihr Nachfrageverhalten enthüllen. Begehen die Konsumenten allerdings, aus welchen Gründen auch immer, bei der Wahl ihres Tarifs Fehler, so könnte die Erweiterung des zur Verfügung stehenden Tarifbündels auch zu einer Verringerung ihrer jeweiligen Konsumentenrente führen. Konkrete Hinweise darauf liefern etwa vorliegende Zahlen zur Ausnutzung von Freiminuten sowie die Verwendung von CPS bei anderen als jener Tarifoption, der das niedrigste Grundentgelt zugeordnet ist.

3.4.4. Wettbewerbsbeurteilung des Indikators Preise

Insbesondere auf Seiten der Telekom Austria wird eine relativ umfangreiche Palette von Tarifmodellen bzw. Kombinationsmöglichkeiten angeboten, wodurch die Vergleichbarkeit mit den alternativen Wettbewerbern nur bedingt gegeben ist. Auf Seiten der Telekom Austria existiert ein sehr breites Produktportfolio, welches zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur von sehr wenigen alternativen Netzbetreibern, trotz bereits auferlegter Verpflichtung zu WLR und zu naked-DSL, in ähnlicher Form nachgebildet werden kann. Das führt letztlich auch dazu, dass alternative Netzbetreiber über einen im Vergleich zur Telekom Austria weitaus geringeren Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum verfügen.

3.5. Innovationstätigkeit und Qualitätswettbewerb

3.5.1. Bedeutung des Indikators Innovationstätigkeit und Qualitätswettbewerb

Innovationstätigkeit wird generell als Einführung von neuem, als Verwirklichung neuer Ideen oder Verfahren verstanden (ON 20). Innovation ist das Resultat wissenschaftlicher Forschung oder wirtschaftlichen Wettbewerbs um den Kunden. Je nach dem Grad der Weiterentwicklung sind unterschiedliche Innovationsqualitäten zu unterscheiden.

Das Produkt, das Privatkunden am Retail-Markt für Zugang zum PSTN angeboten wird, umfasst den (physikalischen) Anschluss an das öffentliche Telefonnetz sowie die Erreichbarkeit für ankommende Verbindungen. Folgende Möglichkeiten bestehen zur Realisierung eines Festnetz-Zuganges:

- Zugang über Cu-DA: herkömmlich; Entbündelung (ULL): Wie festgestellt, stellt Entbündelung derzeit keine vom breiten Markt angenommene Alternative zur herkömmlichen Realisierung von (schmalbandigen) Festnetz-Zugängen dar.
- Zugang über Kabel-TV-Netze: Der Zugang über Kabel-TV-Netze stellt zwar eine echte Innovation am Retail-Markt für Zugänge zum PSTN dar, ist in Österreich allerdings nicht flächendeckend, sondern vorrangig in Ballungszentren, verfügbar. Aufgrund der erforderlichen hohen Investitionen ist nicht davon auszugehen, dass in nächster Zukunft ein signifikanter Anstieg der Penetration von Zugängen über Kabel-TV-Netze außerhalb der bereits versorgten Gebiete zu beobachten sein wird. Gerade für Kabelnetzbetreiber dürfte künftig auch in Verbindung mit der VoB-Technologie (s.u.) ein gewisses Innovations- und Wettbewerbspotential im Zugangsbereich zu erwarten sein.
- Zugang über (Breitband-)Internet: Eine weitere, in zunehmendem Maße angebotene Variante des Zugangs zum PSTN betrifft die Verwendung (breitbandiger) Internet-Zugänge. Beim Einsatz von Voice-over-Internet-Protocol (VoIP) kann ein bestehender (breitbandiger) Internetzugang des Endkunden verwendet werden, um dem Endkunden Zugang zum PSTN zu ermöglichen. Zwei Varianten sind hierbei zu unterscheiden: Voice-over-Internet (VoI) verwendet einen bestehenden, im Allgemeinen von einem Drittanbieter zur Verfügung gestellten, (breitbandigen) Internet-Zugang des Endkunden zur Sprachübermittlung, während Voice-over-Broadband (VoB) auf einen im Bündel mit VoIP angebotenen (breitbandigen) Internet-Zugang aufsetzt, der VoIP-Anbieter daher seine Dienste in Kombination mit einem von ihm bereitgestellten (Breitband)Internet-Zugang zur Verfügung stellt und die VoIP-Technologie zum Transport der Sprachdaten im Anschlussnetz verwendet. Gemäß den Überlegungen zur Marktabgrenzung (ON 20, Kapitel 2, bzw. Punkt B 1), sind VoB-Anschlussrealisierungen bereits als relevante Technologie den Zugangsmärkten zuzurechnen, wobei VoB bereits eine tatsächliche Marktbedeutung bzw. insbesondere ein entsprechendes Entwicklungspotential, nicht zuletzt durch die Möglichkeit von zusätzlichen VoB-Anschlussrealisierungen auf Basis von naked-DSL Produkten, zukommt (ON 20, Abbildung 35).
- Zugang über Mobilnetze/drahtloser Zugang: Der physikalische Festnetzzugang kann zwar grundsätzlich mit einem Zugang über Mobilnetze auf Basis von 2G und 3G eingeschränkt substituiert werden, gemäß der zugrunde liegenden Marktabgrenzung sind solche Zugangsrealisierungen allerdings nicht Teil des gegenständlichen Zugangsmarktes. Zieht man jedoch den allgemeinen Trend zu erhöhter Mobilität und der steigenden Nachfrage bzgl. mobiler Anwendungen in Betracht, ist allen diesen Technologien mittelfristig bis längerfristig ein im Rahmen der Marktdefinition zu berücksichtigendes Markt-Potenzial zuzusprechen. Inwieweit drahtlose Zugänge auf Basis von Wireless Local Loop (WLL, WiMax) oder Wireless LAN (WLAN) zukünftig

eine Alternative zum herkömmlichen Zugang darstellen, kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht abgeschätzt werden.

Privatkunden stellen in der Regel ein Kundensegment dar, in dem Investitionen für die Neuherstellung eines Zuganges (Grabungsarbeiten, Kabelverlegung, etc.) zum PSTN nur mittel- bis langfristig zurückverdient werden können. Dementsprechend gering ist das Interesse der Anbieter, bei Privatkunden mit bereits verfügbaren physikalischen Anschlüssen eine der oben angeführten alternativen Zugangsmöglichkeiten zur Realisierung eines Zuganges zum PSTN an festen Standorten zu wählen bzw. entsprechende Investitionen zu tätigen. Dies geschieht zumeist nur unter der Voraussetzung, dass eine entsprechend hohe Anzahl an Privatkunden (z.B. Neubaugebiet) erschlossen werden kann, dass alternative Zugangsformen weiterentwickelt werden (Kabel-TV) oder eine Bündelung mit anderen Produkten vorgenommen werden kann (Kabel-TV, Breitbandzugang).

3.5.2. Wettbewerbsbeurteilung des Indikators Innovationstätigkeit und Qualitätswettbewerb:

In einer Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass die technologischen Entwicklungen der letzten Jahre keine signifikanten und flächendeckenden Wettbewerbsimpulse für den gegenständlichen Markt entfalten konnten. Per Ende 2005 sind lediglich 1 % aller Anschlüsse des gegenständlichen Marktes auf Basis VoB realisiert (ON 20, Kapitel 5.1.6.).

3.6. Performanceanalyse

3.6.1. Bedeutung des Indikators Performanceanalyse

Die Untersuchung von Performancemaßen ist ein wichtiger Schritt, um Marktmacht von Unternehmen zu beschreiben. Persistent und exzessiv hohe Werte für ein Performancemaß eines Unternehmens im Vergleich zu Konkurrenten lassen den Schluss auf eine unumstrittene Marktposition zu.

Für die Berechnung der Performancewerte wurde auf die Umsatzrentabilität, abgestellt (ON 20), die das Verhältnis von EGT (Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit) zum Umsatz bezeichnet.

Telekom Austria hat in den Entgeltverfahren der letzten Jahre mehrmals Kostennachweise für das Zugangsnetz vorgelegt, die auf historischen Anschaffungskosten beruhen, eine Kapitalverzinsung vorsahen und auf einer durchschnittlichen Abschreibungsdauer von 15 Jahren für die Kupferdoppelader beruhen. Für Unterschiede bei ISDN und POTS Anschlüssen wurden ebenfalls Unterlagen vorgelegt, aus denen eindeutig ersichtlich ist, dass ISDN und ISDN-Multi-Anschlüsse jedenfalls (auch unter den Prämissen der Telekom Austria) kostendeckend sind. Die Steigerung der durchschnittlichen Grundentgelte je Teilnehmer, sowie Kostensenkungen führen zu einer positiven Umsatzrentabilität ab 2004 (vgl. ON 20, Kapitel 5.5.2.2 inkl. Tabelle 9). Die Umsätze aus Grundentgelten konnten durch die Abschaffung des Minimumtarifs, durch Migration von Kunden von POTS- zu ISDN-Anschlüssen sowie durch die Einführung neuer – mit höheren Grundentgelten versehenen – Tarifoptionen gesteigert werden. Die Kosteneinsparungen überwiegen die Erlösrückgänge durch rückläufige Teilnehmerzahlen. Die Kosteneinsparungen werden im Wesentlichen dadurch erzielt, dass Teile des Anlagevermögens genutzt werden, welche auf Grund der kurzen buchhalterischen Abschreibungen zur Gänze abgeschrieben sind und daher keine weiteren Kapitalkosten verursachen. Konkret erwirtschaftete TA sowohl für das Jahr 2004 als auch für das Jahr 2006 (forecast) eine Umsatzrentabilität von ca. 3 % für das Zugangsnetz.

3.6.2. Wettbewerbsbeurteilung des Indikators Performanceanalyse

Nicht zuletzt auf Grund regulatorischer Vorgaben (Entgeltregulierung) zeigt sich, dass die Umsatzrentabilität für die marktgegenständlichen Zugangsleistungen im Wesentlichen kostendeckend (und in den letzten Jahren sogar leicht kostenüberdeckend) war.

3.7. Internationaler Vergleich

3.7.1. Bedeutung des Indikators Internationaler Vergleich

Ein internationaler Vergleich dient hier lediglich als Benchmark, an der das Marktergebnis am Beispiel der Tarife und Tarifentwicklungen am gegenständlichen Zugangsmarkt für Privatkunden gemessen wird.

Beim Vergleich des monatlichen Grundentgelts der Incumbents im August 2004 und im September 2005 zeigt sich, dass die Telekom Austria mit dem beim Vergleich berücksichtigten Tarifmodell „TikTak Privat“ jeweils leicht über dem EU-Durchschnitt liegt. Weiters wird, wie aus ON 20 weiters hervorgeht, das etwas höhere Grundentgelt durch deutlich geringere Entgelte für Fern- und Auslandsgespräche kompensiert.

3.7.2. Wettbewerbsbeurteilung des Indikators Internationaler Vergleich:

Zusammenfassend kann anhand der Daten aus dem 11. Implementierungsbericht der Europäischen Kommission die Position Österreichs bzw. der Telekom Austria im internationalen Tarifvergleich im Wesentlichen als „unauffällig“ bewertet werden. Relativ hohe Grundentgelte der Telekom Austria bei Privat- und Nichtprivatkunden werden zum Teil durch relativ geringe Gesprächsentgelte kompensiert. Die Aussagekraft dieses Marktmachtindikators wird allerdings durch die existierende Tarifgenehmigungspflicht verringert.

3.8. Zu den sonstigen Marktmachtindikatoren

Die Auswirkungen weiterer, den Rahmenbedingungen zuordenbarer Indikatoren, wurden bei der Analyse der gesondert ausgewiesenen Indikatoren entweder mitberücksichtigt oder haben ein in der Gesamtbetrachtung zu vernachlässigendes Gewicht.

Diese Indikatoren können daher nicht weiter zur Beurteilung der aktuellen Wettbewerbssituation beitragen.

3.9. Fazit betreffend die Marktmacht und die identifizierten Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht

Auf dem gegenständlichen Markt wurden folgende potentielle Wettbewerbsprobleme festgestellt:

- Anschlussbereich als „Natürliches Monopol“: An der monopolistischen Marktstruktur hat sich im Vergleich zu der vorangegangenen Marktanalyse (M 1/03) de facto wenig geändert. Telekom Austria hält rund 94% der Umsatzmarktanteile. Die Marktbarrieren sind aus Sicht ANB („Alternative Netzbetreiber“) substantiell; die lokale Infrastruktur ist nur schwer replizierbar (eine flächendeckende Replizierung ist

volkswirtschaftlich auch nicht sinnvoll) bzw. nur in Verbindung mit hohen versunkenen Kosten, Kapitalerfordernissen und Risiken; hinzu kommen spürbare nachfrageseitige Wechselbarrieren.

- Gefahr antikompetitiver Preise: Auf Grund der de facto monopolistischen Marktstruktur und der substantiellen Markteintrittsbarrieren besteht die Gefahr, dass Telekom Austria ohne entsprechende Entgeltregulierung ihre Marktmacht durch Setzen überhöhter Preise zum Nachteil der Endkunden (Privat- wie Nichtprivatkunden) ausübt. Andererseits ist bei Nichtprivatkunden für andere Nachfragergruppen (etwa jenes der umsatzmäßig bedeutendsten Großkunden) auch mit entsprechenden und wenig nachvollziehbaren Rabattierungstaktiken im Rahmen von projektindividuell kalkulierten Gesamtlösungen zu rechnen (Gefahr von „predatory pricing“).
- Problematik der „Produktbündelung“: Anschlussbereich als Anker für clusterinterne wie clusterübergreifende Marktmachtübertragungsstrategien. Die involvierten Marktmachtübertragungsmechanismen („horizontal leveraging“, „vertical leveraging“) können dabei in wechselseitig verstärkender Weise zum Tragen kommen. Hierin besteht die Möglichkeit zur Übertragung von Marktmacht von monopolistischen Bereichen in potentiell wettbewerbsfähige Marktsegmente. Ohne entsprechende Entgeltkontrolle könnte Telekom Austria im Wege von Produktbündelung Marktmacht übertragen.

Zu den Marktanteilen:

Bei leicht fallender bis stabiler Tendenz in den letzten Jahren bleibt das Marktanteilsniveau der Telekom Austria bei über 91 % der Anschlüsse in 64 kbit Äquivalenten bzw. über 94 % der Umsatzmarktanteile gegen Ende des Beobachtungszeitraums stabil.

Auf Dienste- wie auf Infrastrukturebene resultiert trotz einer, allerdings (noch) nicht am Markt angenommenen Verpflichtung zum Wholesale Line Rental, der insbesondere für Privatkunden geringen Entbündelungsaktivitäten, sowie der geringen Bedeutung von naked-DSL sowie aus der nur regional verfügbaren alternativen Kabelnetzinfrastruktur im Anschlussbereich nach wie vor eine quasi monopolistische Marktstruktur.

Die Höhe des Marktanteils von Telekom Austria und die Marktanteilsverteilung an sich weisen daher aus ökonomischer Sicht auf eine signifikante und nachhaltige Marktmachtposition der Telekom Austria hin. Der Verlauf der Marktanteile zeigt klar, dass auf diesem Markt nur ein geringes Wettbewerbspotential gegeben ist.

In Hinblick auf den intermodalen Wettbewerb, der vom Mobilfunksektor ausgeht, sind die vergangenen und zu erwartenden Wettbewerbsimpulse für den Zugangsbereich deutlich weniger stark ausgeprägt, als dies für den Verbindungsbereich zu beobachten ist.

Zu den Marktbarrieren:

Das Anbieten von Teilnehmeranschlussleitungen ist weiters mit entsprechend hohen Marktbarrieren verbunden. Da ein Angebot an Endkunden voraussetzt, über diese Infrastruktur bereits zu verfügen oder die notwendige lokale Infrastruktur aufzubauen, ist ein derartiger Marktauftritt mit massiven Investitionsausgaben verbunden. Sieht man von zahlenmäßig nicht sehr relevanten Kabelanschlüssen ab, so bleibt als einzig marktfähige Alternative gegenwärtig die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung der Telekom Austria. In mittlerer Zukunft könnten gegebenenfalls auch VoB-Produkte auf Basis von naked-DSL eine gewisse Bedeutung erlangen.

Die lokalen Ortsnetze stellen aufgrund der Subadditivität der Kostenstruktur den eigentlichen Kern des – verbliebenen – natürlichen Monopols dar. Unabhängig von den anteilig auch den Teilnehmeranschlussmärkten zurechenbaren Werbungs-, Marketing- und Vertriebsleistungen, die ebenfalls gewisse Barrieren zur Folge haben, ist der gegenständliche Markt jedenfalls – allein aufgrund der enormen Infrastrukturausgaben – von massiven Markteintrittsbarrieren gekennzeichnet.

Aufgrund der vertikalen Verflochtenheit bzw. der nach wie vor kaum wirtschaftlich sinnvoll zu duplizierenden Anschlussinfrastruktur besteht bis dato eine substantielle Abhängigkeit von infrastrukturbasierten Vorleistungen für alternative Anbieter (ANB).

Insgesamt steht die Bewertung von Marktbarrieren im Anschlussmarkt in Einklang mit der Marktkonzentration, die Marktstruktur verweist somit klar auf das Vorliegen einer Marktmachtsposition der Telekom Austria.

Zur nachfrageseitigen Gegenmacht:

Einer nachfrageseitigen Gegenmacht auf Privatkundenmärkten an festen Standorten kommt kaum Bedeutung zu; Privatkunden wählen vielmehr zwischen verschiedenen am Markt angebotenen Standardlösungen mit nur marginalen Freiheitsgraden in der individuellen Preis-Leistungsspezifikation.

Zu den Preisen:

Hinsichtlich der wettbewerblichen Bedeutung der Tarifstrukturen ist festzustellen, dass im Bereich der Anschlussmärkte auch nach erfolgtem „Rebalancing“ ein nur vergleichsweise geringer Preiswettbewerb zu beobachten ist.

Zu den internationalen Tarifvergleichen:

Aus den internationalen Tarifvergleichen können keine systematischen Schlüsse gezogen werden.

Eine Aufhebung der bestehenden Regulierungsformen, würde demnach zu einer Verschärfung dieser Problembereiche führen.

Zur Bündelung und zur Marktmachtübertragung:

Die wettbewerbliche Problematik manifestiert sich im Themenkomplex „Produktbündelung“ bzw. Übertragung von Marktmacht („leveraging“). Auf allen betrachteten Festnetzendkundenmärkten erfährt das Instrument der Preisdifferenzierung und Preisbündelung nicht zuletzt auch aufgrund der Komplementarität der Anschluss- und Dienstebereiche intensive Verwendung. Telekom Austria, die als einziges Unternehmen flächendeckend als Komplettanbieter (Anschluss- und Verbindungsleistungen) agiert, entsteht dadurch ein relativer Vorteil in den Preisgestaltungsmöglichkeiten. Die Tatsache, dass diese auch intensiv wahrgenommen werden, unterstreicht diese Vorteilhaftigkeit.

Insbesondere die von Telekom Austria in der Vergangenheit auf den Festnetzmärkten eingeführten Optionaltarife zeigen, dass den reinen Verbindungsnetzbetreibern ein typischerweise geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht. So beinhalten die von Telekom Austria angebotenen Tariffbündel bspw. Flatrate-Elemente bei denen offensichtlich wird, dass sie von VNB, die über kein derartiges flächendeckendes Ausgleichspotential zwischen „Anschluss“- und „Verbindungs“-Märkten verfügen, auf der Endkundenebene nur erschwert nachgebildet werden können.

So sieht das Tarifsystem von Telekom Austria neben standardisierten Grundentgelten auch eine Reihe von „Bonuspaketen“ vor, wodurch Privat- wie Nichtprivatkunden optional gegen Leistung von Pauschalbeträgen (Höhe je nach Art des Anschlusses) diverse Vergünstigungen zusätzlich zu den von ihnen gewählten „TikTak-Privat“ Tarifen zur Verfügung gestellt werden. Aufgrund der vielfältigen Kombinationsmöglichkeiten resultiert letztlich ein sehr umfangreiches und breites Tarifgefüge. Die Tarifgestaltungsmöglichkeiten alternativer Anbieter (Verbindungsnetzbetreiber) sind demgegenüber eingeschränkt, da deren Kunden hinsichtlich des Zugangs auch Kunden von Telekom Austria sind. Sie können daher im Allgemeinen nur eingeschränkt Freiminuten oder Flatrate-Elemente anbieten und sind daher nicht ohne weiteres in der Lage, entsprechende Alternativprodukte anzubieten.

Ferner bestätigt der beobachtbare Trend zum „One-Stop-Shopping“ eine Notwendigkeit, als Komplettanbieter auf den jeweiligen Märkten zu agieren, was für sich genommen wiederum potentiellen Marktzutritt erschwert.

Zur vertikalen Integration und zur Marktmachtübertragung:

Unter diesem Begriff wird verstanden, dass ein Unternehmer nicht nur auf dem gegenständlichen Markt, sondern auch auf einem benachbarten Markt tätig ist. Ein Unternehmen überträgt seine Marktmacht z.B. durch Preise, indem es durch Diskriminierung bei Preisen auf Vorleistungsmärkten (wholesale-Märkten) die Kosten der auf nachgelagerten Märkten tätigen Unternehmen erhöht und sich selbst damit einen Wettbewerbsvorteil am nachgelagerten Markt verschafft. Aufgrund der Tatsache, dass der Preis im homogenen Sprachtelefoniemarkt die eindeutig bedeutendste unternehmerische Strategiegröße darstellt und auch angesichts der stark asymmetrischen Marktanteilsverteilung auf den Anschlussmärkten kommt dieser Ungleichheit in den Gestaltungsmöglichkeiten wettbewerbpolitische Bedeutung zu.

Die wettbewerbliche Problematik kann sich dahingehend manifestieren, dass ein Unternehmen, das auf mehreren Märkten tätig ist, aufgrund der Verflechtung dieser Märkte Anreize hat, Wettbewerbern auf den benachbarten Märkten den Zugang zu diesen Märkten zu verschließen oder andere wettbewerbsbeschränkende Praktiken, bspw. die Herbeiführung einer Preis-Kosten-Schere (margin squeeze) zur Anwendung zu bringen.

Wie insbesondere die „TikTak“-Tarife zeigen, steht den reinen „Verbindungsnetzbetreibern“ ein im Vergleich zur Telekom Austria deutlich geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zur Verfügung. Für Telekom Austria besteht ein Anreiz, derartige Bündelungen, bestehend aus höher bepreisten Grundentgelten bzw. entsprechend niederen Verbindungsentgelten, zu forcieren. Verbindungsnetzbetreiber können sich in Folge einem „price squeeze“ konfrontiert sehen, weil die Gesamtkosten der notwendigen Zusammenschaltungsprodukte (auf Vorleistungsebene) in Verbindung mit den unternehmensspezifischen Selbstkosten von alternativen Anbietern (ANB) auf Endkundenebene eine Preisgrenze darstellen, unterhalb der ANB nicht mehr kostendeckend operieren können.

Hinzu kommt, dass bei Optionstarifen potentielle Kostenasymmetrien hinsichtlich der Preiselastizität betreiberspezifischer Kundensegmente auftreten (können). Dieser Überlegung liegt einerseits die Beobachtung zu Grunde, dass alternative Wettbewerber typischerweise über preissensiblere Kunden (die dies durch ihren Wechsel auch bereits zum Ausdruck brachten) verfügen. Andererseits werden gerade bei preissensiblen Wechselkunden kaum bedeutende Gewinnmargen zu lukrieren sein. Umgekehrt bieten Optionspakete dem Incumbent (mit vergleichsweise preisinelastischeren Kundensegmenten bzw. einer stärker durchmischten Kundenbasis) andererseits doch ein nicht unerhebliches Finanzierungspotential.

Diese ist im Bereich der Produkte für Privatkunden, die ausschließlich auf Basis des Verbindungsnetzbetriebes bzw. Reselling angeboten werden, am deutlichsten ausgeprägt. Jüngste Marktentwicklungen, wie insbesondere die Einführung von Optionalpakten seitens Tele2UTA („Sorglos“), legen aber nahe, dass die Preisgestaltungsasymmetrie nur in einem bestimmten Ausmaß gegeben ist. Eine gewisse (nicht flächendeckende) Ausnahme stellt weiters der in städtischen Bereichen tätige Kabelnetzbetreiber „UPC Austria“ dar. Neben Produkt-/Preisbündelung innerhalb von Festnetzmärkten forciert das Unternehmen insbesondere auch märkteübergreifende Bündelungsformen („triple play“). Derartige Bündelungen wurden zudem vom Unternehmen Tele2UTA („Complete“) mit Ende 2005 auch relativ erfolgreich an Privatkunden vertrieben.

Neben der hohen Modularität zwischen Anschluss- und Verbindungsmärkten wurde im zweiten Quartal 2006 von Telekom Austria ein Bündel lanciert, in dem Festnetztelefonie mit dem Mobilfunkprodukt des verbundenen Unternehmens Mobilkom Austria potentiellen Neukunden (insbesondere Privatkunden) angeboten wurde.

Der Preisgestaltungswettbewerb verlagert sich zunehmend auf die Ebene solcher Bündelprodukte. Das zeigen auch die entsprechenden Gegenreaktionen alternativer Anbieter bzw. lässt derartiges Verhalten auf eine clusterübergreifende Bündelreaktionsverbundenheit schließen. Insgesamt gibt es bereits erste Tendenzen die vom klassischen Preiskampf auf Festnetzmärkten wegführen bzw. hin zu einem intermodalen Wettbewerb, welcher in Form von Bündelrabatten und der Zusammensetzung von Bündelprodukten ausgetragen wird.

Diese Form des Preiswettbewerbs kann die Gefahr eines Price-squeezes mit sich bringen, weshalb nachfolgend die beiden Begriffe des Predatory-pricing (Kampfpreise) und des Margin-squeeze (Preis-Kosten-Schere) zu definieren sind:

Zur Definition von Predatory pricing und Margin-squeeze:

Predatory pricing entsteht auch dann, wenn der Preis des Bündels geringer ist als die (Grenz)kosten der Produktion des Bündels (der „Abschlag“ auf das Bündel also nicht durch Kosteneinsparungen gerechtfertigt ist).

Ein Margin-squeeze entsteht, wenn das betreffende Unternehmen seinen Mitbewerbern ein Vorleistungsprodukt zur Produktion des Bündels oder einer seiner Komponenten bereitstellt, und der margin zwischen dem Vorleistungspreis und dem Endkundenpreis der Unternehmens so klein ist, dass effiziente Mitbewerber vom Markt verdrängt werden (für ausführlichere Definitionen siehe (ON 20, Kapitel 5.3.4.5).

Die Europäische Kommission führt zu diesen Begriffen die folgenden zwei Definitionsansätze an:

- „ ... a price squeeze could be demonstrated by showing that the dominant company's own downstream operations could not trade profitably on the basis of the upstream price charged to its competitors by the operating arm of the dominant company.”
- ”the margin between price charged to competitors ... for access and the price which the network operator charges in the downstream market is sufficient to allow a reasonably efficient service provider ... to obtain a normal profit.”

„Predatory Pricing“ hat einen unmittelbaren Bezugspunkt zur „Margin Squeeze“ Problematik. „Predatory Pricing“ lässt sich definieren (ON 27, S 64f) wie folgt: „[P]redatory pricing requires only, that the firm prices at a level lower than it would if it were not attempting to reduce

competition. In particular, price need not be below some accounting measure of cost. This definition is suggested by recent theoretical work in industrial economics. It is a broader definition than those typically used by antitrust courts.” Diese Definition lässt materiell gesehen genügend Raum, um sämtliche wettbewerbsrelevanten Tatbestände zu subsumieren. So kann bei gegebenen (weil insbesondere regulierten) Vorleistungspreisen ein Margin-squeeze nur von Kampfpreisen – welche die Profitabilität von Wettbewerbern negativ beeinflussen – auf Endkundenebene ausgehen. Kann jedoch auch der Vorleistungspreis (wholesale-Preis) strategisch beeinflusst werden, so kommt eine zweite Preiskomponente hinzu, mit der gegebenenfalls in Verbindung mit Kampfpreisen auf Endkundenebene, ein Margin-squeeze herbeigeführt werden könnte.

Die beiden vorangestellten Definitionen der Europäischen Kommission unterscheiden sich in Abhängigkeit von Größenvorteilen sowie Ineffizienzen auf Seiten des Incumbents. Der Ansatz von ERG deckt sich hier beinahe völlig mit der zweiten Definition der Europäischen Kommission und hebt dabei das Unterscheidungsmerkmal der vertikalen Integration des Incumbent Unternehmens explizit hervor: „... a Margin-squeeze occurs when the prices set by a vertically integrated company have anticompetitive effects in a downstream market. A Margin-squeeze results in a reduction of the profitability of rivals in the downstream market or forecloses the downstream market altogether.”

Kampfpreise können (typischerweise auf Seiten des Incumbent Unternehmens) neben konkreten Marktaustritten auch Verdrängungswirkung in Form zurück gewonnener Marktanteile ausüben und so (etwa bei signifikanten Wechselbarrieren) ein reales Wettbewerbsproblem sein.

Es besteht nach wie vor eine sehr eingeschränkte Möglichkeit der Replizierbarkeit von infrastrukturbasierten Vorleistungen und somit ein nicht unwesentliches Margin-squeeze Potential. Auch allfällige Effizienzvorteile auf Endkundenebene können für ANB eben nur einen gewissen Preisspielraum eröffnen (ON 20, Kapitel 5.3.4.5.), da Größen- und Verbundvorteile auf Endkundenebene auf Seiten des Incumbent Unternehmens nach wie vor (in gewissem Ausmaß) gegeben sind.

Insgesamt verfügt das Unternehmen Telekom Austria auf dem Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ vor allem aufgrund der monopolistischen Marktstrukturmerkmale nach wie vor erhebliche und im wirtschaftlichen Sinne bedeutende Marktmacht. So bildet das de facto Anschlussmonopol auch den unmittelbaren Ausgangspunkt für die obig beschriebenen Wettbewerbsprobleme: Einerseits hätte ein unregulierter Monopolist unmittelbare und offensichtliche Anreize überhöhte Preise („excessive pricing“) anzusetzen, andererseits dient der Anschlussbereich als Anker für clusterinterne wie clusterübergreifende Marktmachtübertragungsstrategien. Die involvierten Marktmachtübertragungsmechanismen („horizontal leveraging“, „vertical leveraging“) können dabei in wechselseitig verstärkender Weise zum Tragen kommen.

Eine grundlegende Änderung innerhalb der nächsten 1-2 Jahre kann vor dem Hintergrund der gegebenen Wettbewerbssituation und der denkbaren Entwicklungen auf dem gegenständlichen Markt nicht ausgemacht werden.

4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

4.1. Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten

Die European Regulators Group (ERG) entwickelte in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten.

Zusammengefasst wurden von der ERG folgende Prinzipien identifiziert:

1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen.
2. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden.
3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden.
4. Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung.

4.2. Regulierungsinstrumente für den gegenständlichen Markt

Im Folgenden wird die Eignung bzw. Nichteignung der untersuchten Regulierungsinstrumente, die auf dem gegenständlichen Markt festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen, dargestellt.

4.2.1. Betreiber(vor)auswahl

4.2.1.1. Zweck

Die Betreiber(vor)auswahl ermöglicht es alternativen Betreibern ohne direkten Zugang zum Teilnehmer, Verbindungsleistungen am Endkundenmarkt anzubieten. Auf den Zugangsmärkten selbst entfaltet die Betreibervorauswahl jedoch keine direkte Wirkung und ist daher nicht geeignet, die am gegenständlichen Zugangsmarkt identifizierten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen. Die Verbindungsnetzbetreiber sind daher unmittelbar von der Regulierungsverpflichtung Carrier Selection am gegenständlichen Zugangsmarkt abhängig, um auf den jeweiligen Verbindungsmärkten „überhaupt“ auftreten zu können.

4.2.1.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Die Tatsache, dass auf dem gegenständlichen Anschlussmarkt im Wesentlichen monopolistische Strukturen vorliegen, zieht eine fortwährende Abhängigkeit von Verbindungsnetzbetreibern hinsichtlich lokaler Zusammenschaltungsleistungen nach sich, weshalb die Regulierungsverpflichtung zu CPS bzw. CbC nach wie vor eine essentielle Basisregulierung auf Vorleistungsebene ist. Fiele sie weg, würden die in der Vergangenheit gewachsenen kompetitiven Strukturen auf der nachgelagerten Diensteebene in sich zusammenfallen. Die geringe Anzahl alternativer Anschlusskunden, die erheblichen sunk costs bzw. die Charakteristika des natürlichen Monopols, würde es nicht erlauben, hier auf wettbewerbliche Alternativangebote zu vertrauen.

In Abbildung 3 wird die empirische Dimension dieser Ausprägungsform des Dienstewettbewerbs mit Formen des Infrastrukturwettbewerbs auf Festnetzendkundenmärkten zusammenfassend gegenübergestellt. Neben absoluten Anschlusszahlen enthält Abbildung 3 auch korrespondierende Anteilswerte (schattierte

Hervorhebungen und mit ausgewiesenen Datenwerten). Hierin zeigt sich, dass allein dem Dienstewettbewerb in Form der CPS mit ca. 930.000 Kunden, das entspricht knapp einem Drittel aller Anschlüsse, eine rund viermal so große Bedeutung zukommt wie den gesamten Formen des Infrastrukturwettbewerbs zusammen; die alternativen Anbieter vereinigen derzeit ca. 7,8 % aller Anschlüsse auf sich. Würde man noch CBC sowie diverse Reselling-Aktivitäten hinzuzählen, so müsste man noch von einer entsprechend größeren Differenz ausgehen.

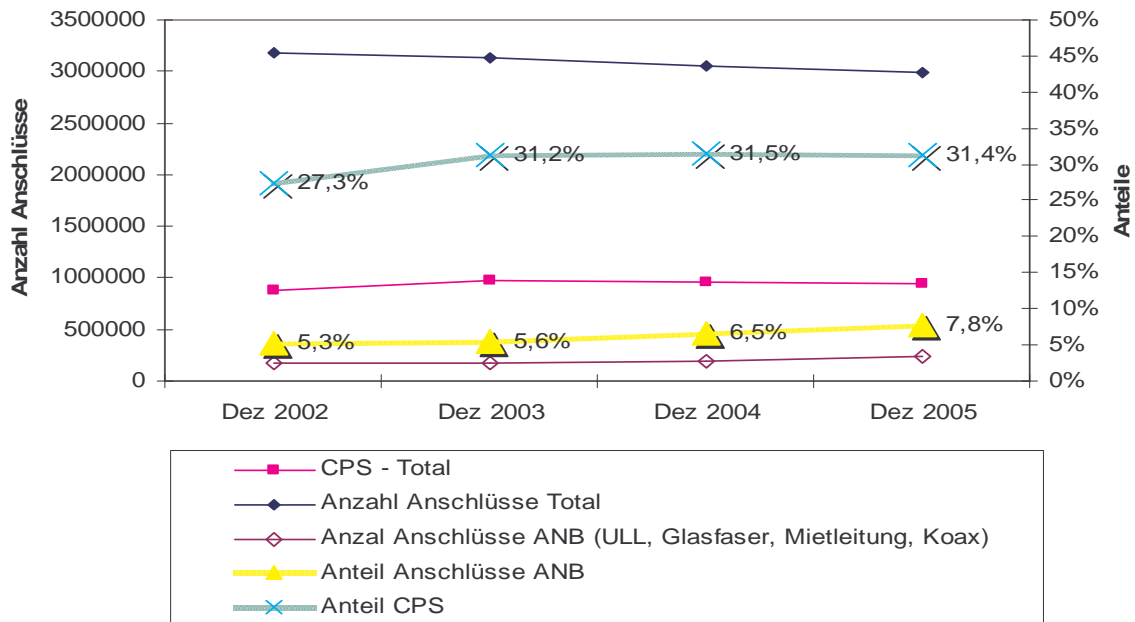


ABBILDUNG 3: BEDEUTUNG VON DIENSTE- UND INFRASTRUKTURWETTBEWERB IM ZEITVERLAUF

Auf Vorleistungsregulierungen basierender Dienstewettbewerb bleibt also für die kompetitiven Strukturen auf Gesprächsmärkten auch mittelfristig essentiell, dem Infrastrukturwettbewerb kommt hingegen eine komplementär unterstützende Funktion zu.

Die nach § 46 TKG 2003 gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl ist gem. leg cit abhängig von der Wettbewerbssituation auf den Zugangsmärkten aufzuerlegen. Sie fördert, wie ausgeführt, den Wettbewerb auf den Zugangsmärkten per se nicht, sodass die Wettbewerbsprobleme auf diesen Märkten durch eine solche Verpflichtung unverändert bleiben, doch sie unterbindet Möglichkeiten der Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte und schafft somit eine zentrale Voraussetzung für effektiven Wettbewerb in diesen Märkten. Aus ökonomischer Sicht ist die Verpflichtung der Betreiber(vor)auswahl nach § 46 TKG 2003 (die an sich eine Vorleistungsverpflichtung am Markt für Originierung darstellt) daher ein adäquates und geeignetes Instrument, Telekom Austria daran zu hindern, ihre Marktmacht auf die Verbindungsmärkte zu übertragen. Diese Marktmacht wurzelt in der Infrastruktur des Anschlussbereichs, der gegenwärtig nach wie vor als quasi-natürliches Monopol zu sehen ist. Fiele diese dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegte Verpflichtung der Gesprächszuführung weg, würde dies aufgrund der de facto monopolistischen Marktstruktur im Zugangs-/Anschlussbereich bzw. deren nicht absehbarer Replizierbarkeit einem Ende der potentiell wettbewerbsfähigen Strukturen auf Gesprächsmärkten gleichkommen (vollständiges foreclosure für VNB).

Daher wird auf den Zugangsmärkten diese Verpflichtung als ökonomisch notwendig gesehen, um die Voraussetzungen für einen Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten zu schaffen.

4.2.1.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Wie soeben oben ausgeführt, reicht die gesetzliche Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl nach § 46 TKG 2003 für ein auf den Zugangsmärkten marktbeherrschendes Unternehmen aus gegenwärtiger Sicht nicht aus, um effektiven Wettbewerb auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten sicherzustellen und die identifizierten Probleme hintanzuhalten. Dies deshalb, weil erstere zwar den Zugang für die Bereitstellung von Verbindungsleistungen an Endkunden durch Dritte sicherstellt, aber nicht geeignet ist, auf Marktverhalten beruhende wettbewerbsbeschränkende Praktiken, wie etwa dem Problem der Kampfpreise zu begegnen. Ferner kann durch diese rein auf Verbindungsleistungen abstellende Regulierung auch das Bündelungsproblem (in Form der horizontalen Marktmachtübertragung) nicht adressiert werden.

4.2.1.4. Fazit

Dieses Instrument ist – weder alleine, noch in Verbindung mit einer Resale-Verpflichtung (siehe dazu sogleich Punkt B 4.2.2) ausreichend, die festgestellten strukturellen und verhaltensinduzierten Wettbewerbsprobleme auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten, wie insb. die Anwendung von Kampfpreisen bzw. Herbeiführung eines Margin-Squeeze und die Produktbündelung zum gegenwärtigen Zeitpunkt, in dem der Erfolg von Wholesale Line Rental (WLR) am Markt noch nicht absehbar ist, adäquat zu lösen.

Da sie aber gewisse Möglichkeiten der Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte (vollständiges foreclosure für VNB) unterbindet und somit eine zentrale Voraussetzung für effektiven Wettbewerb auch auf dem gegenständlichen Markt schafft, ist die Betreiber(vor)auswahl eine unabdingbare Voraussetzung, die festgestellten Wettbewerbsprobleme auf den benachbarten Verbindungsmärkten zu bekämpfen.

4.2.2. Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung (Wholesale Line Rental, Resale)

Unter dem Begriff „Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung“ (im Folgenden Wholesale Line Rental (WLR), Resale) wird ein Bündel von Dienstleistungen verstanden, die Telekom Austria im Zusammenhang mit der Bereitstellung von POTS- bzw. ISDN-Anschlüssen auch gegenüber eigenen Endkunden anbietet. Diese Leistungen werden im Allgemeinen mit dem vom Endkunden zu bezahlenden Grundentgelt abgegolten; es handelt sich z. B. um Bereitstellung eines POTS- bzw. ISDN-Basis-Zugangs zum Sprachtelefondienst und zu verbundenen Diensten. Die Verfügbarkeit derartiger Leistungen im Rahmen eines Großhandelsangebotes soll es auch jenen Wettbewerbern, die nicht über eine eigene Anschlussnetzinfrastruktur verfügen und daher bisher nur auf Basis der Betreiber(vor)auswahl Verbindungsleistungen anbieten konnten, ermöglichen, ihren Endkunden im Bereich der Festnetz-Sprachtelefonie ein Gesamtpaket (Tarifoptionen) aus Anschluss- und Verbindungsleistung anbieten zu können.

Im Zuge der Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die Märkte für Zugang von Privat- bzw. Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten wurde der Telekom Austria mit den Bescheiden M 1/03-62, M 2/03-62 v. 20.12.2004 u.a. die Verpflichtung zur Legung eines Großhandelsangebotes betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung auferlegt. Dieser Verpflichtung kam die Telekom Austria nach, indem sie am 22.03.2005 ein Standardangebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung vorlegte, dessen Konditionen denen des zuvor erwähnten Großhandelsangebotes vom 24.05.2004 entsprachen. Die Konditionen dieses Standardangebotes wurden von der Telekom-Control-Kommission nicht beanstandet.

Aufgrund des bislang am Markt nicht angenommenen Resale-Angebotes und von der Existenz der in städtischen Bereichen operativen Kabelnetzbetreiber abgesehen, bleibt die Entbündelung gegenwärtig die bedeutendste Alternative zur Errichtung eigener Anschlüsse aus Sicht der alternativen Betreiber.

4.2.2.1. Zweck

Zweck dieser Zugangsverpflichtung ist es, Betreibern Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen und deren Nutzung sicherzustellen. Dieses Instrument forciert primär den Dienstwettbewerb, welcher in dynamischer Perspektive freilich auch komplementär den Infrastrukturwettbewerb beleben kann. Das erklärt sich aus der kaum vorhandenen und auch auf absehbare Zeit nicht zu erwartenden Replizierbarkeit der lokalen Zugangsnetze.

Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht bspw. auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt verfügen, den Zugang zu ihrem Vorleistungsprodukt verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (ERG-Prinzip 2).

Die mit Wholesale Line Rental (WLR) verbundenen Möglichkeiten stärken damit die Position der alternativen Betreiber, da ihnen ein dem marktmächtigen Unternehmen vergleichbares preis- und marketingpolitisches Repertoire zur Verfügung stünde. Bislang konnten alternative Betreiber vielfach nur Verbindungsleistungen im Rahmen der Betreiber(vor)auswahl am Endkundenmarkt verkaufen. Alternative Betreiber können mittels WLR im Wege der Preissetzung neue Tarifmodelle (bzw. zweigliedrige Tarife) kreieren und mittels Customer Care sowie innovativen Marketing-/Distributionsaktivitäten dem Endkunden gegenüber eine eigene Marke etablieren. Weiters entsteht die Möglichkeit des „One-Stop-Shopping“ („Single Point of Contact“) für den Kunden. Die Kundenbindung steigt gegenüber einer reinen Vermarktung von Verbindungsleistungen im Wege der Betreiber(vor)auswahl und senkt somit die sonst höheren Aufwände für Kundenakquisitionen. Somit schwächt sich die Asymmetrie zwischen Telekom Austria und den alternativen Festnetzbetreibern hinsichtlich der Preisgestaltungsspielräume deutlich ab. Da alternative Wettbewerber durch die Möglichkeit von WLR in Verbindung mit der Betreiber(vor)auswahl Zugang zu allen Teilen eines Gesamtleistungsbündels der Sprachtelefonie haben, wird der potentielle Marktmachtmissbrauch eines marktmächtigen Unternehmens effektiv restringiert, sofern dieses Produkt am Markt entsprechende Verbreitung und Akzeptanz findet. Andererseits kann den Konsumentenpräferenzen durch das Angebot unterschiedlicher Tarifvarianten, die dann auch alternative Betreiber offerieren können, voll entsprochen werden, wodurch sich potentiell auch die Gesamtwohlfahrt erhöht.

Das singuläre Weiterverkaufen der Zugangsleistung an Endkunden ohne irgendeine Verknüpfung mit Verbindungsleistungen ist hingegen nicht die Zielsetzung von Wholesale Line Rental.

4.2.2.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Seit Ende 2003 liegt ein Großhandelsangebot der Telekom Austria für den Zugang zur Anschlussleistung vor. Bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt wurde dieses Vorleistungsprodukt von keinem Marktteilnehmer angenommen. Wie sowohl die nationale, als auch die internationale Erfahrung zeigt, ist eine Implementierung eines marktfähigen Resale-Angebotes problembehaftet und vor allem langwierig. Von einem in breitem Umfang in Anspruch genommenen Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleitung wird daher aus Sicht der Telekom-Control-Kommission auch in absehbarer Zeit nicht auszugehen sein.

Eine breite Inanspruchnahme vorausgesetzt, würde ein marktfähiges Resaleangebot neben zusätzlichen Wettbewerbsimpulsen im Zugangsbereich horizontal für die

Wettbewerbssituation des gegenständlichen Endkundenmarktes insofern positive Effekte mit sich bringen, als alternative Festnetzbetreiber (insbesondere reine Verbindungsnetzbetreiber) dadurch gleichrangig in die Lage kämen, Bündelangebote zu kreieren, d.h. über entsprechende Preissetzungsflexibilität zu verfügen. Somit würde sich die Asymmetrie zwischen Telekom Austria und den alternativen Festnetzbetreibern hinsichtlich der Preisgestaltungsspielräume deutlich abschwächen, ebenso wie die damit in Zusammenhang stehende Marktmachtübertragungsproblematik auf die benachbarten Verbindungsmärkte. Aus dem gleichen Grund können auch die festgestellten Wettbewerbsprobleme der antikompetitiven Preise und der Produktbündelung auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt durch WLR bekämpft werden. Doch angesichts der gegenwärtigen Irrelevanz dieser Zugangsverpflichtung hinsichtlich ihrer Annahme am Markt ergibt sich daraus eben kein Ersatz für die auferlegten Endkundenregulierungsinstrumente innerhalb des regulierungsrelevanten Zeitraums von ein bis zwei Jahren.

Hinzu kommt, dass die im Rahmen der Breitbandmarktanalyse (Verfahren der Telekom-Control-Kommission zu M 1/05) der Telekom Austria auferlegte Verpflichtung zum Anbieten von „Naked-DSL“ künftig auf der Angebotsseite zwar für innovativere Impulse sorgen sollte, doch wird sich auch diese Maßnahme ebenfalls erst allmählich am Markt etablieren müssen, um aus ökonomischer Sicht eine signifikante Änderung der Wettbewerbssituation am gegenständlichen Markt bewirken zu können.

4.2.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

In der gegenwärtigen Marktsituation, in der der Erfolg eines WLR-Produktes am Markt nach wie vor nicht absehbar ist, kann diese Art der Vorleistungsregulierung aber nicht als gleichwertiger Ersatz zur bestehenden Endkundenentgeltkontrolle und zu den Verpflichtungen nach § 43 TKG 2003 gesehen werden. Im Zeitverlauf sollen jedoch diese Regulierungsformen ineinander greifen und das Ausmaß der ex-ante Entgeltkontrolle wäre in Abhängigkeit vom Markterfolg eines zukünftigen WLR-Produktes gegebenenfalls zu reduzieren. Die in der Kontrollmatrix aufgespannten Preissetzungsschranken könnten so künftig sukzessive erweitert und letztlich gegenstandslos werden, sofern dann tatsächlich eine Symmetrie hinsichtlich unternehmerischer (Preis-)Gestaltungsmöglichkeiten auf Endkundenmärkten zwischen einer ausreichenden Anzahl von Anbietern beobachtet werden kann, sodass mit entsprechend preisdiziplinierenden Effekten gerechnet werden darf.

4.2.2.4. Fazit

Wie oben ausgeführt, bleiben die festgestellten Wettbewerbsprobleme der antikompetitiven Preise sowie der Bündelung von Produkten unberührt von der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl auf den Zugangsmärkten weiterhin bestehen, da diese Form der Regulierung ihre Wirkung auf den Verbindungsmärkten entfaltet. Effektiv könnte diesen Problemen mit der bereits nach dem alten Rechtsrahmen initiierten und der Telekom Austria in den Verfahren zu M 1/03 und zu M 2/03 auferlegten Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistungen begegnet werden, um damit wettbewerbliche Impulse auf den derzeit quasi „monopolistischen“ Endkundenanschlussmärkten zu setzen und die die Preissetzungsflexibilität der ANB zu erhöhen.

Dieses Regulierungsinstrument ist daher geeignet, die auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen.

4.2.3. Entsprechende Vorleistungsprodukte

4.2.3.1. Zweck

Die – aus der Gleichbehandlungsverpflichtung resultierende - Verpflichtung, bei der Einführung neuer Endkundenprodukte spätestens zeitgleich entsprechende Vorleistungsprodukte anzubieten, soll die volle Replizierbarkeit der Tariffbündel der Telekom Austria sicherstellen.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt im Detail sicher, dass das marktmächtige Unternehmen anderen Unternehmen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für sich selbst bzw. verbundene Unternehmen. Weiters kann die Gleichbehandlungsverpflichtung verhindern, dass ein in seinen Entgelten am Vorleistungsmarkt reguliertes Unternehmen mittels nicht-preislicher Aktionsparameter Marktmacht auf andere Märkte überträgt.

4.2.3.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Um die volle Replizierbarkeit der Tariffbündel der Telekom Austria auf den Endkundenmärkten sicherzustellen, sollte aus ökonomischer Sicht der Telekom Austria (als Ausfluss der Nichtdiskriminierung) zusätzlich zur Resale-Verpflichtung (bzw. zur Entbündelung) auch die Verpflichtung auferlegt werden, bei der Einführung neuer Endkundenprodukte gemäß § 43 TKG spätestens zeitgleich entsprechende Zugangsprodukte anzubieten, die es alternativen Netzbetreibern ermöglichen, ihren Kunden ähnliche, d.h. konkurrenzfähige Produkte anzubieten. Zeitgleich ist dahin gehend zu verstehen, dass neue Produkte durch die Telekom Austria erst dann auf der Endkundenseite angeboten werden sollten, wenn ein entsprechend adäquates Zugangsprodukt auch Dritten angeboten wird, wodurch letztlich auch das Entstehen von First-Mover Vorteilen verhindert wird. Besondere Aufmerksamkeit ist dabei auf die Problematik eines möglichen Margin-squeeze zu legen.

4.2.3.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Die bestehenden Verpflichtungen zur Entbündelung, zum WLR und zum naked-DSL alleine können schon aufgrund des festgestellten geringen Verbreitungsgrades keinen effektiven Wettbewerb sicherstellen, und das Problem der Diskriminierung hinsichtlich Zugangsprodukten nicht bekämpfen.

4.2.3.4. Fazit

Dieses Regulierungsinstrument dient als Ausfluss der Gleichbehandlungsverpflichtung neben der Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung und der Entbündelung lediglich als Komplement und soll insbesondere sicherstellen, dass auch neu auf den Markt kommende Produkte von Telekom Austria alternativen Betreibern anzubieten sind, damit die hinreichende Replizierung der Tariffbündel von Telekom Austria gewährleistet wird.

Dieses Regulierungsinstrument ist daher geeignet, das festgestellte Wettbewerbsproblem der Diskriminierung hinsichtlich Zugangsprodukten zu bekämpfen.

4.2.4. Entbündelung – Markt gem. § 1 Z 13 TKMVO 2003 idgF

4.2.4.1. Zweck

Die „Entbündelungsverpflichtung“ ist eine spezifische Form der Zugangsregulierung (§ 41 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) und Ausfluss der Wettbewerbsverhältnisse am korrespondierenden Entbündelungsmarkt (Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 13/03). Die Entbündelung dient der Verbesserung der marktstrukturellen Gegebenheiten auf dem

gegenständlichen Zugangsmarkt und der Hintanhaltung der damit verbundenen Gefahr der Marktmachtübertragung (unter anderem) auf die nachgelagerten Verbindungsmärkte.

4.2.4.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Entbündelung ist in Österreich seit Mitte des Jahres 1999 verfügbar. Seither wurden die Nutzungsmöglichkeiten im Rahmen der Bescheide der Telekom-Control-Kommission laufend erweitert und die Bestimmungen verfeinert. So ist Entbündelung seit dem Jahr 2000 nicht nur für alternative Anbieter von Festnetz-Sprachtelefondiensten, sondern auch für Internet Service Provider und Mietleitungsbetreiber zu den gleichen Bedingungen möglich. Zuletzt wurde Telekom Austria bei einem Marktanteil von faktisch 100 % auf dem Entbündelungsmarkt mit dem Marktanalysebescheid M 12/06 vom 18.12.2006 dazu verpflichtet, Zugang zu entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen zu nichtdiskriminierenden Konditionen sowie zu kostenorientierten Preisen zu gewähren.

Es wurden mittels Entbündelung entscheidende Anreize für ein kostengünstiges Angebot innovativer breitbandiger Dienste vor allem im Internetbereich geschaffen, die von Inode, Tele2UTA sowie zahlreichen regionalen Anbietern auch teils intensiv genutzt werden.

Abbildung 4 zeigt die Entwicklung der Entbündelung bzw. der Anzahl der entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen im Zeitverlauf. Die jährliche Steigerungsrate bei der Anzahl entbündelter Leitungen lag für das erste Quartal 2006 bei rd. 76 % (gegenüber dem ersten Quartal 2005). Mit Ende 2005 sind knapp über 5%, (über 140.000 Leitungen) aller Leitungen der Telekom Austria tatsächlich entbündelt. Wie aus Abbildung 4 ersichtlich, nimmt der Anteil der breitbandig (inkl. VoB) genutzten entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen laufend zu und liegt Ende 2005 bei rd. 86 % (hellgrau), während der Anteil der ausschließlich für Sprachtelefonie genutzten Leitungen bei rund 14 % (dunkelgrau) aller entbündelten Leitungen liegt. Vorliegende Zahlen zeigen, dass per Ende 2005 nur mit rund 65.000 entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen auch Umsätze aus Festnetzsprachtelefonie generiert wurden.

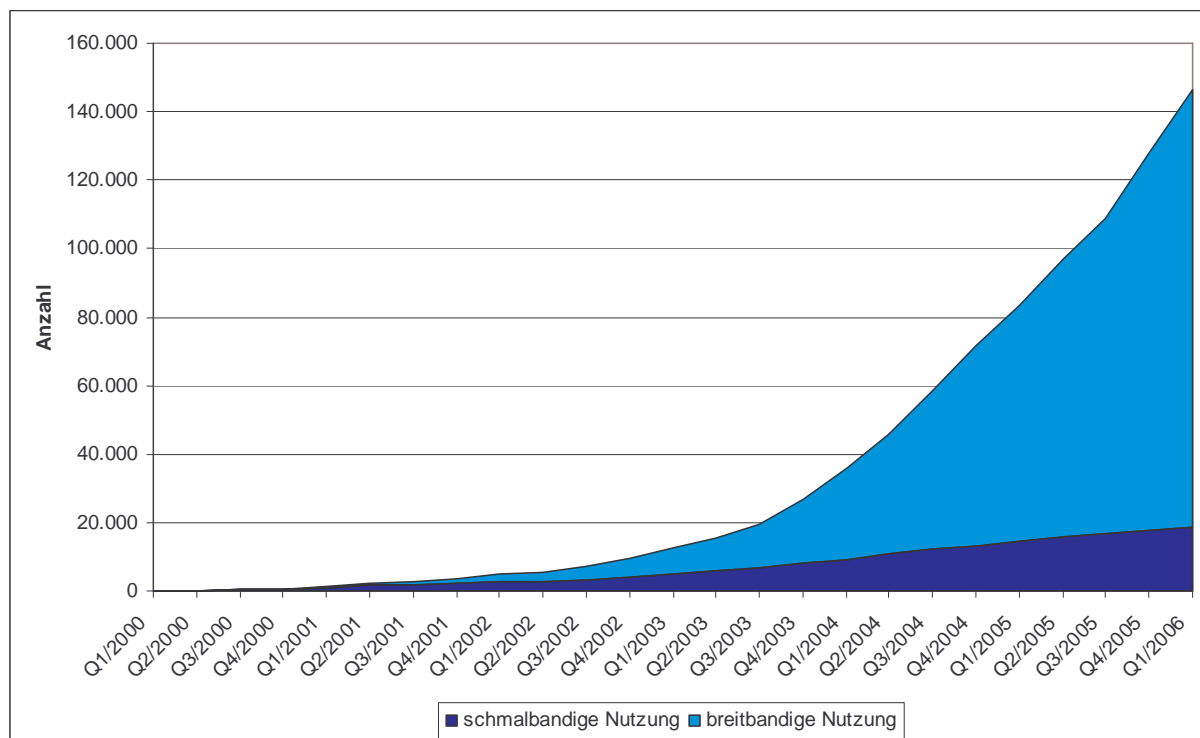


ABBILDUNG 4: ENTWICKLUNG VON ULL IN ÖSTERREICH

Entbündelung bedeutet zudem durch signifikante Investitionen in die Netzinfrastruktur nicht nur entsprechend hohes Risiko und Kapitalerfordernisse, sondern erfordert auch eine längerfristige Strategie und hohe marketingtechnische Anstrengungen. Ferner besteht für potentielle Entbündelungsbetreiber die Notwendigkeit, eine kritische Nachfragemasse je Entbündelungsstandort zu realisieren um hinreichend von der Fixkostendegression zu profitieren, wodurch sich dieses Investment insbesondere auf dicht verbaute Gebiete beschränkt. Der hohe Anteil hochbitratiger Dienste zeigt zudem, dass Sprachtelefonie für sich, kein lukratives Anwendungsfeld ist, vielmehr wird versucht, über Bündelungsvorteile und Paketlösungen die Wettbewerbsposition zu stärken.

Wie sich zeigt, kann die Entbündelungsverpflichtung allein aufgrund ihrer geringen tatsächlichen Marktbedeutung für die Festnetzsprachtelefonie bislang kein (flächendeckender) Ersatz für eine entsprechende Endkundenregulierung sein. Eine substantielle Änderung ist auch für die nahe Zukunft nicht zu erwarten. Solange das Quasi-Monopol im Zugangsbereich erhalten bleibt, wird dieses immer auch Anker für Marktmachtübertragungsmechanismen („horizontal leveraging“) sein. Hinzu käme der festgestellte unmittelbare Anreiz eines Anschlussmonopolisten antikompetitive Preise für Zugangsleistungen anzusetzen.

4.2.4.3. Beziehung der Entbündelung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Aufgrund der derzeit vom Markt nicht in Anspruch genommenen Resale-Möglichkeit, und von der Existenz der in städtischen Bereichen operativen Kabelnetzbetreiber abgesehen, bleibt die Entbündelung de facto aus Sicht der alternativen Betreiber die bedeutendste Alternative zur Errichtung eigener Anschlüsse.

In der gegenwärtigen Marktsituation, in der der Erfolg eines WLR-Produktes am Markt nach wie vor nicht absehbar ist, kann auch die bestehende Entbündelungsverpflichtung aufgrund des - im Vergleich zu naked DSL - größeren Investitionsaufwandes und der geringeren Skalierbarkeit nicht als gleichwertiger Ersatz zur bestehenden Endkundenentgeltkontrolle und zu den Verpflichtungen nach § 43 TKG 2003 gesehen werden. Im Zeitverlauf sollen jedoch die Regulierungsformen Entbündelung, WLR und gerade auch naked DSL (inkl. VoB-Zugang) ineinander greifen um das Ausmaß der ex-ante Entgeltkontrolle gegebenenfalls reduzieren zu können.

4.2.4.4. Fazit

Die Entbündelungsverpflichtung kann weder allein noch im Zusammenspiel mit WLR bzw. naked DSL ein (flächendeckender) Ersatz für eine entsprechende Endkundenregulierung sein. In der näheren Zukunft wird auch die konkrete regulatorische Verpflichtung zu WLR auf Grund des damit verbundenen Investitionsaufwandes und der geringen Skalierbarkeit keine marktstrukturellen Umstürze mit sich bringen. Eine substantielle Änderung ist daher für die nahe Zukunft nicht zu erwarten.

Bei allen diesen Zugangsformen ist nicht davon auszugehen, dass innerhalb der relevanten ein bis zwei Jahre ein die Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt restringierender Wettbewerbsdruck entstehen wird.

4.2.5. Mietleitungen – Multi-ISDN

4.2.5.1. Zweck

Mietleitungen (auf Endkunden- und auf Vorleistungsebene (terminierende Segmente)) dienen zum Teil dem Abbau von marktstrukturellen Defiziten innerhalb der Zugangsleistungen.

Auf Privatkundenmärkten ist die Bedeutung dieser Zugangsform de facto vernachlässigbar bzw. als solche nicht existent, wodurch diese Vorleistungsregulierung auch keinesfalls Ersatz für eine Endkundenmarktregulierung sein kann.

4.2.5.2. Fazit

Dieses Regulierungsinstrument (Mindestangebot an Mietleitungen auf Endkundenebene bzw. terminierende Segmente auf Vorleistungsebene) kann daher mangels Relevanz auf dem gegenständlichen Markt keinen Ersatz für eine Endkundenmarktregulierung am gegenständlichen Markt darstellen.

4.2.6. **Naked DSL**

4.2.6.1. Zweck

Bei einem „naked-DSL“-Produkt ist der Bezug eines breitbandigen Internetproduktes über Telekom Austria oder einen Bitstream-ISP auf Endkundenebene nicht an den Bezug von Festnetz-Sprachtelefonie von Telekom Austria gebunden. Telekom Austria wurde auf dem Vorleistungsmarkt für den breitbandigen Zugang (Verfahren M 1/05) die Verpflichtung auferlegt, ein solches „naked-DSL“-Produkt auf Vorleistungsebene anzubieten.

4.2.6.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Der Zugang zu „naked-DSL“-Produkten auf Vorleistungsebene ermöglicht es alternativen Betreibern, Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie (Voice over Broadband bzw. Breitbandinternet inkl. VoIP) ebenso wie Telekom Austria aus einer Hand (eine einzige Rechnung für den Kunden, one-stop-shopping) anzubieten, ohne die mit der Entbündelung verbundenen Investitionen (bzw. sunk cost) in gleichem Ausmaß in Kauf nehmen zu müssen.

Die mit 20. Februar 2006 am Breitbandvorleistungsmarkt (M 1/05) auferlegte regulatorische Neuerung in Form von „Naked-DSL“ zeigt aus heutiger Sicht und hinsichtlich des zugrunde liegenden Analyse- und Prognosezeitrahmens (ca. 2 Jahre) noch keine effektiven Auswirkungen.

Ähnlich WLR wird sich auch diese Maßnahme – wie dies die ersten Erfahrungen nahe legen – ebenfalls erst allmählich am Markt etablieren müssen.

4.2.6.3. Beziehung von naked DSL zu anderen Regulierungsinstrumenten

Auf dem gegenständlichen Markt fungieren der Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung sowie die Entbündelung als zentrale Regulierungsverpflichtung in Bezug auf das Anbieten von marktgegenständlichen Zugangsprodukten.

In der gegenwärtigen Marktsituation, in der der Erfolg von naked DSL am Markt aufgrund der erst im Februar 2006 erfolgten Einführung von naked DSL nach wie vor nicht absehbar ist, können auch die bestehende Entbündelungsverpflichtung und die Verpflichtung zum WLR aufgrund des - im Vergleich zu naked DSL - größeren Investitionsaufwandes und der geringeren Skalierbarkeit keinesfalls als gleichwertiger Ersatz zur bestehenden Endkundenentgeltkontrolle und zu den Verpflichtungen nach § 43 TKG 2003 gesehen

werden. Im Zeitverlauf sollten jedoch die Regulierungsformen Entbündelung, WLR und gerade auch naked DSL ineinander greifen um das Ausmaß der ex-ante Entgeltkontrolle in Abhängigkeit vom zukünftigen Markterfolg eines Resale-Produktes bzw. von naked DSL gegebenenfalls zu reduzieren .

4.2.6.4. Fazit

Dieses Regulierungsinstrument kann daher, obwohl es sich um die im Vergleich zukunfts-trächtigste Zugangstechnologie handelt, mangels Relevanz auf dem gegenständlichen Markt für absehbare Zeit keinen Ersatz für die auferlegte Endkundenregulierung darstellen.

4.2.7. **Transparenzverpflichtung**

Dieses Regulierungsinstrument verpflichtet das marktmächtige Unternehmen, zusätzliche Informationen zu veröffentlichen. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist aus ökonomischer Sicht nicht erforderlich, wenn durch die Bestimmungen des TKG 2003 und durch die anderen auferlegten Instrumente die Markttransparenz in dem für die Hintanhaltung der identifizierten Wettbewerbsprobleme erforderlichen Umfang hinreichend gesichert ist.

Dieses Regulierungsinstrument stellt eine begleitende Hilfsmaßnahme in Bezug auf Vorleistungsregulierungen (gemäß § 38, §§ 41-42 TKG 2003) dar. Die bloße Transparenz von Vorleistungskonditionen kann die identifizierten Wettbewerbsprobleme auf Endkundenebene (antikompetitive Preise; horizontale Marktmachtübertragung) weder einschränken noch eliminieren.

4.2.8. **Entgeltkontrolle**

4.2.8.1. Zweck

Dieses Regulierungsinstrument dient aus ökonomischer Sicht der Bekämpfung des festgestellten Wettbewerbsproblems der überhöhten Preise bzw. der in einzelnen Kundensegmenten zu niedrigen Preise.

4.2.8.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Den festgestellten Wettbewerbsproblemen der überhöhten Preise bzw. der in einzelnen Kundensegmenten in Verbindung mit clusterinterner bzw. –externer Bündelung zu niedrigen Preise kann gegenwärtig nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex-ante Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden.

Da sich seit den Entscheidungen zu M 1-2/03 nur graduelle Änderungen in den wettbewerblichen Strukturen auf Zugangsmärkten abzeichneten, ist somit auch eine Abkehr von einer Preisregulierung in Form einer ex-ante Entgeltgenehmigung aus regulatorischer Sicht nicht zu rechtfertigen bzw. diese auf Endkundenebene nach wie vor von essentieller Bedeutung (ON 27, Kapitel 3.3.1.2.).

Neben der Hintanhaltung von überhöhten Preisen erfüllt die Verpflichtung, die Entgelte und AGB sowie deren Änderungen zur Genehmigung vorzulegen, auch den Zweck, dass der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht (etwa durch Bündelung von Produkten oder durch Kampfpreise) verhindert wird. Die Verpflichtung, wonach Entgelte und AGB gemeinsam der Regulierung unterliegen, ist zum einen darauf zurückzuführen, dass ansonsten Umgehungen

einer bloßen Entgeltregulierung möglich wären (so können etwa Bindungsfristen durchaus auch Entgeltrelevanz besitzen), zum anderen könnten sonst Maßnahmen gesetzt werden, die geeignet wären, signifikante Wechselbarrieren zu errichten (etwa überlange Vertragsbindungsdauern). Die Verpflichtung sollte sich auf alle Änderungen erstrecken, da es primär der Regulierungsbehörde obliegt, die Auswirkungen auf den Markt und den Wettbewerb einzuschätzen und die Einhaltung der in § 43 Abs. 2 TKG 2003 genannten Bestimmungen sicherzustellen.

4.2.8.3. Grundsystematik der derzeit bestehenden Preisregulierung

Im Folgenden wird das Instrument der Preisregulierung – in der Konkretisierung, wie es aus ökonomischer Sicht zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme am besten geeignet ist – dargestellt:

Die produktspezifischen Kosten und Erlöse (in Euro) der Telekom Austria fließen als zentrale Ausgangsgrößen in die Berechnung der kostenorientierten Entgelte ein. Im Anschluss erfolgt eine nach Tarifmodellen und Gesprächszonen gesonderte Ermittlung von Kostendeckungsgraden (in Prozent) bzw. (ökonomischen) Gewinnen (abgekürzt: Gew). Die einzelnen Gesprächszonen orientieren sich wiederum an den relevanten Märkten gemäß der jeweils gültigen TKMVO.

Die Restriktionen in den Zeilen- und Spaltensummen der Kontrollmatrix (Randbedingungen der folgenden Tabelle 2 – „Kontrollmatrix“) geben die Notwendigkeit einer Durchschnittsbildung wieder. Die Existenz und wettbewerbliche Ambivalenz von zweigliedrigen Tarifen bzw. die hohe Komplexität des gesamten Tarifgefüges erfordert eine graduelle und ausbalancierte Handhabe. So ist einerseits eine vollkommene Deregulierung aller Produktbereiche aufgrund der tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbsprobleme nicht sinnvoll vertretbar, genauso wenig andererseits eine regulatorisch punktgenaue, kostenorientierte Preisfestsetzung eines jeden einzelnen Produktbestandteils, was jegliche Preisgestaltungsspielräume in einem Übermaß verhindern würde. Vielmehr ist eine Abwägung zu treffen zwischen den für Telekom Austria notwendigen wettbewerblichen (Re-) Aktionsmöglichkeiten einerseits und den wettbewerblichen Schutzinteressen alternativer Anbieter andererseits. Die aus dieser Überlegung resultierende Durchschnittsbetrachtung erscheint sohin unumgänglich.

TABELLE 2: SYSTEMATIK DER KONTROLLMATRIX

Grund- und (korrespondierende) Herstellungsentgelte (Tarifmodellname)	Verbindungszone in nat. Festnetze	Verbindungszone in nat. Mobilnetze	Verbindungszone ins Ausland	Randbedingung
(Geschäftstarif 1)	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew ≥ 0
(Geschäftstarif 2)	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew ≥ 0
(TT-Business)	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew ≥ 0
(TT-Office)	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew ≥ 0
TT-Business Plus	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew ≥ 0
TT-Business Top	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew ≥ 0
TT-Privat	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew ≥ 0
Standardtarif	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew ≥ 0

(impulstarifert)				
Randbedingung Gew \approx 0	Gew \geq 0	Gew \geq 0	Gew \geq 0	Gew \geq 0

Es sind folgende Nebenbedingungen zur Kontrollmatrix erforderlich, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme erfolgreich bekämpfen zu können:

- Kriterium 1: Jede angebotene Entfernungzone (bzw. Spalte der Kontrollmatrix) muss, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen (z.B. Werbeaktionen), über alle Tarifoptionen hinweg kostendeckend sein.
- Kriterium 2: Je Tarifoption (bzw. Zeile der Kontrollmatrix) müssen die Entfernungszonen in Summe, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen, kostendeckend sein.
- Kriterium 3: Die Entgelte für die einzelnen Entfernungszonen innerhalb einzelner Tarifoptionen sowie die Grundentgelte einzelner Tarifoptionen müssen sich hinsichtlich ihrer Untergrenze an den Vorleistungskosten für das entsprechende Produkt orientieren. Kriterium 3 bezieht sich somit auf die in der Kontrollmatrix grau hinterlegten (Matrix-)Zellen.

Neben der Notwendigkeit einer Durchschnittsbetrachtung geht aus der Spezifikation der Kontrollmatrix bzw. aus Kriterium 3 das Erfordernis von Preisuntergrenzen („price floors“) hervor. Es sind daher auf dem gegenständlichen Markt als Maßstab die Vorleistungskosten für die Entbündelung heranzuziehen. Neben den Aufwendungen für die angeführten Zugangs-Vorleistungen entstehen einem alternativen Anbieter aber typischerweise auch noch sonstige Aufwendungen (auf Vorleistungs- wie Endkundenebene), die er mit seinen Endkundenerlösen letztlich abdecken muss.

Von der Überprüfung im Einzelfall abgesehen, löst die Kontrollmatrix die „Abstandsfrage“ in Bezug auf die Endkundenebene jedoch in Verbindung mit den übrigen Kriterien, wodurch implizit ein „Vorleistungskosten+X Prüfmaßstab“ resultiert und so auch die Retailkosten (diese beinhalten typischerweise: Vertrieb, Marketing, Customer Care, Billing, Bad Debts und sonstige Gemeinkosten der Retailebene; hinzu kommen Vorleistungen die nicht bereits in den regulatorisch festgelegten Vorleistungsentgelten enthalten, jedoch für das Anbieten von Endkundendiensten essentiell sind).

Kriterium 2 berücksichtigt den logischen Zusammenhang von Grund- und Verbindungsentgelten innerhalb einer jeden einzelnen Tarifoption. So soll jede Tarifoption für sich kostendeckend sein, damit keine Quersubventionierung verschiedener Konsumentengruppen (etwa Privat- und Nichtprivatkunden) ermöglicht wird. In der Praxis wurde ausschließlich auf die Verbindungszonen abgestellt. In der bisherigen Regulierungspraxis wurde in den Genehmigungsverfahren strikt zwischen Grundentgelten (müssen die Kosten des Zugangsnetzes decken) und den Verbindungsentgelten (müssen die auf sie entfallenden Kosten des Kernnetzes decken) unterschieden.

Kriterium 3 bezieht sich als individuelle (d.h. zellenbezogene) Preisuntergrenze auf die langfristigen zusätzlichen Vorleistungskosten, doch garantieren die einzelnen Spaltensummen (bzw. die Nullgewinnbedingungen in Kriterium 1 sowohl für die Grund- als auch die Verbindungsentgeltbereiche) Kostendeckung auch auf Endkundenebene. Die innerhalb der Spalten somit ermöglichte Unter- bzw. Überschreitung von Endkundenkosten ist Spiegelbild der vor dem Hintergrund einer notwendigen Durchschnittsbetrachtung

getroffenen Abwägungsentscheidung. Besonderes Augenmerk ist auch darauf zu legen, dass es zu keiner Kostenunterdeckung bei den Verbindungsentgelten (auch unter Einbeziehung von Rabatten und Freiminuten) kommt.

Insgesamt ist ersichtlich, dass innerhalb dieser Restriktionen substantielle Preisgestaltungsspielräume zur Verfügung stehen, die Telekom Austria in Reaktion auf Marktprozesse in wettbewerblich angemessener Form einsetzen kann.

4.2.8.4. Die aus ökonomischer Sicht zukünftig angemessene Form der Preisregulierung

Im Bereich der Zugangsleistungen besteht vor dem Hintergrund der nach wie vor monopolartigen Marktanteile der Telekom Austria die Notwendigkeit einer ex-ante Genehmigung von Entgelten und AGB. Grundsätzlich sollte sich im Bereich der Zugangsleistungen die Entgeltkontrolle an den Ausgestaltungen der bisherigen Spruchpraxis orientieren.

Im konkreten bildet dabei nunmehr Spalte 1 der Kontrollmatrix (Tabelle 3) den integralen Prüfbestandteil der ex-ante Entgeltgenehmigung in Bezug auf die Kostenorientierung von Grund- und Herstellungsentgelten bzw. die spezifischen Verpflichtungen keine überhöhten Preise zu verlangen und keine Kampfpreise zur Ausschaltung des Wettbewerbs anzuwenden.

Die Grundentgeltbestandteile der einzelnen Tarifoptionen werden dabei als dem Zugangsbereich zurechenbare Erlösquellen (zuzüglich der korrespondierenden Herstellungsentgelte) angesehen, ebenso wie die der ex-ante Genehmigungspflicht unterliegenden künftigen Änderungen in diesen Grund- und Herstellungsentgelten. Werden neue Tarifmodelle mit eigenständigen Grundentgelten eingeführt, so unterliegen auch diese der Genehmigungspflicht. Tarifmodelle, die Neukunden mittlerweile nicht mehr angeboten werden bzw. als solche „eingefroren“ sind, stehen in Spalte 1 in Klammerausdrücken.

TABELLE 3: REDUZIERTER EX-ANTE KONTROLLMATRIX – ZUGANGSLEISTUNGEN (STAND: AUGUST 2006)

Grund- und Herstellungsentgelte (Tarifmodellname)	Randbedingung
(Geschäftstarif 1)	Kriterium 3
(Geschäftstarif 2)	Kriterium 3
(TT-Business)	Kriterium 3
(TT-Office)	Kriterium 3
TT-Business Plus	Kriterium 3
TT-Business Top	Kriterium 3
TT-Privat	Kriterium 3
Standardtarif	Kriterium 3
Randbedingung	
Gew \approx 0 - Kriterium 1	

Tarifmodelle, die typischerweise von Nichtprivatkunden in Anspruch genommen werden, sind dunkelgrau schattiert, diejenigen die hingegen im Allgemeinen von Privatkunden in Anspruch genommen werden, sind hellgrau schattiert. Dem regulierten Unternehmen werden dabei insofern zusätzliche Freiheitsgrade eingeräumt, als sich die kostenrechnerischen Prüfkriterien in Tabelle 3 auf Aggregatswerte (je Tarifmodell) von Privat- und Nichtprivatkunden sowie von Anschlussformen POTS, ISDN und Multi-ISDN beziehen.

Der Kostenrechnungsstandard sollte sich gemäß der bisherigen Spruchpraxis am Konzept der Prognosekosten – die dem Anbieter durch den Aufbau, den Betrieb und die Wartung des Dienstes sowie durch dessen Vermarktung und Abrechnung direkt entstehen und die auch dem Dienst zuordenbaren indirekten Kosten Rechnung tragen – orientieren. Prognosekosten sind voraussichtlich anfallende zukünftige Istkosten. Die Prognosekosten sind unter Bedachtnahme auf die Istkosten abgelaufener Zeiträume und die voraussichtliche Entwicklung zu ermitteln.

Da sich Entgelte und AGB sinnvoller Weise nicht isoliert betrachten lassen, sind Entgelte und AGB und ihre Änderungen im Sinne von § 45 TKG 2003 in Verbindung mit § 43 TKG 2003 allesamt der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung vorzulegen, sofern es zu Änderungen in den Entgelten und/oder AGB für Zugangsleistungen (Tabelle 3) kommt. Bereits genehmigte AGB, die von einer geplanten Tarifmaßnahme unberührt bleiben, bedürfen hingegen keiner weiteren Genehmigung. Die Genehmigung hat unter Bedachtnahme auf § 45 TKG 2003 zu erfolgen, wobei die Nebenbestimmungen nach § 45 Abs. 5 TKG 2003 (so insbesondere die Berichtspflichten) zu berücksichtigen sind.

Kriterium 3 der Tarifmatrix (Kontrollmatrix) bestimmt, dass die Grundentgelte einzelner Tarifoptionen sich hinsichtlich ihrer Untergrenze (Replizierbarkeit des Vorleistungsproduktes) an den Vorleistungskosten für das entsprechende Produkt orientieren müssen, das heißt, nicht darunter zu liegen kommen dürfen. Hinsichtlich der für den gegenständlichen Zugangsmarkt einschlägigen Vorleistungsprodukte ist primär auf die Entbündelung und das dafür zu entrichtende Vorleistungsentgelt zu verweisen. Die Überlassung der reinen Kupferdoppelader bei der Entbündelung entspricht am ehesten dem Zugang zur TASL, wie er in der zugrunde liegenden Marktabgrenzung definiert ist.

4.2.8.5. Bündelprodukte

Um zu verhindern, dass Dienste in wettbewerbsbehindernder Weise gebündelt und gegen den Wettbewerb eingesetzt werden, ist darauf zu achten, dass auch durch die Kombination von Grund- (bzw. Herstellungs-) und benachbarten Verbindungsentgeltleistungen im Rahmen einer Tarifoption (clusterinterne Bündelung von regulierten Produkten), die angeordnete Kostenorientierung von marktgegenständlichen Produkten nicht umgangen wird. Gleiches gilt, wenn Zugangsleistungen an festen Standorten etwa mit mobilen oder breitbandigen Diensten in einem Gesamtbündel kombiniert werden (clusterübergreifende Bündelung von regulierten und unregulierten Produkten), wie es in jüngster Zeit vermehrt zu beobachten war.

Die wettbewerbliche Verträglichkeit von angebotenen Bündelprodukten hat sich an den Prüfkriterien der Replizierbarkeit, der Existenz eines Margin-squeeze und dem Marktmachtübertragungspotential zu orientieren.

Bündelprodukte sind dann von regulatorischer Relevanz, wenn sie die folgenden Bedingungen erfüllen:

- Das Bündel umfasst zwei oder mehrere Produkte auf einem oder mehreren Märkten, auf denen der Betreiber, der das Bündel anbietet, über eine marktbeherrschende Stellung (SMP -Stellung) verfügt; oder

- das Bündel umfasst sowohl ein Produkt auf einem Markt, auf dem der Betreiber, der das Bündel anbietet, über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, als auch ein Produkt auf einem Markt, auf dem der Betreiber keine SMP-Stellung hat.
- In beiden Fällen sind beide oder nur eines der Produkte entweder nur im Bündel erhältlich oder aber bei Bezug des Bündels werden ein Preisnachlass oder andere Vorteile gewährt, die der Kunde bei Bezug der Einzelkomponenten nicht erhält.

Hinsichtlich der clusterinternen Bündelung von Grund- und Verbindungsentgelten in spezifischerer Form wird auf die Ausführungen zur Kontrollmatrix verwiesen. Die nachfolgenden Feststellungen beziehen sich demgemäß primär auf clusterübergreifende (von der Kontrollmatrix nicht erfasste) und nur subsidiär auf clusterinterne Bündelungsformen.

Zur Replizierbarkeit:

Ist ein Bündel für Mitbewerber replizierbar, so ist davon auszugehen, dass keine Wettbewerbsprobleme vorliegen. Der Begriff der Replizierbarkeit umfasst dabei die folgenden Komponenten:

- Technische Replizierbarkeit: Wettbewerber haben die Möglichkeit, zeitgleich ein Bündel anzubieten, das in den Produkteigenschaften und der Qualität der Leistung(en) dem Bündel des marktmächtigen Unternehmens gleichwertig ist. Dabei muss es hinreichend viele Mitbewerber geben, die das Bündel anbieten können, sodass antikompetitive Effekte durch das Bündel des SMP-Betreibers ausgeschlossen sind. Eine Replizierbarkeit von wenigen Wettbewerbern bzw. für wenige Kunden und/oder geringer Flächendeckung wird im Allgemeinen nicht ausreichend sein, um ein Bündel als replizierbar zu bezeichnen.
- Wirtschaftliche Replizierbarkeit: Einem effizienten Wettbewerber muss es möglich sein, das Bündel zu vergleichbaren Kosten herzustellen wie dem marktmächtigen Unternehmen. Bezieht ein Konkurrent regulierte Vorleistungen vom marktmächtigen Unternehmen, so bedeutet dies, dass das Bündel einen Margin-squeeze Test erfüllen muss.

Zum Margin-squeeze Test:

Ist das Bündel für Mitbewerber technisch nicht replizierbar, so muss gewährleistet sein, dass kein Margin-squeeze beim regulierten Produkt auftritt. Hier ist zunächst zu überprüfen, ob dann ein Margin-squeeze entsteht, wenn der (im Extremfall) gesamte Preisvorteil des Bündels im Vergleich zu den Einzelkomponenten nur dem regulierten Produkt zugerechnet wird. Ist dies nicht der Fall, so kann das Vorliegen eines Margin-squeeze ausgeschlossen werden. Hierzu ein Beispiel: Kostet das SMP-Produkt A alleine 20, das nicht-SMP-Produkt B alleine 30 und das Bündel AB 45, so wäre zu überprüfen, ob dann ein Margin-squeeze beim regulierten Produkt vorliegt, wenn der gesamte Preisvorteil des Bündels von 5 dem regulierten Produkt zugerechnet wird. Man vergleicht also den Preis von 15 (20 weniger 5) mit den Vorleistungskosten des regulierten Produktes und überprüft, ob der verbleibende Margin groß genug ist, sodass ein effizienter Betreiber seine verbleibenden Kosten decken kann.

Entsteht jedoch ein margin squeeze, wenn der gesamte Preisvorteil dem regulierten Produkt zugerechnet wird, so ist eine ergänzende Margin-squeeze Rechnung auf Ebene des Bündels durchzuführen. Dabei wird der Preis des Bündels mit den gesamten Vorleistungskosten verglichen, wobei auch Kosteneinsparungen durch den Verkauf als Bündel berücksichtigt werden. Die Differenz zwischen dem Endkundenpreis und den

Vorleistungskosten muss so groß sein, dass ein effizienter Betreiber seine verbleibenden Kosten decken kann.

Ist das Bündel für Mitbewerber technisch replizierbar, so ist der Margin-squeeze Test grundsätzlich auf Ebene des Bündels durchzuführen. Die Prüfung kann zu folgenden Ergebnissen führen:

- Liegt ein Margin-squeeze vor, so ist das Bündel nicht zulässig.
- Liegt kein Margin-squeeze vor und ist das Bündel nach den oben genannten Kriterien in hinreichendem Umfang auch technisch replizierbar, so bestehen auch keine Wettbewerbsprobleme und das Bündel ist zulässig.
- Liegt kein Margin-squeeze vor und ist das Bündel nach den oben genannten Kriterien nicht in hinreichendem Umfang auch technisch replizierbar, so wird in einem letzten Schritt die Gefahr der Marktmachtübertragung geprüft.

Gefahr der Marktmachtübertragung:

Ist ein Bündel für Mitbewerber technisch nicht replizierbar, so besteht – selbst wenn kein Margin-squeeze vorliegt – insbesondere bei positiv korrelierter Nachfrage zwischen den Produkten im Bündel die Gefahr der Marktmachtübertragung bzw. der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung, deren Ausmaß wiederum von einer Reihe von Faktoren abhängig ist:

- Wie groß ist jener Teil des Marktes, der eine starke Präferenz für das Bündel hat (und daher wahrscheinlich vom marktmächtigen Unternehmen versorgt werden wird)? Bzw. wie groß ist der Wegfall der Nachfrage für Unternehmen, die das Bündel nicht anbieten können? Dabei sind insbesondere folgende Fragestellungen relevant:
 - Werden die Produkte nur im Bündel verkauft, sodass jeder, der das SMP-Produkt nachfragt, auch das nicht-SMP Produkt beziehen muss?
 - Falls die Produkte auch getrennt verkauft werden: Ist der Abschlag auf das Bündel (im Vergleich zu den Stand-Alone Produkten) so groß, dass ein signifikant großer Anteil an Konsumenten das Bündel beziehen wird?
 - Wie stark ist die Präferenz der Konsumenten für das Bündel?
 - Können Konsumenten, die eine Präferenz für das Bündel haben, im Zeitraum, in dem das Bündel angeboten wird, auf das Bündel wechseln oder existieren Barrieren für manche oder alle Konsumenten, die einem Wechsel entgegenstehen? Je länger das Bündel angeboten wird, desto mehr Kunden werden potentiell das Angebot auch in Anspruch nehmen können.
 - Hat ein Bündel ungewöhnlich lange Bindungsfristen, so erhöht dies den zukünftigen Effekt des Bündels am Markt.
 - Wie groß ist das Ausmaß der fixen Kosten bzw. der Skalenvorteile auf den Märkten, deren Produkte gebündelt werden? Ist das Ausmaß der Skalenvorteile gering, so kann ein Unternehmen auch mit einer kleinen Ausbringungsmenge (profitabel) in den Markt eintreten und die Gefahr der Marktmachtübertragung ist entsprechend geringer.
- Wie groß ist das Ausmaß an Marktmacht auf den Märkten, deren Produkte gebündelt werden? Je stärker die Stellung auf jedem der Märkte ist, desto weniger Alternativen

haben die Konsumenten, und desto eher ist folglich auch eine Marktmachtübertragung bzw. eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung möglich.

- Bündelung als Strategie zur Verschleierung von Kampfpreisen oder eines margin squeeze? Bündelung kann von einem Unternehmen mit Marktmacht schließlich auch dazu benutzt werden, Verdrängung mittels Kampfpreisen oder Margin-squeeze zu verschleiern. Anstatt die Preise direkt so festzulegen, dass sie einem Kampfpreisniveau entsprechen bzw. sich ein Margin-squeeze ergibt, werden die Produkte gebündelt, wodurch sich implizite Preise ergeben, die dieselben Effekte erzielen.

Die Gefahr der Marktmachtübertragung ist dabei gegen potentiell positive Effekte des Bündels abzuwägen. Diese Effekte können insbesondere durch Kostenersparnisse und durch ein besseres Entsprechen des Bündels mit den Konsumentenpräferenzen auftreten. Dabei sind folgende Faktoren zu berücksichtigen

Kostenersparnisse:

- Entstehen die Kostenersparnisse durch den Verkauf als Bündel? Kostenersparnisse bei der Produktion per se sind keine hinreichende Bedingung für den Verkauf im Bündel. Grundsätzlich bedeuten Verbundvorteile in der Produktion jedoch noch nicht, dass es billiger ist, die Güter im Bündel zu verkaufen. Es sind also nur solche Verbundvorteile relevant, die erst durch den Verkauf als Bündel realisiert werden können. Im TK-Bereich wären dies z.B. Kostenersparnisse beim Billing oder durch gemeinsame Nutzung von Infrastruktur, sofern diese erst durch den gemeinsamen Verkauf realisiert werden können. Entspricht ein Bündel den Präferenzen der Konsumenten (vgl. nächsten Punkt der Aufzählung), können eventuell auch größere Mengen abgesetzt und höhere Skalenvorteile erzielt werden.
- Wie groß sind die entstehenden Kostenersparnisse?

Entsprechen der Konsumentenpräferenzen:

- Nachfrageseitig ist Bündelung dann effizient, wenn der Wert des Bündels für Konsumenten höher ist als die Summe der Werte der einzelnen Komponenten. Haben Konsumenten z.B. eine starke Präferenz für eine einzige Rechnung („one stopp shopping“), so werden sie Zugang und Nutzung eher beim selben Betreiber kaufen; ein entsprechendes Angebot ist wohlfahrtserhöhend. Positive Effekte können auch durch das Einsparen von Transaktionskosten (wiederum z.B. durch eine einzige Rechnung) entstehen. Dies impliziert jedoch nicht, dass die Produkte ausschließlich im Bündel angeboten werden müssen. Vielmehr sind Konsumenten insgesamt bei gemischter Bündelung im Gegensatz zu reiner Bündelung besser gestellt, da auch den Präferenzen jener Kunden entsprochen wird, die sich nur für eines der Produkte interessieren.
- Wie viele Konsumenten haben eine Präferenz für das Bündel und wie stark ist diese Präferenz?
- Befriedigt das Bündel als solches ein neues Bedürfnis, d.h., hat es innovativen Charakter?

Es ist jedoch festzuhalten, dass der Konsumentenpräferenz auch dadurch entsprochen werden kann, indem die Produkte zusätzlich (und nicht ausschließlich) im Bündel angeboten werden.

Zusammenfassend können gewisse Merkmale eines Bündels abgeleitet werden, anhand derer die möglichen Effekte des Bündels abgeschätzt werden können (vgl. Tabelle 4).

TABELLE 4: MERKMALE VON BÜNDELN UND MÖGLICHE GESAMTWIRTSCHAFTLICHE EFFEKTE

Nr.	Merkmal	(Mögliche) Effekte	+/-
1	Kostensparnisse durch Bündelung	Größere Effizienz	+
2	Konsumenten bevorzugen das Bündel	Größerer Nutzen	+
3	Nachfrage nach den Produkten ist positiv korreliert und	Marktmachtübertragung	-
4	Das Bündel ist für Konkurrenten nicht replizierbar		
5	Der implizite Preis eines Produktes im Bündel ist unter den Kosten	predatory pricing, margin squeeze	-

Bei der Beurteilung des Bündels sind also gegebenenfalls die möglichen Vorteile (größere Effizienz und größerer Nutzen) gegen die möglichen antikompetitiven Effekte abzuwägen. Dabei ist ein hinreichend langer Zeitraum (jedenfalls mehr als ein Jahr) zu betrachten, da manche positiven Effekte nur kurzfristig wirken, langfristig jedoch (durch die Verdrängung und den reduzierten Wettbewerb) die negativen Effekte überwiegen können.

Mögliche Abhilfen:

Entsprechend den obigen Ausführungen existieren im Wesentlichen zwei Fälle, in denen ein Bündelprodukt als wettbewerblich bedenklich eingestuft wird:

- Durch die Preissetzung entsteht ein margin squeeze.
- Das Bündel ist (technisch) nicht replizierbar und es besteht die Gefahr der Marktmachtübertragung, deren negative Effekte nicht durch potentiell positive Effekte (Effizienz, Nutzen) kompensiert werden können.

Zum Margin squeeze: Da es sich hier um ein Problem handelt, das allein die Preissetzung betrifft, kann es auch allein durch eine Anpassung des Preises (bzw. der Preise) gelöst werden. Das Unternehmen muss entweder den Vorleistungs- oder den Endkundenpreis so anpassen, dass kein Margin-squeeze entsteht.

Zur Gefahr der Marktmachtübertragung: Dieses Problem ist insofern komplexer, als es nicht nur die Preispolitik des Unternehmens, sondern auch seine Bündelungspolitik an sich und die Frage der Replizierbarkeit des Bündels berührt.

4.2.8.6. Kurzfristige Aktionsangebote

Auch Aktionsangebote sind aus ökonomischer Sicht Bestandteil der Kostenorientierungsverpflichtung. Die marktgegenständlichen Grundentgelte kurzfristiger Aktionsangebote (Definition siehe sogleich) werden allerdings (auch weiterhin) keiner

Einzelprüfung hinsichtlich ihrer Kostenorientierung unterzogen, sofern die entsprechenden Aktionsangebote begrenzte Auswirkungen auf den Endkundenmarkt haben.

Bei Aktionsangeboten, die die folgenden Kriterien erfüllen, erscheint aus ökonomischer Sicht eine Lockerung der Kostenorientierungsverpflichtung vertretbar, um dem regulierten Unternehmen einerseits preisliche und marketingtechnische Flexibilität einzuräumen und andererseits aber dennoch wettbewerbliche Gefahrenpotentiale in Schranken halten zu können:

- Die Dauer des Aktionsangebotes, das ist der Zeitraum, innerhalb der seitens des Endkunden die vertragliche Einigung über die Inanspruchnahme der vergünstigten Aktionsbedingungen erfolgen muss, darf drei Monate nicht übersteigen.
- Hinsichtlich der zeitlichen Komponente, innerhalb der die Auswirkungen des Aktionsangebotes ihre Wirksamkeit entfalten, sind zwei Aspekte zu berücksichtigen: Einerseits müssen die Vorteile der Aktion aus der Reduzierung von Verbindungsentgelten innerhalb eines bestimmten Zeitraums konsumiert werden und andererseits darf die Inanspruchnahme des Aktionsangebotes seitens TA nicht mit einer „überlangen“ Vertragsbindung des Endkunden junktimiert werden. Diese Fristen dürfen jeweils ein Jahr nicht überschreiten.
- Bei Miteinbeziehung von Herstellertgelten in die Aktion dürfen die wirtschaftlichen Auswirkungen maximal in der Höhe des jeweiligen Herstellungsentgeltes zu liegen kommen, unabhängig vom Zeitraum der Inanspruchnahme.

Sofern diese 3 Kriterien für kurzfristige Aktionsangebote vorliegen, erscheint es – der bestehenden Regulierungspraxis folgend – aus ökonomischer Sicht angemessen, den Grad der Kostenorientierung lediglich unter Zugrundelegung eines Durchrechnungszeitraums von einem Jahr vorzusehen und somit Telekom Austria hinsichtlich der ihr auferlegten Kostenorientierungsverpflichtung im Vergleich zur jetzigen Regulierung zu „begünstigen“.

Zeitlich eng aneinander gereihte Aktionsangebote („Kettenangebote“) würden die zeitliche Befristung (Kriterium 2) offenkundig umgehen, und sind daher nicht von dieser Begünstigung erfasst.

Mit diesen Kriterien wird dem regulierten Unternehmen einerseits preisliche und marketingtechnische Flexibilität eingeräumt, andererseits führt die zeitliche Befristung dazu, dass damit auch wettbewerbliche Gefahrenpotentiale in Schranken gehalten werden können.

Durch die in § 25 Abs. 2 TKG 2003 festgelegte Anzeigepflicht von allen Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist gewährleistet, dass die Regulierungsbehörde von allen von Telekom Austria auf den Markt gebrachten Aktionsangeboten Kenntnis erlangt.

4.2.8.7. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Eine alternativ zur Kostenorientierung denkbare Form der Preisregulierung wäre die Auferlegung eines Price-Caps. Dass allerdings eine Price-Cap-Regulierung die festgestellten Wettbewerbsprobleme nicht adäquat bekämpft, geht aus der Konstruktion und Intention von Price-Caps hervor, die primär darauf ausgerichtet sind, Effizienzverbesserungen an Nachfrager weiterzugeben. Ineffizienzen sind jedoch in späteren Liberalisierungsphasen nicht das Hauptproblem, vielmehr muss – wie festgestellt – mit antikompetitiven Preisen und der Übertragung von Marktmacht in wettbewerbsintensivere Bereiche in Verbindung mit clusterinterner bzw. –externer Bündelung gerechnet werden, weshalb eine Entgeltregulierung auf Kostenbasis der geeignete Ansatz zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist. Eine Preisregulierung auf Basis des Maßstabes der

Kostenorientierung bietet dem regulierten Unternehmen überdies insofern mehr Preisgestaltungsspielraum als ein Price-Cap bezogener Ansatz, als ein Price-Cap eine ex-ante Tarifkontrolle aller der in Caps zusammengefassten Tarife mit sich bringt und dafür jedenfalls eine Richtung der Preisentwicklung vorsieht. Preisregulierung auf Basis von Einzelgenehmigungen andererseits sieht ein Eingreifen der Regulierung nur auf Initiative des regulierten Unternehmens vor, wenn neue Tarife eingeführt oder Tarife geändert werden.

4.2.8.8. Fazit

Da sich Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen sinnvoller Weise nicht isoliert betrachten lassen und die Vorleistungsregulierung – wie festgestellt – nicht ausreicht, sind Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgelte und ihre Änderungen im Sinne von § 45 TKG 2003 in Verbindung mit § 43 TKG 2003 allesamt der Regulierungsbehörde gemeinsam zur Genehmigung vorzulegen und letztere auf ihre Kostenorientierung und Übereinstimmung mit den dargelegten Voraussetzungen zu prüfen. Die Genehmigung hat unter Bedachtnahme auf § 45 TKG 2003 zu erfolgen, wobei die Nebenbestimmungen nach § 45 Abs. 5 TKG 2003 (so insbesondere die Berichtspflichten) zu berücksichtigen sind.

Die ex-ante Entgeltgenehmigung sollte gemäß den obigen Feststellungen auf Basis einer gesamt- und einheitlichen Kostenorientierung gemäß dem dargestellten Prüfmaßstab bzw. der darin enthaltenen Kostenrechnungsprinzipien erfolgen, da dieses Regulierungsinstrument geeignet ist, die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen.

4.2.9. **Getrennte Buchführung**

4.2.9.1.1. Zweck

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung soll mittels einer getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erlösen mögliche Quersubventionen aufzeigen. Sie ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten, soweit die Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Kostenorientierung basiert und erlaubt eine zeitnahe Überprüfung derselben.

TA ist derzeit auf den Märkten gemäß § 1 Z 1-4, 6, 7, 8a, 10, 12, 13 TKMVO 2003 zur getrennten Buchführung verpflichtet.

4.2.9.1.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Ergänzend zu den Maßnahmen der Entgeltregulierung besteht weiters die Notwendigkeit einer getrennten Buchführung, da diese die Basis für eine rasche Überprüfung der Entgelte schafft und auch Produktbündelung als (potentielles) Wettbewerbsproblem identifiziert wurde. Da die Preiskontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist zudem eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen, entsprechend der Gliederung der Märkte nach der jeweils in Geltung befindlichen TKMVO, notwendig.

Erst durch eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene können Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen, um so höhere regulierte „kostenorientierte“ Entgelte zu „erhalten“. Erst durch die getrennte Buchführung wird also eine effektive und sinnvoll umsetzbare Entgeltkontrolle ermöglicht, was aber wiederum unmittelbar zur Folge hat, dass die Verpflichtung selbst kein regulatorisches Substitut für eine adäquate Endkunden(preis)regulierung sein kann.

4.2.9.1.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Die reine Preiskontrolle in diesem Teilbereich würde das Problem von Quersubventionen aus anderen Geschäftsbereichen nicht lösen. In diesem Zusammenhang ist daher eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich. Somit können Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden. Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte richtig zugeordnet werden. 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.

4.3. **Andere Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003**

Es konnten weder außergewöhnliche Umstände, die den Einsatz anderer Vorab-Verpflichtungen rechtfertigen würden, noch andere Instrumente, die geeignet wären, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, festgestellt werden.

C. **Beweiswürdigung**

Die Feststellungen zum gegenständlichen Markt, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen vom Juli 2006 (ON 20). Die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen sich auf dem ebenfalls überzeugenden Gutachten der Amtssachverständigen vom September 2006 (ON 27).

Die sonstigen Feststellungen gründen auf den jeweils in Klammern angegebenen Quellen. Diese den Feststellungen zugrunde liegenden Dokumente wurden der Verfahrenspartei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gemäß § 45 Abs. 3 AVG übermittelt.

Auf das Vorbringen von Telekom Austria zum Marktanalyse-Gutachten und zum Regulierungsinstrumente-Gutachten wird an der entsprechenden Stelle der rechtlichen Beurteilung eingegangen.

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

D. **Rechtliche Beurteilung**

1. **Zu den rechtlichen Grundlagen**

Der geltende europäische Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste und das TKG 2003 verfolgen einen differenzierten Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und hinsichtlich der Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den – im

Rahmen einer Marktanalyse – identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen. Die Systematik sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess – Marktdefinition, Marktanalyse und allenfalls Auferlegung spezifischer Verpflichtungen – vor.

2. Marktdefinition - Zuständigkeit der RTR-GmbH

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Gemäß § 36 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde – nach § 115 Abs. 1 TKG 2003 ist dafür die RTR-GmbH zuständig – durch Verordnung die gegebenenfalls der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung der Erfordernisse sektor-spezifischer Regulierung festzulegen. Die Festlegung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen.

Diesen Vorgaben entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und – auch hinsichtlich des gegenständlichen Marktes – ab Oktober 2005 einer Überprüfung unterzogen wurde.

§ 1 Z 1 TKMVO 2003 idF iVm mit dem Ergebnis der Überprüfung der Märkte der TKMVO 2003 vom 6.2.2006 definiert den Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“. Das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

Telekom Austria kritisierte in ihrer Stellungnahme (ON 25; Punkt II) zum Marktanalysegutachten (ON 20) die diesem Verfahren zu Grunde liegende Marktabgrenzung. Konkret würden die Markteintritts- und Wechselbarrieren auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt aufgrund des Wettbewerbsdruckes von Seiten des Mobilfunks (Fest-Mobil-Substitution) „stark vermindert“, so würden bereits 75 % „aller Anschlüsse“ auf Mobilnetzanschlüsse entfallen. Das festgestellte „de facto Monopol“ auf dem gegenständlichen Anschlussmarkt müsse vor diesem Hintergrund relativiert werden.

Zum Vorbringen der TA, dass durch die zunehmende wirtschaftliche Bedeutung des Mobilnetzbetriebes weiterer Wettbewerbsdruck auf das Festnetz ausgeübt würde, und dadurch die Markteintritts- und Wechselbarrieren „stark vermindert“ wären, ist daher auszuführen, dass dieses Argument der TA die Frage der Marktabgrenzung zwischen Festnetz- und Mobilnetzmärkten berührt.

Die Telekom-Control-Kommission ist aber bei der Analyse des gegenständlichen Marktes an die erwähnte Marktabgrenzung gebunden, weswegen Parteienvorbringen im Zusammenhang mit der Marktdefinition bzw. gegen die TKMVO 2003 im gegenständlichen Verfahren keine Berücksichtigung finden kann. Im Übrigen verweist die Telekom-Control-Kommission auf ihre diesbezüglichen Feststellungen hinsichtlich der bezüglich aller alternativer Zugangstechnologien angestellten Substitutionsüberlegungen (nicht nur des Mobilfunks). Lediglich wiederholend zum oben Ausgeführten wird von der Telekom-Control-Kommission ausgeführt, dass auch die per 6.2.2006 abgeschlossene Überprüfung der von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH mit der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) idF BGBl. II Nr. 117/2005 festgelegten Märkte ergeben hat, dass sich die gegenständliche Marktdefinition hinsichtlich der von Telekom Austria vorgebrachten Position, dass auch Mobilfunkprodukte bei der Frage des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht mitberücksichtigt und daher in den gegenständlichen Markt aufgenommen werden sollten, nicht geändert hat. Dies deshalb, da die durchgeführten Erhebungen und darauf aufbauenden Substitutionsüberlegungen einen solchen Einfluss nicht in ausreichendem Ausmaß bestätigen konnten. Zudem wurde im

Marktanalysegutachten mehrfach darauf hingewiesen, dass sich die intermodalen Wettbewerbskräfte des Mobilfunksektors in erster Linie auf Gesprächsleistungen auswirken und nur in deutlich geringerem Maße auf Zugangsleistungen.

Die Telekom-Control-Kommission weist daher den Vorwurf des Außerachtlassens von neueren Marktentwicklungen, insbesondere der Mobilfunksubstitution, zurück.

Ungeachtet der durch die TKMVO 2003 zwingend vorgegebenen Marktdefinition führt die Telekom-Control-Kommission – Bezug nehmend auf die Stellungnahme der EK (ON 59) zum gem. § 129 TKG 2003 notifizierten Maßnahmenentwurf aus, dass auch aus ihrer Sicht die folgenden Gründe für die Miteinbeziehung von VoB-Diensten in den gegenständlichen Markt sprechen:

Die EK führt in Ihrer Stellungnahme wie folgt aus (ON 59, S. 6): *„Konsumenten wechseln hauptsächlich von schmalbandigen zu breitbandigen Anschlüssen, da sie auf schnellere Internet-Dienste zugreifen wollen. Aus einer funktionellen Perspektive ist ein Breitbandanschluss daher nur teilweise durch schmalbandige Anschlüsse zu substituieren.“* Wenn also der Sprachtelefonieteil nicht der entscheidende Nachfrageparameter für die Erklärung der zunehmenden Breitbandpenetration ist (hier besteht Übereinstimmungen zwischen Telekom-Control-Kommission und EK), so heißt das nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission umgekehrt nicht, dass ein auf VoB-Technologie basierendes Breitbandbündel keinen wettbewerblich restringierenden Einfluss auf das Ausgangsprodukt „schmalbandige Zugangsleistung“ ausüben kann.

Aus Sicht der TKK lautet die zu untersuchende Frage (in umgekehrter Substitutionsrichtung), ob eine 5-10%ige Preiserhöhung eines Hypothetischen Monopolisten (HM) bei schmalbandigen Zugangsleistungen entsprechende Wechselreaktionen zum VoB-Bündel (bestehend aus gemanagter Sprachtelefonie auf technischer Basis VoIP zuzüglich eines Breitbanddienstes) induzieren würde, die den HM entsprechend restringiert.

Hierzu erlaubt sich die Telekom-Control-Kommission wie folgt auszuführen:

Aus den von TA veröffentlichten Zahlen (Anschlüsse im „Wireline-Segment“ gemäß den Geschäftsberichten der Telekom Austria AG, abrufbar unter <http://www.telekom.at/Content.Node/ir/berichte/geschaeftsberichte.php>.) ergibt sich, dass bei steigender Tendenz im Dezember 2006 ca. 21 % aller TA-Endkunden (entspricht ca. 570.000 Anschlüssen) zusätzlich zu ihrem Sprachtelefonie-Anschluss ein Breitbandinternetprodukt von TA (DSL) bezogen haben, wobei hinzuzufügen ist, dass die Inanspruchnahme eines Breitbandanschlusses bei TA regelmäßig mit der Inanspruchnahme eines Sprachtelefonanschlusses der TA einhergeht (einzige, bislang allerdings begrenzte Ausnahme: naked DSL). Die Nachfrage nach Breitbanddiensten bei TA setzt also in aller Regel den Bezug eines Sprachtelefonanschlusses voraus. Auch hinsichtlich jener Kabel-TV Betreiber die bereits über rückkanalfähige Netze verfügen, lässt sich ein hoher (und stark wachsender) Anteil von Kunden identifizieren, die (zumindest) Breitband und feste Sprachtelefonie beim selben Unternehmen nachfragen. Damit lässt sich schon aus dieser nur einige wesentliche Anbieter einschließenden Übersicht festhalten, dass ein großer Teil der Nachfrage nach Breitband eine entsprechende Nachfrage nach Sprachtelefondiensten nach sich zieht bzw. ein wachsender Teil der Endkunden beide Dienste parallel (und häufig gebündelt) in Anspruch nimmt (insgesamt sind dies beträchtlich über 20 % aller Anschlüsse der Märkte gem. § 1 Z 1,2, TKMVO 2003). Für diese Kunden stellt sich somit nicht die Frage der Substituierbarkeit eines Schmalbandproduktes durch ein Voice-over-Broadband Produkt, sondern vielmehr, ob sie von einem POTS-DSL/CATV-Produktpaket bzw. Bündel zu einem VoB-DSL Bündel wechseln. Eine geringfügige weitere Preiserhöhung bei schmalbandigen Zugangsleistungen könnte hier für wechselwillige Konsumenten der entscheidende Anlass dazu sein.

Bezieht man nun die Preise der Produkte in die Untersuchung ein, so ist festzustellen, dass der Preis für das am häufigsten genutzte Schmalband-Zugangsprodukt der TA (Stand 11/2006) bei 15,98 € liegt. Rechnet man den Preis für ein günstiges Breitband-Einsteigerprodukt der TA in Höhe von 19,90 € ohne Zusatzentgelt für Mengenüberschreitungen per 11/2006 hinzu, so ergibt sich daraus ein Gesamtbetrag in der Höhe von ca. 35,90 €. Dieser Betrag liegt weit über dem Preis der sich aus einer 5-10%igen Preiserhöhung des HM auf das Schmalbandzugangsprodukt ergibt, wodurch a priori – alleine unter Berücksichtigung der Preise der TA für den Schmalbandzugang und ohne Einbeziehung des Mehrnutzens für den Kunden – nicht davon auszugehen wäre, dass der HM durch einen VoB Anbieter (der das Bündel anbietet) diszipliniert würde. Tatsächlich zeigen aber die oben dargelegten Zahlen einen wachsenden Trend in Richtung paralleler Inanspruchnahme beider Leistungen durch den Kunden (zumeist im Bündel) weshalb für die Untersuchung der Substitutionswirkung die relativen Preise der parallel in Anspruch genommenen Einzelleistungen (Zugang Sprachtelefonie bzw. Breitband) zum Bündelprodukt VoB von wachsender Bedeutung sind. Ein diesbezüglicher Vergleich zeigt, dass etwa die parallele Inanspruchnahme der beiden Produkte bei Telekom Austria ca. 35,90 € pM kostet, VoB Produkte anderer Anbieter aber bereits zu deutlich niedrigeren Preisen (27,90 - 29,90 € pM) erhältlich sind. Dementsprechend gibt es auch ohne (hypothetische) Erhöhung des Preises für das Schmalbandzugangsprodukt bereits entsprechende Wechselanreize für Kunden, die beide Leistungen in Anspruch nehmen.

Selbst wenn man der verstärkten Parallelnutzung bzw. Bündelung dieser beiden Produkte nicht Rechnung tragen sollte, ist bei der Untersuchung der Substitution zu bedenken, dass das Schmalbandzugangsprodukt in vielen Fällen (wenn auch die Nutzung insgesamt rückläufig ist) auch für Einwahlinternetdienste Verwendung findet. Für die Inanspruchnahme dieser Leistung muss der Kunde bei dieser Zugangsart ein zusätzliches nutzungsabhängiges Entgelt entrichten, das im Fall der Inanspruchnahme von Breitbanddiensten nicht anfällt. Für die Nutzung von Einwahlinternet wenden die Kunden durchschnittlich einen Betrag von ca. 20,- € pro Monat auf, sodass bei Berücksichtigung von Zugangs- und Nutzungsentgelt ein Gesamtbetrag von ca. 36,- € anfällt, der wiederum deutlich über dem VoB Angebotspreis alternativer Anbieter liegt.

Schließlich ist auch anzuführen, dass aufgrund der festgestellten Kostensituation im Anschlussbereich (ON 20, Kapitel 5.2.3.), bereits eine geringe Zahl von marginalen (wechselwilligen) Konsumenten ausreichen würde, um einen restringierenden Einfluss auf die Preissetzung auszuüben.

Aus diesen Gründen ist auch die Telekom-Control-Kommission, der für sie verbindlichen Marktabgrenzung gemäß der TKMVO 2003 folgend, der Auffassung, dass das Bündelprodukt aus Sprachtelefonie und Breitband auf Basis VoIP (=VoB) eine disziplinierende Wirkung auf die Zugangsmärkte für Sprachtelefonie - wie auch dem gegenständlichen - hat und daher die Marktabgrenzung gemäß der TKMVO 2003 aus Sicht der Telekom-Control-Kommission vor dem Hintergrund der erwähnten Stellungnahme der Europäischen Kommission sachlich gerechtfertigt erscheint. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission leitet sich daraus andererseits aber nicht ab, dass der Markt als Markt für Bündelprodukte (Breitbandzugang plus Schmalbandzugang) zu definieren wäre.

Im Übrigen weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass in der „Empfehlung 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“, (ABL L 114/45 v. 8.5.2003, S. 9 f.) selbst keine abschließende Aussage über die (Nicht)miteinbeziehung von VoB-Diensten in den gegenständlichen Markt enthalten ist.

3. Marktanalyse - Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Die zweite Stufe sieht die Analyse dieser Märkte durch die Telekom-Control-Kommission mit dem Ziel vor, festzustellen, ob auf diesen Telekommunikationsmärkten effektiver Wettbewerb gegeben ist oder aber (zumindest) ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt (§ 37 TKG 2003). Die Telekom-Control-Kommission ist im Rahmen dieser Marktanalyseverfahren wie ausgeführt an die Marktabgrenzung gebunden, weswegen Parteivorbringen im Zusammenhang mit der Marktdefinition bzw. gegen die TKMVO 2003 im gegenständlichen Verfahren keine Berücksichtigung finden können.

4. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

Nach § 37 Abs. 1 TKG 2003 führt die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte (vgl. oben Punkt II.D.2) durch.

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse haben:

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

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

5. Relevanter Markt

Die Stellung als "Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht" bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien das oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind bzw. 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.

Zum Vorbringen der Telekom Austria hinsichtlich der Marktabgrenzung (ON 25 Punkt II) wird auf das zu Punkt D 3 Ausgeführte verwiesen.

6. 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 (Abs. 2 leg. cit.).

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

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

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „*beträchtlicher Marktmacht*“ iSd § 35 TKG 2003 und „*effektivem Wettbewerb*“ iSd § 37 TKG 2003 mit der so genannten „*Gleichsetzungsthese*“ auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (Rz.

19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. „Wirksamer Wettbewerb“ wird dahingehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. Erwägungsgrund 27 der 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 zu unterstellen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield-Ansatz“). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: *„Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [] muss sich die Marktanalyse hauptsächlich auf Prognosen stützen. [] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“* (Rz. 70, 71).

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.“

7. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

8. Zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am gegenständlichen Markt – Zu Spruchpunkt 1:

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

Im Kontext der Untersuchung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht – „single dominance“ – 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. Dabei wird festgehalten, 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 Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50% – ohne weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt

werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.

Besonders hohe Marktanteile liefern, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (EuGH Hoffmann-La Roche/Kommission, Rn. 41, und vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-82/86, AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Rn. 60; EuG I vom 12. Dezember 1991 in der Rechtssache T-30/85, Hilti/Kommission, Slg. 1991, II-1439, Rn. 91, vom 6. Oktober 1994 in der Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Rn. 109, und Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, Rn. 76).

Bei der Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht aufgrund der Verteilung der Marktanteile ist gemäß der Rechtsprechung der EK auch auf die Verteilung der Marktanteile der Wettbewerber, insbesondere auch auf den Abstand zum nächstgrößten Wettbewerber abzustellen. TA ist der einzige Betreiber in Österreich, der über ein flächendeckendes Kommunikationsnetz inklusive Teilnehmeranschlussleitungen verfügt, die Frage des Abstandes zum zweitgrößten Anbieter stellt sich daher nicht. Die Ermittlung von Konzentrationsmaßen erübrigt sich aufgrund dieses Marktanteils.

Mit der Höhe der Marktanteile geht die Anforderung an entlastende Umstände einher; allgemein kann festgehalten werden, dass bei sehr hohen Marktanteilen die Feststellung der Marktbeherrschung nur dadurch erschüttert werden könnte, dass beweisbare entlastende Umstände zweifelsfrei vorliegen (vgl. Stratil, TKG 2003, S. 104) und klar gegen eine beherrschende Stellung sprechen.

Schröter in Schröter/Jakob/Mederer im Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003) hält diesbezüglich fest (S. 856), dass „die Fähigkeit zu unabhängigen, nicht vom Wettbewerb gesteuerten Marktstrategien [] sich nur zugunsten [] des nicht nur vorübergehenden aufrechterhaltenen Monopols ohne vorherige wirtschaftliche Analyse, dh sofort und unmittelbar, feststellen [lässt]. In allen anderen Fällen bedarf es der Würdigung einer Mehrzahl von Indikatoren, die mittelbar auf die Existenz einer beherrschenden Stellung schließen lassen.“ Wie festgestellt, hat TA in Österreich bei der Bereitstellung des Zuganges auf dem gegenständlichen Markt österreichweit einen Marktanteil von rund 91 % aller Anschlüsse (in 64 kbit-Äquivalenten) bzw. von über 94 % in Anschlüssen und verfügt damit, auch unter Berücksichtigung der vorhandenen Kabelnetze, österreichweit gesehen über eine überragende Marktstellung. Es herrscht somit kein effektiver Wettbewerb. Ohne die regulatorische Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl würde TA diese Leistung aufgrund der festgestellten Anreizstruktur zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten freiwillig nicht anbieten. Selbst wenn TA diese Leistung ohne regulatorische Verpflichtung (also freiwillig) anbieten würde, läge weder auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt noch auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten selbsttragender Wettbewerb vor. Auch die abzusehende Entwicklung alternativer Zugangsformen wie der Entbündelung, des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung und einer allfälligen breiteren Nutzung von VoB auf Basis von naked DSL lassen für die nächsten 1 – 2 Jahre keine signifikante Änderung des festgestellten Marktanteils erwarten.

TA brachte vor (ON 25, Punkt II 2), dass bei ISDN-Anschlüssen, Basis- und Multi-ISDN) zunehmender Wettbewerbsdruck bestehe, was sich in vergleichsweise geringen Marktanteilen von TA bei diesen Anschlusskategorien widerspiegle. Hinsichtlich des in weiterer Folge vorgebrachten Vorschlags zu einer geänderten Marktabgrenzung des gegenständlichen Zugangsmarktes ist auf das in Punkt D 3 Ausgeführte zu verweisen. Hinsichtlich des Vorbringens zu sinkenden Marktanteilen von TA auf dem gegenständlichen Markt, ist auszuführen, dass aufgrund der Höhe der festgestellten Marktanteile entgegen

dem Vorbringen von TA, davon auszugehen ist, dass diese für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht sprechen.

Dem Vorbringen von TA war daher nicht näher zu treten.

Da das am 29.12.2006 bei der Bundeswettbewerbsbehörde angemeldete Zusammenschlussvorhaben von Telekom Austria AG und eTel Austria AG zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist, ist eine Berücksichtigung der sich ergebenden Auswirkungen zum gegenteiligen Zeitpunkt noch nicht möglich.

8.1.1. Schlussfolgerung:

Selbst wenn zu berücksichtigen ist, dass Marktanteile alleine hinsichtlich der Beurteilung des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausreichend sind (Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz. 75 - 78)), kann aus der Analyse aufgrund des Marktanteils (in Anschlüssen) von über 90 % und Bezug nehmend auf die erwähnte Rechtsprechung und Lehre bei Vorliegen von Marktanteilen für den gegenständlichen Markt gefolgert werden, dass in Bezug auf diesen Indikator die Grundlage für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 gegeben ist. Diese Schlussfolgerung wird durch die Vermutung, dass in absehbarer Zukunft keine wesentliche Änderung dieses Zustandes zu erwarten ist, bestätigt.

Ein Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht daher nicht zuletzt im Lichte der obigen Ausführungen zum allgemeinen Wettbewerbsrecht für einen marktbeherrschende Stellung der Verfahrenspartei auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt für Privatkunden.

8.2. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

Die Liste der Kriterien für eine alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 2 TKG 2003) nennen die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator. Randziffer 80 der Leitlinien nennen ebenfalls „Marktzutrittsschranken“.

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z.B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt 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). Ferner halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Hohe Marktzutrittsschranken können dazu führen, dass ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil sich „unabhängig“ von seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern verhalten und bspw. Preise über den Kosten verlangen kann (EuGH Rs. United Brands, 14.2.21978).

Höhere Marktzutrittsbarrieren können daher die Entstehung von effektivem Wettbewerb behindern und stehen so den Regulierungszielen des § 1 Abs. 1 Z 2 TKG 2003 entgegen.

Die von der Europäischen Kommission im Rahmen der Fusionskontrolle entwickelten Kriterien erkennen dem Ausmaß an potenziellem Wettbewerb nur dann eine die Marktmacht eines Unternehmens beschränkende Wirkung zu, wenn die folgenden Kriterien erfüllt sind:

1. Zur Wahrscheinlichkeit des Markteintrittes:

Der Rechtsprechung der EK folgend, gilt ein Markteintritt eines potentiellen Wettbewerbs nur dann als hinreichend wahrscheinlich, um die Marktmacht eines marktmächtigen Unternehmens zu beschränken, wenn wahrscheinlich ist, dass ein solcher Markteintritt auch angesichts möglicher Gegenreaktionen des marktmächtigen Unternehmens als ausreichend rentabel erscheint (Entscheidungen der EK zu M.1383 – Exxon/Mobil, Rz 221ff; M 330 - McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann, Rz 73 ff sowie M.269 – Shell/Montecatini, Rz 85ff). Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist gerade auch unter Berücksichtigung von alternativen Zugangsformen wie der Entbündelung und dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung auf Grund der mangelnden Wirtschaftlichkeit (fehlende Skalenvorteile iVm versunkenen Kosten) nicht davon auszugehen, dass in absehbarer Zukunft ein weiterer Anbieter in einem Ausmaß in den gegenständlichen Markt eintreten wird, das geeignet ist Telekom Austria zu restringieren.

2. Kurzfristige Durchführbarkeit des Markteintritts und Erheblichkeit desselben:

Die Geltungsdauer des gegenständlichen Bescheides ist mit dem Abschluss eines zukünftigen Verfahrens zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht bzw. effektiven Wettbewerbs für den gegenständlichen Markt befristet. Die einem solchen zukünftigen Verfahren gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 zugrunde liegende TKMVO 2003 muss alle zwei Jahre überprüft werden. Wenn nun auch keine eindeutige Frist, innerhalb derer ein Markteintritt erfolgen muss, aus der Entscheidungspraxis der EK abgeleitet werden kann, so ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission doch davon auszugehen, dass innerhalb der Geltungsdauer dieser Anordnung kein zusätzlich in den gegenständlichen Markt eintretendes Unternehmen ein flächendeckendes Kommunikationsnetz aufbauen kann.

Nachfrageseitige Wechselbarrieren am gegenständlichen Markt ergeben sich im gegenständlichen Verfahren vor allem aus dem Umstand, dass TA der einzige Betreiber ist, der flächendeckend über ein eigenes festes Kommunikationsnetz verfügt. Anbieter von Kommunikationsdiensten (zB Sprachtelefonie) sind daher bezüglich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung auf TA (von regionalen Ausnahmen abgesehen) zwingend angewiesen.

Als rechtliche Marktzutrittsbarrieren am gegenständlichen Markt können nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die im Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten bestehenden Barrieren betrachtet werden. Aus der Notwendigkeit, die für die Infrastrukturerrichtung erforderlichen Leitungsrechte über fremde Grundstücke zu erhalten und andererseits aus sog. „Aufgrabungsverboten“ der jeweiligen Gebietskörperschaften, in deren Gebiet die Infrastruktur errichtet werden soll, können sich in beiden Fällen aufgrund des mit der Überwindung dieser Hindernisse verbundenen Zeitaufwandes Markteintrittsbarrieren ergeben, da Leistungen erst später als geplant öffentlich angeboten werden können und allfällige Anlaufverluste zunehmen.

Die festgestellten Marktein- und –austrittsbarrieren sind erheblich.

Telekom Austria brachte vor (ON 25, Punkt II), dass sich ihr „de facto Monopol“ auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt auf Grund der steigenden Mobilfunkzugänge relativiere. Die Telekom-Control-Kommission verweist hinsichtlich der Marktabgrenzung auf ihre Ausführungen zu Punkt D 3 dieses Bescheides. Im Übrigen hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass bei der Analyse der Wettbewerbskräfte auf dem gegenständlichen Markt von der derzeitigen Situation ausgegangen wird, allfällige Einflüsse von außerhalb dieses Marktes daher bereits mitberücksichtigt wurden.

Hinsichtlich des – unsubstanzierten – Vorbringens, dass auch die Auflagen auf den Vorleistungsmärkten für Entbündelung und den breitbandigen Zugang eine starke Auswirkung auf den gegenständlichen Zugangsmarkt hätten, verweist die Telekom-Control-

Kommission auf die Feststellungen hinsichtlich der möglichen Auswirkungen von Vorleistungsregulierungsinstrumenten auf den gegenständlichen Zugangsmarkt.

Dem Vorbringen von Telekom Austria war daher nicht näher zu treten.

8.2.1. Schlussfolgerung:

Auch dieser Indikator spricht daher für die Stellung der Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003.

8.3. Zum Indikator vertikale Integration und horizontales bzw. vertikales Leveraging

Der Marktmachtindikator „Vertikale Integration“ wird im TKG 2003 unter den Kriterien für „single dominance“ genannt (§ 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003). Unter diesem Begriff wird verstanden, dass ein Unternehmer nicht nur auf dem gegenständlichen Markt, sondern auch auf einem weiteren (benachbarten) Markt tätig ist. Die wettbewerbliche Problematik kann sich dahingehend manifestieren, dass ein Unternehmen, das auf beiden Märkten tätig ist, aufgrund der Verflechtung beider Märkte Anreize hat, Wettbewerbern auf den benachbarten Märkten den Zugang zu diesen Märkten zu verschließen oder andere wettbewerbsbeschränkende Praktiken, bspw. die Herbeiführung einer Preis-Kosten-Schere (margin squeeze) zur Anwendung zu bringen.

§ 35 Abs. 2 S 1 TKG 2003 sieht vor, dass noch weitere Indikatoren als in Z 2 – Z 13 leg. cit. angeführt in die Prüfung miteinbezogen werden können. Vor diesem Hintergrund wird auch die Gefahr der horizontalen Marktmachtübertragung mitberücksichtigt.

Wie festgestellt, überträgt sich durch die vertikale Integration der TA, die sowohl auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt als auch auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten tätig ist, die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Zugangsmarkt auch auf die Verbindungsmärkte. Da die TA über das einzige österreichweite Anschlussnetz verfügt, ist sie de facto das einzige Unternehmen, das österreichweit seine Dienste an Endkunden anbieten kann, ohne von Vorleistungen Dritter abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen von Vorleistungen der TA abhängig.

Da daher jeder Diensteanbieter, der über keine entsprechende Infrastruktur verfügt, von Produkten auf dem Zugangsmarkt abhängig ist, ist die Marktposition von jenen Unternehmen, die über die jeweilige Infrastruktur verfügen und am nachgelagerten Markt im Wettbewerb mit den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nachfragenden Unternehmen stehen, grundsätzlich eine besondere. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt in wesentlichem Maß die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Mitbewerbern. TA ist ein vollintegrierter Betreiber, der derzeit im Anschlussbereich sämtliche Retailprodukte anbietet. Alle anderen Wettbewerber auf dem gegenständlichen Markt sind hingegen nicht, oder bei weitem nicht in diesem Ausmaß, horizontal oder vertikal integriert. Ausgehend vom flächendeckenden Zugangnetz hat Telekom Austria Anreize, sowohl clusterintern auf die benachbarten Verbindungsmärkte als auch durch Miteinbeziehung von Mobilfunk- bzw. Breitbandprodukten in ihre Angebote clusterextern ihre Marktmacht zu übertragen.

8.3.1. Schlussfolgerung zu Leveraging:

Dieser Marktmachtindikator spricht für sich betrachtet daher ebenfalls für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003.

8.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

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

Wie festgestellt, ist auf dem gegenständlichen Markt auf Grund der Struktur der Nachfrageseite nicht davon auszugehen, dass nachfrageseitige Gegenmacht vorliegt.

8.4.1. Schlussfolgerung:

Dieser Marktmachtindikator spricht für sich betrachtet nicht gegen das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria.

8.5. Zum Indikator „Preise“

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 nennt das „*Verhalten am Markt*“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht. Während sich die anderen Indikatoren für „single dominance“ als unternehmens- und marktbezogene Faktoren darstellen, zielt dieses Kriterium auf das Verhalten der Marktteilnehmer ab.

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

Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig – Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben.

Aus den Marktverhaltens-Indikatoren, wie Preispolitik oder Preisentwicklung lassen sich jedoch keine eindeutigen und schwerwiegenden Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da generell zu sagen ist, dass – neben der Regulierung der Entgelte – hinsichtlich der wettbewerblichen Bedeutung der Tarifstrukturen im Bereich der Anschlussmärkte auch nach erfolgtem „Rebalancing“ ein nur vergleichsweise geringer Preiswettbewerb zu beobachten war. Insbesondere war Telekom Austria in der Vergangenheit nicht in gleichem Ausmaße wie bei Gesprächsleistungen zu entsprechenden Preisreduktionen veranlasst.

Damit rückt eine Bewertung von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens, die der Frage nachgeht, wie sich Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung verhalten würden, in den Vordergrund der Subsumption. Diese Vorgehensweise entspricht den Vorgaben für die sektorspezifische Regulierung: Im Gegensatz zu einer ex-post-Anwendung der Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes ist das Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 über eine „Vorabprüfung“ – eine ex-ante-Betrachtung – zu beurteilen. Diese Vorgehensweise bedingt daher neben der Berücksichtigung vergangener Fakten auch das Anstellen von Prognosen. So halten die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht fest, dass *„bei der ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen [] eine beherrschende Stellung einnehmen, [] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen [ist] als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung von Art 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung“*. Angemerkt wird darüber hinaus, dass *„die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung*

feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen“ (Fn. 73 der Leitlinien).

Es wurde festgestellt, dass Telekom Austria über Anreize verfügt, einerseits überhöhte Preise und andererseits in umkämpften Kundensegmenten in Verbindung mit clusterinterner bzw. –externer Bündelung Kampfpreise anzuwenden.

TA bringt hinsichtlich „predatory pricing“ vor (ON 25, Punkt II 3.2.), dass auf Grund der bestehenden regulatorischen Vorgaben hinsichtlich Rabattgewährung der Vorwurf einer wenig nachvollziehbaren Rabattierungstaktik ins Leere gehe, auch Telekom Austria mache – wie jeder Wettbewerber – Gebrauch von einer differenzierten Preis- und Konditionenpolitik. Die Telekom-Control-Kommission führt hierzu aus, dass es – siehe oben – Bestandteil einer ex-ante Überprüfung ist, Prognosen hinsichtlich des Vorliegens eines Anreizes zu einer bestimmten Aktivität - wie konkret der Anwendung von antikompetitiven Preisen - zu treffen. Soweit TA mit ihrem Vorbringen zum Ausdruck bringen möchte, dass die relativ umfangreiche Palette von Tarifmodellen bzw. Kombinationsmöglichkeiten von TA, als Begründung für das Vorliegen des Wettbewerbsproblems des predatory pricing herangezogen wird, ist ihr entgegen zu halten, dass aufgrund dieser Vielfalt die Vergleichbarkeit mit alternativen Wettbewerbern nur bedingt gegeben ist, und dadurch die Analyse expliziter Preise nur von eingeschränkter Bedeutung für die Frage des Vorliegens dieses Marktmachtindikators sein kann. Außerdem bleibt die Asymmetrie in den Tarifgestaltungsmöglichkeiten zwischen TA und den Verbindungsnetzbetreibern. Hinsichtlich ihres Vorbringens zur Einführung von Preisobergrenzen verweist die Telekom-Control-Kommission auf ihrer Ausführungen zu Punkt D 9.2.4.

Dem Vorbringen von TA war daher nicht näher zu treten.

8.5.1. Schlussfolgerung:

Die Feststellungen zeigen, dass TA – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, durch die Gestaltung von Preisen und durch Produktbündelung ihre bestehende Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt unter anderem (d.h. neben diversen clusterübergreifenden Bündelungsformen) auf die benachbarten Verbindungsmärkte zu verlagern. TA hätte ohne bestehende Regulierung auf dem gegenständlichen Markt die Möglichkeit, sich unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Nutzern iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 zu verhalten. Diese Erkenntnis wird letztlich auch durch die Tatsache bestätigt, dass TA weder die Betreiber(aus)wahl, noch die Entbündelung und auch nicht WLR freiwillig angeboten hat (ON 20, Punkt 4.1.4). Würde TA in ihrer Rolle als unrestringierter Quasi-Monopolist nicht der ex ante Entgeltkontrolle unterliegen, könnte sie aufgrund der festgestellten offensichtlichen Anreize auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt überhöhte Preise zu Lasten der Endkunden bzw. in wettbewerblich umkämpften Bereichen durch Marktmachtübertragung sowie in Verbindung mit clusterinterner bzw. –externer Bündelung auf dem benachbarten Verbindungsmarkt Kampfpreise anwenden.

Auch dieser Indikator spricht daher tendenziell für die Stellung der Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

8.6. Zum Marktverhaltens-Indikator „Innovationstätigkeit und Qualitätswettbewerb“

Innovation und Qualitätswettbewerb sind Marktverhaltens-Indikatoren und in diesem Sinne unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 („Verhalten am Markt im Allgemeinen“) zu subsumieren.

Während sich die anderen Indikatoren für „single dominance“ als unternehmens- und marktbezogene Faktoren darstellen, zielt dieses Kriterium auf das Verhalten der Marktteilnehmer ab

§ 35 Abs. 2 S 1 TKG 2003 sieht darüberhinaus vor, dass noch weitere Indikatoren als in Z 2 – Z 13 leg cit angeführt in die Prüfung miteinbezogen werden können.

8.6.1. Schlussfolgerung:

Da sich aus den Feststellungen ergibt, dass die technologischen Entwicklungen der letzten Jahre keine signifikanten und flächendeckenden Wettbewerbsimpulse für den gegenständlichen Markt entfalten konnten, zeigt sich, dass hinsichtlich dieses Marktmachtindikators keine aussagekräftigen Schlussfolgerungen hinsichtlich des (Nicht)Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht seitens Telekom Austria gezogen werden können. Daran ändern auch in jüngster Zeit vermehrt in Anspruch genommene Mobilnetze/drahtlose feste Zugänge sowie VoB-Zugangsrealisierungen nichts.

8.7. Zum Marktmacht-Indikator „Performanceanalyse“

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 nennt das „Verhalten am Markt“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht.

Aus dem Marktergebnis-Indikator „Performanceanalyse“, wie Preispolitik und Preisentwicklung lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Entgelte für die marktgegenständliche Leistung (Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten für Privatkunden) – mit 1999 beginnend – im Rahmen von Tarifgenehmigungsverfahren gemäß § 18 TKG (1997) bzw. § 45 TKG 2003 von der Telekom-Control-Kommission festgelegt wurden.

8.7.1. Schlussfolgerung:

Dieser Marktmachtindikator kann aufgrund der zugrunde liegenden Kostenorientierungsverpflichtung nur äußerst bedingt zur Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht herangezogen werden.

8.8. Zum „Internationalen Vergleich“

Dieser Marktergebnis-Indikator ist kein Kriterium nach § 35 Abs. 2 TKG 2003, findet aber aus Vollständigkeitsgründen Aufnahme in die Analyse des gegenständlichen Marktes, da trotz grundsätzlicher Probleme mit internationalen Preisvergleichen, wie die Heterogenität von Tarifstrukturen, Abrechnungsmodellen, Kostenstrukturen, internationale Preis- und Marktstrukturvergleiche ein wichtiger Bestandteil einer Wettbewerbsanalyse sind, da sie letztlich Vergleichsmaßstäbe für Wettbewerbsparameter darstellen.

Auch auf Basis internationaler Preisvergleiche lassen sich – da die betroffenen Entgelte angeordnet sind – keine Schlussfolgerungen hinsichtlich des möglichen Vorliegens von Marktmacht ziehen. Der durchgeführte internationale Preisvergleich ergibt einen im Wesentlichen unauffälligen Vergleichswert für die Grundentgelte der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt.

8.8.1. Schlussfolgerung:

Der internationale Vergleich kann kaum zur Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht herangezogen werden.

8.9. Zusammenfassende rechtliche Bewertung der wettbewerblichen Verhältnisse am gegenständlichen Markt

Aufgrund der in den Punkten D 8.1. – D 8.8. vorgenommenen Würdigung der einzelnen Marktmachtindikatoren gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass TA als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 37 Abs. 1 TKG 2003 einzustufen ist.

Unabhängig von anderen Indikatoren erscheint schon allein der hohe Marktanteil der TA zusammen mit den festgestellten Markteintrittsbarrieren als ausreichend, um vom Vorhandensein beträchtlicher Marktmacht auszugehen.

Insbesondere das eindeutige und nachhaltige Vorliegen der Zugangsproblematik aufgrund des Marktanteils von über 90 % (in absoluten Zahlen), die vollständige vertikale Integration der TA, das dauerhafte Bestehen von hohen Markteintrittsbarrieren sowie bestehende Anreize für TA zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten waren für die getroffene Feststellung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt ausschlaggebend.

Auch die vorzunehmende Berücksichtigung der Situation im Falle des Wegfallens der ex ante Regulierung ergibt, dass TA aufgrund ihrer de-facto nach wie vor monopolartigen Stellung auf dem gegenständlichen Markt Anreize hat, antikompetitive (exzessive Preise bzw. Kampfpreise, abhängig von Wettbewerb und Nachfragerelastizität) Preise auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt anzuwenden sowie die auf dem gegenständlichen Markt existierende Marktmacht auf die benachbarten Verbindungsmärkte zu übertragen. Insgesamt ist sohin festzuhalten, dass auf dem gegenständlichen Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht und TA über beträchtliche Marktmacht gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 verfügt.

9. Zu den spezifischen Verpflichtungen („Regulierungsinstrumenten“) nach dem TKG 2003

Wird das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht festgestellt, dient die dritte Stufe (vgl. oben Punkt II.D.1) schließlich der Auferlegung jener spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003 – der „Regulierungsinstrumente“ –, die zur Lösung der identifizierten aktuellen und potenziellen Wettbewerbsprobleme herangezogen werden können (§ 37 Abs. 1 und 2 TKG 2003).

9.1. Allgemeines

Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen, sind geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Dabei sind grundsätzlich folgende Verpflichtungen möglich:

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung

- § 41 TKG 2003: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42 TKG 2003: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- § 43 TKG 2003: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44 TKG 2003: Bereitstellung von Mietleitungen
- § 45 TKG 2003: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten
- § 46 TKG 2003: Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl

Gemäß § 47 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Diesfalls hat die Regulierungsbehörde bei der Europäischen Kommission einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist dann der Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde zu legen.

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. In dieser Bestimmung wird, wie auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens, ausdrücklich auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der 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 somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgt werden. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz 118 der SMP-Leitlinien der Europäische Kommission) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil*, TKG 2003, Rn 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 Regulierung der Endkundenmärkte nur für den Fall, dass die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 führen würde, zu beachten (vgl. auch VwGH ZI 2005/03/0179-7 v. 22.11.2005, S. 47).

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

9.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt und festgestellten Wettbewerbsprobleme primär Prinzip 2 der ERG („Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden.“) anzuwenden, da gemäß den Feststellungen, die Infrastruktur des marktmächtigen Unternehmens auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt als nicht bzw. nur sehr bedingt replizierbar erscheint.

Grundsätzlich sollen bei der Beurteilung der Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen derselben zunächst die Instrumente identifiziert werden, die überhaupt geeignet sind, die genannten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen und die der Natur der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme entsprechen. Sollten mehrere alternative Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen von Instrumenten geeignet sein, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, werden (wird) – dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgend – in einem zweiten Schritt jene Regulierungsinstrumente (Kombination von Instrumenten) ausgewählt, die das gelindeste Mittel (im Sinne einer qualitativen Kosten-Nutzen-Abwägung) darstellen.

Der zweite Schritt kann allenfalls entfallen, wenn im ersten Schritt nur ein Regulierungsinstrument (Kombination von Regulierungsinstrumenten) als geeignet identifiziert wird.

§ 43 Abs. 1 TKG 2003 stellt darauf ab, ob „auf dem relevanten Endkundenmarkt kein Wettbewerb herrscht“. Dieser Wortlaut ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission dahingehend zu interpretieren, dass auf dem betreffenden Endkundenmarkt kein effektiver Wettbewerb iSv § 37 Abs. 1 TKG 2003 herrscht. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch den Verweis des Art. 17 Abs. 1 lit. a der Universaldienstrichtlinie gestützt, der auf das Nichtvorliegen von wirksamem Wettbewerb iSv Art. 16 der Rahmenrichtlinie abstellt.

Nur wenn die Regulierungsbehörde gemäß § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 festgestellt hat, dass das betreffende Unternehmen auf dem gegenständlichen (Endkunden-)Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt und gemäß Z 2 leg. cit. spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 nicht zur Erreichung der in § 1 Abs. 2 TKG 2003 vorgegebenen Regulierungsziele führen würden, sind auf Endkundenmarktebene ex ante Regulierungsinstrumente aufzuerlegen.

Dies ergibt sich aus der Verwendung des Konjunktivs sowohl in Art. 17 Abs. 1 lit. b Universaldienstrichtlinie als auch in § 43 Abs. 1 Z 2 TKG 2003. In beiden Normen ist darauf abzustellen, „ob die Regulierung auf Vorleistungsebene [...] nicht zur Erreichung [...] der Regulierungsziele führen würde“. Da die auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt vorgesehenen Regulierungsinstrumente der Betreiber(vor)auswahl, des Anbietens entsprechender Vorleistungsprodukte (Zugangsprodukte), des Wiederverkaufes der Teilnehmeranschlussleistung sowie der getrennten Buchführung sowie die auf anderen Vorleistungsmärkten auferlegten Regulierungsinstrumente (Entbündelung, bitstream-Zugang sowie Verpflichtungen auf den Mietleitungsvorleistungsmärkten) nicht alleine zur effektiven Bekämpfung des festgestellten potentiellen Wettbewerbsproblems der nichtkompetitiven Preise am gegenständlichen Endkundenmarkt ausreichen würden, sind beide Voraussetzungen der Anwendung des § 43 TKG 2003 gegeben.

Sowohl der Wortlaut der europarechtlichen Bestimmung als auch des § 43 Abs. 1 TKG 2003 stellen durch die Verwendung des Konjunktivs [... nicht ... zur Erreichung der ... vorgegebenen Ziele ... führen würden...] nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission eindeutig auf eine von der Regulierungsbehörde zu treffende Prognoseentscheidung ab. Das Fällen von Prognoseentscheidungen liegt geradezu im Wesen einer ex ante Regulierung. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission stellt die im gegenständlichen Verfahren gewählte Vorgangsweise der gleichzeitigen Analyse der allfälligen Wettbewerbsprobleme

des gegenständlichen Marktes mit denen der benachbarten Vorleistungsmärkte keine Abkehr vom Prinzip des Primats der Regulierung der Vorleistungsmärkte dar. Das diesbezügliche Vorbringen von TA ist unbegründet.

Auch die ERG hält zum Thema Regulierung auf Endkundenebene fest, dass im Falle des Nichtausreichens einer (allenfalls bestehenden) Vorleistungsregulierung bis zur Wirksamkeit der Vorleistungsregulierungsinstrumente auf der Endkundenebene Regulierungsinstrumente auferlegt werden sollten.

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wurde bereits unter Punkt D 8.9 der rechtlichen Beurteilung gewürdigt. Dass die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 durch eine Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen nicht erreicht werden könnten, ergibt sich aus den Feststellungen. Daher ist eine Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auch auf der Endkundenebene erforderlich.

In Folge wird dargestellt, welche nach dem TKG 2003 möglichen Regulierungsinstrumente geeignet sind, die Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen.

9.2.1. Zur Betreiber(vor)auswahl – Zu Spruchpunkt 2.1.

Nach § 46 Abs. 1 TKG 2003 hat ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für den Zugang und dessen Nutzung die Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren als auch die Betreibervorauswahl zu ermöglichen. Telekom Austria wird mittels dieser Anordnung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt festgestellt. Die Verpflichtung zur Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren als auch zur Betreibervorauswahl wird daher der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt auferlegt, da der gegenständliche Markt ein Zugangsmarkt im Sinne der zitierten gesetzlichen Bestimmung ist und die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Telekom-Control-Kommission keinen Spielraum betreffend die (Nicht)-Auferlegung dieser Verpflichtung einräumen (arg: „hat“).

Die Betreiber(vor)auswahl ermöglicht es alternativen Betreibern ohne direkten Zugang zum Teilnehmer, Verbindungsleistungen am Endkundenmarkt anzubieten.

Dieses Regulierungsinstrument fördert den Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt nicht per se, sodass die Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt durch eine solche Verpflichtung unverändert bleiben, doch sie unterbindet Möglichkeiten der vollständigen Marktmachtübertragung für VNB auf Verbindungsmärkte und schafft somit eine zentrale Voraussetzung für effektiven Wettbewerb auf diesen Märkten. Aus ökonomischer Sicht ist die Verpflichtung der Betreiberauswahl und –vorauswahl nach § 46 TKG 2003 daher ein adäquates und geeignetes Instrument, Telekom Austria daran zu hindern, ihre Marktmacht auf die Verbindungsmärkte zu übertragen. Diese Marktmacht wurzelt in der Infrastruktur des Anschlussbereichs, der gegenwärtig als natürliches Monopol zu sehen ist. Fiele diese dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegte Verpflichtung der Betreiber(vor)wahl weg, würde dies aufgrund der de facto monopolistischen Marktstruktur im Zugangs-/Anschlussbereich bzw. der Marktzutrittsbarrieren einem Ende der potentiell wettbewerblichen Situation auf den Verbindungsmärkten gleichkommen, diese Verpflichtung hat sohin „Vorleistungscharakter“. Diese Verpflichtung wird daher auf den Zugangsmärkten, wie auch auf dem verfahrensgegenständlichen, als notwendig gesehen, um die Voraussetzungen für einen Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten zu schaffen, da nur durch diese Form des Zugangs, Mitbewerber – mangels eigenem Netz – Verbindungsleistungen anbieten können.

Die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl war daher aufzuerlegen.

9.2.2. Zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung (Wholesale Line Rental Verpflichtung) – Zu Spruchpunkt 2.2.

§ 41 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Gemäß Abs. 2 leg. cit. kann einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter anderem die Verpflichtung auferlegt werden, bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte anzubieten. (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. d Zugangs-RL).

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

Die im Punkt 2.2 des Spruches auferlegte Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung bekämpft – wie festgestellt – im Wesentlichen das identifizierte Wettbewerbsproblem des „Foreclosure“, das heißt der Marktabschottung bzw. Ausgrenzung der Wettbewerber und erleichtert grundsätzlich das Entstehen von Dienstewettbewerb am gegenständlichen Markt. Die Verpflichtung zur Legung eines entsprechenden Angebotes dient gemäß den Feststellungen auch dazu, den Wettbewerb im Anschlussbereich zu ermöglichen und den Mitbewerbern der Telekom Austria auch auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten größere Preissetzungsspielräume zu ermöglichen.

Eine Zugangsverpflichtung stellt sohin eine Vorabverpflichtung dar, die geeignet, dh effektiv ist, das festgestellte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen.

In weiterer Folge ist die Frage nach der gesetzlich gebotenen Verhältnismäßigkeit zu stellen:

Mit dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung steht auch alternativen Betreibern die Möglichkeit offen, ihren Endkunden unterschiedliche Tarifoptionen (Bündel von Grundentgelt und Verbindungsminuten) und auch Spezialpakete anzubieten, und damit ein vergleichbares preis- und marketingpolitisches Repertoire zur Verfügung zu haben. Bislang konnten alternative Betreiber vielfach nur Verbindungsleistungen im Rahmen der Betreiberauswahl bzw. Betreibervorauswahl am Endkundenmarkt verkaufen. Durch eine regulatorisch angeordnete Zugangsverpflichtung, die den Zugang alternativer Anbieter zur Teilnehmeranschlussleistung ermöglicht, könnten die Marktzutrittsbarrieren auf den Endkundenmärkten wesentlich reduziert werden. Die so ermöglichten Markteintritte sorgen somit für erhöhten Wettbewerb. Da es sich bei dem österreichweiten festen Kommunikationsnetz der TA um eine nicht leicht replizierbare Infrastruktur handelt, erscheint eine Zugangsverpflichtung zur Teilnehmeranschlussleistung als notwendig, und (in Verbindung mit der Verpflichtung zum Anbieten entsprechender Vorleistungsprodukte) auch als das einzige effektive Mittel, um einer horizontalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und breiteren Wettbewerb zu ermöglichen. Sohin kann Markteintritt und Wettbewerb auf der Endkundenebene gefördert und die Ausübung von Marktmacht verhindert werden.

In Fällen, in denen die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Ausübung von Marktmacht durch Sicherstellung des Zugangs zu nichtreplizierbarer Infrastruktur zu verhindern, um die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten (§ 1 Abs. 1 TKG 2003).

Gerade auch vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung im Hinblick auf die Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer (§ 1 Abs. 2 Z. 2 lit. a TKG 2003) sowie die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen (§ 1 Abs. 2 Z. 2 lit. b TKG 2003) erscheint es durch die Verpflichtung zum WLR langfristig möglich, die erwähnten Regulierungsziele des TKG zu erreichen.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann Wholesale Line Rental (WLR) auf Diensteebene auf Grund der im Vergleich zur Selbsterrichtung eines mit dem der TA vergleichbaren Anschlussnetzes relativ geringen Markteintrittskosten dazu beitragen, die relativ hohen Markteintrittskosten auf dem gegenständlichen Markt einzudämmen.

In Bezug auf die Verhältnismäßigkeit der Anordnung einer Zugangsverpflichtung in Form des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen:

Grundsätzlich wäre für die Sicherstellung des Zugangs zu einem geeigneten Vorleistungsprodukt auch die Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 in Erwägung zu ziehen. § 41 TKG 2003 enthält jedoch wesentlich konkretere Ausführungen zur Zugangsproblematik und erscheint daher als einschlägigere Norm. Die Anwendung des § 38 hingegen ist für die weitere Ausgestaltung der Bedingungen, zu denen der Zugang gewährt werden soll (insbes. nicht-preisliche Parameter), die von § 41 TKG 2003 nicht umfasst sind, geeignet. Die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 TKG 2003 alleine erscheint dagegen nicht geeignet, um das festgestellte Wettbewerbsproblem der antikompetitiven Preise und der Produktbündelung zu bekämpfen. So könnte die Gleichbehandlungsverpflichtung allein das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise auf der Vorleistungsebene, auch wenn diese unter gleichen Bedingungen an den Endkunden-Arm der TA weitergegeben würden, nicht bekämpfen, ebenso wenig wie das Wettbewerbsproblem der Produktbündelung.

Effektiv könnte diesen Problemen mit einer Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung begegnet werden, um damit wettbewerbliche Impulse auf den Endkundenanschlussmärkten wie auch auf den Verbindungsmärkten zu setzen. Eine Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet und auch notwendig, um das festgestellte Problem der exzessiven Endkundenpreise für den Zugang und der Produktbündelung zu bekämpfen.

Neben zusätzlichen Wettbewerbsimpulsen im Zugangsbereich würde ein marktfähiges Resaleangebot horizontal auch für die Wettbewerbssituation der Endkundengesprächsmärkte positive Effekte mit sich bringen, da alternative Festnetzbetreiber (insbesondere reine Verbindungsnetzbetreiber) erst dadurch in die Lage kämen, Bündelangebote zu kreieren und damit über entsprechende Preissetzungsflexibilität zu verfügen. Die Asymmetrie zwischen Telekom Austria und den alternativen Festnetzbetreibern hinsichtlich der Preisgestaltungsspielräume würde sich deutlich abschwächen. Ebenso würde die damit in Zusammenhang stehende Marktmachtübertragungsproblematik hintan gehalten. Durch die Möglichkeit zum One-Stop-Shopping sowie die Verfügbarkeit zusätzlicher Tarifoptionen, die dem Endkunden zugute kommt, erhöht sich potentiell auch die Gesamtwohlfahrt.

Die Resale-Verpflichtung ist ihrer ökonomischen Natur nach und entsprechend der Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 ein Regulierungsinstrument, das in Zusammenhang mit dem Zugang zu bestimmten Netzkomponenten aufzuerlegen ist. Die der Auferlegung der Resale-Verpflichtung zu Grunde liegenden Wettbewerbsprobleme wurzeln im de-facto-Monopol der TA im Anschlussbereich, sohin auf dem gegenständlichen Markt. Aus diesem Grund, sowie auf Grund der Tatsache, dass die TKMVO 2003 keinen der ex

ante Regulierung zugänglichen Markt „Zugang zur Teilnehmeranschlussleistung“ kennt, ist dieses Regulierungsinstrument auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt aufzuerlegen.

Aufgrund der gegenwärtigen Marktsituation, in der der Erfolg eines Resaleproduktes am Markt nach wie vor nicht absehbar ist, kann diese Art der Vorleistungsregulierung allerdings noch nicht als gleichwertiger Ersatz zur bestehenden ex ante Endkundenentgeltkontrolle (§ 43 TKG 2003) gesehen werden.

Im Zeitverlauf sollen jedoch WLR, Entbündelung und naked DSL ineinander greifen, und das Ausmaß der ex ante Entgeltkontrolle wäre in der Folge in Abhängigkeit vom zukünftigen Markterfolg eines WLR-Produktes gegebenenfalls und zeitnah zu reduzieren.

Telekom Austria kritisierte umfangreich (ON 34, ON 37), die in ON 27 enthaltenen Ausführungen zum Thema „Modifikationspotential des Resale-Angebots“. Die Telekom-Control-Kommission hält dazu fest, dass diese Überlegungen nicht Gegenstand dieser Anordnung sind.

Hinsichtlich der auferlegten Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen:

Die Veröffentlichung des Standardangebotes samt hinreichender Aufgliederung zum diskriminierungsfreien Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung samt dafür notwendiger Annexleistungen) ist erforderlich, um Informationsasymmetrien Markteintrittsbarrieren zwischen TA und den Nachfragern nach dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung zu verhindern.

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

Der genaue Umfang der Leistungen, bzw. Detaillierungen einzelner Vertragspunkte des von TA zu legenden Standardangebotes zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung werden daher im Einzelfall im Zusammenhang mit einer – zukünftigen - Nachfrage nach dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 bzw. im Rahmen eines Verfahrens nach § 38 Abs. 4 TKG 2003 anzuordnen sein, wobei bezüglich der näheren Form der Preisregulierung auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen wird.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist eine solche Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung nur durch die Verpflichtung zur Legung eines diskriminierungsfreien Standardangebotes operationalisierbar, da nur so Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen iSd § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003 verhindert werden können und so zum Regulierungsziel der Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten beitragen.

Die angeordnete Frist zur Legung des Standardangebotes bis spätestens 1.3.2007 erscheint vor dem Hintergrund des bereits gelegten Angebotes als ausreichend und daher angemessen.

Die Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes war daher aufzuerlegen.

Zum (zukünftigen) Ineinandergreifen der Regulierungsinstrumente „Resale-Verpflichtung“ und „Entgeltkontrolle“ hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen:

Durch WLR könnte auch auf den benachbarten Verbindungsmärkten effektiver Wettbewerb im Sinne eines regulierungsfreien Wettbewerbs gefördert bzw. erreicht werden. Insbesondere eine Preisregulierung auf Endkundenebene sollte bei Existenz eines marktfähigen Resaleproduktes an Bedeutung verlieren. In diesem Sinne könnten begleitende deregulierende Maßnahmen auch die Bereitschaft des Incumbent, ein marktfähiges Resaleangebot zu legen, erhöhen, und so die Anreizstruktur verändern. Die in der Vergangenheit angeordnete Preisregulierung bringt mit sich, dass die von Telekom Austria eingebrachten Tarifierträge neben der Quersubventionierungsfreiheit bestimmte kostenrechnerische Nebenbedingungen zu erfüllen haben, woraus sich gewisse Einschränkungen in den Preisgestaltungsmöglichkeiten ergeben.

Im Hinblick auf die zu wahrende Verhältnismäßigkeit regulatorischer Eingriffe ist der dem Incumbent zur Verfügung stehende Gestaltungsspielraum in Abhängigkeit vom Markterfolg eines zukünftigen Resale-Produktes zu sehen und gegebenenfalls zu erweitern. Die der Telekom Austria im Rahmen der Kostenorientierung ihrer Endkundertarife vorgegebenen Preissetzungsschranken, könnten so künftig sukzessive erweitert und eines Tages gegenstandslos werden, sofern dann tatsächlich eine Symmetrie hinsichtlich unternehmerischer (Preis-)Gestaltungsmöglichkeiten auf Endkundenmärkten zwischen einer ausreichenden Anzahl von Anbietern beobachtet werden kann, und daher mit entsprechend preisdisciplinierenden Effekten gerechnet werden darf. Da die festgestellten intermodalen Wettbewerbsimpulse des Mobilfunksektors primär die Gesprächsleistungen an festen Standorten wettbewerblich restringieren, würde ein marktfähiges Resale-Angebot (in Verbindung mit infrastrukturbasierten Wettbewerbsformen) insbesondere auch bei Zugangsleistungen eine künftige Deregulierung denkmöglich erscheinen lassen.

Für WLR stehen grundsätzlich zwei Preissetzungsprinzipien zur Verfügung: Zum einen kann die Preissetzung nach Retail-Minus erfolgen, wonach sich die Vorleistungspreise an den existierenden Endnutzerpreisen orientieren, wobei die vermeidbaren Kosten in Abzug gebracht werden. Neben dem Retail-Minus Ansatz könnte der für die Berechnung von Zusammenschaltungsleistungen und entbündelten Netzelementen etablierte Kostenrechnungsstandard der effizienten Leistungsbereitstellung, der auf die langfristig inkrementellen Kosten (FL-LRAIC) der für eine bestimmte Leistung in Anspruch genommenen Infrastruktur abstellt, herangezogen werden.

Soll Wettbewerb ermöglicht werden, so müssen die vom marktmächtigen Unternehmen angebotenen Vorleistungen zu denselben Bedingungen bereitgestellt werden, zu denen sich diese das marktmächtige Unternehmen selbst anbietet. Nach dem Retail-Minus Ansatz hat das marktmächtige Unternehmen die Vorleistung somit zum Endkundenpreis anzubieten, abzüglich jener Kosten, die es sich dadurch ersparen könnte, dass es das Produkt nicht selber vermarkten und vertreiben muss, zuzüglich allfälliger Zusatzkosten, die aus der Bereitstellung auf Vorleistungsebene entstehen. Ist der Nachfrager nach dieser Vorleistung in den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen nun zumindest genauso effizient wie der etablierte Betreiber (d.h. es entstehen ihm nicht mehr Kosten als dem marktmächtigen Unternehmen selbst), so ist es ihm möglich, das Endkundenprodukt zu einem konkurrenzfähigen Preis anzubieten. Für einen gleich effizienten Betreiber sollte daher unter vergleichbaren Bedingungen ein Margin-squeeze ausgeschlossen sein.

Bei der Preissetzung ist auch auf die komplementäre Wirkung auf Infrastrukturinvestitionen zu achten: Betreiber, welche die Vorleistung einer entbündelten Teilnehmeranschlussleitung nachfragen und darüber Anschlussleistungen an ihre Endkunden anbieten, sind einem höheren Investitionsrisiko ausgesetzt, da erhebliche Investitionen in Kollokation und backhaul (eigenes Backbonenetz) zu tätigen sind, die „versunkene Kosten“ und folglich hohe Marktaustrittsbarrieren darstellen. Ein reiner Reseller, der auf die Zugangsleistung des

marktmächtigen Unternehmens zurückgreifen kann, ist grundsätzlich einem erheblich geringeren Investitionsrisiko ausgesetzt. Die Preise dieser beiden Vorleistungen, die auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen erbracht werden, müssen diese unterschiedlichen Risiken in der Form berücksichtigen, dass die Preisdifferenz einem Betreiber, der die Vorleistung in Form der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung nachfragt („Entbündler“), einen höheren Gewinn im Sinne einer marktgerechten Verzinsung des eingesetzten Kapitals zur Risikoabdeckung ermöglicht als einem reinen Reseller.

Diese Argumente in Verbindung mit den vorhandenen und regulatorisch zugänglichen Informationsgrundlagen begründen die relative Vorteilhaftigkeit des Retail-Minus Ansatzes. Dieser ist daher für die Bestimmung der Vorleistungskosten für Wholesale Line Rental (WLR) geeignet und angemessen. Der (strengere) Kostenrechnungsmaßstab der effizienten Leistungsbereitstellung ist der schwerer replizierbaren Infrastruktur – beim Zugang ist dies die Entbündelung – vorbehalten.

Die oben beschriebene Preisdifferenzierung im Rahmen von Tarifoptionen ist nur dann anwendbar, wenn Arbitragemöglichkeiten ausgeschlossen sind. Bei den Endkundertarifen ist dies dadurch gewährleistet, dass sich Grund- und Verbindungsentgelte unterschiedlicher Tarifoptionen nicht beliebig kombinieren lassen (z.B. billigstes Grundentgelt mit billigstem Verbindungsentgelt). Diese Arbitragemöglichkeiten sind auf der Vorleistungsstufe bei WLR jedoch nicht ausgeschlossen, da die Verbindungsleistung von alternativen Betreibern losgelöst vom Zugang (Resale) über die Zusammenschaltung nachgefragt werden kann. Es können daher keine unterschiedlichen Resaleentgelte für unterschiedliche Tarifoptionen zur Anwendung gebracht werden, da nur diese Zugangsleistung, nicht jedoch ebenso unterschiedlich die komplementäre Verbindungsleistung von alternativen Betreibern auf der Vorleistungsstufe in Anspruch genommen werden. Es kann daher bei der Abschlagsbasis im Rahmen der Ermittlung der WLR-Entgelte nicht auf die singulären Grundentgelte der Telekom Austria abgestellt werden. Vielmehr muss ein gewichteter Mittelwert der von Telekom Austria an ihre Endkunden verrechneten Grundentgelte zur Anwendung gelangen. Zu unterscheiden ist jedoch zwischen den Anschlussarten POTS und ISDN, da es sich hierbei um Anschlussleistungen unterschiedlicher Funktionalität handelt. In Bezug auf ISDN-Multianschlüsse wird die Auffassung vertreten, dass die Funktionalitäten, die mit diesem Produkt dem Endkunden angeboten werden können, von alternativen Anbietern effizienter und kostengünstiger auf Basis einer Bereitstellung von Mietleitungsprodukten realisiert werden können. Eine Implementierung des Großhandelsangebots auch für ISDN-Multianschlüsse würde im Verhältnis zur potenziellen Nachfrage zu unverhältnismäßigen Aufwendungen bei der Implementierung aufgrund der vergleichsweise höheren Kosten im Vergleich zu anderen Zugangsarten führen. Da bei der Herstellung von ISDN-Multianschlüssen Mietleitungen als Vorprodukte eingesetzt werden, würde eine Einbeziehung der diesbezüglichen Prozesse im Mietleitungsbereich zu einer Erhöhung der Implementierungskosten führen, die außer Verhältnis zur erwartbaren Nachfrage stünde. Schließlich muss daran erinnert werden, dass Multi-ISDN Anschlüsse auch das kompetitivste Segment im Zugangsbereich darstellen.

9.2.3. Zur Verpflichtung, bei neuen Endkundenprodukten entsprechende Vorleistungsprodukte anzubieten – Zu Spruchpunkt 2.3.

Gemäß § 38 Abs. 1 und 2 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen. Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (Stratil, TKG 2003, Rz. 1 zu § 38 TKG 2003). Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es daher unter anderem, Gleichbehandlung zwischen der TA (bzw. ihrem Retail-Arm) selbst und den alternativen Anbietern zu erreichen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den Endkundenmärkten zu erreichen.

Es ist daher festzuhalten, dass mittels einer Gleichbehandlungsverpflichtung sichergestellt werden kann, dass einerseits die (Vor-)Leistung allen Abnehmern zu denselben Konditionen angeboten wird, während andererseits mittels eines Diskriminierungsverbots auch das Verhältnis zwischen „externer“ – gegenüber fremden Abnehmern der Vorleistung - und unternehmensinterner Leistungserbringung geregelt wird.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission daher als unterstützendes Regulierungsinstrument zur Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl und zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung anzusehen. In diesem Sinne ist sie im komplementären Zusammenspiel mit den anderen in diesem Bescheid angeordneten Regulierungsinstrumenten als angemessen anzusehen.

Ohne Auferlegung der Verpflichtung zum Anbieten entsprechender Vorleistungsprodukte für den Fall, dass neue, marktgegenständliche Endkundenprodukte seitens Telekom Austria auf den Markt kommen, wäre es nicht auszuschließen, dass es sowohl im Verhältnis der TA, bzw. ihres Vertriebsbereiches (Retail Arm) zu alternativen Nachfragern als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsverzerrungen kommen würde. So führen die ErläutRV zu § 38 TKG 2003 aus, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz garantiert, dass Unternehmen mit Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren, insbesondere wenn es sich um vertikal integrierte Unternehmen handelt, die Dienste für andere Anbieter erbringen, mit denen sie auf anderen Märkten im Wettbewerb stehen.

Um auch zukünftig die volle Replizierbarkeit der Tarifbündel der Telekom Austria auf den Endkundenmärkten sicherzustellen, ist TA daher zusätzlich zur Resale-Verpflichtung auch die Verpflichtung aufzuerlegen, bei der Einführung neuer Endkundenprodukte (z.B. spezielle Angebote für mehrere Anschlüsse etc.) spätestens zeitgleich entsprechende Vorleistungsprodukte anzubieten, die es alternativen Netzbetreibern ermöglichen, ihren Kunden ähnliche, und damit konkurrenzfähige Produkte anzubieten (Nachbildbarkeit auf der Vorleistungsebene).

Zeitgleich ist dahin gehend zu verstehen, dass neue Produkte durch die Telekom Austria erst dann auf der Endkundenseite angeboten werden dürfen, wenn ein entsprechendes Vorleistungsprodukt auch Dritten angeboten wird. Dadurch wird letztlich auch das Entstehen von First-Mover Vorteilen verhindert. Besondere Aufmerksamkeit ist dabei auf die Problematik eines möglichen Margin-squeeze zu legen. Alternativen Nachfragern muss es unter Zugrundelegung des für TA geltenden Effizienzmaßstabes möglich sein, entsprechend konkurrenzfähige Produkte auch über längere Zeiträume hinweg selbst anzubieten.

Daraus ergibt sich, dass die mit antikompetitiven Preisen verbundenen Wettbewerbsprobleme der Marktmachtübertragung von den Zugangs- auf die Verbindungsmärkte aus ökonomischer Sicht gegenwärtig mit den zur Verfügung stehenden Regulierungsinstrumenten auf der Vorleistungsebene nicht ausreichend adressierbar ist. Allenfalls auferlegte Verpflichtungen auf den Vorleistungsmärkten Originierung und Terminierung zielen auf Verbindungsleistungen ab, wohingegen die Zugangsmärkte die

Voraussetzungen und Konditionen für den Zugang zum Anschluss des Endkunden in den Mittelpunkt stellen.

Die spezifischen Vorleistungsverpflichtungen reichen gegenwärtig nicht aus, die identifizierten Wettbewerbsprobleme adäquat zu bekämpfen, da sie nicht geeignet sind, die Zugangsmärkte einem stärkeren Wettbewerbsdruck auszusetzen und der Gefahr exzessiver Preise bzw. der Marktmachtübertragung wirksam entgegenzutreten.

Daher war die gegenständliche Regulierungsmaßnahme aufzuerlegen.

9.2.4. Zur Preisregulierung und ex-ante Genehmigung – Zu Spruchpunkt 2.4.

Die Feststellungen in Bezug auf das Vorliegen von effektivem Wettbewerb zeigen, dass das mittlerweile erreichte Wettbewerbsniveau nach wie vor von der infrastrukturbasierten Abhängigkeit der meisten alternativen Anbieter vom Zugang zur Infrastruktur der TA geprägt ist. Der festgestellte Marktanteil von TA von über 90 % im Anschlussbereich (Absolutwerte) führt zur Situation, dass TA Anreize hat, für die Bereitstellung des Zugangs von ihren Endkunden überhöhte Entgelte (über den Kosten der TA liegend) zu verlangen. Viele Endkunden hätten angesichts einer solchen Preiserhöhung keine Möglichkeit, zu einem alternativen Festnetzbetreiber mit eigenem Anschlussnetz (Teilnehmernetzbetreiber) zu wechseln.

Die Regulierungsinstrumente der Betreiber(vor)auswahl, aber auch der getrennten Buchführung, sind von ihrem Wesen her nicht dazu geeignet, das festgestellte Wettbewerbsproblem der überhöhten Endkundenentgelte bzw. das der Schaffung von Markteintrittsbarrieren durch Kampfpreise für spezielle Kundensegmente iVm horizontaler, sowohl interner als auch externer, Marktmachtübertragung wirksam zu bekämpfen. Es ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht davon auszugehen, dass sich auf Grund der Verpflichtung zur Betreiber(vor)wahl, zum WLR, zum Anbieten von naked DSL, zur Gleichbehandlung und zur getrennten Buchführung der festgestellte Marktanteil der TA im Anschlussbereich (Umsatzmarktanteil über 94 %, in 64 kbit-Äquivalenten rund 91 %) innerhalb des relevanten Zeitraums von ca. 2 Jahren signifikant verringern würde. Es wird in diesem Zusammenhang auch auf die Feststellungen zu den hohen Kosten des Aufbaues eines eigenen Festnetz-Kommunikationsnetzes verwiesen.

Da sich, wie festgestellt, Entgelte und AGB sinnvoller Weise nicht isoliert betrachten lassen, sind Entgelte und AGB und ihre Änderungen im Sinne von § 45 TKG 2003 in Verbindung mit § 43 TKG 2003 allesamt der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung vorzulegen, sofern es zu Änderungen in den Entgelten und/oder AGB für Zugangsleistungen kommt. Andernfalls wären die Voraussetzungen zur Prüfung der vorab angezeigten marktgegenständlichen Zugangsentgelte nicht gegeben.

Hinsichtlich der identifizierten Wettbewerbsprobleme ist u.a. darauf zu achten, dass am gegenständlichen Zugangsmarkt keine überhöhten Preise zur Anwendung gebracht werden, der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht behindert wird und Dienste nicht wettbewerbsbehindernd gebündelt werden. Hinsichtlich der Notwendigkeit zur Hintanhaltung ungerechtfertigter Bündel und zur Bewertung von Bündelprodukten, deren Bündelbestandteile auch aus marktgegenständlichen Zugangsprodukten besteht, verweist die Telekom-Control-Kommission auf die getroffenen Feststellungen hinsichtlich der im Einzelfall möglichen Wettbewerbsprobleme.

Auf Grund der horizontalen Verflochtenheit von Zugangs- und Verbindungsmärkten ergibt sich im Rahmen der Auferlegung der Verpflichtung zur ex ante Entgeltkontrolle die Notwendigkeit der Berücksichtigung der durch die Bündelung von Zugangs- und

Verbindungsentgelten möglichen horizontalen Marktmachtübertragung. Aus diesem Grund gilt die Kostenorientierungsverpflichtung auch für jene Teile von am gegenständlichen Zugangsmarkt angebotenen Produktbündeln, die in den gegenständlichen Markt fallen.

Die Regulierungsbehörde kann gemäß § 45 Abs. 5 TKG 2003 beantragte Entgelte unter Auflagen oder Bedingungen sowie befristet genehmigen. Die Notwendigkeit der Vorabgenehmigung der Entgelte von TA, ausgenommen (Werbe-)Aktionsangebote bis zu dreimonatiger vertraglicher Laufzeit für den Endkunden, ergibt sich aus der Möglichkeit für TA, durch entsprechende Tarife auf der Endkundenebene ihre auf die Vorleistung des Zugangs angewiesenen Mitbewerber auf dem benachbarten Verbindungsmarkt durch das Anwenden von Kampfpreisen iVm horizontaler, sowohl interner als auch externer, Marktmachtübertragung in eine Preis-Kosten-Schere zu bringen. Außerdem hat TA Anreize, für den Zugang zu Lasten der Endkunden überhöhte Preise zu verrechnen. Die Verpflichtung zur Kostenorientierung bringt es mit sich, dass auch die aus Aktionsangeboten resultierende Erlösschmälerung bei der ex ante Tarifgenehmigung mitzubehücksichtigen ist. Das Ausmaß der auf Grund vorgesehener Aktionsangebote geschätzten Erlösschmälerung ist daher Bestandteil der ex ante Tarifgenehmigung.

Hinsichtlich des Umfangs der ex ante Entgeltverpflichtung erscheinen daher die Kostenorientierung von Grundentgelten und der Herstellung von Anschlüssen, unter Einbeziehung von Rabatten unter Berücksichtigung von anderen Vergünstigungen, (insb. von kurzfristigen) Werbeaktionen, als diejenigen Leistungen, deren vorherige Entgeltkontrolle notwendig erscheint, um die beschriebenen Wettbewerbsprobleme der horizontalen Marktmachtübertragung und der antikompetitiven Preise zu bekämpfen.

Integraler Bestandteil solcher Verfahren soll dabei im Bedarfsfall die Analyse von Auswirkungen geplanter Tarifänderungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der alternativen Netzbetreiber sein. Damit soll im Vorfeld, soweit regulatorisch möglich, die Gefahr eines Margin-squeeze verhindert werden.

Telekom Austria kritisierte (ON 34, Punkte 2.1., 2.2., ON 54) einerseits, dass die vorgesehene „unechte ex-post Regulierung“ nur auf dem benachbarten Verbindungsmarkt zur Anwendung gelangen solle und nicht auch auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt; durch die daher nach wie vor eingeschränkten Freiheitsgrade in der Tarifgestaltung könne eine Deregulierung nur in geringem Ausmaß erkannt werden. TA brachte vor (ON 54), dass auch am gegenständlichen Zugangsmarkt Wettbewerbsdruck aus dem Mobilfunk existiere, so würde TA im Schnitt jährlich 100.000 Festnetzanschlüsse verlieren. Die Telekom-Control-Kommission verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass die vorgesehene unechte ex-post Regulierung bei beantragten Tarifen ausschließlich für Leistungen des benachbarten Verbindungsmarktes ihre Rechtfertigung in den dort festgestellten Wettbewerbsproblemen findet (Kampfpreise und Herbeiführen eines Margin-Squeeze unter Ausnützung der Effekte von clusterinterner als auch clusterexterner Bündelung), die sich von denen auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt beträchtlich unterscheiden. Aufgrund der festgestellten quasi-monopolistischen Marktanteile der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt erscheint eine Lockerung der Regulierung analog der für den benachbarten Verbindungsmarkt angeordneten unechten ex-post Regulierung daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht angebracht, und stellt daher für den gegenständlichen Markt keine geeignete spezifische Verpflichtung iSd § 37 TKG 2003 dar. Auch hinsichtlich der von TA angeführten Rückgänge bei Festnetzanschlüssen, weist die Telekom-Control-Kommission wiederholend darauf hin, dass sie an die Marktabgrenzung der TKMVO 2003 gebunden ist und schon von daher Vorbringen zur Marktabgrenzung keine Berücksichtigung finden kann. Darüberhinaus zeigen der Verlauf der Umsätze bzw. Volumina des gegenständlichen Zugangsmarktes und des benachbarten Verbindungsmarktes, dass der Rückgang der Umsätze bzw. Volumina von TA auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt in signifikant niedrigerem Ausmaß stattfindet als auf dem benachbarten Verbindungsmarkt.

In diesem Zusammenhang wurde auch vorgebracht, dass die – angeordnete – Trennung der Tarife der Telekom Austria in Grund- und Verbindungsentgelte auch Grund dafür sei, dass der Festnetzsektor insgesamt gegenüber dem Mobilfunk verloren habe. Die Telekom-Control-Kommission weist diese Behauptung als einerseits die Marktabgrenzung betreffend zurück und weist im Übrigen darauf hin, dass bereits in der Vergangenheit durch die Zulassung von Paketpreisen („Bonuspakete“) die von Telekom Austria angesprochene Trennung „durchbrochen“ wurde.

Insofern sind die genannten Regulierungsoptionen auf dem Endkundenmarkt notwendig, geeignet sowie das gelindeste (weil einzig effektive) Mittel, um die Ziele der Regulierung zu erreichen, d.h., im vorliegenden Fall, Konsumenten vor dem Missbrauch von Marktmacht zu schützen, Marktmachtübertragung zu verhindern und Markteintritt und Wettbewerb zu fördern. Die Auferlegung der Verpflichtung zur ex ante Entgeltkontrolle erscheint auch vor dem Hintergrund der bereits bestehenden Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl sowie der auferlegten Verpflichtung zur getrennten Buchführung als geeignet und verhältnismäßig.

9.2.4.1. Zu den kurzfristigen Aktionsangeboten:

Die Anzeigepflicht auch von kurzfristigen Aktionsangeboten ergibt sich bereits aus § 25 Abs. 2 TKG 2003.

Dadurch ist gewährleistet, dass die Regulierungsbehörde von allen am Markt befindlichen Aktionsangeboten Kenntnis erlangt; es waren daher diesbezüglich keine weiteren Verpflichtungen aufzuerlegen.

Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist es – wie festgestellt – hinsichtlich der Kostenorientierung von kurzfristigen Aktionsangeboten im Sinne der Feststellungen lediglich erforderlich, dass solche Entgelte der Kostenorientierungsverpflichtung unter Zugrundelegung eines Durchrechnungszeitraums von einem Jahr entsprechen. Das sind Aktionsangebote, die dadurch charakterisiert sind, dass 1. der Zeitraum, innerhalb der seitens des Endkunden die vertragliche Einigung über die Inanspruchnahme der vergünstigten Aktionsbedingungen erfolgen muss, drei Monate nicht übersteigen darf, 2. die Vorteile der Aktion aus der Reduzierung von Verbindungsentgelten innerhalb eines Jahres konsumiert werden müssen und die Inanspruchnahme des Aktionsangebotes seitens TA nicht mit einer „überlangen“ Vertragsbindung des Endkunden, nämlich von über einem Jahr, junktiniert wird sowie 3. Aktionsangebote, deren wirtschaftliche Auswirkungen (auch wenn Herstellertgelte von der Aktion umfasst sind) maximal in der Höhe des jeweiligen Herstellungsentgeltes zu liegen kommen, unabhängig vom Zeitraum der Inanspruchnahme.

Mit dieser – die Telekom Austria hinsichtlich ihrer Tarifgestaltungsfreiheit für kurzfristige Aktionsangebote begünstigenden – Regelung zur Kostenorientierung ist eine angemessene Abwägung zwischen dem wettbewerblichen Gefährdungspotential, das aus der fehlenden Überprüfbarkeit der Kostenorientierung resultieren würde einerseits und der Notwendigkeit von Telekom Austria, über preisliche und marketingtechnische Flexibilität verfügen zu können andererseits, gefunden.

Es würde der Intention der zeitlichen Befristung widersprechen, wenn ein Aktionsangebot zwar lediglich in einem Zeitraum von 3 Monaten angeboten wird, jedoch eine unangemessen lange wettbewerbliche Auswirkung entfaltet. In ähnlicher Weise würden zeitlich eng aneinander gereihte Aktionsangebote („Kettenangebote“) die zeitliche Befristung offenkundig umgehen.

In Bezug auf die angeordnete Kostenorientierungsverpflichtung (zeitgleiche Nachbildbarkeit, ohne einem Margin-Squeeze ausgesetzt zu sein) solcher Aktionsangebote hat die Telekom-Control-Kommission in Fortführung der bestehenden Spruchpraxis erwogen, dass

angesichts der festgestellten Wettbewerbsprobleme die Auferlegung dieser Verpflichtung gemäß § 43 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 als angemessen und notwendig erscheint, da es ansonsten durch entsprechendes unmittelbares Aufeinanderfolgenlassen von solchen zeitlich befristeten Aktionen („Kettenangebote“) bzw. durch das Anbieten von Aktionen, die nicht den 3 Kriterien Feststellungen entsprechen, zu einer de facto Umgehung der Kostenorientierungsverpflichtung kommen kann.

Die Eingrenzung der begünstigenden Anwendung der Kostenorientierungsverpflichtung auf Aktionen, deren wirtschaftlicher Gegenwert für den jeweiligen Endkunden maximal in der Höhe des jeweiligen Herstellungsentgelts zu liegen kommt, findet hinsichtlich der Angemessenheit ihre Rechtfertigung in der bereits derzeit bestehenden Regulierungspraxis.

TA kritisierte (ON 54) die Anordnung einer maximalen vertraglichen Bindungsfrist für den Endkunden von maximal einem Jahr. Eine solche würde zu wettbewerblichen Verzerrungen führen bzw. wäre auch unter dem Aspekt des Konsumentenschutzes nicht geboten. Eine abschließende Definition einer überlangen Bindungsdauer sollte, unter Verweis auf diesbezüglich angeblich fehlende Ergebnisse der Marktanalyse im Einzelfall getroffen werden.

Die Telekom-Control-Kommission führt hierzu erläuternd aus wie folgt: Die Vertragsbindung iSd Z 2 der Charakterisierung der kurzfristigen Aktionsangebote in Spruchpunkt 2.4. findet ihre wettbewerbliche Rechtfertigung in dem für TA gleichzeitig entstehenden Vorteil des verlängerten Durchrechnungszeitraums beim Anbieten von kurzfristigen Aktionsangeboten. Sie kommt daher auch nur in einem solchen Fall („Junktimierung von kurzfristigem Aktionsangebot mit überlanger vertraglicher Bindungsdauer“) zur Anwendung. Diese Verpflichtung stellt eine Konkretisierung der auferlegten Kostenorientierungsverpflichtung dar und ist somit im Kern ein zum Schutz des Wettbewerbs auferlegtes Regulierungsinstrument. Der unter Hinweis auf ein Judikat zum Thema Mindestvertragsdauer bei Mobilfunkverträgen getätigte Verweis von TA auf konsumentenschutzrechtliche Aspekte geht daher ins Leere.

Entgegen dem Vorbringen von TA zu angeblich fehlenden Ergebnissen der Marktanalyse zur maximalen vertraglichen Bindungsdauer für Endkunden ist auszuführen, dass im Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 28, Punkt 3.4.1.) Ausführungen zur notwendigen zeitlichen Eingrenzung der wirtschaftlichen Auswirkungen von kurzfristigen Aktionsangeboten getätigt wurden. Die Telekom-Control-Kommission hat die in ON 28 enthaltenen Überlegungen (preisliche und marketingtechnische Flexibilität einerseits und das in Schranken halten von wettbewerblichen Gefahrenpotentialen andererseits) im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums und im Interesse der Rechtssicherheit für TA in angemessener Weise konkretisiert. Da dem Vorbringen von TA aus den angeführten Gründen nicht Folge zu leisten war, war dieses Regulierungsinstrument daher im erörterten Umfang aufzuerlegen.

Der Anregung von TA (ON 54) folgend, wurde in Spruchpunkt 2.4. eine Klarstellung dahingehend aufgenommen, dass kurzfristige Aktionsangebote von der Genehmigungspflicht iSd Spruchpunkt 2.4. nicht umfasst sind.

Hinsichtlich Entgelterhöhungen ist auf § 25 Abs. 2 und 3 TKG 2003 hinzuweisen.

TA kritisierte die Begrenzung der wirtschaftlichen Auswirkungen einer kurzfristigen Aktion für den Endkunden mit der Höhe des Herstellertgelts als zu restriktiv und für ungerechtfertigt weil gegenüber ihren Wettbewerbern, namentlich der Tele2UTA, benachteiligend. Es gelte ferner, der Abwanderung der Endkunden in Richtung Mobilfunk entgegenzuwirken. TA regte eine Obergrenze der wirtschaftlichen Auswirkungen bei kurzfristigen Aktionen dergestalt an, dass „die über das jeweilige Herstellertgelt hinausgehenden wirtschaftlichen Auswirkungen maximal in der Höhe von zwölf Monatsentgelten zu liegen kommen sollten“.

Die Telekom-Control-Kommission hat hierzu erwogen: Die auferlegten Regulierungsinstrumente dienen der Bekämpfung der auf diesem Markt festgestellten und potentiellen Wettbewerbsprobleme. Die Angemessenheit und damit Verhältnismäßigkeit der auferlegten Verpflichtungen finden daher in materieller Sicht in den festgestellten Wettbewerbsproblemen ihre Rechtfertigung. Bezug nehmend auf das konkrete Vorbringen von TA ist daher auszuführen, dass die Anteile von TA auf dem gegenständlichen Markt stabil verlaufen und daher der Verweis auf ein Konkurrenzprodukt eines Wettbewerbers ins Leere geht, da eine wettbewerbliche Auswirkung dieses Produkts auf die TA nicht nachvollziehbar erscheint. Im Übrigen ist der von TA angesprochene Wettbewerber als Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht bei der Tarifwahl keinen rechtlichen Restriktionen unterworfen, das angesprochene Produkt „Complete“ könnte theoretisch zu Preisen unter Kosten auf den Endkundenmarkt gebracht worden sein („Penetration pricing“). Zum Vorbringen hinsichtlich „Churn in Richtung Mobilfunk“ wurde bereits wiederholt ausgeführt, dass Vorbringen zur Abgrenzung dieses Marktes in diesem Verfahren nicht berücksichtigt werden kann.

Zur Höhe der „Deckelung“ der wirtschaftlichen Auswirkungen mit der Höhe des Herstellertgelts ist wie folgt auszuführen: Ausgehend von der kostenrechnerischen Trennung gemäß der „Tarifmatrix“ in Zugangsmärkte einerseits und Verbindungsmärkte andererseits (siehe dazu die Feststellungen zur Entgeltkontrolle), hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, dass das Ausmaß der aus Gründen der Rechtssicherheit zu findenden „Deckelung“ kostenrechnerisch im Zugangsbereich Deckung finden muss. Angesichts der festgestellten Gefahr der Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte erscheint es erforderlich, dass TA die durch das Anbieten von kurzfristigen Aktionen entstehenden Umsatzverminderungen kostenrechnerisch im Bereich der Zugangsmärkte erfasst. Ein Ausdehnen des durch kurzfristige Aktionsangebote vergrößerten wettbewerblichen Spielraums auf die Verbindungsmärkte erscheint aus diesem Grund als wettbewerblich nicht vertretbar. Auch die von TA angeregte „Deckelung“ in einer abstrakten Höhe „von zwölf Grundentgelten“ hätte – aus der Sicht der Marktgegenseite betrachtet – diesen Effekt. Dieser Anregung war daher nicht zu folgen. Gegen die Festlegung der „Deckelung“ in der Höhe von zwölf Grundentgelten spricht ferner die existierende große Spreizung der (je nach gewähltem Tarif) einzelnen Grundentgelte: Die absolute Höhe einzelner Businessstarif-Grundentgelte, so bspw. das für Multi-ISDN in der Höhe von derzeit € 332,02 bis € 680,21 monatlich (<http://www.telekom.at/Content.Node/dateien/eb-isdn-kombiline-0106.pdf>) würde ebenfalls die beschriebene Gefahr der Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte verstärkt mit sich bringen.

Die erfolgte Konkretisierung der maximalen Höhe der wirtschaftlichen Auswirkungen einer kurzfristigen Aktion erfolgte im Übrigen aus Gründen der Rechtssicherheit für Telekom Austria.

9.2.4.2. Zu den Bündelprodukten:

Wie festgestellt, werden die marktgegenständlichen Leistungen teilweise in unterschiedlichen Kombinationen zu unterschiedlichen Preisen angeboten. Auch durch das Anbieten von Bündelprodukten werden einzelne marktgegenständliche Leistungen zu einem anderen, in der Regel günstigeren, Preis angeboten, als sie ohne Bezug des Bündels erhältlich wären. Aus wohlfahrtsökonomischer Sicht kann daher als positiver Effekt von Bündelprodukten die Erschließung neuer Kundengruppen angesehen werden, die bei nicht differenzierten Preisen nicht oder allenfalls in geringerem Ausmaß nachfragen würden.

Wie ferner festgestellt, können Bündelprodukte aber auch den Wettbewerb beeinträchtigende Aspekte mit sich bringen. Für Telekom Austria bestehen Anreize, ihre Marktmacht vom gegenständlichen Zugangsmarkt auch auf die benachbarten Verbindungsmärkte dadurch zu übertragen, dass spezifische Produktbündel (clusterintern oder clusterextern) den Endkunden angeboten werden. Zur konkreten wettbewerblichen

Gefährdung durch antikompetitive Bündelprodukte an sich wird auf die Feststellungen verwiesen. Angesichts der Gefahr von schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb durch ungerechtfertigte, weil den Wettbewerb beeinträchtigende, Bündelung von Diensten (Produkten) erscheinen der Telekom-Control-Kommission daher regulatorische Auflagen für Bündelprodukte unumgänglich.

Telekom Austria (ON 25, Punkt 2.6., ON 34, Punkt 2.3.) und Mobilkom Austria (ON 33) brachten vor, dass Bündelprodukte normaler Teil der Marketingstrategien aller Mitbewerber seien, dass Bündelprodukte dem Endkunden nutzen würden, sowie, dass generell Bündelprodukte keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten würden.

Die Telekom-Control-Kommission stimmt diesem Vorbringen insofern zu, als tatsächlich von einer signifikanten Anzahl von Wettbewerbern Bündelprodukte am gegenständlichen Markt angeboten werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der quasi monopolistischen Marktanteile von Telekom Austria am gegenständlichen Zugangsmarkt viele Wettbewerber (namentlich Verbindungsnetzbetreiber) von Telekom Austria auf den benachbarten Verbindungsmärkten, durch antikompetitiv ausgerichtete Bündelung von Diensten (Produkten) etwa in eine Preis-Kosten-Schere gebracht werden können bzw. Kampfpreisen ausgesetzt werden können. Hinsichtlich des Vorbringens zur Nützlichkeit von Bündelprodukten für den Konsumenten weist die Telekom-Control-Kommission unter Verweis auf die diesbezüglich getroffenen Feststellungen darauf hin, dass eine solche Nützlichkeit bestehen kann, verweist aber auf die notwendige Abwägung des möglichen Interesses von Endkunden an Bündelprodukten und der Notwendigkeit der Hintanhaltung von wettbewerbsschädigenden Einflüssen von antikompetitiven Bündelprodukten.

Aus den dargelegten Gründen ist es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission notwendig, sicherzustellen, dass bei Kombination von Grund- (bzw. Herstellungs-) und Verbindungsentgeltleistungen im Rahmen einer Tarifoption (clusterinterne Bündelung von regulierten Produkten) dadurch nicht die Kostenorientierungsverpflichtung von Zugangsleistungen umgangen werden kann. Die Telekom-Control-Kommission ist in Fortsetzung der bestehenden Regulierungspraxis hinsichtlich dieser clusterinternen Bündelprodukte der Auffassung, dass die sich aus der Tarifmatrix ergebenden Gestaltungsspielräume ausreichend determiniert sind, um im Rahmen der zukünftigen Genehmigung bzw. Nichtuntersagung angezeigter Tarife die Einhaltung der Kostenorientierungsverpflichtung für die marktgegenständlichen Produkte sicherzustellen.

Die Telekom-Control-Kommission hält es für erforderlich, dass alle Teile eines Bündelproduktes in materieller und in verfahrensrechtlicher Sicht entsprechend den festgestellten Wettbewerbsproblemen auf dem jeweiligen Markt und der dafür als angemessen erkannten Regulierungsinstrumente zu behandeln sind. Da aus Sicht der Endkunden alle Teile eines Produktbündels eine sachliche und finanzielle Einheit darstellen, entscheiden in materieller Hinsicht (Kostenorientierungsverpflichtung, Zurechnung des gesamten Bündelrabatts auf den marktgegenständlichen Bündelteil) in der Regel die Gesamtkosten des Bündels über die wettbewerbliche Verträglichkeit desselben. Hinsichtlich der weiteren Regelungen (Replizierbarkeit, kein Margin squeeze, keine Marktmachtübertragung) zur Prüfung der Wettbewerbsverträglichkeit von Bündelprodukten wird auf die Feststellungen verwiesen.

Zum Vorbringen hinsichtlich der Miteinbeziehung von Produkten der Mobilkom Austria in die Regulierung des gegenständlichen Marktes verweist die Telekom-Control-Kommission auf die Ausführungen zu Punkt D 11 dieses Bescheides.

Hinsichtlich der näheren materiellen Ausgestaltung der Bewertung von clusterexternen Bündelprodukten im Rahmen der zukünftigen Genehmigung bzw. Nichtuntersagung angezeigter Tarife zur Einhaltung der Kostenorientierungsverpflichtung für die marktgegenständlichen Produkte, wird auf die Feststellungen verwiesen. Mit den dort

festgestellten Prüfschritten zur Bewertung von clusterexternen Bündelprodukten ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission eine angemessene Abwägung zwischen den positiv zu bewertenden wohlfahrtsökonomischen Aspekten von Bündelprodukten bzw. der Notwendigkeit von Telekom Austria, über preisliche und marketingtechnische Flexibilität verfügen zu können einerseits und dem wettbewerblichen Gefährdungspotential durch antikompetitive Bündelprodukte andererseits, gefunden.

Es wurden von den bestellten Amtsgutachtern keine Aussagen hinsichtlich des notwendigen Umfangs der Überprüfung der Kostenorientierungsverpflichtung der einzelnen Bündelteile getätigt. Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich erwogen, die Überprüfung der Kostenorientierung der einzelnen Bündelteile, auf jene Bündelteile einzuschränken, die einen Kommunikationsdienst iSd § 3 Z 9 TKG 2003 darstellen. Dies erfolgt, um die sektorspezifische Kostenorientierungsverpflichtung nicht auf Produkte außerhalb des § 3 Z 9 TKG 2003 auszudehnen. Die Telekom-Control-Kommission verweist hinsichtlich der sich aus solchen Bündelprodukten ergebenden Wettbewerbsprobleme auf die Möglichkeiten des allgemeinen Wettbewerbsrechts (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kartellgesetz).

Mobilkom Austria brachte – explizit auch zum gegenständlichen Zugangsmarkt – vor (ON 33), dass die mobilen Endkundenmärkte unreguliert seien, und ihr aus dem gebündelten Anbieten von Endkundenprodukten mit Produkten der Telekom Austria kein Nachteil im Vergleich zu anderen Mobilfunkunternehmen entstehen dürfe. Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass die für Mobilkom Austria geltenden Regulierungsinstrumente der Kostenorientierung nur für die Produkte von Mobilkom Austria auf dem –gegenständlichen Markt Anwendung finden, allerdings unter Zurechnung des gesamten Bündelrabatts auf den marktgegenständlichen Bündelteil. Der Vorwurf von Mobilkom Austria zur Regulierung der Mobilfunk-Endkundenmärkte geht daher ins Leere. Klarstellend weist die Telekom-Control-Kommission daher darauf hin, dass die Mobilfunk-Endkundenentgelte der Mobilkom Austria nicht von der gem. Spruchpunkt 2.4. angeordneten Kostenorientierung der Endkundenentgelte umfasst sind.

Aufgrund der Notwendigkeit einer zeitnahen Überprüfung der wettbewerblichen Verträglichkeit von solchen Bündelprodukten erscheint es erforderlich, dass Telekom Austria das gesamte Bündelprodukt in einem zur Anzeige bzw. zur Genehmigung bringt.

Angesichts der in jüngster Zeit vermehrt angebotenen clusterübergreifenden Bündelprodukte unter Einschluss von Mobilprodukten erscheint ferner die explizite Miteinbeziehung von allen marktgegenständlichen Produkten der Mobilkom Austria, unabhängig davon, ob sie im Bündel mit Produkten der Telekom Austria angeboten werden, oder nicht, in den dargelegten Prüfmaßstab als notwendig und angemessen, um die Wettbewerbsprobleme am gegenständlichen Markt effektiv bekämpfen zu können.

Insofern sind die genannten Regulierungsoptionen auf dem Endkundenmarkt notwendig, geeignet sowie das gelindeste (weil einzig effektive) Mittel, um die Ziele der Regulierung zu erreichen, d.h., im vorliegenden Fall Marktmachtübertragung auf den benachbarten Verbindungsmarkt zu verhindern, Markteintritte und Wettbewerb zu fördern und die Erreichung der in § 1 TKG 2003 genannten Regulierungsziele, wie beispielsweise den Schutz der Konsumenten vor dem Missbrauch von Marktmacht, sicherzustellen.

Dieses Regulierungsinstrument war daher auch aus diesem Blickwinkel im erörterten Umfang aufzuerlegen.

Aufgrund der Notwendigkeit einer zeitnahen Überprüfung der wettbewerblichen Verträglichkeit von solchen Bündelprodukten erscheint es erforderlich, dass Telekom Austria das gesamte Bündelprodukt in einem zur Anzeige bzw. zur Genehmigung bringt. Hinsichtlich Entgelterhöhungen ist auf § 25 Abs. 2 und 3 TKG 2003 hinzuweisen.

9.2.4.3. Zum Verhältnis der Verpflichtung ex ante Entgeltkontrolle und Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung:

In Bezug auf die mit diesem Bescheid ebenfalls auferlegte Verpflichtung, WLR anzubieten, hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen:

WLR kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auf Diensteebene auf Grund der relativ geringen Markteintrittskosten die relativ hohen Markteintrittskosten vor allem im Anschlussbereich ausgleichen. Die diesbezügliche Erwägung, dass es für potentielle Infrastrukturinvestoren eine deutliche Risikoreduktion sein kann, wenn für sie die Möglichkeit besteht, mit Resaleanbietern im vorhinein langfristige Kontrakte abzuschließen, die die im vorhinein zu tätige Infrastrukturinvestition attraktiver erscheinen lassen, greift nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nur dann, wenn das Angebot zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung bereits in nennenswertem Umfang vom Markt angenommen wurde, und es weiters den Nutzern des Resale-Angebotes gelungen ist, eine signifikante Anzahl von Endkunden zu gewinnen. Auf Grund der nach wie vor für TA bestehenden Vorteile bei der Produktbündelung und den damit verbundenen besseren Möglichkeiten beim Werben von Endkunden kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht davon ausgegangen werden, dass es innerhalb des hier relevanten Zeitraums von ca. 2 Jahren zu der eben beschriebenen Entwicklung kommt.

Da also die Regulierungsinstrumente im Anschlussbereich im hier relevanten Zeitraum von etwa zwei Jahren aus den angeführten Gründen nicht ausreichen, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen, ist eine Verpflichtung zur Genehmigung von Entgelten auf Basis Kostenorientierung und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderungen gemäß den Bestimmungen des § 43 Abs. 2 und 3 TKG 2003 aufzuerlegen. Es ist darauf hinzuweisen, dass auf Grund der Komplementarität der beiden Regulierungsinstrumente in dem Ausmaß, in dem der Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung bzw. die Entbündelung und naked-DSL vom Markt angenommen werden, diesem Umstand im Rahmen der jeweils anzuwendenden ex ante-Entgeltkontrolle Rechnung zu tragen sein wird. Die Telekom-Control-Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf die gemachten Ausführungen.

Dem Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise kann daher auch unter Berücksichtigung der Auswirkungen zusätzlicher Regulierungsinstrumente gegenwärtig nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex ante Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden.

9.2.4.4. Zur Wahl des Kostenrechnungsprinzips im Konkreten:

§ 45 TKG 2003 erwähnt unter anderem die grundsätzliche Möglichkeit einer Price-Cap-Regulierung von Endkundenpreisen. Dass diese die oben genannten Wettbewerbsprobleme jedoch nicht adäquat bekämpfen, geht aus der Konstruktion und Intention von Price-Caps hervor, die primär darauf ausgerichtet sind, Effizienzverbesserungen an Nachfrager weiterzugeben. Ineffizienzen sind jedoch in späteren Liberalisierungsphasen nicht das zentrale Wettbewerbsproblem, vielmehr muss – wie angeführt – mit antikompetitiven Preisen zu Lasten der Endkunden bzw. der Übertragung von Marktmacht in wettbewerbsintensivere Verbindungsmärkte mittels Kampfpreisen in Verbindung mit clusterinterner bzw. –externer Bündelung gerechnet werden. Allein schon die beschriebene horizontale Verflochtenheit von Zugangs- und Verbindungsmärkten zieht hier aber die Notwendigkeit einer gesamt- und einheitlichen Untersuchungsmethodik und eines korrespondierenden Regulierungsansatzes nach sich. Hinsichtlich exzessiver Preise ist im Prinzip die Kostenorientierung der Entgelte als ebenso effektiv anzusehen wie eine Price-cap-Regulierung. Insgesamt würden die freilich auch bei einer kostenorientierten Entgeltkontrolle vorhandenen Umsetzungsprobleme nur um die spezifischen Probleme im Rahmen der Implementierung von Price-Caps vermehrt werden.

Der Kostenrechnungsstandard sollte sich gemäß der bisherigen Spruchpraxis am Konzept der Prognosekosten - die dem Anbieter durch den Aufbau, den Betrieb und die Wartung des Dienstes sowie durch dessen Vermarktung und Abrechnung direkt entstehen und die auch den dem Dienst zuordenbaren indirekten Kosten Rechnung tragen - orientieren. Prognosekosten sind voraussichtlich anfallende zukünftige Istkosten. Die Prognosekosten sind unter Bedachtnahme auf die Istkosten abgelaufener Zeiträume und die voraussichtliche Entwicklung zu ermitteln.

Es war daher der bestehende Kostenrechnungsstandard neuerlich anzuordnen.

In Bezug auf die Konkretisierung der anzuwendenden Kostenrechnungsmethode wird auf die in Feststellungen zur „Tarifmatrix“ verwiesen.

Aufbauend auf den aaO getroffenen Feststellungen stellt nunmehr Spalte 1 der Kontrollmatrix (Tabelle 3) den integralen Prüfbestandteil der ex-ante Entgeltgenehmigung in Bezug auf die Kostenorientierung von Grund- und Herstellungsentgelten bzw. die spezifischen Verpflichtungen keine überhöhten Preise zu verlangen und keine Kampfpreise zur Ausschaltung bzw. Behinderung des Wettbewerbs anzuwenden dar.

Die Grundentgeltbestandteile der einzelnen Tarifoptionen werden dabei als dem Zugangsbereich zurechenbare Erlösquellen (zuzüglich der korrespondierenden Herstellungsentgelte) angesehen, ebenso wie die ex-ante Genehmigungspflicht künftiger Änderungen in diesen Grund- und Herstellungsentgelten. Werden neue Tarifmodelle mit eigenständigen Grundentgelten eingeführt, so unterliegen auch diese der Genehmigungspflicht.

Ausschlaggebend für die Genehmigungsfähigkeit von künftigen Grund- und Herstellungsentgelten erscheint daher – auch künftig – die Nachbildbarkeit der Entgelte für Grundentgelte einzelner Tarifoptionen. Diese Grund- und Herstellungsentgelte dürfen hinsichtlich ihrer Untergrenze nicht auf die Höhe der Vorleistungskosten (Entbündelung) für das entsprechende Produkt abfallen, um zu gewährleisten, dass die festgestellten Wettbewerbsprobleme, insb. Marktmachtübertragung und der exzessiven Preise, hintan gehalten werden.

Telekom Austria kritisierte (ON 34, Punkte 2.1., 2.2.) einerseits, dass die vorgesehene „unechte ex-post Regulierung“ nur auf dem benachbarten Verbindungsmarkt zur Anwendung gelangen solle und nicht auch auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt; durch die daher nach wie vor eingeschränkten Freiheitsgrade in der Tarifgestaltung könne eine Deregulierung nur in geringem Ausmaß erkannt werden. Die Telekom-Control-Kommission verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass die vorgesehene unechte ex-post Regulierung bei beantragten Tarifen ausschließlich für die Verbindungsmärkte – und auch dann nur, wenn sie für den Teilnehmer ausschließlich begünstigende Änderungen mit sich bringen – ihre Rechtfertigung in den auf den Verbindungsmärkten festgestellten Wettbewerbsdefiziten findet.

Aufgrund der festgestellten quasi-monopolistischen Marktanteile der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt sowie den damit in Zusammenhang stehenden Wettbewerbsproblemen erscheint eine Lockerung der Regulierung im Sinne der für die benachbarten Verbindungsmärkte angeordneten unechten ex-post Regulierung daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht angebracht. Die auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt erbrachte Leistung ist zum derzeitigen Zeitpunkt nicht replizierbar, eine lediglich unechte ex-post Regulierung erscheint daher auf dem gegenständlichen Markt als regulatorisch nicht vertretbar. Eine Verweigerung einer nicht replizierbaren Zugangsleistung (Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl) hätte für den betroffenen Mitbewerber solche dramatische Auswirkungen, nämlich den de facto Ausschluss von den nachgelagerten

Verbindungsmärkten, dass mit den Mitteln einer ex-post Wettbewerbsregulierung der dadurch entstandene Schaden nicht mehr abgewehrt bzw. kompensiert werden könnte.

In diesem Zusammenhang wurde auch vorgebracht, dass die – angeordnete – Trennung der Tarife der Telekom Austria in Grund- und Verbindungsentgelte auch Grund dafür sei, dass der Festnetzsektor insgesamt gegenüber dem Mobilfunk verloren habe. Die Telekom-Control-Kommission kann die Relevanz dieser Behauptung im gegenständlichen Verfahren als - die Marktabgrenzung betreffend – nicht erkennen und weist im Übrigen darauf hin, dass bereits in der Vergangenheit durch die Zulassung von Paketpreisen („Bonuspakete“) die von Telekom Austria angesprochene Trennung „durchbrochen“ wurde.

Insofern sind die genannten Regulierungsoptionen auf dem Endkundenmarkt notwendig, geeignet, sowie das gelindeste (weil einzig effektive) Mittel, um die Ziele der Regulierung zu erreichen, d.h., im vorliegenden Fall, Konsumenten vor dem Missbrauch von Marktmacht zu schützen, Marktmachtübertragung zu verhindern und Markteintritt und Wettbewerb zu fördern.

Dieses Regulierungsinstrument war daher im beschriebenen Umfang aufzuerlegen.

9.2.5. Zur getrennten Buchführung – Zu Spruchpunkt 2.5.

Gemäß § 43 Abs. 4 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten auferlegen, um unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Zu diesem Zweck kann insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Großhandelspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten (vgl. Art. 11 Zugangs-RL).

Wie festgestellt, ist bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten 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 und Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden.

Die spezifische Verpflichtung der getrennten Buchführung dient daher dazu, innerbetriebliche Aufwendungen, Kosten und Erlöse zwischen unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen für die Regulierungsbehörde transparent zu machen, um so gegebenenfalls Quersubventionierung und Diskriminierung zwischen interner Bereitstellung (interner Transferpreis) und externem Verkauf (für die Regulierungsbehörde) erkennbar zu machen.

Dieses Instrument ist grundsätzlich als Ergänzung zu anderen Instrumenten, wie der Nichtdiskriminierungsverpflichtung oder gegebenenfalls auch der Preiskontrolle zu sehen. So hält auch die European Regulators Group wie folgt fest: „This obligation is specifically put in place to support the obligations of transparency and non-discrimination. It may also act to support the NRA in implementing price control and cost accounting obligations.“.

Gleichzeitig ist bei TA als einem Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten 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. Die getrennte Buchführung umfasst folglich zumindest alle Produkte des gegenständlichen Endkundenmarktes. Eine Trennung der auf diese Produkte entfallenden Kosten und Erlöse

von den anderen gegenüber Endkunden oder auf Vorleistungsebene angebotenen Produkten zuzuordnenden Kosten und Erlösen muss dabei gewährleistet sein.

Ergänzend zu den Maßnahmen der Entgeltregulierung besteht daher weiters die Notwendigkeit einer getrennten Buchführung nach § 40 TKG 2003, da diese die Basis für eine rasche Überprüfung der Entgelte schafft und auch Produktbündelung als (potentielles) Wettbewerbsproblem identifiziert wurde.

Da TA derzeit auf den Märkten gemäß § 1 Z 1-4, 6, 7, 8a, 10, 12, 13 TKMVO 2003 zur getrennten Buchführung verpflichtet ist, und zudem aufgrund der vorläufigen Feststellungen der Telekom-Control-Kommission in parallelen Marktanalyseverfahren derzeit davon ausgegangen wird, dass TA auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt (zB Originierung, Terminierung, Mindestangebot an Mietleitungen, Terminierende Segmente von Mietleitungen), erscheint die Verpflichtung zur getrennten Buchführung angemessen und verhältnismäßig, insb. auch da die inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstrumentes aufgrund der bisherigen Regulierung von Endkundenzugangsentgelten gering sind und erhebliche Synergien bestehen.

Die Auferlegung des Regulierungsinstrumentes der getrennten Buchführung in der geschilderten Granularität (Geschäftsbereichebene entsprechend den Märkten der TKMVO 2003) erscheint daher auch unter diesem Gesichtspunkt als angemessen.

Die getrennte Buchführung hat, entsprechend der bisherigen Regulierungspraxis, zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003 gegliedert zu erfolgen. Im Rahmen der notwendigen Operationalisierung der getrennten Buchführung sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen zur Überprüfung unerlaubter Quersubventionierung bereitzustellen:

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

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

Aus den dargelegten Gründen war die Verpflichtung zur getrennten Buchführung in der beschriebenen Form aufzuerlegen.

9.2.6. Transparenz

Gemäß § 39 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf den Zugang auferlegen. Zu diesem Zweck kann die Regulierungsbehörde – unbeschadet der Bestimmungen des § 90 TKG 2003 – Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Informationsverpflichtungen auferlegen, wie Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Entgelte einschließlich Rabatte (vgl. Art. 9 Zugangs-RL).

Da zur Behebung des identifizierten Wettbewerbsproblems gemäß den Feststellungen die Anordnung der Entgeltkontrolle iVm mit der getrennten Buchführung ausreichend ist und die Transparenzverpflichtung dem identifizierten Wettbewerbsproblem nicht begegnen kann, war das Regulierungsinstrument der Transparenz nicht aufzuerlegen.

9.2.7. Weitere Verpflichtungen

Die Regulierungsbehörde kann auch andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen. Das sind entweder Verpflichtungen auf der Endkundenebene (§ 43 ff TKG 2003) oder bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Verpflichtungen, die nicht im TKG 2003 genannt sind.

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission sind jedoch keine anderen als die thematisierten Verpflichtungen aufzuerlegen, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

9.3. Zusammenfassende Beurteilung der spezifischen Verpflichtungen

Im Rahmen der Analyse des gegenständlichen Zugangsmarktes wurden folgende potentielle Wettbewerbsprobleme identifiziert: Anschlussbereich als „Natürliches Monopol“, Gefahr antikompensativer (überhöhter) Preise bzw. Kampfpfeise in Verbindung mit clusterinterner bzw. –externer Bündelung und Problematik der Produktbündelung im Zusammenhang mit Marktmachtübertragungsstrategien.

Nur die auferlegten Vorab-Verpflichtungen zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl, Entgeltregulierung in der beschriebenen Form sowie ex-ante Genehmigung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ex-ante Genehmigung von Grund- bzw. Herstellungsentgelten, die Verpflichtung zur getrennten Buchführung, zum Wholesale Line Rental (WLR) und zum nichtdiskriminierenden Anbieten neuer Vorleistungsprodukte sind nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission geeignet, die identifizierten potentiellen Wettbewerbsprobleme trotz der bestehenden kumulativen Regulierung der Vorleistungsebene bzw. der benachbarten Verbindungsmärkte (nämlich: Preisregulierung und vorherige Anzeige von Tarifen, allgemeinen Geschäftsbedingungen und Leistungsbeschreibungen) zu bekämpfen.

Das durchgeführte Verfahren hat ergeben, dass die Verpflichtung auch verhältnismäßig ist und keinen unzumutbaren Eingriff in die Sphäre der Verfahrenspartei schafft. Wie aufgezeigt, steht die Anwendung dieser Verpflichtungen auch in Übereinstimmung mit den Regulierungszielen.

Weitere Regulierungsverpflichtungen sind nicht erforderlich.

Vor dem Hintergrund der Eindeutigkeit der identifizierten Wettbewerbsprobleme ist eine weitergehende Minderung des Regulierungseingriffes nicht angebracht, da man Gefahr laufen würde, dass ein „milderer“ Instrumentarium nicht bzw. nicht mehr geeignet ist, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen. Ohne entsprechende geeignete Regulierungsinstrumente zur Hand zu haben – wie z.B. lediglich eine Verpflichtung zur Transparenz – könnte die Regulierungsbehörde auch keine effektive Regulierungsandrohung aufbauen bzw. könnte nur mit unzumutbaren Zeitverzögerungen – nach Einleitung und Durchführung eines neuen Marktanalyseverfahrens gemäß § 37 TKG 2003 – intervenieren.

Andere Regulierungsoptionen sind für die Behebung dieser Wettbewerbsprobleme nicht geeignet, da mit ihnen die festgestellten Wettbewerbsprobleme nicht oder nicht adäquat behoben werden können.

10. Zur Aufhebung der mit Bescheid M 1/03-61 auferlegten Verpflichtungen – Zu Spruchpunkt 3.

Da die Telekom Austria mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 1/03-61 vom 20.12.2004 als marktbeherrschend auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt festgestellt wurde, gelten bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit Bescheid M 1/03-61 auferlegten Verpflichtungen.

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

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids werden der Telekom Austria spezifische Verpflichtungen auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit Bescheid M 1/03-61 vom 20.12.2004 der Telekom Austria auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtungen die bisher auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

Im Zusammenhang mit der zeitverzögerten Aufhebung der Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung (Spruchpunkt 2.2. der Entscheidung M 1/03 vom 20.12.2004) und der Neuauferlegung einer Verpflichtung zur Legung und Veröffentlichung eines Standardangebotes ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sicher stellen möchte, dass die Verfahrenspartei der unveränderten Verpflichtung auch durchgehend nachkommt und keine Regelungslücke entsteht. Vor diesem Hintergrund war eine Regelung aufzunehmen, die vorsieht, dass die auf M 1/03 basierende Verpflichtung erst aufgehoben wird, wenn die Frist für die Legung und Veröffentlichung beendet ist und das neue Standardangebot damit bereits veröffentlicht ist.

Die vorgesehene Frist erscheint angemessen.

11. Zur Verpflichtung der Mobilkom Austria AG – Zu den Spruchpunkten 4.1., 4.2. und 4.3.

In den Spruchpunkten 4.1., 4.2. und 4.3. wurde die Erstreckung der sich aus Spruchpunkt 2.4. ergebenden Verpflichtungen (Genehmigungspflicht und Verpflichtung zur Wahrung der wettbewerblichen Verträglichkeit anhand der Prüfkriterien „Replizierbarkeit“, „Margin Squeeze“ und „Marktmachtübertragungspotential“) hinsichtlich ihrer marktgegenständlichen Produkte nunmehr auch explizit für Mobilkom Austria AG angeordnet.

Die Telekom-Control-Kommission hat sich zur Klarstellung des Umfangs der für Telekom Austria AG und für Mobilkom Austria AG bereits bestehenden Verpflichtungen der Endkundenentgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch hinsichtlich des Festnetzbereichs der Mobilkom Austria AG entschlossen. Der im Vergleich zu früheren Marktanalyseverfahren verstärkt zu beobachtende Trend zu teilweise clusterübergreifenden

Bündelprodukten unterschiedlicher Anbieter erfordert aus Gründen der Rechtssicherheit einer Klarstellung der bisherigen Situation.

Wie festgestellt, ergibt sich in materieller Hinsicht die Notwendigkeit dieser Verpflichtung aus der Gefahr einer Umgehungsmöglichkeit der Regulierungsverpflichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens Telekom Austria und 100%igen Eigentümers der Mobilkom Austria AG.

Die Telekom-Control-Kommission legt der expliziten Miteinbeziehung der Mobilkom Austria das im Bereich der Wettbewerbsregulierung (§ 20 Kartellgesetz 2005) verankerte Prinzip der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zugrunde. Auch für den Bereich des öffentlichen Rechts wird die Möglichkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise eines Sachverhalts für prinzipiell zulässig erachtet (Potacs in FS Schäffer, „Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im öffentlichen Recht“, S 669 f). Ausgehend von einem Verständnis der wirtschaftlichen Betrachtungsweise als einer Form der teleologischen Interpretation, diese ist auch im öffentlichen Recht zulässig, erscheint die Auslegung des Begriffes „Unternehmen, das über beträchtliche Marktmacht verfügt“ iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003 gemäß ihrem wirtschaftlichem Sinn und Zweck als zulässig. Angesichts der Alleineigentümerschaft der Telekom Austria AG an der Mobilkom Austria AG erscheint daher die Ausdehnung der mit diesem Bescheid der Telekom Austria AG auferlegten Verpflichtungen auf die Mobilkom Austria AG als zulässig, sofern Mobilkom Austria AG marktgegenständliche Produkte anbietet. Die Feststellung, dass Mobilkom Austria AG gem. § 37 Abs. 1 TKG 2003 auf dem gegenständlichen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, konnte daher entfallen.

Aus diesen Gründen wurde seitens der Telekom-Control-Kommission dem Vorbringen von Telekom Austria, dass es sich bei der vorgesehenen Miteinbeziehung der Mobilkom Austria in die Überprüfung von clusterexternen Bündelprodukten um eine Ausweitung der bestehenden Regulierung auch auf derzeit nicht der Sektorregulierung unterliegende Märkte handle welches zu einer „unzulässigen“ Einschränkung für künftige Bündelprodukte führen würde, nicht näher getreten.

Die Telekom-Control-Kommission führt angesichts des (erneuten) Vorbringens von Telekom Austria in ON 54 bzw. angesichts des Vorbringens von Mobilkom Austria (ON 55) wiederholend und klarstellend aus, dass Endkundenprodukte der Mobilkom Austria lediglich dann der marktgegenständlichen Regulierung unterliegen, wenn sie im Bündel - und daher aus Sicht der Marktgegenseite, nämlich der Endkunden, gemeinsam – mit marktgegenständlichen Festnetzprodukten von Telekom Austria vertrieben werden. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission ist in diesem Fall die Miteinbeziehung von mobilen Endkundenprodukten die einzige Möglichkeit, um Umgehungen der Regulierung des gegenständlichen Marktes zu verhindern.

Die mit dem gegenständlichen Bescheid erfolgte Klarstellung, dass auch – wie bisher und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgend – im Bündel mit Produkten von Telekom Austria angebotene Mobilfunkendkundenprodukte der Mobilkom insoweit von der Regulierung auf dem gegenständlichen Markt umfasst sind, als sie gegebenenfalls Einfluss auf die Genehmigungsfähigkeit des gesamten Produktbündels haben können, resultiert ferner aus der Tatsache, dass in letzter Zeit (ON 20, S 80) ein vermehrtes Anbieten von Produktbündeln aus Fest- und Mobilprodukten zu beobachten ist, woraus resultiert, dass die beschriebene Umgehungsgefahr ebenfalls in vergrößertem Ausmaß gegeben ist.

Zum Vorbringen von Telekom Austria, dass mit der „unzulässigen“ Miteinbeziehung von Mobilkom Austria Endkundenprodukten in die Regulierung des gegenständlichen Marktes die Reaktions- und Wettbewerbsfähigkeit gegenüber kompetitiven Angeboten aus dem Mobilfunkmarkt erheblich eingeschränkt wäre, ist auszuführen, dass seitens der Telekom-Control-Kommission diesem Bedenken durch die Einführung der unechten ex-post Kontrolle

auf den Verbindungsmärkten Rechnung getragen wurde. Die Telekom-Control-Kommission tritt daher dieser, im Übrigen nicht näher substantiierten, Rechtsauffassung nicht bei.

Zum Vorbringen der TA, dass die Miteinbeziehung von Mobilprodukten der Mobilkom Austria den Zielen des TKG 2003 entgegenstehen würde, wonach es vorrangiges Ziel sei, größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer sicherzustellen, weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass diese Schlussfolgerung argumentativ nicht stichhaltig unterlegt ist und schon von daher angesichts der festgestellten Wettbewerbsprobleme als unbegründet erscheint. Zum Ausmaß der den beiden konzernintern verbundenen Unternehmen verbleibenden Reaktionsmöglichkeiten verweist die Telekom-Control-Kommission neuerlich auf die Ausführungen zur neu auferlegten unechten ex-post Regulierung.

Ferner kritisierte TA die Miteinbeziehung von Mobilendkundenprodukten der Mobilkom als nicht TKG 2003-konform, da eine dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und den Wettbewerbsbehörden vorbehaltende ex-post Überprüfung dieser Märkte nach Kriterien des allgemeinen Wettbewerbsrechts von der RTR-GmbH vorweggenommen werden würde. Die Telekom-Control-Kommission wäre schon nach bestehender Rechtslage berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet, einen Verstoß gegen das Kartellgesetz den zuständigen Behörden anzuzeigen. Eine „Integration“ der ohnehin bestehenden Gesetzesregelung in das Auflagenpaket wäre daher unzulässig.

Der Vorwurf der „Vorwegnahme der ex-post Überprüfung des gegenständlichen Marktes durch die RTR-GmbH“ ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission aus folgenden Gründen unbegründet:

Der Rechtsrahmen 2002 für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste basiert im Wesentlichen auf dem Konzept, dass Unternehmungen mit beträchtlicher Marktmacht im Vorhinein („ex-ante“) bestimmte Beschränkungen und Verpflichtungen auferlegt werden und es im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht einer missbräuchlichen Ausübung von Marktmacht bedarf, um Verpflichtungen und Beschränkungen (im nachhinein, „ex-post“) schlagend werden zu lassen.

Davon ausgehend, ist es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission primär Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist hingegen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichend geeignet, aus wettbewerblicher Sicht problematischen Marktstrukturen sowie den sich aus diesen Marktstrukturen ergebenden Verhaltensanreizen zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten zu begegnen. Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf den „Drei Kriterien Test“ der Europäischen Kommission für die Aufnahme eines Marktes in die Liste der der ex-ante Regulierung zugänglichen Märkte. Demnach müssen die folgenden drei Kriterien kumulativ gegeben sein („Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstemärkte 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“, (ABL L 114/45 v. 8.5.2003, S. 9 f.): i) die Existenz nachhaltiger Eintrittsbarrieren (struktureller und/oder rechtlicher Natur) und ii) der Markt tendiert (ohne sektorspezifische Regulierung) längerfristig nicht gegen effektiven Wettbewerb und iii) die Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind unzureichend, um den wettbewerblichen Problemen zu entsprechen.

Inwiefern die Aufnahme des gegenständlichen Marktes in die TKMVO 2003 idgF (diese entspricht hinsichtlich des gegenständlichen Marktes der erwähnten Empfehlung der EK) durch die RTR-GmbH angesichts der geschilderten Ausgangslage eine „Vorwegnahme der ex-post Überprüfung des gegenständlichen Marktes“ darstellen kann, ist für die Telekom-

Control-Kommission nicht nachvollziehbar. Verfahrensgegenständlich in diesem Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission ist die Frage, ob auf dem gegenständlichen Markt beträchtliche Marktmacht eines Unternehmens vorliegt, oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Diese Frage wird durch die Aufnahme des gegenständlichen Marktes in die Liste der sektorspezifischen ex-ante Märkte nicht „vorentschieden“.

Hinsichtlich des Tatbestands greift die ex-post Missbrauchsaufsicht der Wettbewerbsbehörden (TA hat in ihrer Stellungnahme zu ON 54 offenbar diesen Teil der Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden im Sinn) ferner – definitionsgemäß – erst bei bereits erfolgtem Missbrauch, sohin wenn ein „wettbewerblicher Schaden“ bereits eingetreten ist. Es ist darauf hinzuweisen, dass ex-post Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden im Regelfall antragsgebunden sind, während eine Sektorregulierungsbehörde ihre Missbrauchsaufsichtsaufgaben auch amtswegig (bspw. die Überprüfung eines gelegten Standardangebotes im Hinblick auf die Erfüllung der in diesem Verfahren gem. § 37 TKG 2003 auferlegten ex-ante Verpflichtung zur Legung eines Resale-Standardangebotes) wahrnimmt.

In materieller Hinsicht kann aus Sicht der Telekom-Control-Kommission auch deshalb nicht von einer Tatbestandsüberschneidung zwischen den mit diesen Bescheiden auferlegten Regulierungsinstrumenten und den von den Wettbewerbsbehörden in einem ex-post Verfahren angewendeten Prüfmaßstäben ausgegangen werden, da die Anwendung der kartellrechtlichen Bestimmungen in einem zukünftigen ex-post Missbrauchsverfahren zum jetzigen Zeitpunkt durch die Telekom-Control-Kommission nicht präjudizierbar ist. Im Übrigen wird auf den unterschiedlichen Wortlaut der jeweiligen Normen (Art 82 EG bzw. § 5 KartG 2005 einerseits und §§ 38ff TKG 2003 bzw. der Spruch des gegenständlichen Bescheides andererseits) verwiesen. Lediglich ergänzend weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass die in einem ex-post Verfahren zur Missbrauchskontrolle gefundene Marktabgrenzung autonom von der Marktdefinition der TKMVO 2003 sein kann.

Gerade in diesem Zusammenhang ist auch seitens der Telekom-Control-Kommission auf die Bestimmung des § 127 TKG 2003 zu verweisen, die eine weit reichende Antragsbefugnis bzw. Antragsverpflichtung der Telekom-Control-Kommission beim Verdacht des Vorliegens eines kartellrechtlich relevanten Sachverhalts im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit vorsieht. Zum Vorbringen, dass der Auflagenkatalog der §§ 38 – 42 TKG 2003 taxativ sei, weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass die gegenständliche Verpflichtung auf § 43 TKG 2003 gestützt wurde und der Hinweis von TA auf § 47 TKG 2003 (Antrag an die Europäische Kommission bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände) schon von daher als unbegründet erscheint.

Mobilkom Austria kritisierte (ON 55) die Miteinbeziehung ihrer Produkte in die Kostenorientierungsverpflichtung „unabhängig von einer möglichen Bündelung mit den Produkten der TA“. Hinsichtlich der angeordneten Kostenorientierungsverpflichtung von Endkundenprodukten der Mobilkom Austria, die ohne Bündelung mit Produkten von Telekom Austria angeboten werden, verweist die Telekom-Control-Kommission auf die Feststellungen und die Begründung hinsichtlich des Anbietens von marktgegenständlichen Produkten durch Telekom Austria selbst.

Hinsichtlich des gemeinsamen, gebündelten Anbietens mit Produkten der Telekom Austria, verweist die Telekom-Control-Kommission – wiederholend – darauf, dass Endkundenprodukte der Mobilkom Austria lediglich insoweit von der ex-ante auferlegten indirekten Verpflichtung zur Kostenorientierung für diesen Markt umfasst sind, als der Preis der Endkundenprodukte von Mobilkom Austria für die gem. Spruchpunkt 4.3. vorgesehene Überprüfung der wettbewerblichen Verträglichkeit des gesamten Produktbündels mitberücksichtigt wird. Der von Mobilkom Austria für ihr Endkundenprodukt gesetzte Preis hat daher gegebenenfalls Auswirkungen auf die Genehmigungsfähigkeit des gesamten Produktbündels. Ergänzend wird auf das oben zur kartellrechtlichen Betrachtungsweise und

zum Verhältnis zur allgemeinen Wettbewerbsaufsicht durch die Wettbewerbsbehörden Ausgeführte verwiesen. Der Anregung der Mobilkom, ihre Mobilendkundenprodukte in jedem Fall nur dann zu regulieren, wenn sie in den gegenständlichen Markt fallen, wurde daher nicht gefolgt.

Sofern im Übrigen Mobilkom Austria in ihren Stellungnahmen Bezug auf die einzelnen auferlegten Regulierungsinstrumente nahm, wurde auf dieses Vorbringen an den entsprechenden Stellen der rechtlichen Begründung eingegangen.

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

12.1. Allgemeines

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

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit dem vorliegenden Bescheid vorgenommene Feststellung, dass Telekom Austria auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, sowie die ihr daher neuerlich auferlegten spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003 „beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt“ iSd § 128 TKG 2003 haben.

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.

12.2. Zu den Stellungnahmen im Konsultationsverfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

Es wurde vom Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT, ON 56) und von der Silver Server GmbH (Silver Server, ON 54a) eine inhaltliche Stellungnahme abgegeben:

Hinsichtlich des zukünftigen Anwendungsbereiches der unechten ex-post Regulierung wurde vom VAT und von Silver Server zum Ausdruck gebracht, dass aufgrund von Marktanteilszugewinnen bei TA ein Übergehen zur unechten ex-post Regulierung derzeit wettbewerblich nicht vertretbar sei. Silver Server regte darüberhinaus eine Präzisierung des Begriffes „wettbewerbliche Verträglichkeit“ im Zusammenhang mit der Kostenorientierungsverpflichtung (Kontrollmatrix) an.

Hinsichtlich des maximal zulässigen Zeitraums zur Inanspruchnahme von kurzfristigen Aktionen forderte der VAT eine maximal sechsmonatige Frist.

Silver Server begrüßte die zur Hintanhaltung konzerninterner Umgehungsmöglichkeiten vorgesehenen Regelungen hinsichtlich fest-mobiler Bündelprodukte.

Hinsichtlich der auferlegten Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung (Resale), wurde vom VAT gefordert, die TA zu verpflichten, ein

neues, materiell verbessertes Resale-Angebot zu legen. Die Auswirkungen eines Resale-Angebotes auf den Markt dürften erst mit tatsächlicher Inanspruchnahme durch den Markt Eingang in die wettbewerbliche Überprüfung finden. Silver Server merkte diesbezüglich an, dass die gewählte Formulierung der „wettbewerblichen Verträglichkeit“ eine Überprüfung der Kostenorientierungsverpflichtung schwierig machen könnte.

Zum Thema Nichtdiskriminierung auf den Anschlussmärkten generell regte die Silver Server an, die TA nicht nur bezüglich „neuer“ Produkte zur Nichtdiskriminierung zu verpflichten.

VAT kritisierte ferner, dass mit den Mitteln der Tarifmatrix eine Überprüfung der Kostenorientierungsverpflichtung nicht adäquat möglich sei.

Da alle von VAT und Silver Server im Rahmen der Konsultation vorgebrachten Punkte bereits Gegenstand umfangreicher Feststellungen im Ermittlungsverfahren waren, verweist die Telekom-Control-Kommission auf ebendiese bzw. auf die rechtliche Begründung dazu.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 2.4.2007

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann