

## 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 4/06 einstimmig folgenden Bescheidentwurf beschlossen:

### I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Telekom Austria AG auf dem Markt „Inlandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ iSd § 1 Z 4 TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

2. Auf dem Markt gemäß Spruchpunkt 1 werden Telekom Austria AG hinsichtlich der marktgegenständlichen Leistungen gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

2.1 Die Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs. 1 iVm Abs. 2 iVm Abs. 3 TKG 2003 alle ihre

- Entgeltbestimmungen sowie
- Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Leistungsbeschreibungen,

der Regulierungsbehörde vor ihrer Wirksamkeit anzuzeigen.

Die Regulierungsbehörde kann den gemäß Spruchpunkt 2.1. angezeigten Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Leistungsbeschreibungen innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn sie dem TKG 2003, dem auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, den §§ 864a oder 879 ABGB, dem §§ 6 und 9 Konsumentenschutzgesetz, dem Kartellgesetz 2005 oder diesem Bescheid nicht entsprechen.

Der Regulierungsbehörde ist spätestens zeitgleich mit einer erfolgten Tarifanzeige eine Darstellung der wettbewerblichen Verträglichkeit der beabsichtigten Tarifmaßnahme samt all den dafür erforderlichen Daten in elektronischer Form zu übermitteln.

Der Fristenlauf ist gehemmt, so lange die zur Beurteilung der Anzeige durch die Regulierungsbehörde erforderlichen Unterlagen und Nachweise vom Anzeiger nicht beigebracht werden.

Die Regulierungsbehörde hat der Telekom Austria AG innerhalb von drei Wochen ab Einbringung der Anzeige mitzuteilen, ob und gegebenenfalls welche Unterlagen zur Beurteilung der Anzeige nachzureichen sind.

Vom Widerspruchsrecht im Sinne dieses Spruchpunktes sind kurzfristige Aktionsangebote ausgenommen, sofern diese Aktionsangebote nicht zeitlich eng aneinandergereiht sind („Kettenangebote“).

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, junktimiert 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.

2.2. Die marktgegenständlichen Endkundenentgelte müssen gemäß § 43 Abs. 1 iVm Abs. 2 iVm Abs. 3 TKG 2003 dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen.

Von der Kostenorientierung sind folgende Verbindungsentgelte umfasst:

- a) Tarife für Gespräche zu allen Inlandszonen im Festnetz,
- b) Tarife für Gespräche in nationale Mobilnetze,
- c) Tarife für Rufe in den Nummernbereich 07xx,
- d) Tarife für Rufe zu privaten Netzen in den Nummernbereich 05xx,
- e) Tarife für Gespräche innerhalb VPNs, sofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt,

- f) Verbindungsnetzbetrieb durch Telekom Austria AG betreffend die genannten Verbindungsprodukte gemäß a) – e),
- g) Rabatte unter Berücksichtigung von anderen Vergünstigungen, insb. von kurzfristigen Werbeaktionen.

Kurzfristige Aktionsangebote iSv Spruchpunkt 2.1., bei denen es sich nicht um „Kettenangebote“ handelt, müssen der Kostenorientierungsverpflichtung lediglich unter Zugrundelegung eines Durchrechnungszeitraums von einem Jahr entsprechen.

2.3. 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 gegliedert nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

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

3. Sämtliche mit Bescheid M 4/03-81 vom 20.3.2006 der Telekom Austria AG in Bezug auf die marktgegenständlichen Leistungen auferlegten Verpflichtungen werden gemäß § 37 Abs. 2 S 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben.

4.1. Die sich aus Spruchpunkt 2.1. ergebende Verpflichtung zur Anzeige gilt auch für Mobilkom Austria AG, sofern von ihr ein marktgegenständliches Produkt angeboten wird.

4.2. Die sich aus Spruchpunkt 2.2. 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 4/06 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, Telekom Austria 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 „Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“**

Sämtliche Verbindungen von Nichtprivatkunden zu im Inland gelegenen Standorten bilden den gegenständlichen einheitlichen Markt. Privat- und Nichtprivatkunden sind getrennten Märkten zuzurechnen.

Nichtprivatkunden im Sinne der zugrunde liegenden Marktabgrenzung sind alle juristischen Personen und Körperschaften des öffentlichen oder privaten Rechts, Personengesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften und Gesellschaften bürgerlichen Rechts sowie natürliche und juristische Personen, die Unternehmer im Sinne von § 1 Konsumentenschutzgesetz, BGBl Nr. 140/1979 idgF sind. Vorbereitungsgeschäfte im Sinne von § 1 Abs. 3 leg. cit. sind für Zwecke der gegenständlichen Marktabgrenzungen den jeweiligen Märkten für Nichtprivatkunden zuzurechnen.

Dieser Markt beinhaltet auch Wählverbindungen über Fax und Modem.

Inlandsgespräche bzw. Umsätze/Volumina aus Verwendung von Telefonwertkarten, Einwahltelefondiensten sowie Gespräche aus öffentlichen Sprechstellen sind zu 5 % Bestandteil des gegenständlichen Marktes für Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden (und zu 95 % Bestandteils des Marktes für Inlandsgespräche von Privatkunden).

Gesprächsrealisierungen unter Verwendung von Telefonwertkarten, Einwahltelefondiensten sowie Gespräche aus öffentlichen Sprechstellen sind zu 5 % Bestandteil dieses Marktes.

Gesprächsrealisierungen mittels Voice over Broadband (VoB) sind Bestandteil des gegenständlichen Marktes, Gesprächsrealisierungen mittels Voice over Internet (Vol) hingegen nicht.

Das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet ist dabei das Bundesgebiet.

## **2. Zum gegenständlichen Markt „Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden über das öffentliche 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 (POTS, ISDN, Multi-ISDN, Kabel, wireless, VoB) 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 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 „Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ gem. § 1 Z 4 TKMVO**

#### **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**

Als marktrelevant gelten, basierend auf der Marktabgrenzung der TKMVO 2003 nationale und lokale Gespräche ins Festnetz ebenso wie die Gespräche in nationale Mobilfunknetze. Hinzu kommen die „Gespräche“ für den schmalbandigen Interneteinwahlverkehr, sowie die bei öffentlichen Sprechstellen anfallenden Verkehrsvolumina. Hinsichtlich der weiteren Zuordnung werden letztere entsprechend der Relation Inlands-/Auslandsgespräche dabei zu 5% (ON 20, Kapitel 5.1.3., Nachfrageseitige Erhebung) dem gegenständlichen Nichtprivatkundenmarkt zugerechnet.



Die folgende Abbildung 1 zeigt die Verteilung der Umsatzmarktanteile derjenigen Betreiber, die im Jahr 2005 in Summe einen konsolidierten Marktanteil von über 95% auf dem gegenständlichen Markt aufwiesen:

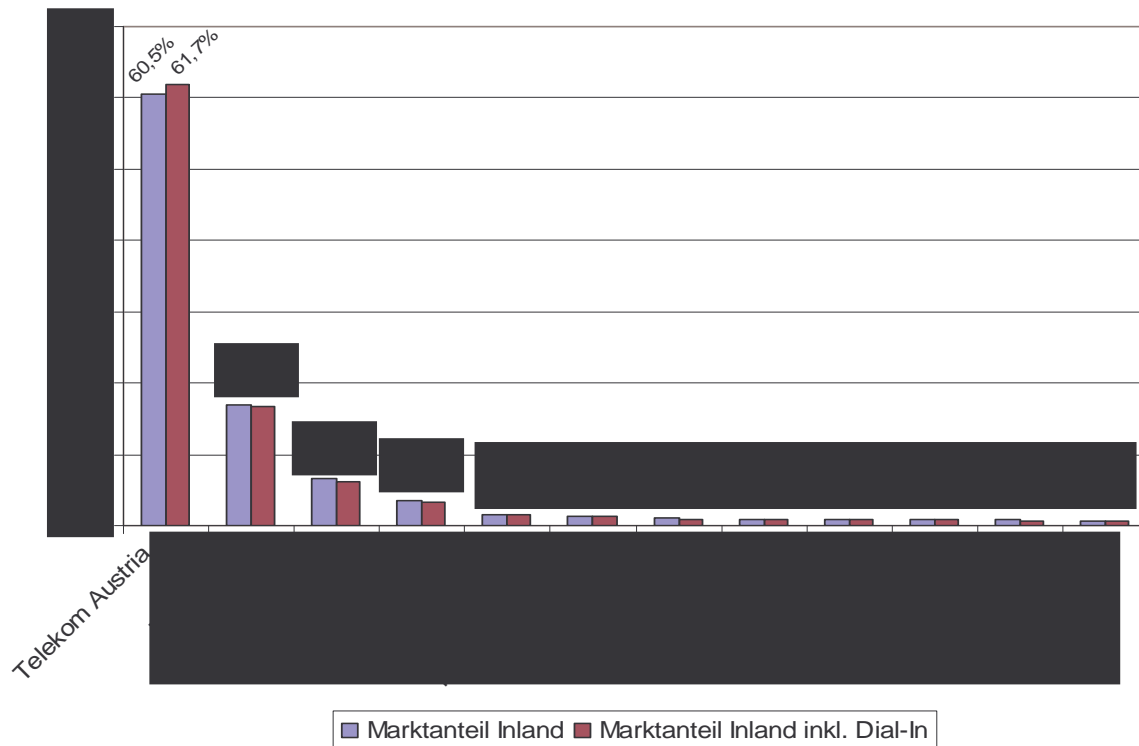


ABBILDUNG 1: BETREIBER MIT KUMULIERTEN UMSATZMARKTANTEILEN VON 95% IM JAHR 2005 – INLANDSGESPRÄCHE NICHTPRIVATKUNDEN

In Abbildung 1 wurde zudem hinsichtlich des schmalbandigen Interneteinwahlverkehrs („Dial-In“) differenziert. Es zeigt sich, dass sich durch die Berücksichtigung von Dial-In jeweils leichte Marktanteilsverschiebungen zugunsten der Telekom Austria ergeben. Bei den Darstellungen für die marktgegenständlichen Inlandsgespräche wird nachfolgend generell hinsichtlich der Berücksichtigung von Dial-In Verkehrswerten differenziert, da deren spezifisch niedrige Umsatz-Minuten-Relation sowie die in der Vergangenheit bei Dial-In überdurchschnittlich starke Positionierung der Telekom Austria eine solche Handhabe erforderlich machen. Ferner konnten bezüglich Dial-In in der Vergangenheit keine wesentlichen Wettbewerbsdefizite ausgemacht werden, obwohl Dial-In Produkte bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt faktisch keiner Preisregulierung unterlagen.

Die folgende Abbildung 2 zeigt die nachhaltige Stabilisierung der Marktanteile der TA seit dem zweiten Halbjahr 2003, wonach sich die Marktanteile der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt für Nichtprivatkundengespräche bei ca. 60 %, bzw. 62% bei Zurechnung von Umsätzen aus Optionaltarifen und Dial-In, eingependelt haben:

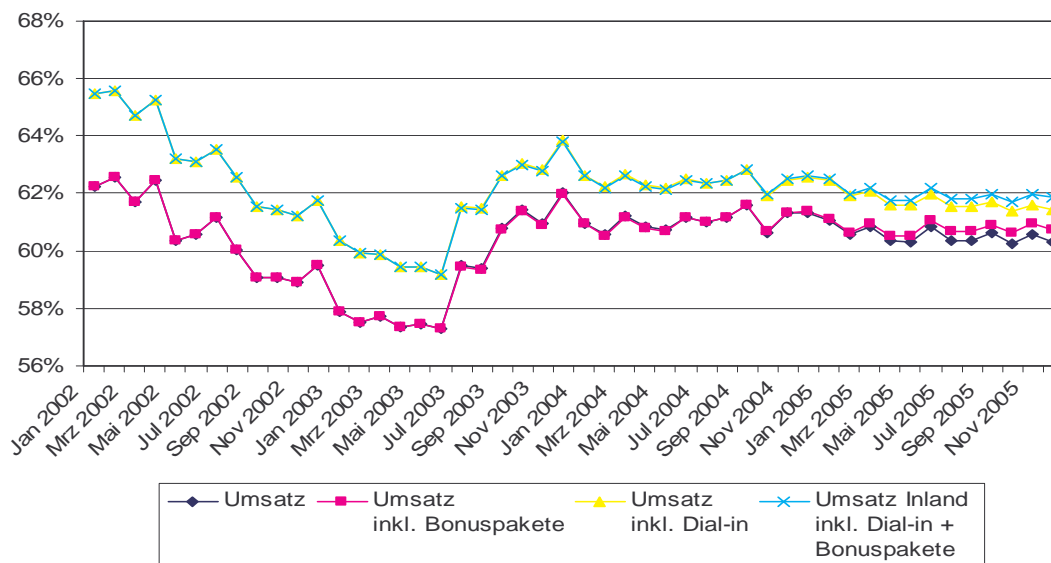


ABBILDUNG 2: UMSATZMARKTANTEILE DER TELEKOM AUSTRIA - INLANDSGESPRÄCHE NICHTPRIVATKUNDEN

Abbildung 2 enthält zudem Differenzierungen hinsichtlich der Entgeltkategorie „Umsätze aus Optionaltarifen“ (bzw. Bonuspaketen bei Telekom Austria) sowie hinsichtlich der Dial-In Werte. Bei den Umsätzen aus Optionaltarifen erfolgt die separate Darstellung aufgrund methodisch nicht eindeutig vorzunehmender Zuordnungen in Hinblick auf Anschluss- bzw. Verbindungsentgelte.

In Abhängigkeit dieser Differenzierungen ist festzustellen, dass es am Nichtprivatkundenmarkt – auch bei Zurechnung von Umsätzen aus Optionaltarifen – zu einer Stabilisierung der Marktanteile gekommen ist.

Die Umsatzmarktanteile von Telekom Austria fielen im Beobachtungszeitraum Jänner 2002 bis Ende 2005 kontinuierlich von knapp über 65 % auf einen Wert knapp über 60 % (exkl. Bonuspakete, inkl. Dial-in), wobei der Marktanteil von TA seit Mitte 2004 konstant blieb. Der Abstand von Telekom Austria zum nächstgrößten Anbieter verringerte sich seit Mitte 2004 nicht mehr und bleibt konstant. Marktanteilsverschiebungen konnten seit Beginn 2004 nur mehr in Ausschnitten beobachtet werden.

Der deutlichste Rückgang lässt sich am gegenständlichen Markt für Nichtprivatkunden, jeweils bei den Werten für Telekom Austria, die Dial-In inkludieren, feststellen, per Ende 2005 betrug dieser Wert knapp unter 60 %. Diese Änderung ist dabei in erster Linie auf das in der Vergangenheit von Telekom Austria angebotene unbeschränkte Flatrate-Produkt „Aon Complete“, welches sehr hohe Einwahlverkehrsvolumina generierte, zurückzuführen. „Aon Complete“ wurde – nicht zuletzt aufgrund netzinterner Kapazitätsprobleme – inzwischen wieder aus dem Markt genommen. Insbesondere Nichtprivatkunden wird der vergleichsweise stärkere Rückgang ceteris paribus auch auf eine ausgeprägtere Verdrängung des schmalbandigen Interneteinwahlverkehrs durch Breitbandanschlüsse zurückzuführen sein.

Ohne Berücksichtigung der jeweiligen Dial-In Werte ergibt sich für den gesamten Beobachtungszeitraum wieder eine weitestgehende Konstanz in den Marktanteilsverläufen. Im Vergleich zu den festgestellten Umsatzmarktanteilen erkennt man ferner, dass Telekom Austria zwar noch immer höhere Umsatz- als Minutenanteile halten kann, jedoch wird diese Differenz, welche für sich gesehen eine gewisse Preissetzungsmacht widerspiegelt, im Zeitverlauf geringer; mit Ende 2005 und ohne Dial-In beträgt diese Differenz für

Nichtprivatkunden aber nur noch rund 5 %. Bonuspakete bzw. Optionaltarife begründen in Bezug auf Verkehrsmengen bzw. Minutenanteile hingegen keine weitere Unterscheidung.

Die folgende Abbildung 3 zeigt eine in Umsätzen ausgewiesene disaggregierte Betrachtung der relevanten nationalen Gesprächskategorien („ins Festnetz“, „ins Mobilnetz“ sowie „Dial-In“):

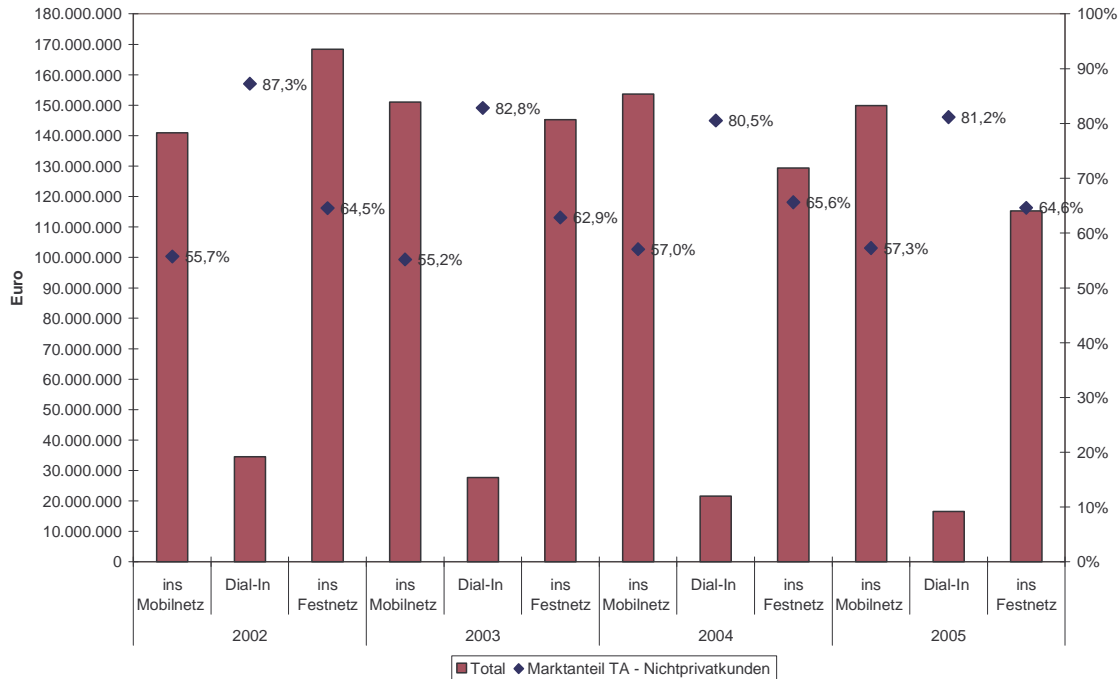


ABBILDUNG 3: UMSÄTZE ABSOLUT (TOTAL) UND ANTEILE TELEKOM AUSTRIA - INLANDSGESPRÄCHE NICHTPRIVATKUNDEN

Die folgende Abbildung 4 zeigt eine in Minuten ausgewiesene disaggregierte Betrachtung der relevanten nationalen Gesprächskategorien („ins Festnetz“, „ins Mobilnetz“ sowie „Dial-In“):

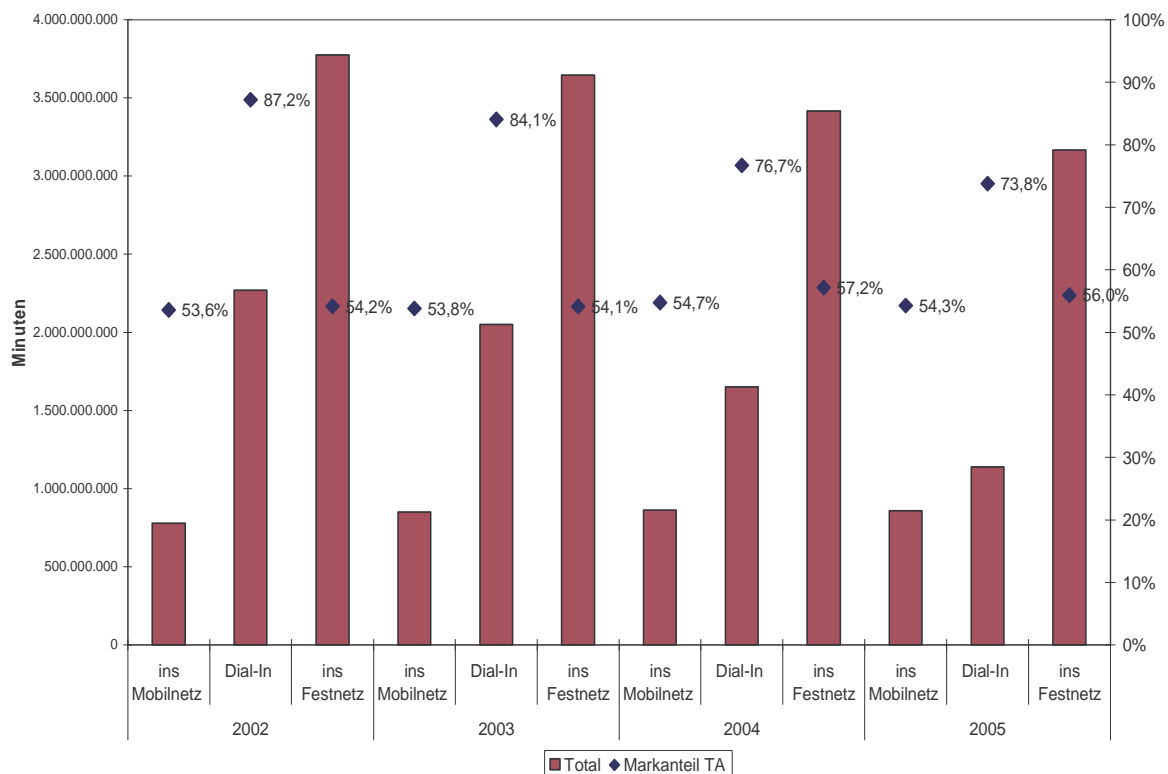


ABBILDUNG 4: VERKEHRSMINUTEN ABSOLUT (TOTAL) UND ANTEILE TELEKOM AUSTRIA - INLANDSGESPRÄCHE NICHTPRIVATKUNDEN

Aus Abbildung 3 und 4 ergeben sich jeweils die Entwicklungen der entsprechenden Marktanteilskenntzahlen in absoluten Zahlen (Säulen, Skala am linken Grafikrand), sowie die in Marktanteilen zum Ausdruck kommende relative Bedeutung der Telekom Austria in der jeweiligen Gesprächskategorie (einzelne Datenpunkte, Skala am rechten Grafikrand).

Die mit Abstand höchsten Marktanteile auf Seiten der Telekom Austria sind bei „Dial-in“, der schmalbandigen Interneteinwahl, für Minuten als auch für Umsätze (wobei lediglich in Abbildung 3 eine annähernd gleichrangige Bedeutung mit der Gesprächskategorie „ins Festnetz“ zum Ausdruck kommt) feststellbar. Die vergleichsweise deutlich niedrigeren Minutenpreise für Dial-in sorgen dafür, dass die in Umsätzen beschriebene absolute Größenordnung deutlich unter der in Minuten gemessenen zu liegen kommt.

Hinsichtlich der Situation für Gespräche in nationale Mobilfunknetze lassen sich am gegenständlichen Markt Umsatzmarktanteile der Telekom Austria von unter 58 % feststellen. Gemessen in Verkehrsminuten fällt die Differenz zu den Marktanteilen bei Gesprächen in nationale Festnetze allerdings geringer aus. Weiters zeigt sich, dass die Gespräche in nationale Mobilnetze hohe Umsätze mit vergleichsweise geringen Verkehrsvolumina generieren, was plausibel durch die entsprechend höheren Endkundenpreise für Gespräche in diese Netze (aufgrund der vergleichsweise hohen Mobilterminierungsentgelte) erklärt werden kann.

Mit Ausnahme von „Dial-in“ kommen die Marktanteile der Telekom Austria bei Umsätzen leicht über den in Mengen gemessenen Vergleichswerten zu liegen (siehe vorige Abbildung 4), was auf ein geringes Preisdifferential zugunsten der Telekom Austria schließen lässt. Dieses Preisdifferential ist dabei bei den Gesprächen in nationale Mobilnetze geringer als bei Gesprächen in nationale Festnetze. Schließlich können (auch) keine Feststellungen

hinsichtlich wesentlicher struktureller Änderungen getroffen werden. Davon auszunehmen sind allenfalls die deutlicheren Rückgänge bei den Marktanteilen für Dial-In bei Nichtprivatkunden.

Die folgende Abbildung 5 zeigt daher das Ausmaß der Marktkonzentration (verwendete Maßzahl: HHI) am gegenständlichen Markt, wobei der HHI bei Inlandsgesprächen von Nichtprivatkunden mit und ohne Dial-In Werte einander gegenüber gestellt wird:

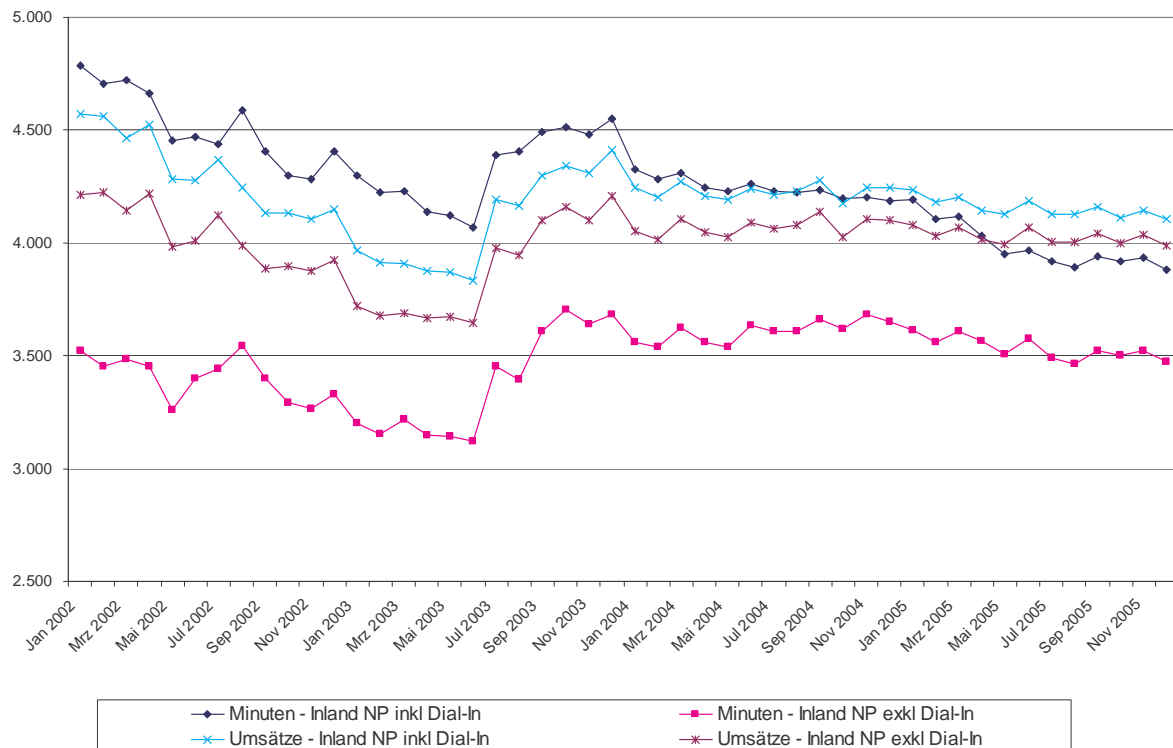


ABBILDUNG 5: HHI FÜR NICHTPRIVATKUNDEN - INLANDSGESPRÄCHE INKL/EXKL DIAL-IN IM VERGLEICH

Der Konzentrationsverlauf in Abbildung 5 stellt daher auf Inlandsgespräche bzw. auf die Bedeutung des schmalbandigen Interneteinwahlverkehrs ab. Es zeigt sich, dass die Konzentrationsrate in Gesprächsminuten gemessen bei Nichtprivatkunden über der korrespondierenden Anteilsverteilung bei Umsätzen liegt, wodurch der Effekt der spezifisch niedrigen Umsatz-Minuten-Relation der schmalbandigen Interneteinwahl auch am gegenständlichen Markt für Nichtprivatkunden zum Ausdruck kommt. Letzterer nimmt am gegenständlichen Markt aufgrund der zunehmenden Migration zu Breitbandabschlüssen im Zeitverlauf kontinuierlich ab. Hinzu kommt, dass das in der Vergangenheit angebotene unbeschränkte Flatrate-Produkt „Aon Complete“, welches sehr hohe Einwahlverkehrsvolumina generierte (vgl. die Volums- und Marktanteilsangaben in Abbildung 4), inzwischen aus dem Markt genommen bzw. restringiert wurde.

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

Die Feststellungen zu den Marktanteilen lassen nur in Ausschnitten verlässliche Aussagen über die zukünftige Tendenz zu. Am ehesten ist eine Konsolidierung der Marktanteile bei

Telekom Austria in Höhe von ca. 60 %, bzw. 62% bei Zurechnung von Umsätzen aus Optionaltarifen und Dial-In, abzulesen, die in Verbindung mit der gegenwärtigen Marktphase bzw. den enger werdenden Gewinnspannen auch entsprechend plausibel erscheint. So können bzw. konnten die alternativen Anbieter die Nachfrager nur mit spürbaren Preisvorteilen zum Überwinden der existierenden Wechselbarrieren bewegen. Da die in der Vergangenheit beobachteten nach unten gerichteten Preisspiralen bereits zu einer deutlichen Annäherung der gegenwärtigen Preise an deren wettbewerbliches Niveau geführt haben, dürfte eine rein auf Preisvorteilen basierende Politik der Marktanteilsakquisition aber zunehmend schwieriger werden.

Strukturell entwickelt sich der gegenständliche Markt in Richtung eines enger werdenden Oligopols, mit Telekom Austria als nach wie vor deutlich größtem Betreiber.

Insgesamt können für einen Zeitraum von 1-2 Jahren keine Indizien ausgemacht werden, die eine grundlegende Abkehr von der Entwicklung der letzten beiden Jahre auf dem gegenständlichen Markt erwarten ließen.

## **3.2. Marktzutrittsbarrieren**

### **3.2.1. Bedeutung des Indikators Marktzutrittsbarrieren**

Ein strukturbedingtes Zugangshindernis liegt vor, wenn bei gegebenem Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur so sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Marktzutritt gehindert werden. Hohe strukturbedingte Marktzutrittsbarrieren bestehen beispielsweise, wenn erhebliche Skalen-, Verbund- und Dichtevorteile sowie hohe versunkene Kosten für den Markt charakteristisch sind. Rechtlich bedingte Hindernisse basieren nicht auf wirtschaftlichen Bedingungen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.

Generell ist festzustellen, dass Markteintrittsbarrieren insofern ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung einer marktmächtigen Stellung sind, als sie eine notwendige Voraussetzung für die gegebenenfalls langfristige Abwesenheit von effektivem Wettbewerb darstellen. Existieren keine Markteintrittsbarrieren, ist unabhängig vom Grad der Konzentration (jedenfalls längerfristig) entweder durch Markteintritt oder durch potenziellen Wettbewerb ein kompetitives Marktergebnis zu erwarten.

#### **3.2.1.1. Strukturell bedingte Marktbarrieren:**

Strukturell bedingte Marktschranken, die die Wahrscheinlichkeit des Marktein- und austritts begrenzen, sind auf dem gegenständlichen Gesprächsmarkt in mehreren Ausprägungsformen feststellbar. Zwar sind die mit einem Marktauftritt verbundenen versunkenen Kosten, die im Fall eines Marktaustritts nicht wiedergewonnen werden können, im Vergleich zu den Märkten im Anschlussbereich als gering einzustufen, dennoch bestehen auch beim Anbieten von Verbindungsleistungen gewisse und nicht vernachlässigbare Marktbarrieren. So sind auch für „reine“ Verbindungsnetzbetreiber Investitionen für eine Mindestnetzkonfiguration notwendig. Was das Ausmaß von versunkenen Netzkosten betrifft, sind diese in Abhängigkeit von der Netzhierarchieebene und den alternativen Verwendungsmöglichkeiten der jeweiligen Netzelemente zu sehen. Generell gilt, je höher die Netzebene und je vielfältiger die Verwendungsmöglichkeiten der Netzelemente, umso geringer sind die versunkenen Kosten. Nun sind aber die für das Anbieten von

Festnetzsprachtelefoniedienstleistungen notwendigen Fernverbindungsleitungen Teil eines vermaschten Netzes und so prinzipiell vielseitig verwendbar. Zudem sind die ebenfalls notwendigen Vermittlungseinrichtungen in ihren Verwendungsmöglichkeiten zum Teil auch flexibel einsetzbar. Können ferner Infrastrukturelemente zu (regulatorischen) Marktpreisen zeitlich variabel angemietet werden, so reduziert dies allfällige versunkene Kosten in entsprechendem Ausmaß. Insgesamt gesehen sind daher die im Zusammenhang mit dem Anbieten von Festnetzsprachtelefonie auf dem gegenständlichen Markt entstehenden versunkenen (Netz-)Kosten als relativ – das heißt insbesondere im Vergleich zu den versunkenen Kosten im Bereich des Teilnehmeranschlussnetzes – gering anzusehen, wenn auch in ihrer Größenordnung nicht vernachlässigbar.

Zudem entstehen spezifisch dem Retailbereich zurechenbare versunkene Kosten, da die alternativen Anbieter typischerweise intensive Werbekampagnen zu betreiben haben, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren.

Endogen versunkene Kosten durch Werbeaufwendungen führen aber nicht nur zu Kostenasymmetrien durch Wechselbarrieren auf der Nachfrageseite, sondern begründen auch Skalenvorteile und erhöhen so den Kapitalbedarf potentieller Konkurrenten, die in den Markt eintreten wollen. Dies hat zwei Effekte: Erstens führt ein höherer Kapitalbedarf zu einer weiteren Kostenasymmetrie, da potentielle Konkurrenten aufgrund von Unsicherheit und Informationsasymmetrien Kapital oft nur zu ungünstigeren Konditionen beschaffen können als der Incumbent. Zweitens ist langfristig durch das höhere Ausmaß an Skalenvorteilen auch eine höhere Konzentration auf den Festnetz-Endkundenmärkten zu erwarten. Schon jetzt erwirtschaften die größten vier Unternehmen ca. 85 % der Umsätze (ON 20, Kapitel 5.1.4).

Für Bestandskunden des Incumbent besteht oftmals ein über einen langen Zeitraum existierendes Vertragsverhältnis und entsprechende Loyalität und somit ein für alternative Wettbewerber nur schwer oder nicht erreichbarer Bekanntheitsgrad des ehemaligen Monopolisten. Da auch die Kundenbindung auf Seiten der Verbindungsnetzbetreiber typischerweise geringer ist, begründet die Möglichkeit, von den Erfolgen der Liberalisierung auch indirekt – ohne selbst den Anbieter zu wechseln – zu profitieren, signifikante Wechselbarrieren für alternative Anbieter.

Damit diese Barrieren überwunden werden, muss von den alternativen Betreibern ein entsprechend aggressiver Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter, insbesondere im Bereich des Preis-, Werbe-, Marketing- und Distributionswettbewerbs forciert werden. Dieser Nachteil scheint jedoch für die alternativen Betreiber nur schwer wettzumachen zu sein. Es zeigt sich, dass nur diejenigen alternativen Anbieter nachhaltige und signifikante Marktanteile gewinnen konnten, die in entsprechend hohe Medienpräsenz investierten. Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, dass Werbeausgaben eine nicht unwesentliche Marktzutrittsbarriere auf den Märkten für Festnetz-Sprachtelefonie darstellen. Obwohl der Vorsprung der Telekom Austria langfristig geringer werden wird und andere Marken einen ähnlich hohen Bekanntheitsgrad erreichen sollten, ist in den nächsten 1-2 Jahren kein vollständiger Ausgleich in Sachen Reputation und Bekanntheitsgrad zu erwarten.

Es besteht auch auf dem gegenständlichen Markt ein Trend zum „One-Stop-Shopping“ seitens der Endkunden, woraus die Notwendigkeit resultiert, als Komplettanbieter auf den jeweiligen Märkten agieren zu können. Für Endkunden ist der Bezug von Paketleistungen aufgrund rabattierter Bündelpreise häufig billiger, zum anderen ist die Möglichkeit, alles aus einer Hand zu beziehen, für viele Endkunden einfacher handhabbar (geringere Transaktionskosten) bzw. bequemer.

Diejenigen Anbieter, die über ein entsprechend breites Produktportfolio verfügen, können gleichzeitig auch mit entsprechenden Verbundvorteilen in der Produktion (alle Wertschöpfungsstufen umfassend) rechnen. Umgekehrt würde eine derartige Notwendigkeit, als Komplettanbieter agieren zu müssen, für potentielle Newcomer einen erhöhten Kapitalbedarf begründen, und so die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts reduzieren. Beim Incumbent ist hingegen traditionell ein hohes Ausmaß an (horizontaler) Integration, d.h. ein sehr stark diversifiziertes Portfolio an Leistungen und Konditionen, gegeben. Hinzu kommt, dass der Incumbent weitestgehend uneingeschränkt für die vollständige Endkundenproduktpalette auf eigenrealisierte Vorleistungen zurückgreifen kann.

Der gegenständliche Markt ist von Konsolidierungsprozessen geprägt: UPC Austria übernahm Inode, eTel das Unternehmen EUnet, bereits 2004 vollzog Tele2 die Übernahme von UTA. Ist eine hohe Anzahl an Marktzutritten am Beginn der Liberalisierung geradezu typisch, so können sie demgegenüber in späteren Marktphasen nur mehr mit geringen Erfolgschancen durchgeführt werden. Das Abstellen auf die bloße Anbieterzahl beschreibt die Verteilung bzw. Asymmetrie der Marktanteile allerdings nur bedingt. Denn tatsächlich bringt die Marktphase auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt eine mehr oder weniger enge, oligopolistische Marktstruktur hervor, mit Telekom Austria als weitaus größtem Betreiber, gefolgt von einer lediglich sehr kleinen Zahl von alternativen Anbietern, die signifikante Marktanteile erringen und halten konnten, und einer größeren Zahl von Betreibern mit insgesamt gesehen vernachlässigbaren Marktanteilen. Die festgestellten HHI-Konzentrationskurvenverläufe weisen in diesem Zusammenhang auch auf eine zunehmende Stabilisierung der Marktstrukturen des gegenständlichen Verbindungsmarktes hin. Substantielle, zusätzliche Wettbewerbsimpulse sind in einer späten Marktphase im Allgemeinen eben nicht mehr von neuen Markteintritten zu erwarten, es sei denn, dass diese auch mit neuen technologischen Entwicklungen einhergehen (ON 20, Kapitel 5.4 bzw. Kapitel 5.2.4 unter besonderer Analyse der Bedeutung des intermodalen Mobilfunkwettbewerbs).

Hinsichtlich Marktbarrieren auf Grund von nicht-preislichen Parametern (Produkten mit individuellen Lösungen hinsichtlich Zusatzdiensten oder Qualitätsmerkmalen, integrierte Systemlösungen oder Serviceleistungen) ist festzustellen, dass solche Barrieren auf dem gegenständlichen Markt für Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden im Vergleich zu Inlandsgesprächen von Privatkunden ein vergleichsweise hohes Gewicht aufweisen. Dies zeigt sich unter anderem am Angebot von speziell an Nichtprivatkunden adressierten Produkten mit individuellen Lösungen hinsichtlich Zusatzdienste, Qualitätsmerkmale oder Serviceleistungen. D.h. die Gestaltungsautonomie ist auf Seiten von Nichtprivatkunden typischerweise höher bzw. deutlich über den standardisierten Lösungen auf Privatkundenmärkten anzusetzen. Das obere Ende solcher Gestaltungsspielräume bilden vollständig integrierte Systemlösungen, in denen projekt-individuell kalkulierte Produktbündel bestehend aus breitbandigen und schmalbandigen Leistungen zusammengeführt werden. Gegebenenfalls kommt es darin auch zu einer Verknüpfung mehrerer Unternehmensstandorte und/oder zu einer Realisierung (virtueller) privater Netzwerke.

Angesichts solcher Anforderungen hinsichtlich Ressourcen und technischem Know-how ist die Akquisition von Marktanteilen für alternative Wettbewerber auf Nichtprivatkundenmärkten deutlich schwieriger.

### 3.2.1.2. Endogene Marktbarrieren

Die nachfolgende Tabelle 2 zeigt illustrativ potentielle Wettbewerbsprobleme, die aufgrund endogener Markteintrittsbarrieren existieren. Endogene Marktbarrieren sind nicht Folge einer vorgegebenen Industriestruktur oder durch legislative oder andere staatliche Maßnahmen



bedingt, sondern vielmehr durch das strategische Verhalten der bereits am Markt aktiven Teilnehmer bestimmt.

Es werden aus Vollständigkeitsgründen auch Marktprobleme genannt, die nicht immer unmittelbar dem gegenständlichen Markt entspringen, jedoch sehr wohl auf diesen ausstrahlen können (etwa die „Probleme im Rahmen der Entbündelung“).

TABELLE 2: WETTBEWERBSPROBLEME UND BARRIEREN - ÜBERBLICK

Verzögerungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Systematische Aktionen, die erst nach Intervention von Seiten der NRB (Nationale Regulierungsbehörde) nachträglich sanktioniert werden können, wobei die entstehende und ggf. sehr große Zeitspanne (bzw. auch die Häufigkeit) reicht, um nachhaltige (nicht temporäre) Marktvorsprünge zu halten</li> </ul>
Probleme aufgrund von Informationsasymmetrie	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Möglichkeit von integrierten Unternehmen, (insbes. neue) Funktionalitäten des eigenen Netzes so lange wie möglich nur für sich selbst zu nutzen</li> <li>• Incumbent kann (einseitig) im Rahmen der Billinginformation auch für CPS-Kunden gezielte Angebote erstellen</li> </ul>
Probleme im Rahmen der Entbündelung	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Es ist eine Einschränkung / Verhinderung der Entbündelung der TASL dadurch denkbar, dass sich der Entbündelungsverpflichtete nicht in zumutbarem Ausmaß darum kümmert, vermietete, aber tatsächlich nicht genutzte Kollokationsflächen wieder einzufordern und neu an Interessenten zu vergeben, die diese Flächen tatsächlich zur Entbündelung verwenden wollen</li> <li>• Verzögerter Marktauftritt aufgrund von Fristüberschreitungen für Bereitstellung von Vorleistungen durch den Incumbent</li> <li>• Mangelhafte Qualität der Vorprodukte</li> <li>• Vielfältige Formen von Delaying tactics und Behinderungsmissbrauch</li> </ul>
Probleme im Zusammenhang mit CPS/CbC	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verzögerungen bei der Anmeldung</li> </ul>
Probleme im Zusammenhang mit Rabatten	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Von Seiten der ANB wird dem Incumbent immer wieder vorgeworfen, für Großkunden Rabatte zu gewähren, die dazu führen, dass diese eine Bindung derselben beinhalten und so dem Wettbewerb entzogen werden; zudem entsprechen die tatsächlich gewährten Rabatte nicht den genehmigten; tw. lägen die Angebote unter den Selbstkosten (bzw. sogar unter den Interconnectionentgelten)</li> </ul>
Probleme im Zusammenhang mit Produktbündelung und Leveraging	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bündelung von Dienstangeboten durch den Incumbent, die nur dieser anbieten kann.</li> </ul>

### 3.2.1.3. Bestreitbarkeit von Märkten

Im Rahmen der Theorie der „bestreitbaren Märkte (contestable markets)“ wird unterstellt, dass unter bestimmten (idealisierten) Annahmen die Drohung eines potenziellen Markteintritts (potenzieller Wettbewerb) eine hinreichend disziplinierende Wirkung auf die aktiven Marktteilnehmer ausübt, sodass auch auf Märkten mit geringer Zahl an aktiven Marktteilnehmern bzw. einer asymmetrischen Verteilung der Marktanteile oder selbst in Monopolsituationen sowohl alloкатive wie technische Effizienz sichergestellt ist.

Dabei müssen freilich entsprechend restriktive Annahmen getroffen werden: (1) wird von der Abwesenheit jeglicher Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren ausgegangen und (2) wird angenommen, dass die Reaktionszeit der etablierten Unternehmen hinreichend lang ist, sodass ein Neueinsteiger in den Markt eintreten und die (von ihm vor dem Eintritt beobachteten) Profite realisieren kann („hit and run“ Strategie).

Beide Annahmen sind auf dem gegenständlichen Markt nicht erfüllt:

Zur ersten Annahme ist festzustellen, dass im Rahmen dieser Modelltheorie unter Abwesenheit von Marktbarrieren verstanden wird, dass keine exogenen (technisch bedingten) versunkenen Kosten existieren. Diese sind für die zugrunde liegenden Märkte tatsächlich verhältnismäßig gering (ON 20). Doch übersieht die konventionelle Theorie der bestreitbaren Märkte, dass auch eine Reihe von endogenen Marktbarrieren, die eben nicht Folge einer vorgegebenen Industriestruktur sind, sondern vielmehr durch das strategische Verhalten der bereits am Markt aktiven Teilnehmer bestimmt werden, existieren. Es sei an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen zur Werbeintensität und zur Bedeutung der Kundenbindung auf den Kommunikationsendkundenmärkten verwiesen. Als besonders problematisch erweist sich daher die im Modell der bestreitbaren Märkte implizit enthaltene Forderung, dass die Konsumentenseite keine Präferenz bzw. Markentreue für die bestehenden Unternehmer aufweist. In dem Modell wird vielmehr davon ausgegangen, dass sich die Konsumenten vollkommen rational verhalten, d.h. auf den homogenen Produktmärkten orientieren sich die Konsumenten lediglich an den Preisen. Dies steht jedoch klar in Widerspruch zu den Feststellungen, wonach TA zumindest teilweise in der Lage ist, im Durchschnitt höhere Preise zu setzen.

Freier Marktzutritt bedeutet ferner, dass keine Asymmetrien zwischen potenziellen Markteintretern und aktuellen Marktteilnehmern bestehen, also keine unterschiedlichen Zugangsmöglichkeiten zu Faktormärkten, kein patentrechtlicher Schutz auf Seiten des/der Incumbent(s), keine Informationsnachteile hinsichtlich der Nachfrage, sowie dass keine technologische Asymmetrien etc. existieren. Die völlige Marktgleichheit wird nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der diversen „foreclosure“ Taktiken zu einer rein hypothetischen Annahme.

Zur zweiten Annahme ist festzustellen, dass diese unterstellt, dass das Zeitintervall, zwischen dem bekannt werden eines neuen Marktzutritts und der tatsächlichen Möglichkeit, den Konsumenten Güter anzubieten (entry lag), kleiner ist als die durch diverse Transaktionskosten (bspw. die Existenz langfristiger Verträge) bedingte Zeitverzögerung in der Preisanpassung (price lag, wobei diesem Vergleich die hypothetische Situation unregulierter Märkte zugrunde liegt). Würde das SMP-Unternehmen jedoch keinerlei ex-ante Verpflichtungen unterliegen, so könnte es jederzeit, von internen Organisationsprozessen abgesehen bzw. in Abhängigkeit von diesen, ohne wesentliche zeitliche Verzögerung auf den Markteintritt reagieren. Es ist notwendig, die hypothetische Situation der Nichtregulierung als Vergleichsbasis heranzuziehen, da genau dies der Schlussfolgerung bzw. Forderung in als bestreitbar identifizierten Märkten entspräche.

Für den entry-lag (Zeitverzögerung des Markteintritts) auf Seiten der Wettbewerber ist durchaus mit einer signifikanten Zeitspanne zu rechnen. Dieser kann entstehen durch die Bereitstellung der für einen Verbindungsnetzbetrieb nötigen Netzelemente, die erforderlichen

Verhandlungsprozesse (Zusammenschaltungsvereinbarungen), das Erreichen eines hinreichend großen Bekanntheitsgrades, die Bereitstellung entsprechender customer care sowie Billing-Einrichtungen, den Abschluss von Verträgen mit internationalen Carriern und die vielfältigen Verzögerungsmöglichkeiten des Incumbents, der eben in Bezug auf den inländischen Teil der Verkehrsführung im Besitz der nicht ersetzbaren Infrastruktur im Anschlussbereich ist. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass in anderen Industriezweigen ein Markteintritt eines Mitbewerbers oft erst mittelbar über die Marktbeobachtung feststellbar ist, auch am vorliegenden Markt jedoch auf Grund der Zusammenschaltung (Vorleistungsabhängigkeit) unmittelbar noch vor dem Markteintritt bekannt wird, und die Chance auf eine „hit and run“-Strategie schon im Ansatz zum Scheitern verurteilt ist.

Ist nun aber Annahme 2 nicht bzw. nicht annähernd gegeben, so kommt es für die Entscheidung über einen allfälligen Markteintritt nicht mehr primär auf die gegenwärtigen Preise an, als vielmehr auf die im Falle eines erfolgten Marktzutritts und nach etwaigen preislichen Reaktionen der bereits am Markt etablierten Anbieter noch realisierbaren Preise und Gewinne. Bei ständigen Marktein- und (vor allem) -austritten käme es zudem zu einer erheblichen Verunsicherung der Konsumenten gegenüber Angeboten alternativer Betreiber generell. Insbesondere die negativen Auswirkungen eines Marktaustrittes eines alternativen Anbieters sind zu erwähnen. Effektiver Wettbewerb, der von der bloßen Drohung potentieller Konkurrenz ausgehen soll, erscheint unter diesen Bedingungen als eine unrealistische Annahme.

In engem Kontext zur Bestreitbarkeit von Märkten steht die Frage nach der unternehmerischen Rationalität von Verdrängungspreisstrategien („predatory pricing“). Denn je höher die bereits getätigten versunkenen Investitionen alternativer Wettbewerber ausfallen, desto höher werden auch die potentiellen Marktaustrittskosten, was die Erfolgsaussichten von Verdrängungsstrategien wiederum mindert. Insofern würden Investitionen in die Infrastruktur, soweit diese eben ökonomisch sinnvoll getätigt werden können, die Notwendigkeit von regulatorischer Basisregulierung reduzieren. Angesichts der identifizierten Zweifel zur Bestreitbarkeit des gegenständlichen Marktes kann die Rationalität von Verdrängungspreisstrategien nicht ausgeschlossen werden.

### **3.2.2. Wettbewerbsbeurteilung des Indikators Marktzutrittsbarrieren**

Zwar sind die mit einem Marktauftritt verbundenen und versunkenen Kosten im Vergleich zu den Märkten im Anschlussbereich als gering einzustufen, dennoch entstehen auch hier gewisse und nicht vernachlässigbare Marktbarrieren. So sind auch für „reine“ Verbindungsnetzbetreiber Investitionen für eine Mindestnetzkonfiguration notwendig. Zudem entstehen spezifisch dem Retailbereich zurechenbare versunkene Kosten, da alternative Anbieter von Festnetzsprachtelefonie hier typischerweise intensive Werbekampagnen zu betreiben haben, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren. Damit diese Barrieren überwunden werden, muss von den alternativen Betreibern ein entsprechend aggressiver Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter, insbesondere im Bereich des Preis-, Werbe-, Marketing- und Distributionswettbewerbs forciert werden. Derartige Kosten könnten typischerweise im Falle eines Marktaustritts nicht wiedergewonnen werden. Demnach können alternative Betreiber in der gegenwärtigen Marktsituation kaum eine enge Kundenbindung aufbauen, insbesondere für Call by Call Kunden wird diese nur sehr gering sein.

Auch auf Grund des festgestellten Trends zum „One-Stop-Shopping“ darf daher auf das Funktionieren der Bestreitbarkeit bzw. auf die disziplinierenden Effekte der potentiellen Konkurrenz nicht vertraut werden, die Marktbarrieren sind auch auf dem gegenständlichen Markt bspw. aufgrund von Projektgeschäften, der Reputation und der Qualität nicht

vernachlässigbar. Kompetitive Impulse von außerhalb des Marktes sind jedoch von den Angeboten bestehender Mobilfunkanbieter zu erwarten.

### **3.3. Nachfrageseitige Gegenmacht**

#### **3.3.1. Bedeutung des Indikators**

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. Ausprägung, Anwendung auf die bestehenden Wettbewerbsprobleme und Wettbewerbsbeurteilung:**

Am gegenständlichen Markt ist mit – wenn auch nur sehr unvollständig beobachtbaren – Preisnachlässen im Rahmen unternehmensindividueller Gesamtlösungen (Projektgeschäfte) zu rechnen, eine solche nachfrageseitige Gegenmacht würde sich diesfalls aber auf ein unterschiedlichen Märkten zurechenbares Produktbündel beziehen, und daher nicht unmittelbar und direkt auf die marktgegenständlichen Verbindungsleistungen. Nicht zuletzt aufgrund der stark mittelständisch geprägten österreichischen Wirtschaftsstruktur konnte jedoch kein derart großer Nichtprivatkunde, der eine für den Gesamtmarkt hinreichend disziplinierende Gegenmacht ausüben könnte, identifiziert werden. Ferner ist es bei den größten Nichtprivatkunden fraglich, inwiefern die Kosten/Nutzen Relation in Form der Gegenüberstellung von resultierenden Transaktionskosten und Kommunikationskosteneinsparungen überhaupt ein entsprechendes Verhandlungengagement entstehen ließe (ON 20).

### **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 marktgegenständlichen Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden des marktbeherrschenden Unternehmens seit der Liberalisierung der Sprachtelefonie im Festnetz im Rahmen von Tarifgenehmigungsverfahren reguliert wurden. Aus diesem Grund ist eine Betrachtung anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Verfahrenspartei die Verbindungsentgelte für Nichtprivatkunden 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 Zugangsmarkt 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.

### **3.4.2. Ausprägung des Indikators Preise:**

Telekom Austria verfügt über ein sehr breites Produktportfolio, welches nur von sehr wenigen TNB in ähnlicher Form nachgebildet werden kann. Den reinen Verbindungsnetzbetreibern steht ein im Vergleich zur Telekom Austria weitaus geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zu Verfügung.

Der durchgeführte internationale Vergleich zwischen der Höhe der Endkumentarife und den dafür zu leistenden Vorleistungsentgelten (=Zusammenschaltungskosten) zeigt für Telekom Austria sowohl bei Berücksichtigung von nationalen und lokalen Gesprächen unauffällige Werte (ON 20, Kapitel 5.6.3.). Die Differenz zwischen Vorleistungsentgelten und Endkumentarifen kann nicht als Indiz für überhöhte Preise gewertet werden, umgekehrt bestehen aber auch Preisspielräume für alternative Anbieter.

Hinsichtlich Dial-In wurde kein preisliches Wettbewerbsproblem festgestellt.

Hinsichtlich der festgestellten Bündelungsproblematik wird auf die entsprechenden Feststellungen verwiesen.

### **3.4.3. Preisdifferenzierung und Transparenz:**

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

Auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt für Nichtprivatkunden 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. Damit ist gegenüber nicht differenzierten Preisen in der Regel eine Steigerung der verkauften Menge, die Nutzung von Verbundvorteilen sowie die Erschließung neuer Märkte möglich. So können Kundengruppen bedient werden, die bei nicht differenzierten Preisen nicht oder in geringerem Ausmaß nachfragen würden.

Am gegenständlichen Markt für Nichtprivatkunden muss tendenziell mit einer höheren Informiertheit (verglichen mit Privatkunden) hinsichtlich der optimalen Tarifwahl bzw. „Produktbündelung“ gerechnet werden.

### **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 Wholesale Line Rental (WLR), Entbündelung und zu naked-DSL, in ähnlicher Form nachgebildet werden kann, was zu einem für reine Verbindungsnetzbetreiber – im Vergleich zur Telekom Austria – weitaus geringeren Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum führt. Preisauflschläge bei Telekom Austria können nur dann festgestellt werden, wenn man die Betrachtung auf die Gespräche in nationale Mobil- bzw. Festnetze reduziert. Auch auf dem gegenständlichen Markt lässt sich also seit 2003 bei reinen Sprachtelefonieprodukten eine Phase der preislichen Stabilisierung feststellen.

### **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 25). 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 Inlandsgespräch für Nichtprivatkunden umfasst im Wesentlichen das Führen von abgehenden Gesprächen sowie die Nutzung anderweitiger Dienste des öffentlichen Telefonnetzes (Fax, Modem). Folgende Innovationen konnten in den letzten Jahren beobachtet werden bzw. sind mittelfristig zu erwarten:

- Trend zur Substituierung des Festnetzes durch Mobiltelefonie: Eine schleichende Ablöse könnte sich aufgrund der hohen Penetrationsrate von Mobiltelefonen ergeben. So ist nicht auszuschließen, dass der Festnetzanschluss von Kunden z.T. nur wegen der Notwendigkeit eines Internet-Access beibehalten und ein weiter wachsender Teil der Gespräche über Mobilnetze geführt wird. Bildung von mobilen Communities und extrem niedrige On-Net-Tarife waren unter anderem maßgebliche Gründe für diese Entwicklung. Dieser Trend könnte sich in den nächsten Jahren noch verstärken, wenn Mobiltelefonie vermehrt auch im Rahmen attraktiver Bündelprodukte (z.B. mobiler Breitbandzugang über UMTS, HSDPA) angeboten wird.
- Telefonie auf Basis von VoIP: Diese neue Form der Telefonie hat in den letzten Monaten deutlich an Marktrelevanz gewonnen. Hierbei ist zwischen Voice-over-Internet (Vol) und Voice-over-Broadband (VoB) zu unterscheiden. Aufgrund der steigenden Verbreitung und einer wachsenden Nachfrage ist Telefonie auf Basis von VoIP – vorerst in der Variante VoB – mittlerweile als relevantes Substitut am betrachteten Markt einzustufen. Der neuen Technologie (VoB und auch Vol) ist für die nächsten Jahre basierend auf der Entwicklung der Entbündelung und von Bitstream (naked-DSL) jedenfalls weiterhin ein gewisses Potential zu prognostizieren.
- Private Networks (PNs): Nichtprivatkunden mit mehreren, örtlich getrennten Standorten setzen zunehmend auf unternehmensweite private Netze, die unternehmensinterne Kommunikation ohne Verwendung des öffentlichen Telefonnetzes ermöglichen. Derartige PNs basieren auf eigener Infrastruktur (Nebenstellenanlagen, die mit Mietleitungen vernetzt werden), verfügen über einen eigenen Nummernplan und spezifische Dienstmerkmale. Telefongespräche mit Teilnehmern, die nicht im eigenen Unternehmen angesiedelt sind, werden über das PSTN geführt. Derartige private Netze existieren heute sowohl auf lokaler, nationaler und internationaler Ebene. Einen über die reine Errichtung von PNs hinausgehenden Schritt stellt die Zusammenschaltung von derartigen privaten Netzen dar. Unternehmen haben grundsätzlich die Möglichkeit Verkehr zwischen ihren eigenen privaten Netzen und den privaten Netzen ihrer Geschäftspartner im Falle hohen gegenseitigen Gesprächsvolumens über das Internet

zu führen. Internet-Telefonie in Kombination mit ENUM eröffnet eine Realisierungsmöglichkeit für ein solches Szenario.

- Virtual Private Networks (VPNs): Eine weitere Innovation stellen die sog. VPNs dar, bei denen die grundlegende Funktionalität privater Netze (virtuelle, logische Teilnetze für eine klar abgegrenzte Benutzergruppe) unter Verwendung der Infrastruktur des öffentlichen Telefonnetzes realisiert wird. Dies wird seitens der Anbieter solcher Produkte beispielsweise über Funktionen des Intelligent Networks (IN) des PSTN (teilweise auch als CENTRIX bezeichnet) bewerkstelligt. Damit wird es möglich, einen privaten Nummernplan auf Netzabschlusspunkte des öffentlichen Netzes abzubilden sowie kundenspezifische Dienstmerkmale zu realisieren.

Da bei Realisierung von VPNs die Sprachkommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes abgewickelt wird, sind sie als relevantes „Produkt“ auch den jeweiligen Festnetzendkundenmärkten zuzuordnen. Bei PNs ist dieses Erfordernis hingegen definitionsgemäß nicht gegeben. Die skizzierte Migration vom PSTN zu VPNs (bzw. vernetzten PNs) hat des Weiteren auf die Anbieter von öffentlicher Sprachtelefonie naturgemäß signifikante Auswirkungen. Führen landes- oder weltweit positionierte Unternehmen ihre Lokal- und Ferngespräche nicht mehr über die etablierten Betreiber, sondern wickeln diese im eigenen Netz ab, so kommt es zu einem entsprechenden Entgang von Minuten-Entgelten für Carrier.

Für die Errichtung und das Management der n PNs zeichnen nicht nur die Nutzer selbst, sondern vielfach auch von diesen beauftragte Unternehmen der Telekommunikationsbranche verantwortlich. Aufgrund der Größenvorteile ist davon auszugehen, dass sich speziell die großen, national und international tätigen Netzbetreiber auf dem PN-Markt etablieren können.

Diese Überlegungen gelten (in noch stärkerem Maße) auch für VPNs, da die Funktionalität eines privaten Netzes lediglich virtuell auf das öffentliche Sprachtelefonienetz abgebildet wird. Aufgrund der technischen Realisierung eines VPNs als Zusammenspiel von Teilnehmervermittlungsstelle und Intelligent Network profitieren in erster Linie Teilnehmernetzbetreiber – und hier vor allem die großen – von der Migration von Nichtprivatkunden in das VPN-Segment.

Hinsichtlich der eingesetzten Technologie sind segmentspezifisch folgende Wettbewerbseffekte zu unterscheiden: Einerseits erleichtert die Verfügbarkeit von Voice-VPN-Plattformen (vor allem auf IP-Basis) grundsätzlich den Markteintritt alternativer Betreiber insbesondere im Bereich der kleinen und mittleren Nichtprivatkunden, andererseits können im Bereich der großen Nichtprivatkunden nach wie vor die etablierten Betreiber ihre Größenvorteile geltend machen können.

Mit der in den nächsten Jahren zu erwartenden Migration zu paketvermittelten Netzen der nächsten Generation (sog. Next Generation Networks, NGN) könnte sich der oben skizzierte Trend zu PNs und VPNs bei Nichtprivatkunden noch weiter verstärken.

### **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 2 % aller Anschlüsse des benachbarten Zugangsmarktes auf Basis VoB realisiert (ON 20, Kapitel

5.1.6.). Zukünftiges Innovationspotential kann allerdings insbesondere aus Voip/VoB und Mobilprodukten (Replace-Produkten) entstehen.

### **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.

Die festgestellte Entwicklung der Umsatzrentabilität bei den marktgegenständlichen Verbindungsprodukten der Telekom Austria zeigt, dass teilweise die Kosten nicht in dem Ausmaß gesenkt werden konnten, wie die Tarife gesenkt werden mussten, was zu einer Reduzierung der Umsatzrentabilität führte (ON 20, Kapitel 5.5.2.1., Tabelle 7). Trotzdem liefern die Verbindungsprodukte nach wie vor den entscheidenden Beitrag zum positiven Betriebsergebnis der Telekom Austria, für 2004 lag die Umsatzrentabilität bei steigender Tendenz bei über 20 % für Inlandsgespräche ins Festnetz und bei über 11 % für Gespräche in Mobilnetze. Auch für 2006 werden von Telekom Austria steigende Umsatzrentabilitäten erwartet. Diese Erwartungshaltung wird von den bestellten Amtsgutachtern geteilt.

#### **3.6.2. Wettbewerbsbeurteilung des Indikators Performanceanalyse**

Trotz Entgeltregulierung zeigt sich, dass die Umsatzrentabilität für die marktgegenständlichen Verbindungsleistungen 2004 bei über 20 % für Inlandsgespräche und bei über 11 % für Gespräche in Mobilnetze lag (Tendenz für 2006: steigend).

### **3.7. Internationaler Vergleich**

#### **3.7.1. Bedeutung des Indikators Internationaler Vergleich**

Ein internationaler Vergleich dient hier lediglich als Benchmark, an dem das Marktergebnis am Beispiel der Tarife und Tarifentwicklungen am gegenständlichen Verbindungsmarkt für Nichtprivatkunden gemessen wird, wobei aufgrund der Heterogenität der Tarifmodelle (zB unterschiedliche Tarifzonen) die ausgewiesenen Zahlen nur als das Gesamtbild ergänzende Feststellungen heranzuziehen sind.

Die internationale Position der Telekom Austria bei den Kosten eines dreiminütigen Ferngesprächs (peak) liegt für 2004 und 2005 leicht unter dem EU-Durchschnitt.

Die internationale Position der Telekom Austria bei den Kosten eines dreiminütigen Lokalgesprächs (peak) liegt für 2004 und 2005 leicht über dem EU-Durchschnitt.

#### **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 Nichtprivatkunden werden zum Teil durch relativ geringe Gesprächsentgelte kompensiert (ON 20, Kapitel 5.6.4.). Für Verbindungsleistungen können tendenziell kompetitiver werdende Marktstrukturen und Durchschnittspreise beobachtet werden. Die Aussagekraft des internationalen Vergleiches wird allerdings durch die länderweise unterschiedliche Definition von Fernzone/Lokalzone und die existierende Tarifgenehmigungspflicht deutlich verringert.

### **3.8. Zu den sonstigen Marktmachtindikatoren**

Die Auswirkungen weiterer, den Rahmenbedingungen zuordenbaren, 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 Marktmacht und die identifizierten Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht**

Auf dem gegenständlichen Markt wurden folgende potentielle Wettbewerbsprobleme festgestellt:

- Marktbarrieren: Zwar sind die mit einem Marktauftritt verbundenen und versunkenen Kosten im Vergleich zu den Märkten im Anschlussbereich als gering einzustufen, dennoch bestehen auch hier nicht vernachlässigbare Markteintrittsbarrieren. So sind auch für „reine“ Verbindungsnetzbetreiber Investitionen für eine Mindestnetzkonfiguration notwendig. Zudem entstehen spezifisch dem Retailbereich zurechenbare versunkene Kosten, da alternative Anbieter festnetzgebundener Sprachtelefonie hier typischerweise intensive Werbekampagnen zu betreiben haben, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren. Demzufolge stabilisierten sich auch die Marktanteile der Telekom Austria (Umsatz: bei Privatkunden über 50%, bei Nichtprivatkunden über 60%) – trotz teilweise bestehender Preisvorteile bei ANB.
- Problematik der „Produktbündelung“: Telekom Austria kann als einziges Unternehmen flächendeckend die komplementären Anschluss- und Verbindungsleistungen kombinieren; hierin besteht die Möglichkeit zur horizontalen Übertragung von Marktmacht von monopolistischen Bereichen (Anschluss) in potentiell wettbewerbsfähige Bereiche (Verbindungsleistungen). Neben den asymmetrischen Produkt- und Tarifgestaltungsmöglichkeiten treten vor allem am Markt für Nichtprivatkunden gegenüber den ANB auch die historisch bedingten „Incumbency-Vorteile“ (Kundenloyalität, Reputation, tatsächliche oder subjektiv empfundene Qualitätsvorteile) als Wettbewerbsproblem auf.
- Gefahr von Kampfpreisen und Margin Squeeze: Für Telekom Austria besteht weiters ein Anreiz, Marktmachtübertragungsstrategien („leveraging“, „bundling“) zu forcieren bzw. dadurch „predatory pricing“ zu erreichen. Vor dem Hintergrund keinesfalls vernachlässigbarer Markteintrittsbarrieren könnte Telekom Austria ohne entsprechende Entgeltkontrolle verstärkt im Wege der Produktbündelung Marktmacht übertragen bzw. im Anschlussbereich Grundentgelte erhöhen und persistente Übergewinne realisieren und im Gegenzug in wettbewerbsfähigen

Verbindungssegmenten Entgelte senken. Gerade im preislich wenig transparenten Geschäftsbereich für Nichtprivatkunden lässt sich eine derartige Strategie im Wege projektindividueller und bisweilen clusterübergreifender Bündelprodukte gut umsetzen.

Zu den Marktanteilen:

Die Feststellungen zu den Marktanteilen zeigen eine stark asymmetrische Streuung innerhalb der Gruppe der alternativen Netzbetreiber. So konnte neben der Telekom Austria nur eine kleine Gruppe von Anbietern signifikante Marktanteile für sich gewinnen. Konkret erzielen bei Nichtprivatkunden die größten vier Betreiber (inkl. Telekom Austria) mehr als 85% der Umsatzmarktanteile.

Gesamt gesehen, tendiert auch gegenständlicher Markt in Richtung eines enger werdenden Oligopols, mit Telekom Austria als nach wie vor deutlich größtem Unternehmen, mit einem durchschnittlichen Umsatzmarktanteil im Jahr 2005 von nach wie vor rund 60% (bzw. 62% bei Zurechnung von Umsätzen aus Optionaltarifen und Dial-In) und damit rund 10% mehr als bei Privatkunden. Telekom Austria verfügt damit über einen Marktanteil der mehr als dreimal so groß ist, wie der des nächst größten Mitbewerbers. Auch zeigt die Entwicklung der letzten beiden Jahre eine Konsolidierung der Umsatzmarktanteile auf diesem vergleichsweise hohen Niveau.

In Verbindung mit der gegenwärtigen Marktphase können die alternativen Anbieter die Nachfrager nur mit spürbaren Preisvorteilen zum Überwinden der existierenden Wechselbarrieren bewegen. Hinzu kommen entsprechende preis- und marketingpolitische Gegenreaktionen der Telekom Austria, die sich gerade bei Nichtprivatkunden auch in Form wenig transparenter, clusterübergreifender Gesamtlösungen inklusive teils substantieller Rabattierungen (dazu unten) manifestieren.

Die insbesondere in den Jahren 1998-2002 erfolgten Marktanteilsgewinne der alternativen Anbieter gingen mit einem spiegelbildlichen Anstieg in der Verwendung von Carrier Selection einher. Carrier Preselection und in Ergänzung Call by Call Dienste waren auch auf gegenständlichem Markt – neben den ex-ante Entgeltregulierungen – insofern auch die bedeutendsten Regulierungsinstrumente der vergangenen Liberalisierungsphase.

Zu den Markteintrittsbarrieren:

Hinsichtlich der Höhe von Markteintrittsbarrieren ist festzustellen, dass gewisse und nicht vernachlässigbare Marktbarrieren bestehen. So sind auch für „reine“ Verbindungsnetzbetreiber Investitionen für eine Mindestnetzkonfiguration notwendig. Zudem entstehen spezifisch dem Retailbereich zurechenbare versunkene Kosten, da die alternativen Anbieter von Festnetzsprachtelefonie hier typischerweise aufgrund der Kundenstruktur individuelle Marktbearbeitungen zu betreiben haben, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren. Die Tatsache, dass für Bestandskunden des Incumbents oftmals ein über einen langen Zeitraum existierendes Vertragsverhältnis und damit verbunden entsprechende Loyalität besteht und somit ein für alternative Wettbewerber nur schwer oder nicht erreichbarer Bekanntheitsgrad des ehemaligen Monopolisten existiert, bzw. die Kundenbindung auf Seiten der Verbindungsnetzbetreiber typischerweise geringer ist, begründen signifikante Wechselbarrieren. Hinzu kommt die Möglichkeit von den Erfolgen der Liberalisierung auch indirekt – ohne selbst zu wechseln – zu profitieren. Damit diese Barrieren überwunden werden, muss von den alternativen Betreibern ein entsprechend aggressiver Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter, insbesondere im Bereich des Preis-, Werbe-, Marketing- und Distributionswettbewerbs forciert werden.

Im Gegensatz zu Privatkundenmärkten kommt auf Nichtprivatkundenmärkten den nicht-preislichen Parametern ein deutlich größeres Gewicht zu. Dies zeigt sich unter anderem am Angebot von speziell an Nichtprivatkunden adressierten Produkten mit individuellen Lösungen hinsichtlich Zusatzdienste, Qualitätsmerkmale oder Serviceleistungen. Das obere Ende solcher Gestaltungsspielräume bilden vollständig integrierte Systemlösungen, in denen projekt-individuell kalkulierte Produktbündel bestehend aus breitbandigen und schmalbandigen Leistungen zusammengeführt werden.

Angesichts solcher Anforderungen hinsichtlich Ressourcen und technischem Know-how ist die Akquisition von Marktanteilen für alternative Wettbewerber auf Nichtprivatkundenmärkten deutlich schwieriger. Vor allem in Hinblick auf (umsatzstarke) Großkunden wird dieses Argument von überproportionaler Bedeutung sein. Auch erklären die für Nichtprivatkunden teils hohen Anforderungen hinsichtlich der Breite des Produktsortiments, dass das bloße Unterbieten innerhalb einzelner Gesprächskategorien aus der Sicht alternativer Wettbewerber eben nur sehr bedingt ausreicht, um bestimmte Kundensegmente ansprechen zu können. Hinzu kommt die Reputationswirkung bzw. der damit verbundene Vorteil des über einen langen Zeitraum etablierten Unternehmens Telekom Austria.

Weitere Faktoren, die den Markteintritt erschweren können, ergeben sich aus der in Tabelle 2 enthaltenen Auflistung von potentiellen Wettbewerbsproblemen.

Insgesamt darf daher auf das Funktionieren der Bestreitbarkeit im Modellsinne nicht vertraut werden – und aufgrund höherer versunkener Kosten, sowie der Bedeutung nicht-preislicher Parameter erst recht nicht bei Nichtprivatkunden, die Marktbarrieren sind auch am gegenständlichen Markt nicht vernachlässigbar.

Zum internationalen Tarifvergleich:

Aus den internationalen Tarifvergleichen können keine systematischen Schlüsse gezogen werden, diese wären allenfalls bei groben Ausreißern zulässig, die Entgelte für Gesprächsleistungen der Telekom Austria bewegen sich vielmehr im Mittelfeld.

Zur Performance:

Die Feststellungen zur Performance zeigen, dass die im Durchschnitt höher gelegenen Preise auch mit einer entsprechenden Kostenüberdeckung für das „Produkt“ Inlandsgespräche (wenn auch nach Gesprächsdistanz verschieden) korreliert sind, sowohl für Privat- als auch für Nichtprivatkunden. Die in der Kontrollmatrix (Tarifmatrix) enthaltenen Preisgestaltungsspielräume bringen relativ große Freiheitsgraden mit sich und es ist daher von einer aktiv unternehmensinduzierten, strategischen Preispolitik auszugehen. Das legt den Schluss nahe, dass dies im Falle einer völligen Deregulierung auf Verbindungsmärkten nur verstärkt werden würden.

Zum technologischen Entwicklungspotential:

Hinsichtlich des technologischen Entwicklungspotentials ist bei Nichtprivatkunden eine zunehmende Bedeutung von (V)PNs absehbar. Aufgrund der Größenvorteile ist davon auszugehen, dass sich speziell die großen, national und international aufgestellten Netzbetreiber auf dem „PN-Markt“ etablieren können, was – zumindest teilweise – wieder Telekom Austria stärken kann. Diese Überlegungen gelten (in noch stärkerem Maße) auch für VPNs, da die Funktionalität eines privaten Netzes lediglich virtuell auf das öffentliche Sprachtelefonienetz abgebildet wird. Aufgrund der technischen Realisierung eines VPNs als Zusammenspiel von Teilnehmervermittlungsstelle und IN profitieren in erster Linie Teilnehmernetzbetreiber – und hier vor allem die großen – von der Migration von Nichtprivatkunden in das VPN-Segment.

Mit der in den nächsten Jahren zu erwartenden Migration zu paketvermittelten Netzen der nächsten Generation (sog. Next Generation Networks, NGN) könnte sich der oben skizzierte Trend zu PNs und VPNs bei Nichtprivatkunden noch weiter verstärken bzw. muss dieser mit besonderer Aufmerksamkeit verfolgt werden. In mittlerer Zukunft könnten gegebenenfalls auch VoB-Produkte auf Basis von naked-DSL eine gewisse Bedeutung erlangen.

Zur Berücksichtigung der Fest-Mobil Konkurrenz bei Inlandsgesprächen wird auf die Feststellung der angemessenen und geeigneten Regulierungsinstrumente verwiesen.

Neben den marktstrukturellen Problemen wirft aber auch die Marktverhaltensdimension nachhaltige Wettbewerbsprobleme vor allem angesichts der asymmetrischen Produkt- und Tarifgestaltungsmöglichkeiten und der gegenüber den ANB historisch bedingten „Incumbency-Vorteile“ (Kundenloyalität, Reputation, tatsächliche oder subjektiv empfundene Qualitätsvorteile) auf. Für Telekom Austria besteht weiters ein Anreiz, Marktmachtübertragungsstrategien („leveraging“, „bundling“) zu forcieren bzw. dadurch „Kampfpreise und/oder Margin-squeeze“ herbeizuführen. Sofern diese erfolgreich sind, besteht die Gefahr, dass alternative Betreiber mit einem Price-Squeeze konfrontiert werden können. Gerade im preislich wenig transparenten Geschäftsbereich für Nichtprivatkunden lässt sich eine derartige Strategie im Wege projektindividuell und bisweilen clusterübergreifender Bündelprodukte gut implementieren.

Zur Bündelung und zur Marktmachtübertragung:

Sofern ANB über Entbündelung Grund- und Verbindungsentgelte gemeinsam verrechnen und kombinieren können, verringert sich die diesbezüglich bei Privatkunden festgestellte Ungleichheit in den Gestaltungsmöglichkeiten, wenn auch nicht gänzlich. Aufgrund der Tatsache, dass der Preisparameter auch bei Nichtprivatkunden die bedeutendste unternehmerische Strategiegröße darstellt und der auch bei Nichtprivatkunden nach wie vor stark asymmetrischen Verteilung auf den Anschlussmärkten kommt diesem Umstand auch entsprechende wettbewerbspolitische Bedeutung zu. Aus diesem Zusammenhang resultiert die Rationalität von Kampfpreisen auf dem gegenständlichen Markt (hohe Marktaustrittskosten für alternative Anbieter, alle alternativen Anbieter treffenden Vertrauensverluste im Falle des Konkurses eines einzigen alternativen Anbieters).

Dies ist wiederum vor dem Hintergrund einer (noch) nicht am Markt angenommenen Resale-Verpflichtung zu sehen, die für symmetrischere Preisgestaltungsspielräume sorgen könnte. Im Gegensatz zu den Privatkunden muss bei Nichtprivatkunden generell mit einer durchgängig hohen Informiertheit auf Seiten der Nachfrager hinsichtlich der optimalen Tarifwahl bzw. „Produktbündelung“ gerechnet werden. Für sich betrachtet, würde dies die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nur fördern, die Wettbewerbsproblematik besteht hierin vielmehr in den teils großzügig gewährten Rabattabschlägen im Rahmen von projektindividuell kalkulierten Gesamtlösungen.

Neben der Gefahr von Kampfpreisen ist zugleich aber auch für andere bzw. weniger preiselastische Nichtprivatkundensegmente mit der Gefahr von überhöhten Preisen zu rechnen, wie dies die Performanceanalyse auch nahe legt. Aufgrund einer durchaus möglichen Preisdiskriminierung ist eine derartig differenzierte Preispolitik auf Seiten der Telekom Austria auch umzusetzen.

Diese Wettbewerbsprobleme konnten bislang aufgrund der bestehenden ex-ante Entgeltregulierung bei Telekom Austria in kontrollierbaren Grenzen gehalten werden. Von einem effektivem Wettbewerb, der lediglich auf Vorleistungs- nicht jedoch auf Endkundenregulierung basiert, kann daher gegenwärtig nicht ausgegangen werden. So kann auch bei Nichtprivatkunden noch keinesfalls von unabhängigen, weil infrastrukturbasierten Wettbewerbskräften gesprochen werden.

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 (Wholesalemärkten) 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 wettbewerbspolitische 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.

Zu den Preisen:

Telekom Austria kann auf dem gegenständlichen Markt einen vergleichsweise höheren „Mark-up“ aufrechterhalten. Weiters lässt sich am gegenständlichen Markt seit 2003 eine Phase der preislichen Stabilisierung insbesondere bei den „reinen“ Sprachtelefonieprodukten (ohne Dial-In) feststellen.

Insbesondere die von Telekom Austria in der Vergangenheit auf den Festnetzendkundenmärkten eingeführten Optionstarife zeigen, dass den reinen Verbindungsnetzbetreibern ein typischerweise geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht. So beinhalten die von Telekom Austria angebotenen Tarifbündel 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 Tarifsysteem 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“ Tarifen zur Verfügung gestellt werden können. 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.

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.

Bei Nichtprivatkunden kann zwar ein vielschichtiger ausgestaltetes Tarifschema festgestellt werden, speziell wenn diese über entbündelte Teilnehmerleitungen direkt am alternativen Betreiber angeschlossen sind. Dennoch bleibt auch in diesen Fällen das Ausmaß an Preisdifferenzierung im Vergleich zum umfassend modular konzipierten Tarifgefüge der Telekom Austria eher gering. Insbesondere für den schmalbandigen Bereich der Sprachtelefoniedienstleistungen besitzen die diversen Entbündelungsformen nur relativ geringe Relevanz.

Neben der hohen Modularität zwischen Anschluss- und Verbindungsprodukten wurde im ersten Quartal 2005 von der Telekom Austria mit dem Produkt „Office Pakete“ erstmals ein Bündelprodukt, welches die Komponenten Festnetzsprache, Mobilfunk und Breitbandinternet beinhaltet, den Endkunden (insbesondere den Nichtprivatkunden) angeboten.

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-Squeeze 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 (auch 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 wie festgestellt, nach wie vor eine substantielle Abhängigkeit von infrastrukturbasierten Vorleistungen, und somit ein nicht unwesentliches Margin-squeeze Potential. Auch allfällige Effizienzvorteile auf Endkundenebene können für VNB 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.

Aus der Untersuchung geht hervor, dass das Unternehmen Telekom Austria auf dem Markt „Inlandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“ insbesondere aufgrund der spezifischen Marktstrukturmerkmale, mit nach wie vor signifikanten und stabil bleibenden Umsatzmarktanteilen von rund 60%, sowie der weiterhin generell auch bei Inlandsgesprächen nicht vernachlässigbaren Marktbarrieren, ihrer vertikalen Integration und der nicht gegebenen nachfrageseitigen Gegenmacht über im wirtschaftlichen Sinne bedeutende Marktmacht verfügt.

Kompetitive Impulse von außerhalb des Marktes sind jedoch von den Angeboten bestehender Mobilfunkanbieter zu erwarten. Hinzu kommt auch bei Nichtprivatkunden – wenn auch in abgeschwächter Form – eine beträchtliche Vorleistungsabhängigkeit der alternativen Wettbewerber. Auf Seiten der Telekom Austria besteht ein Anreiz, Marktmachtübertragungsstrategien („leveraging“, „bundling“) zu forcieren bzw. dadurch „Kampfpreise und/oder Margin-squeeze“ auf Verbindungsmärkten herbeizuführen. Sofern diese erfolgreich sind, besteht die Gefahr, dass alternative Betreiber mit einem Price-Squeeze konfrontiert werden können. Diese Wettbewerbsprobleme konnten bislang insbesondere aufgrund der ex-ante Entgeltregulierung bei Telekom Austria in kontrollierbaren Grenzen gehalten werden. Von einem effektivem Wettbewerb, der lediglich auf Vorleistungs- nicht jedoch auf Endkundenregulierung basiert, kann daher gegenwärtig nicht ausgegangen werden.

Eine grundlegende Änderung innerhalb der nächsten 1-2 Jahre kann vor dem Hintergrund der gegebenen Wettbewerbssituation und der absehbaren Entwicklungen 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**

#### **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.

##### *4.2.1.2. Anwendung auf identifizierte Wettbewerbsprobleme*

Derzeit ist Telekom Austria dazu verpflichtet, die Betreiber(vor)auswahl zuzulassen. Sie fördert 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 bzw. des market foreclosure auf Verbindungsmärkte wie dem gegenständlichen 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 auf mittlere Sicht nicht absehbarer Replizierbarkeit einem Ende der potentiell wettbewerbsfähigen Strukturen auf dem gegenständlichen Gesprächsmarkt gleichkommen.



Die festgestellten Marktanteilsgewinne der alternativen Betreiber auf dem gegenständlichen Markt stehen in engem Zusammenhang mit der Marktentwicklung von „Call by Call (CbC)“ bzw. „Carrier Preselection (CPS)“.

Bis Dezember 2005 entschieden sich mehr als 930.000 Teilnehmer dauerhaft über einen alternativen Netzbetreiber (ANB) zu telefonieren. Hinsichtlich CbC ist aktuell mit einem Niveau von etwa 400.000 CbC Kunden zu rechnen. Generell lässt sich bei CbC langfristig ein deutliches Absinken beobachten, bei CPS-Ständen hingegen lediglich eine leichte Stagnation, die teilweise auch auf die zunehmende Verbreitung der Entbündelungsaktivitäten bzw. den damit einhergehenden Wechsel in den Geschäftsmodellen der ANB zurückzuführen ist. Da CbC teils auch neben CPS verwendet werden (kann), kann zudem keine einfache Summenbildung durchgeführt werden, vielmehr deutet die Gesamtentwicklung darauf hin, dass gewisse Substitutionseffekte zwischen diesen beiden Zugangsformen vorliegen.

Die Größenordnungen zeigen jedenfalls, dass diese besonderen Zugangsverpflichtungen zu den wesentlichen Instrumenten der Liberalisierung am Festnetzsektor gehörten und nach wie vor eine essenzielle Basisregulierung auf Vorleistungsebene darstellen. Dies deshalb, da sie rasch Wettbewerb ermöglichten bzw. ANB in den Markt eintreten ließen, die selbst über keine eigene Infrastruktur im Anschlussbereich verfüg(t)en. Durch die Möglichkeit, auf die bestehende Infrastruktur der Telekom Austria zurückzugreifen, können sie ihre Dienste in kurzer Zeit bundesweit anbieten, ohne langwierig vorher ein eigenes (flächendeckendes) Netz errichten zu müssen.

Die Tatsache, dass auf dem horizontal benachbarten Anschlussmarkt im Wesentlichen monopolistische Strukturen vorliegen, zieht eine fortwährende Abhängigkeit von Verbindungsnetzbetreibern hinsichtlich 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 bzw. dem gegenständlichen Markt in sich zusammenfallen.

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 geringe Anzahl alternativer infrastrukturbasierter Anschlüsse, die auch in den monopolistischen Strukturen bei Originierungsleistungen spiegelbildlich zum Ausdruck kommt, würde es nicht erlauben, hier auf wettbewerbliche Alternativangebote zu vertrauen.

#### 4.2.1.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Wie 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 komplementären Verbindungsmärkten wie dem gegenständlichen sicherzustellen und die identifizierten Probleme hintanzuhalten. Obwohl sie den Wettbewerb auf den Zugangsmärkten per se nicht fördert, sodass die Wettbewerbsprobleme auf diesen Märkten durch eine solche Verpflichtung unverändert bleiben, unterbindet diese Verpflichtung Möglichkeiten der Marktabschottung (foreclosure) auf Verbindungsmärkte wie dem gegenständlichen und schafft somit erst eine zentrale Voraussetzung für effektiven Wettbewerb in diesen Märkten. Dies deshalb, weil die Betreiber(vor)auswahl zwar den Zugang an sich für die Bereitstellung von Verbindungsleistungen an Endkunden durch Dritte sicherstellt, aber nicht geeignet ist,

auf Marktverhalten beruhende wettbewerbsbeschränkende Praktiken, wie dem Bündelungsproblem (in Form der horizontalen Marktmachtübertragung) zusammen mit Kampfpreisen bzw. eines Margin-squeeze zu begegnen. Aus ökonomischer Sicht ist die Verpflichtung der Betreiber(vor)auswahl nach § 46 TKG 2003 (die aus ökonomischer Sicht eine Vorleistungsverpflichtung am Markt für Originierung darstellt) daher ein notwendiges aber kein hinreichendes adäquates und geeignetes Instrument, Telekom Austria daran zu hindern, ihre Marktmacht auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt zu übertragen. 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 und der gegenständliche Verbindungsmarkt folglich gegen Wettbewerb abgeschottet werden.

#### 4.2.1.4. Fazit

Dieses Instrument ist in Verbindung mit einer WLR-Verpflichtung auf dem benachbarten Zugangsmarkt (siehe dazu sogleich Punkt B 4.2.2) – die Annahme von WLR am Markt allerdings vorausgesetzt – ausreichend, die festgestellten strukturellen und verhaltensinduzierten Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Verbindungsmärkten, wie insb. die Anwendung von Kampfpreisen bzw. Herbeiführung eines Margin-Squeeze und die Produktbündelung adäquat zu lösen.

Da sie gewisse Möglichkeiten der Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte 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 dem gegenständlichen Verbindungsmarkt zu bekämpfen.

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

Unter dem Begriff „Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung“ 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. Auch in den zu diesem Verfahren parallel geführten Verfahren zu M 1/06 und M 2/06 wird WLR als regulatorische Verpflichtung angeordnet. Dieser Verpflichtung kam die Telekom Austria nach, indem sie am 22.03.2005 ein Standardangebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung vorlegte.

Die Konditionen dieses Standardangebotes wurden von der Telekom-Control-Kommission nicht beanstandet. „Resale“ wird jedoch in Österreich derzeit nicht in Anspruch genommen.

#### 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 auf den Zugang- und Verbindungsmärkten, 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 benachbarten Zugangsmarkt verfügen, den Zugang zu ihrem Vorleistungsprodukt verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (ERG-Prinzip 2).

Die mit einer WLR-Verpflichtung auf dem benachbarten Zugangsmarkt verbundenen Möglichkeiten stärken die Position der alternativen Betreiber auf dem gegenständlichen Markt, da ihnen insbesondere durch Resale 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 (etwa 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, allerdings nur, 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.

#### 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. Aus dem gleichen Grund können auch die festgestellten Wettbewerbsprobleme der selektiven Kampfpreise (bzw. margin-squeeze) und der kundenindividuellen Gesamtlösungen 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 („Resale Neu“), 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 Resale-Produktes gegebenenfalls zu reduzieren. Die in der reduzierten 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 preisdisciplinierenden Effekten gerechnet werden darf.

#### 4.2.2.4. Fazit

Effektiv könnte den festgestellten Wettbewerbsproblemen der antikompetitiven Preise und der Bündelung 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.

Da dieses Regulierungsinstrument aber mangels derzeitiger Verbreitung am österreichischen Markt faktisch nicht geeignet ist, die festgestellten Wettbewerbsprobleme am gegenständlichen Markt für die voraussichtliche Geltungsdauer dieses Bescheides (2 Jahre) zu bekämpfen, ist die Auferlegung zusätzlicher Regulierungsinstrumente erforderlich.

### **4.2.3. Entbündelung – Markt gem. § 1 Z 13 TKMVO 2003 idgF**

#### 4.2.3.1. 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). Aufgrund der derzeit vom Markt nicht in Anspruch genommenen Möglichkeit zu WLR, 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. Die Entbündelung dient der Verbesserung der marktstrukturellen Gegebenheiten auf den benachbarten Zugangsmärkten und der Hintanhaltung der damit verbundenen Gefahr der Marktmachtübertragung (unter anderem) auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt und somit mittelbar auch zur Hintanhaltung von kundenspezifischen Kampfpreisen bzw. Margin-Squeeze.

#### 4.2.3.2. 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 6 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 6 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.

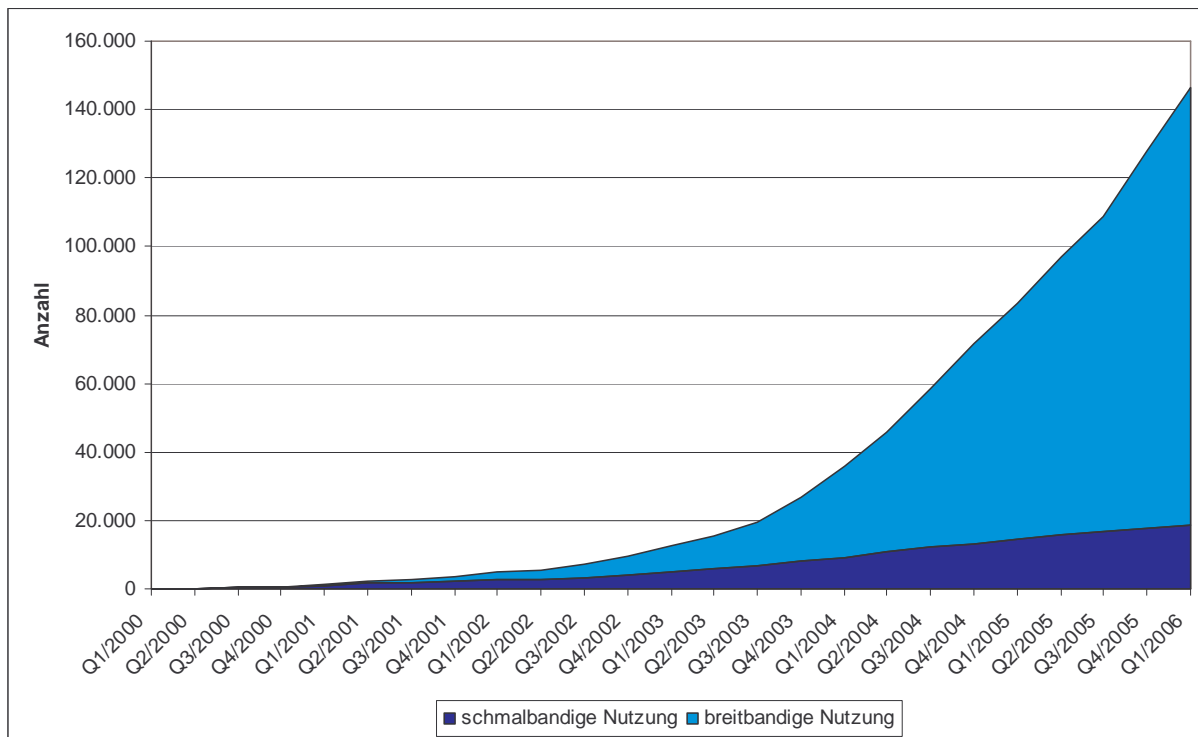


ABBILDUNG 6: ENTWICKLUNG VON ULL IN ÖSTERREICH

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.

Nicht zuletzt aus Abb. 6 folgt, dass die Entbündelungsverpflichtung allein aufgrund ihrer geringen tatsächlichen Marktbedeutung für die Festnetzsprachtelefonie bislang kein (flächendeckender) Ersatz für eine entsprechende Endkundenregulierung auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt sein kann. 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 Kampfpreise bzw. Margin-Squeeze in Verbindung mit Produktbündelung anzusetzen.

#### 4.2.3.3. 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 geringern 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.

#### 4.2.3.4. Fazit

Keinesfalls kann daher die Entbündelungsverpflichtung ein (flächendeckender) Ersatz für eine entsprechende Endkundenregulierung weder allein noch im Zusammenspiel mit WLR bzw. naked DSL sein. In der näheren Zukunft wird auch die konkrete regulatorische Verpflichtung zu WLR aus den angeführten Gründen (Investitionsaufwand, geringe Skalierbarkeit, geringer Spielraum) keine marktstrukturellen Umstürze mit sich bringen. Eine substantielle Änderung ist daher auch 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.

### 4.2.4. Mietleitungen – Multi-ISDN

#### 4.2.4.1. Zweck und Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme:

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

In dem mit Abstand kompetitivsten Segment des zum gegenständlichen Verbindungsmarkt für Nichtprivatkunden benachbarten Zugangsmarkt für Nichtprivatkunden konnten ANB im Jahr 2005 immerhin knapp 30% der Anschlussmarktanteile auf sich vereinigen, was sowohl auf die obig erwähnte Entbündelungsverpflichtung als auch die existierenden (Zugangs-)Verpflichtungen auf Mietleitungs(vorleistungs-)märkten zurückzuführen ist.

Dennoch bleiben die kumulierten Auswirkungen auf dem benachbarten Zugangsmarkt angesichts der dortigen Marktanteile der Telekom Austria mit rund 89% bei 64kbit/Äquivalenten bzw. rund 93% bei Umsatzmarktanteilen selbst im Jahr 2005 noch relativ gering.

#### 4.2.4.2. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten:

Da die erwähnten Mietleitungsarten (inkl. Multi-ISDN) nur geringe praktische Relevanz für diesen Verbindungsmarkt besitzen, können sie auch in Kombination mit anderen Regulierungsinstrumenten nicht zur Hintanhaltung der festgestellten Wettbewerbsprobleme beitragen.

#### 4.2.4.3. Fazit

Dieses Regulierungsinstrument kann daher schon mangels praktischer Relevanz auf dem benachbarten Zugangsmarkt auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt für Nichtprivatkunden keinen hinreichenden Ersatz für eine Endkundenmarktregulierung darstellen.

### 4.2.5. Naked DSL

#### 4.2.5.1. 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 Festnetzsprachtelefonie 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.

#### 4.2.5.2. Anwendung auf die identifizierte Wettbewerbsprobleme:

Der Zugang zu „naked-DSL“-Produkten auf Vorleistungsebene ermöglicht es alternativen Betreibern auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt, Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie (VoB: 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 Prognosezeitrahmen (ca. 2 Jahre) noch keine effektiven Auswirkungen.

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

#### 4.2.5.3. 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 Produkten des benachbarten Zugangsmarktes. Naked-DSL ist hinsichtlich seiner Geeignetheit zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme (Kampfpreise, margin squeeze, kundenenindividuelle Gesamtlösungen sowie Produktbündelung) mit WLR vergleichbar, allerdings setzt naked-DSL einen existierenden Breitbandanschluss des Endkunden voraus.

In der gegenwärtigen Marktsituation, in der der Erfolg von naked DSL am Markt aufgrund der erst im Februar 2006 erfolgten Einführung 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 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 ineinander greifen um das Ausmaß der ex-ante Entgeltkontrolle in Abhängigkeit vom zukünftigen Markterfolg eines Resale-Produktes bzw. von naked DSL gegebenenfalls reduzieren zu können.

#### 4.2.5.4. Fazit

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



#### **4.2.6. Verpflichtungen auf den Originierungs- und Terminierungsmärkten sowie am Transitmarkt**

##### 4.2.6.1. Zweck und Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme:

Hinsichtlich der gem. § 41 TKG 2003 auferlegten Verpflichtungen am Markt für Originierungsleistungen können das Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen, die Führung von Verhandlungen, die Zusammenschaltung von Netzen und das Verbot der nachträglichen Verweigerung bereits gewährter Zugänge sowie begleitende Auflagen wie insbesondere Kostenorientierung und Nichtdiskriminierung verstanden werden. Diesen Verpflichtungen auf der Vorleistungsebene entspricht auf der Endkundenebene (wie auch auf dem gegenständlichen Markt) die auf dem benachbarten Zugangsmarkt gemäß § 46 TKG 2003 auferlegte Verpflichtung zur „Betreiber(vor)auswahl“; Diese Verpflichtungen sind zwar auf unterschiedlichen relevanten Märkten auferlegt worden, ermöglichen aber in kongruenter, einander ergänzenden, Form Dienstewettbewerb auf Endkundenebene. Die Verpflichtungen auf den Originierungs- und Terminierungsmärkten sind hinsichtlich des Kostenrechnungsstandards „detaillierter“ auferlegt als die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl, und können letztere daher nicht ersetzen.

##### 4.2.6.2. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten:

Hinsichtlich allfälliger Verpflichtungen am nationalen Transitmarkt ist festzustellen, dass Regulierungsinstrumente auf dem Transitmarkt auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt nicht zur adäquaten Lösung der marktgegenständlichen Wettbewerbsprobleme beitragen können. Ferner ist festzustellen, dass gegenwärtig von kompetitiven Marktverhältnissen ausgegangen wird, bzw. eine spezifische Transitmarktregulierung nicht notwendig erscheint. Zudem zeigt auch die empirische Dimension eine ohnedies geringe Gesamtbedeutung für die Endkunden(gesprächs)märkte: Betrachtet man etwa nur die regulatorisch festgelegten Entgelte der wichtigsten Transitverkehrsart („V5“: Peak 0,28 Eurocent, Off-Peak: 0,14 Eurocent; ohne USt), so resultiert bei Gegenüberstellung mit durchschnittlichen Endkundenpreisen für Inlandsgesprächsleistungen ein entsprechend geringer Anteil. Setzt man für diese einen durchschnittlichen Preis (d.h. in Bezug auf Privat- und Nichtprivatkunden, sowie hinsichtlich der Differenzierung peak und off-peak) in Höhe von 5,5 Eurocent (inkl. USt) an, so beträgt der den Transitleistungen zurechenbare Inputkostenanteil für das marktgegenständliche Endkundenprodukt nur knapp 5 % (ON 27, Kapitel 3.3.2.1.2).

##### 4.2.6.3. Fazit:

Diese Verpflichtungen können keinen Ersatz für die auferlegten Endkundenregulierungsinstrumente darstellen.

#### **4.2.7. Gleichbehandlungsverpflichtung**

##### 4.2.7.1. Zweck:

Als Alternative zur Entgeltkontrolle in der Ausprägung einer Kostenorientierung ist zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflichtung (gemäß § 38 TKG 2003) auf den benachbarten Vorleistungsmärkten in Kombination mit der getrennten Buchführung die Entgeltkontrolle auf dem gegenständlichen Markt ersetzen kann. 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. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise auf Vorleistungsebene transparent

gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten.

#### 4.2.7.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme:

Dennoch kann die Gleichbehandlungsverpflichtung selbst nicht als gleichwertig zur Entgeltkontrolle auf dem gegenständlichen Markt betrachtet werden, weil erstens die Verpflichtung auf der Vorleistungsebene nur sehr abstrakt auferlegt werden kann und zweitens Zugangsformen für Dritte, die das Unternehmen sich selbst nicht anbietet, von der Gleichbehandlungsverpflichtung auf Vorleistungsebene nicht hinreichend umfasst werden. Darüberhinaus deckt drittens diese Bestimmung primär den Missbrauch mittels nicht-preislicher Praktiken ab. Die spezifischen (verhaltensbasierten) Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt (Kampfpreise, Produktbündelung im Zusammenhang mit Marktmachtübertragung und Projektgeschäfte) können alleine mit einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung auf den benachbarten Vorleistungsmärkten nicht bekämpft werden.

Darüber hinaus wäre die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung auf der Vorleistungsebene alleine kein gelinderes Mittel, um die Wettbewerbsprobleme dieses Marktes zu bekämpfen, da, um gleiche Effektivität der Regulierung sicher zu stellen, die Intensität der Auflagen vergleichbar sein müsste.

#### 4.2.7.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten:

Dieses Regulierungsinstrument stellt eine begleitende Hilfsmaßnahme in Bezug auf Vorleistungsregulierungen dar bzw. vermag bei entsprechender Wettbewerbskonstellation allenfalls eben diese zu ersetzen, nicht hingegen Endkundenverpflichtungen gemäß § 43ff TKG 2003.

#### 4.2.7.4. Fazit:

Die Kombination von Gleichbehandlungsverpflichtung auf Vorleistungsebene und getrennter Buchhaltung kann daher die auferlegten Endkundenregulierungsinstrumente auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt nicht ersetzen.

### **4.2.8. Transparenzverpflichtung**

#### 4.2.8.1. Zweck

Dieses Regulierungsinstrument verpflichtet das marktmächtige Unternehmen, in Bezug auf den Zugang 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 oder eliminieren.

#### 4.2.8.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Es kann nicht sinnvoll in Erwägung gezogen werden, wie die bloße Transparenz von Vorleistungskonditionen die angeführten Wettbewerbsprobleme auf Endkundenebene einschränken oder gar eliminieren sollte. So wäre einem alternativen Anbieter, der sich am Markt mit nachhaltig antikompetitiven Preisen konfrontiert sieht, selbst mit einer minutiösen Darlegung sämtlicher Vorleistungs- oder auch Endkundenkonditionen wenig geholfen bzw. würde dies nichts an der Existenzgefährdung seines Unternehmens etwa im Falle einer erfolgreichen Verdrängungsstrategie ändern.

#### 4.2.8.3. Fazit:

Das Regulierungsinstrument der Transparenz kann daher die angeordneten Endkundenregulierungsinstrumente nicht ersetzen.

### 4.2.9. **Entgeltkontrolle**

#### 4.2.9.1. Zweck

Dieses Regulierungsinstrument dient aus ökonomischer Sicht der Bekämpfung des festgestellten Wettbewerbsproblems der Kampfpreise und des Margin-Squeeze sowie der ungerechtfertigten Bündelung von Produkten.

#### 4.2.9.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Den festgestellten Wettbewerbsproblemen (Kampfpreise, Margin-Squeeze, (individuelle) Rabatte im Rahmen von Bündelprodukten, Projektgeschäfte im Zusammenhang mit Marktmachtübertragung) kann gegenwärtig nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer Entgeltkontrolle effizient begegnet werden.

Neben der Hintanhaltung von Kampfpreisen bzw. Margin-Squeeze-Praktiken erfüllt die derzeitige Verpflichtung, die Entgelte und AGB sowie deren Änderungen vor Anwendung am Markt bei der Regulierungsbehörde zur Genehmigung zu beantragen, auch den Zweck, dass der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht (etwa durch Bündelung von Produkten) 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.

#### 4.2.9.3. 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 Fassung der TKMVO.

Die Restriktionen in den Zeilen- und Spaltensummen der Kontrollmatrix (Randbedingungen der folgenden Tabelle 3 – „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 3: SYSTEMATIK DER KONTROLLMATRIX

<b>Grund- und (korrespondierende) Herstellungsentgelte (Tarifmodellname)</b>	<b>Verbindungszone in nat. Festnetze</b>	<b>Verbindungszone in nat. Mobilnetze</b>	<b>Verbindungszone ins Ausland</b>	<b>Randbedingung</b>
(Geschäftstarif 1)	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
(Geschäftstarif 2)	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
(TT-Business)	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
(TT-Office)	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
TT-Business Plus	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
TT-Business Top	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
TT-Privat	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
Standardtarif (impulstarifert)	EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
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 Erbringung von Verbindungsleistungen heranzuziehen (=Zusammenschaltungskosten). Neben den Aufwendungen für die angeführten 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 (FL-LRAIC) enthalten, jedoch für das Anbieten von Endkundendiensten essentiell sind (etwa Joining Link Kosten oder sonstige zusätzliche Netzkosten).

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. Ferner wurde in der bisherigen Regulierungspraxis 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. Bei allen Berechnungen zur Kostenorientierung von Verbindungsentgelten sind immer die tatsächlichen Minutenerlöse (und nicht die von Telekom Austria angegebenen tarifblattmäßigen Minutenentgelte) heranzuziehen.

Die in den Spaltensummen spezifizierten zonenbezogenen „Größer-Gleich-Bedingungen“ („≥“) bringen zum Ausdruck, dass der strengere Prüfungsmaßstab bei Verbindungsleistungen eindeutig bei der Kontrolle von Untergrenzen liegt. Waren in den vergangenen Tarifgenehmigungsverfahren also für einzelnen Zonenbereiche signifikant

positive Kostendeckungsgrade festzustellen, so ist dies insofern nicht als widersprüchlich zu werten, als in Verbindungszonen bezüglich der Preisobergrenze zunehmend auf wettbewerbliche (anstelle von regulatorischen) Restriktionen vertraut werden kann. Die potentiellen Wettbewerbsprobleme äußern sich angesichts der späten Liberalisierungsphase vielmehr in der Gefahr von Kampfpreisen bzw. Margin-Squeeze-Praktiken, denen eben regulatorisch im Wege der ex-ante Tarifgenehmigung entsprochen werden muss.

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.

Aufgrund der Konzernverbundenheit zwischen Telekom Austria und Mobilkom Austria waren des weiteren die Endkundenentgelte des Festnetzbereichs der Mobilkom Austria immer auch von der Genehmigungspflicht mitumfasst, da ansonsten die Gefahr einer Umgehungsmöglichkeit der Regulierungsverpflichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens Telekom Austria gegeben wäre.

#### 4.2.9.4. Die aus ökonomischer Sicht zukünftig angemessene Form der Preisregulierung

Da die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene nicht ausreichen, um die Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen, ist die Preisregulierung von Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderungen vorzusehen, wobei auf die Bestimmungen nach § 43 Abs. 2 und 3 TKG 2003 Bedacht zu nehmen ist. Für die Wettbewerbsprobleme der Kampfpreise bzw. Margin-Squeeze-Praktiken, der ungerechtfertigten Bündelung von Diensten und der Bevorzugung bestimmter Endkundengruppen (Rabattgestaltungen im Rahmen individueller Gesamtlösungen) eignen sich die Verpflichtungen nach § 43 Abs. 2 und 3 TKG 2003 aus ökonomischer Sicht insofern, als das Unternehmen Kampfpreise und ungerechtfertigte Bündelungen zu unterlassen hat und Endnutzer nicht unangemessen bevorzugen darf. Damit werden die Wettbewerbsprobleme gezielt adressiert und Marktmachtmissbrauch verhindert.

Aus den Feststellungen zur Wettbewerbsanalyse des gegenständlichen Marktes ergibt sich, dass der intermodale Wettbewerb mit den Mobilfunkbetreibern eine für den gesamten Festnetzsektor (d.h. nicht bloß auf das SMP-Unternehmen bezogen) grundlegende Entwicklung darstellt. Insbesondere abnehmende Verbindungsumsätze für Inlandsgespräche im Festnetz gehen mit positiven Wachstumsraten im Mobilfunk einher.

Der erwähnte intermodale Wettbewerb mit den Mobilfunkbetreibern ist in geeigneter Form im Rahmen der Spezifikation der angemessenen und geeigneten Regulierungsinstrumente mit zu berücksichtigen.

So kann in Hinblick auf Mobilfunkanbieter tatsächlich von Konkurrenz außerhalb der Festnetzmärkte ausgegangen werden, insofern Mobilfunkprodukte als solche einen gewissen, disziplinierenden Wettbewerbsdruck insbesondere auf Gesprächsmärkte auslösen. Ein tatsächlicher Markteintritt als Festnetzanbieter bzw. eine mehr oder weniger aufwendige Angebotsumstellung hat hierbei gar nicht zu erfolgen. Selbst wenn sich ein Mobilfunkbetreiber entscheiden sollte, auch als Festnetzanbieter – entweder über eigene Festnetzbereiche oder aber über Kooperationsverträge mit bestehenden Festnetzanbietern – auf Gesprächsmärkten zu agieren, so wären die zu überwindenden Markteintrittsbarrieren als vergleichsweise gering einzustufen bzw. mit denen am Privatkundenmarkt für Auslandsgespräche vergleichbar. Dies deshalb, da alle Mobilfunkanbieter bereits über eine entsprechende Markenpräsenz, Netzwerkkomponenten, Zusammenschaltungen und Distributionskanäle sowie einschlägige Marktkenntnis sowie über einen eigenen Festnetzarm verfügen.

Die vom Mobilfunk ausgehenden intermodalen Wettbewerbsimpulse legen es aus ökonomischer Sicht nahe, nunmehr bei Geschäftsleistungen von der bisherigen Form der Preisregulierung zugunsten einer stärker von ex-post Elementen geprägten Preisregulierung („unechte“ ex-post Kontrolle) abzugehen.

Die Eckpfeiler des klassischen ex-ante Entgeltgenehmigungsverfahrens wurden bereits im Rahmen der Matrixdarstellung ausführlich beschrieben. Hierin kam zum Ausdruck, dass selbst in dieser vermeintlich strengen Form der Endkundenpreisregulierung signifikante Freiheitsgrade in der Preisgestaltung des regulierten Unternehmens enthalten waren. Ein Abgehen in Richtung eines klassischen ex-post Regimes führt also zu einer zunehmenden Erhöhung dieser Preisgestaltungsspielräume (insbesondere hinsichtlich des preislichen Reaktionsvermögens der Telekom Austria - „time to market“). In Fällen, in denen es ausschließlich auf Grundlage des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu allfälligen Kontrollen antikompetitiven Verhaltens kommt, muss ein derartiges Verhalten durch die zuständige Wettbewerbsbehörde bewiesen werden, wobei die entsprechenden Informationsgrundlagen auch tatsächlich erst im nachhinein erhoben werden können. Die vorhin als „unechte“ ex-post Regulierung bezeichnete Ausprägungsform stellt sich folglich als eine (strikt) zwischen diesen beiden „Endpunkten“ liegende Form der Preisregulierung dar. So unterscheidet sich diese unechte ex-post Regulierung von den Möglichkeiten des allgemeinen Wettbewerbsrechts etwa dahingehend, dass hierin aus ökonomischer Sicht vorab Berichts- und Anzeigepflichten vorgesehen sind, und Vorabprüfkriterien zugrunde gelegt sein können bzw. werden.

Genau diese Vorabverpflichtungen verleihen einer unechten ex-post Regulierung den aus wettbewerblichen Überlegungen (noch) erforderlichen Präventivcharakter bzw. bilden diese Elemente einer ex-ante Regulierung genau die spezifische Differenz zu einer klassischen ex-post Regulierung.

Konkret erscheint am gegenständlichen Markt aus ökonomischer Sicht die Überführung der bestehenden ex-ante Tarifgenehmigung in ein Anzeige- bzw. Widerspruchsverfahren als ausreichend, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen. Da Entgelte und AGB nicht sinnvollerweise voneinander isoliert betrachtet werden können, sollten diese – analog zur Vorgehensweise bei Zugangsleistungen – im Rahmen des obig skizzierten unechten ex-post Verfahrens eben in einer gemeinsamen Anzeige der Regulierungsbehörde vorgelegt werden. Die Verpflichtung, wonach Entgelte und AGB gemeinsam der (jeweils relevanten Form der) Entgeltkontrolle unterliegen, ist aus ökonomischer Sicht zum einen darauf zurückzuführen, dass ansonsten Umgehungen einer bloßen Entgeltregulierung möglich wären, zum anderen könnten sonst Maßnahmen gesetzt werden, die geeignet wären, signifikante Wechselbarrieren zu errichten.

Die im Rahmen der unechten ex-post Kontrolle dem regulierten Unternehmen eingeräumte Preisflexibilität gewährt im Vergleich zur bisher angewandten ex-ante Genehmigungskontrolle signifikante zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten.

Die gewählte Form der Preisregulierungen für Änderungen der Tarife und des Tarifgefüges ist gleichzeitig aber auch ein adäquates und verhältnismäßiges Mittel, um insbesondere den Wettbewerbsproblemen der Anwendung von Kampfpreisen bzw. Margin-Squeeze-Praktiken und der ungerechtfertigten Bündelung von Diensten zu begegnen. Im Einzelfall soll aber aus ökonomischer Sicht die Regulierungsbehörde die (nachholende) Genehmigung der angezeigten Tarife aufgrund nicht gegebener Kostendeckung bzw. Unmöglichkeit der Replizierbarkeit untersagen können.

Voraussetzung für einen, im Einzelfall möglichen Widerspruch der Regulierungsbehörde aufgrund nicht gegebener Kostendeckung bzw. Unmöglichkeit der Replizierbarkeit sind die gleichzeitig mit der Anzeige der Tarife und der allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie

Leistungsbeschreibungen zu übermittelnden Kostenrechnungsdaten, Kalkulationsunterlagen und, sofern zumutbar, die äußere Gestaltung der angezeigten Produkte in Entwurfsform (Werbemittel). Diese Daten sind daher bei jeder Anzeige gem. Spruchpunkt 2.1. an die Regulierungsbehörde zu übermitteln, wobei Telekom Austria in diesen Unterlagen die wettbewerbliche Verträglichkeit auf Basis der in weiterer Folge beschriebenen Prüfungsmaßstäbe nachzuweisen hat.

Da sich Entgelte und AGB sinnvoller Weise nicht isoliert betrachten lassen, sind Entgelte und AGB und ihre Änderungen gemäß § 43 TKG 2003 allesamt der Regulierungsbehörde anzuzeigen, sofern es zu Änderungen in den Entgelten und/oder AGB für marktgegenständliche Verbindungsleistungen kommt. Bereits genehmigte AGB, die von einer geplanten Tarifmaßnahme unberührt bleiben, bedürfen hingegen keiner weiteren Anzeige. Die Anzeige 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. Dies gilt für sämtliche Gesprächsmärkte der Sprachtelefonie, auf denen Telekom Austria eine SMP-Stellung innehat.

Hinsichtlich des Umfangs der unechten ex-post Regulierung ergeben sich aus den Prüfkriterien der Kontrollmatrix (dazu unten) nachfolgend die wesentlichsten Verpflichtungen:

- Kostenorientierung von Verbindungsentgelten zu allen Inlandszonen, in Fest- und Mobilnetze; Privat- und Nichtprivatkunden; nicht jedoch für Auslandsgespräche von Privatkunden)
- Mobile Retention: Tarife für Gespräche in Mobilnetze sind darüber hinaus in dem Sinn kostenorientiert zu gestalten, als auf die Vorleistungskosten der Terminierung in das jeweilige Mobilnetz ein zielnetzunabhängiges (kostenorientiertes) Entgelt für die von Telekom Austria erbrachten Leistungen aufgeschlagen wird und an die Endkunden zur Verrechnung gelangt. Analog zu den Entscheidungen in den Marktanalyseverfahren M 3-4/03 und M 6/03, muss dabei nur mehr eine proportionale Differenzierung zwischen Gesprächen zu verschiedenen Mobilfunkbetreibern aus den zu Grunde liegenden Terminierungsentgelten im Jahresmittel ableitbar sein. Das Verhältnis einer allfälligen Differenzierung der Entgelte zu Mobilfunk nach Geschäftszeit und Freizeit muss bei Verbindungen zu allen Mobilnetzbetreibern gleich sein.
- Kostenorientierung der Tarife für Rufe in den Nummernbereich 07xx
- Kostenorientierung der Tarife für Rufe zu privaten Netzen in den Nummernbereich 05xx
- Kostenorientierung der Tarife innerhalb VPNs, insofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt
- Kostenorientierung von Verbindungsnetzbetrieb; (eine potentielle Umgehung seitens des regulierten Unternehmens soll dadurch verhindert werden)
- Kostenorientierung von Rabatten
- Kostenorientierung der Tarife verbundener Unternehmen auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt

Integraler Bestandteil der nachträglichen Prüfung bei Gesprächsleistungen soll dabei gemäß den Kriterien der Kontrollmatrix (vgl. die folgende Tabelle 4) die Analyse von Auswirkungen geplanter Tarifänderungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der alternativen Netzbetreiber sein. Damit soll, soweit regulatorisch möglich, die Gefahr, dass Kampfpreise bzw. Margin-Squeeze Anwendung finden, verhindert werden.



Das regulierte Unternehmen ist dabei gemäß den obigen Ausführungen zur „unechten“ ex-post Regulierung dazu angehalten, der Regulierungsbehörde zeitgleich mit einer erfolgten Tarifanzeige eine fundierte Überprüfung der wettbewerblichen Verträglichkeit hinsichtlich Replizierbarkeit, Margin-squeeze (Kostenorientierung) und Hintanhaltung von Marktmacht (Kriterien der auf Gesprächsleistungen reduzierten Kontrollmatrix) der beabsichtigten Tarifmaßnahme samt all den dafür erforderlichen Daten plausibel und nachvollziehbar darzulegen sowie in elektronischer Form zu übermitteln. Von dieser Verpflichtung sind auch sogenannte „Bonuspakete“ bzw. generell Optionaltarife umfasst. Letztere wurden zwar in vergangenen Tarifgenehmigungsverfahren separat überprüft, sind jedoch methodisch gesehen ebenfalls Teil der Kontrollmatrix. Auch zukünftig erscheint die materielle Prüfung von Bonuspaketen anhand der bisherigen Genehmigungspraxis aus ökonomischer Sicht als ausreichend.

TABELLE 4: REDUZIERTER EX-POST KONTROLLMATRIX – GESPRÄCHSLEISTUNGEN (STAND: AUGUST 2006)

Verbindungszone in nat. Festnetze	Verbindungszone in nat. Mobilnetze	Verbindungszone ins Ausland	Rand- bedingung
EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
EUR/%	EUR/%	EUR/%	Gew $\geq$ 0
Gew $\geq$ 0	Gew $\geq$ 0	Gew $\geq$ 0	<b>Gew <math>\geq</math> 0</b>

Hinsichtlich der Ausgestaltung der vorgesehenen Kostenorientierung ist Folgendes festzustellen: Der Kostenrechnungsstandard sollte aus ökonomischer Sicht 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.

Sind auf Vorleistungsebene „Long Run Incremental Cost“ bzw. konkrete Ausformungen dieses Kostenrechnungskonzepts (FL-LRAIC) als Kostenrechnungsstandard regulatorisch etabliert, so waren es auf Endkundenebene Prognosekosten. Für eine künftige Beibehaltung dieser Vorgehensweise sprechen neben Gründen der Kontinuität vor allem auch folgende Überlegungen: Zum einen liegt auch bei FL-LRAIC eine Vollkostenbetrachtung zugrunde, insofern hier sämtliche Kosten, also auch Fixkosten (in Form von Gemeinkosten und gemeinsamen Kosten) Berücksichtigung finden. Der entscheidende Unterschied ist vielmehr darin zu sehen, dass bei FL-LRAIC die Neubewertung des Anlagevermögens zu Wiederbeschaffungspreisen erfolgt und zudem von einem effizienten Netz bzw. Betrieb desselben ausgegangen wird. Neben dem konzeptuellen Naheverhältnis ist auch ein Annähern in der Form zu erwarten, als bestehende und historisch übertragene Ineffizienzen im Laufe der Liberalisierung zunehmend verringert wurden und werden. Bezüglich der Bewertung zu Wiederbeschaffungswerten ist zu sagen, dass die Kosten dadurch nicht

zwangsläufig auch geringer werden. Insgesamt werden die unterschiedlichen Annahmen im Allgemeinen aber dennoch dazu führen, dass bei Verwendung historischer Vollkosten im Kernnetz mit höheren Kosten zu rechnen wäre. Letztgenannter Aspekt ist für die Entgeltkontrolle insofern von Relevanz, als ein möglicher Umstieg zu FL-LRAIC zu entsprechend niedrigeren Kosten führen und so die identifizierte Gefahr eines „Margin Squeeze“ gegenüber alternativen Netzbetreibern noch verstärken würde. Umgekehrt bleibt den alternativen Netzbetreibern mit den zu regulierten Entgelten angebotenen Zusammenschaltungsleistungen auf Basis von FL-LRAIC somit ein Preisspielraum, da bei den auf Endkundenebene korrespondierenden Verbindungsentgelten und Grundentgelten mit historischen (und in diesem Geschäftsfeld auch tatsächlich höheren) Vollkosten gerechnet wird.

Auch in Zukunft sollten die Endkundenentgelte des Festnetzbereichs der Mobilkom Austria immer auch von der Anzeigepflicht mitumfasst sein, da ansonsten die Gefahr einer Umgehungsmöglichkeit der Regulierungsverpflichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens Telekom Austria gegeben ist.

#### 4.2.9.5. 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 Verbindungsentgeltleistungen im Rahmen einer Tarifoption (clusterinterne Bündelung von regulierten Produkten), die angeordnete Kostenorientierung von marktgegenständlichen Produkten nicht umgangen wird. Gleiches gilt, wenn benachbarte 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 5).

TABELLE 5: MERKMALE VON BÜNDELN UND MÖGLICHE GESAMTWIRTSCHAFTLICHE EFFEKTE

Nr.	Merkmal	(Mögliche) Effekte	+/-
1	Kostenersparnisse 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 (bzw. Abbildung 14) 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.

#### 4.2.9.6. Kurzfristige Aktionsangebote

Auch Aktionsangebote sind aus ökonomischer Sicht Bestandteil der Kostenorientierungsverpflichtung. Die marktgegenständlichen Verbindungsentgelte 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.

#### 4.2.9.7. 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 Kampfpreisen, Margin-Squeeze, individuellen Gesamtlösungen und der Übertragung von Marktmacht in wettbewerbsintensivere Bereiche 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 letzterer eine ex-ante Tarifikontrolle 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.

#### 4.2.9.8. Fazit

Da sich Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen sinnvoller Weise nicht isoliert betrachten lassen und die Vorleistungsregulierung nicht ausreicht, sind Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgelte und ihre Änderungen gemäß § 43 TKG 2003 allesamt der Regulierungsbehörde gemeinsam anzuzeigen und letztere im Rahmen des Verfahrens zur unechten ex-post Regulierung auf ihre Kostenorientierung und ihre Übereinstimmung mit den Prüfkriterien der Kontrollmatrix zu prüfen.

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

#### **4.2.10. Getrennte Buchführung**

##### **4.2.10.1. 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.

##### **4.2.10.2. 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.

##### **4.2.10.3. 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 können. 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 und von Mobilkom 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 sektorspezifischer 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 4 TKMVO 2003 idgF iVm mit dem Ergebnis der Überprüfung der Märkte der TKMVO 2003 vom 6.2.2006 definiert den Markt „Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“. Das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

Telekom Austria kritisierte in ihren Stellungnahmen (ON 25, Punkt I. 2.1., sowie ON 34, Punkt 1) unter Verweis auf das „geänderte Rechtsumfeld“, dass zwischenzeitlich geänderte Rahmenbedingungen im Rahmen der gegenständlichen Marktanalyse berücksichtigt werden hätten müssen. So würde sich aus § 43 Abs. 3 TKG ergeben, dass die neue Märkteempfehlung verpflichtend zu berücksichtigen sei und eine „Vorwegnahme“ der neuen Märkteempfehlung für das gegenständliche Verfahren geradezu geboten sei. Im konkreten würde der gegenständliche Markt nicht mehr in der Liste der gegebenenfalls zu ex-ante zu regulierenden Märkte aufscheinen, da er den dafür nötigen „3-Kriterien-Test“ nicht mehr erfülle. Dies ergebe sich sowohl aus dem derzeitigen Entwurf der Europäischen Kommission zur Überarbeitung des derzeitigen Rechtsrahmens auf europäischer Ebene („Mitteilung der Europäischen Kommission (EK) über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (KOM(2006)334 vom 29.6.2006) samt Arbeitspapiere hinsichtlich der vorgeschlagenen Änderungen (SEC(2006)816 bzw. SEC(2006)817“) ebenso wie aus dem derzeitigen Entwurf einer Empfehlung über die möglicherweise einer ex-ante Regulierung unterliegenden Märkte („Arbeitsdokument der Europäischen Kommission – (Öffentliches Konsultationsdokument zum Entwurf einer Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Frage kommen (SEC(2006)837 vom 29.6.2006)).

Die Telekom-Control-Kommission hat dazu erwogen:

Bei beiden von Telekom Austria angeführten Dokumenten handelt es sich um Entwurfsfassungen, die daher keine rechtliche Verbindlichkeit entfalten. Das gilt insbesondere für die derzeitigen Arbeitsentwürfe der Europäischen Kommission zum Europäischen Rechtsrahmen („Review 2006“), der erst – bei Unterstellung, dass seitens der an der EG-Normsetzung beteiligten Organe die Rechtsform der Richtlinie beibehalten wird – nach seiner nachfolgenden Umsetzung in österreichisches Recht für die Telekom-Control-Kommission rechtsverbindlich wird.

Hinsichtlich des derzeitigen Entwurfs einer Empfehlung über die möglicherweise einer ex-ante Regulierung unterliegenden Märkte ist festzuhalten, dass gemäß § 36 Abs. 2 TKG 2003 die Definition der relevanten Märkte durch die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen hat. Eine Verpflichtung zur Bedachtnahme auf Entwurfsdokumente kann weder aus leg. cit., und entgegen dem Vorbringen von TA in ON 34 auch nicht aus § 34 Abs. 3 TKG 2003 abgeleitet werden. Wiederholend führt die Telekom-Control-Kommission ferner aus, dass sie bei der Durchführung des gegenständlichen Marktanalyseverfahrens gem. 37 TKG 2003 an die jeweilige Marktdefinition der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH gebunden ist. Bereits aus diesem Grund ist das Vorbringen der Telekom Austria hinsichtlich Marktdefinition im Zuge dieses Verfahrens nicht zielführend.

Lediglich wiederholend zum oben Ausgeführten wird von der Telekom-Control-Kommission auch an dieser Stelle 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.

Aus den angeführten Gründen war auch dem Vorbringen von Telekom Austria in ihrer Stellungnahme (ON 25, Punkte 2.7, 2.8, 2.9, 2.11) nicht näher zu treten.

Die Telekom-Control-Kommission weist im Übrigen unter Verweis auf die entsprechenden Feststellungen den Vorwurf des Außerachtlassens von neueren Marktentwicklungen, insbesondere der Mobilfunksubstitution und von VoIP, zurück. Hinsichtlich der von Telekom Austria kritisierten „bescheidenen“ Feststellungen der Amtssachverständigen zur möglichen zukünftigen Bedeutung von VoIP verweist die Telekom-Control-Kommission auf die Feststellungen.

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 Parteienvorbringen im Zusammenhang mit der Marktdefinition bzw. gegen die TKMVO 2003 im gegenständlichen Verfahren keine Berücksichtigung finden kann.

### **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 Marktmarkt 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.

Das Konzept des effektiven Wettbewerbs wird sowohl in der Rahmenrichtlinie (R-RL), dem TKG 2003, als auch in den SMP-Leitlinien der Europäischen Kommission dargestellt.

Dieser Definition zufolge besteht effektiver Wettbewerb in der Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht. Art. 14 Abs. 2 der R-RL und daran angelehnt § 35 Abs. 1 TKG 2003 definieren den Begriff „beträchtliche Marktmacht“ als einen Zustand, in dem „ein Unternehmen allein oder 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“.

Nun ist es zwar denkbar, dass Endkundenmärkte insoweit in effektivem Wettbewerb stehen, dass sie keiner Endkundenregulierung bedürfen (wie es im Übrigen auf dem Auslandsprivatkundenmarkt der Fall ist), der Wettbewerb aber eben nicht selbsttragend ist, da er etwa zentral von der Basisvorleistungsregulierung der Betreiber(vor)auswahl auf dem benachbarten Zugangsmarkt abhängt. Die begriffliche Unterscheidung zwischen effektivem und selbsttragendem Wettbewerb dient der Klarheit, ist aber jedenfalls nicht als konstitutiv für die Beurteilung über das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht bzw. von effektivem Wettbewerb zu sehen. Die unterschiedlichen Begriffe zielen vielmehr auf eine Unterscheidung hinsichtlich der Abhängigkeit des bereits erreichten Wettbewerbsniveaus auf dem Endkundenmarkt vom Bestehen einer Regulierung auf den benachbarten Märkten, in der Regel Vorleistungsmärkten, Vorleistungsmärkten ab.

Die sachliche Rechtfertigung für dieses Wettbewerbsverständnis ergibt sich aus der de facto monopolistischen Marktmacht auf dem benachbarten Zugangsmarkt, auf Grund der es ohne Basisvorleistungsregulierung zu einem Zusammenbrechen der wettbewerblichen Strukturen auf auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt käme. Es kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weder dem europäischen noch dem österreichischen Gesetzgeber unterstellt werden, eine Definition von Wettbewerb gewählt zu haben, die nicht auf die Notwendigkeit von Basisvorleistungsregulierungen abstellt. Es würde den Regulierungszielen des TKG 2003 geradezu entgegenlaufen, wenn ein ausschließlich im reinen Wortsinn der Bestimmungen des Art. 14 Abs. 2 R-RL bzw. des § 35 Abs. 1 TKG 2003 effektiver, aber eben nicht selbsttragender, Endkundenmarkt keiner wie auch immer gearteten (auch nicht auf anderen Märkten) ex ante Regulierung unterliegen sollte. Diese Überlegung wird auch durch den Wortlaut des § 43 TKG 2003 („Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer“) gestützt, in dem es in Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen in Abs. 1 Z 1 leg. cit. heißt: „[...] kein Wettbewerb herrscht“. Auch durch die fehlende Eingrenzung des Wettbewerbsbegriffs in der lex specialis für das Auferlegen von Regulierungsinstrumenten auf den Endkundenmärkten kommt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zum Ausdruck, dass die Definition des effektiven

Wettbewerbs in § 35 Abs. 1 TKG 2003 das von der Telekom-Control-Kommission gewählte Wettbewerbsverständnis des selbsttragenden Wettbewerbs gerade nicht ausschließt.

TA kritisierte in ihrer Stellungnahme (ON 25, Punkt I.1.) die fehlende Berücksichtigung der Vorleistungsregulierung bei der Beurteilung des gegenständlichen Verbindungsmarktes. Unter Verweis auf die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs zu den Verfahren M 3/03, M 4/03 und M 6/03 wird kritisiert, dass die Auswirkungen der Instrumente der Vorleistungsregulierung nicht gebührend überprüft worden seien. Dies stelle eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgebots und des Grundsatzes der Subsidiarität der Endkundenmärkte-Regulierung dar. Das Marktanalyse-Gutachten komme lediglich in Form einer Pauschalaussage zum Schluss, dass die Vorleistungsregulierung nicht ausreiche. Dies sei auch deswegen der Fall, weil fälschlicherweise die Verfahren gem. § 37 TKG 2003 hinsichtlich der Vorleistungsmärkte parallel geführt würden und noch nicht abgeschlossen seien. Das Marktanalyse-Gutachten sei daher diesbezüglich un schlüssig.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus:

Das Prinzip des Vorranges der Regulierung der Vorleistungsmärkte besagt nicht, dass die Wettbewerbsprobleme der beiden Wertschöpfungsstufen nicht in einem analysiert werden dürften. Ein solches Verständnis der einschlägigen Bestimmungen wäre nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen. Ferner verweist die Telekom-Control-Kommission auf das Wesen einer Prognoseentscheidung, die es ja geradezu inhärent mit sich bringt, dass auf Grund der möglichen nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb einer Nicht-Regulierung der Endkundenmärkte eben ex ante Regulierungsinstrumente aufzuerlegen sind. Der Ansatz von TA würde im Ergebnis dazu führen, dass erst nach In-Kraft-Setzung der Regulierung der Vorleistungsmärkte, und einer darauf folgenden neuerlichen Marktanalyse Regulierungsinstrumente auf Endkundenmärkten auferlegt werden dürften. Es ist daher entgegen dem Vorbringen der TA nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission gesetzlich nicht geboten, dass auf der Vorleistungsebene als geeignet festgestellte Regulierungsinstrumente zuerst angeordnet werden, sodann ihre Auswirkungen auf den nachgelagerten Endkundenmarkt untersucht werden und danach in einem späteren Schritt auf den nachgelagerten Endkundenmärkten unter Umständen Regulierungsinstrumente auferlegt werden.

Da sich eine solche „Mehrstufigkeit“ dem Wortlaut des § 43 Abs. 1 TKG 2003 nicht entnehmen lässt, findet die Interpretation des § 43 Abs. 1 TKG 2003 im Sinne der Stellungnahme von TA (ON 25) nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission im Gesetz keine Deckung.

Hinsichtlich der getroffenen Feststellungen zur Geeignetheit der existierenden Vorleistungsregulierungsinstrumente bzw. der Regulierungsinstrumente auf dem benachbarten Zugangsmarkt verweist die Telekom-Control-Kommission auf die Punkte B 4.2.1.1. bis B 4.2.1.8., die Telekom-Control-Kommission weist daher den Vorwurf der Unschlüssigkeit des erstellten Gutachtens zurück.

Darüberhinaus ist das diesbezügliche Vorbringen der TA insofern nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichend spezifiziert, da nicht hinreichend dargetan wurde, was sich konkret durch die Untersuchung der Wettbewerbsprobleme auf den beiden Wertschöpfungsstufen durch zwei (hintereinander) erstellte Gutachten geändert hätte. Dem diesbezüglichen Vorbringen von TA war daher auch aus diesem Grund nicht Folge zu leisten.

TA kritisierte (ON 25 Punkt I.2.3.4.) unter Verweis auf die Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zum Markt für Auslandsgespräche von Privatkunden (M 5/03) und zum

Vorleistungsmarkt für Trunk-Segmente von Mietleitungen (M 11/03), dass sich aus diesen Entscheidungen ergebe, dass in bereits wettbewerbsintensiveren oder zu effektivem Wettbewerb tendierenden Märkten „weniger oder gar keine“ sektorspezifische Regulierung zu mehr und intensiverem Wettbewerb führe, als eine „noch so umfangreiche ex-ante Regulierung“.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass die Schlussfolgerung, wonach eine zunehmende Wettbewerbsintensivierung auf bereits deregulierten Märkten impliziere, dass die bestehende Regulierung das Entstehen von effektivem Wettbewerb nur verhindere, nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission methodisch verkürzt ist und nur bei sehr oberflächlichen Vergleichen bloßer „Marktergebnisse“ gezogen werden kann. Eine umfassendere Betrachtung müsste vielmehr und insbesondere auch die strukturellen Marktgegebenheiten miteinbeziehen. Die Telekom-Control-Kommission verweist dazu auf die Feststellungen und das erstellte Marktanalyse-Gutachten (ON 20), woraus sich die angesprochenen marktstrukturellen Unterschiede klar ergeben.

Der Vergleich zu den Mobilfunkendkundenmärkten ist darüber hinaus an dieser Stelle als deplaziert zurückzuweisen, da auf diesen Märkten andere marktstrukturelle Gegebenheiten vorliegen. So herrscht auf Mobilfunkendkundenmärkten vor allem effektiver und selbsttragender Wettbewerb, da auf diesen Märkten mehrere flächendeckend und vollständig vertikal integrierte Betreiber aktiv sind.

Demgegenüber ist die Marktkonstellation auf Festnetzmärkten anders ausgeprägt (Punkte B 3.1.1. und B 3.1.2.).

## **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 festgelegt.

Zum Vorbringen der Telekom Austria hinsichtlich der Marktabgrenzung (ON 25 Punkt II) wird auf das zu Punkt D 2 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:**

### **8.1. Zum Marktstruktur-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.

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.

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.

Wie festgestellt, stabilisiert sich die Marktstruktur mit Telekom Austria als nach wie vor deutlich größtem Unternehmen, mit einem durchschnittlichen Umsatzmarktanteil von nach wie vor über 60 %, auch die Marktkonzentrationsraten und die Tendenz in Richtung eines enger werdenden Oligopols stabilisierten sich. Die größten vier Betreiber (inkl. Telekom Austria) am gegenständlichen Markt erzielten im Jahr 2005 mehr als 85 % der Umsatzmarktanteile. Telekom Austria verfügt über einen Marktanteil, der mehr als dreimal so groß ist, wie der des nächstgrößten Mitbewerbers. Der Rest verteilt sich auf eine größere Anzahl von Anbietern mit jeweils vernachlässigbaren Marktanteilen.

TA kritisierte (ON 25), dass Inlandsgespräche bzw. Umsätze/Volumina aus Verwendung von Telefonwertkarten, Einwahltelefondiensten sowie Gespräche aus öffentlichen Sprechstellen zu 5 % Bestandteil des gegenständlichen Marktes für Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden sind, während ihrer Ansicht nach Umsätze aus öffentlichen Sprechstellen im gegenständlichen Markt gar nicht enthalten sein dürften. Die durchgeführte Befragung „NASE 2005“ rechtfertigte diese Aufteilung nicht, auch die von Nichtprivatkunden geführten Gespräche aus öffentlichen Sprechstellen, würden zur Gänze für private Belange getätigt werden.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass die Durchführung einer Primärerhebung mittels repräsentativer Befragung der tatsächlichen Nutzer nach ihrer Ansicht die bestmögliche Datenbasis für die vorzunehmende Aufteilungsentscheidung mit sich bringt. Der Telekom-Control-Kommission ist keine bessere oder genauere Ermittlungsmethode bekannt, aufgrund der diese Aufteilungsentscheidung getroffen werden könnte. Der Hinweis von Telekom Austria, wonach bei der Aufteilung nach dem „Zweck des Gespräches“ zu unterscheiden wäre, erscheint aus Sicht der Telekom-Control-Kommission wenig praktikabel, da dies auf eine Überprüfung der Gesprächsinhalte im Zuge des Ermittlungsverfahrens hinauslaufen würde.

Im Bescheid zu G 59/06 wurde – hier ist Telekom Austria zuzustimmen – ausgeführt, dass die Verbindungsentgelte aus öffentlichen Sprechstellen zu 100 % den Märkten für Verbindungen von Privatkunden und somit nicht jenen der Nichtprivatkunden im Sinne der TKMVO zuzuordnen sind. In der Begründung des zitierten Bescheides wurde allerdings ausgeführt, dass die 100%ige Zuordnung auf Privatkundenmärkte aufgrund des Bescheides M 3/03-59 sowie des Beschlusses M 5/03-41 vorgenommen wurde. Gemäß Punkt B.1.2. der beiden zuletzt genannten Entscheidungen wurde klargestellt, dass die Verbindungen aus öffentlichen Sprechstellen den Märkten für Privatkunden zuzuordnen sind. Basis der nunmehrigen Zuordnung ist allerdings das zu diesem Verfahren erstellte Marktanalyse-Gutachten (ON 20) vom Mai 2006 und nicht das für die Marktbeherrschungsverfahren zu M 3/03 und M 5/03 erstellte Marktanalyse-Gutachten aus dem Mai 2004. Für die Telekom-Control-Kommission ist daher zusammenfassend weder ein Widerspruch zu den Feststellungen zu G 59/06 noch sonst eine unschlüssige Aufteilung der Sprechstellenumsätze erkennbar.

Darüber hinaus würden die sich ergebenden Differenzen in Hinblick auf die Marktanteile von Telekom Austria am gegenständlichen Markt keinerlei signifikante Auswirkungen mit sich bringen und sind daher schon aus diesem Grund als unerheblich einzustufen.

Dem diesbezüglichen Vorbringen von Telekom Austria war daher nicht zu folgen.

Die insbesondere in den Jahren 1998-2002 erfolgten Marktanteilsgewinne der alternativen Anbieter gingen mit einem spiegelbildlichen Anstieg in der Verwendung von Carrier Selection einher. Carrier Preselection und in Ergänzung Call by Call Dienste waren auf gegenständlichem Markt – neben den ex-ante Entgeltregulierungen – insofern auch die bedeutendsten Regulierungsinstrumente der vergangenen Liberalisierungsphase. Ein Blick auf die Veränderungsdaten lässt wiederum (in Übereinstimmung mit der sich in der aktuellen Marktphase abzeichnenden Konsolidierung der Marktanteile auf Seiten der Telekom Austria) eine gewisse Sättigung bei CPS Ständen bzw. eine rückläufige Entwicklung bei CbC erkennen.

Insgesamt können keine Indizien ausgemacht werden, die zukünftig eine grundlegende Abkehr von der Entwicklung der letzten beiden Jahre erwarten ließen. Die Feststellungen zu den Regulierungsinstrumenten WLR, naked-DSL und Entbündelung hinsichtlich der Vorleistungsabhängigkeit der Wettbewerber legen zudem nahe, dass die bloße Betrachtung von Umsatzanteilen der alternativen Betreiber, deren tatsächliche Marktbedeutung generell überschätzt.

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 (mengen- und umsatzmäßig) von über 60 % und Bezug nehmend auf die erwähnte Rechtsprechung bei Vorliegen von Marktanteilen in der gegenständlichen Höhe doch gefolgert werden, dass in Bezug auf diesen Indikator die Grundlage für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht gegeben ist. Diese Schlussfolgerung wird durch die Vermutung, dass in absehbarer Zukunft keine Änderung dieses Zustandes zu erwarten ist, noch bestärkt. Diese Vermutung wird noch durch die Feststellungen zur inländischen Vorleistungsabhängigkeit der Wettbewerber von Telekom Austria zusätzlich gestützt.

Ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht daher, nicht zuletzt im Lichte der obigen Ausführungen zur Vorleistungsabhängigkeit, im Speziellen der vertikalen Integration, für eine marktbeherrschende Stellung der Verfahrenspartei auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt für Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden.

#### **8.2. Zum Marktstruktur-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, 14.2.1978).

Höhere Marktzutrittsbarrieren können daher die Entstehung von effektivem Wettbewerb behindern oder verhindern 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 potentiellem 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 Wettbewerbers 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. 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) bzw. naked-DSL nicht davon auszugehen, dass in absehbarer Zukunft angesichts der festgestellten Wettbewerbsprobleme (Kampfpreise, Margin squeeze in Verbindung mit Marktmachtübertragung und Rabatte im Rahmen von individuellen Gesamtlösungen) ausreichend weitere Anbieter in den gegenständlichen Markt eintreten werden und Telekom Austria ausreichend restringieren könnten.

#### 2. Kurzfristige Durchführbarkeit des Markteintrittes 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 keine zusätzlich in den gegenständlichen Markt eintretenden Unternehmen Telekom Austria ausreichend restringieren könnten.

Die spezifisch auf dem gegenständlichen Markt dem alternativen Anbieter entstehenden und spezifisch dem Retailbereich zurechenbaren versunkenen Kosten durch typischerweise intensive Werbekampagnen über die eigenen Dienste zur Information einer hinreichenden Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile und letztlich Akquise, stellen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission Markteintrittsbarrieren dar.

Die Tatsache, dass Bestandskunden der TA oftmals ein über einen langen Zeitraum existierendes Vertragsverhältnis und damit verbunden entsprechende Loyalität aufweisen und somit ein für alternative Wettbewerber nur schwer oder nicht erreichbarer

Bekanntheitsgrad des ehemaligen Monopolisten existiert, begründen ebenfalls signifikante Wechselbarrieren.

Weiters ist auch die typischerweise geringere Kundenbindung auf Seiten der Verbindungsnetzbetreiber, sowie die Möglichkeit für Endkunden, von den Erfolgen der Liberalisierung auch indirekt – ohne selbst zu wechseln – zu profitieren, als Markteintrittsbarriere für alternative Anbieter zu qualifizieren.

Schließlich stellt der beobachtbare Trend zum „One-Stop-Shopping“ und die damit einhergehende Notwendigkeit, als Komplettanbieter auf den jeweiligen Märkten agieren zu können, ebenfalls eine Markteintrittsbarriere dar, da diese Notwendigkeit als Komplettanbieter agieren zu müssen für potentielle Newcomer einen erhöhten Kapitalbedarf begründet, und so die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts reduziert.

Bezüglich der Möglichkeiten der Vorleistungsregulierungen, insb. der Entbündelung, des WLR und des naked-DSL (mit VoB-Verwendung), ist auszuführen, dass diese Verpflichtungen gemäß den Feststellungen dazu beitragen können, dem bestehenden de facto Monopol im Zugangsbereich zu begegnen und somit Markteintrittsbarrieren bzw. Wettbewerbsprobleme für den gegenständlichen Verbindungsmarkt abzubauen. Voraussetzung dafür ist allerdings neben der notwendigen praktischen Relevanz (Verbreitung bzw. Akzeptanz am Markt) ein zukünftiges wechselseitiges Ineinandergreifen dieser Zugangsformen.

Die Entbündelung fungiert demgemäß nur als eine Möglichkeit, unter anderem auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt überhaupt erst die Voraussetzungen für das Entstehen von selbstständigem Wettbewerb zu schaffen. Diese Eignung der Entbündelung wird noch dadurch verringert, dass Entbündelung aufgrund der vergleichsweise geringen Entbündelungszahlen, aber im Vergleich zu naked-DSL und WLR noch immer relativ hohen Bedeutung, bisher nur in eingeschränktem Ausmaß für den gegenständlichen Markt relevant ist. Daher kann die Entbündelung auf dem gegenständlichen Markt zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ausreichend zur Senkung der Markteintrittsbarrieren beitragen. Im Endeffekt gilt dies ebenso für WLR (derzeit noch nicht in Anspruch genommen) und für naked-DSL mit VoB-Verwendung erst recht (derzeit noch zu geringe bzw. keine Verbreitung).

Da auch die Feststellungen zeigen, dass die Betreiber(vor)auswahl weder alleine, noch in Verbindung mit einer WLR-Verpflichtung als ausreichend erscheint, um die festgestellten strukturellen und verhaltensinduzierten (Marktabstottungsstrategien) Wettbewerbsprobleme unter anderem auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt zu bekämpfen, kann auch die Betreiber(vor)auswahl zwar zur Hintanhaltung der Marktmachtübertragung vom benachbarten Zugangsmarkt auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt beitragen, allerdings zum gegenwärtigen Zeitpunkt, in dem der Erfolg von Resale am Markt derzeit nicht gegeben ist, nichts zur Hintanhaltung von antikompetitiven Preisen, der damit einhergehenden weit höheren Flexibilität in der Tarifgestaltung sowie der Produktbündelung beitragen.

Hinsichtlich des Vorbringens von Telekom Austria zum Thema „Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl“ (ON 25, Punkt 2.3.1.) führt die Telekom-Control-Kommission daher wiederholend aus, dass die Verpflichtung zur Betreiber(vor-)auswahl unmittelbar auf das Problem des Zugangs alternativer Anbieter zum Teilnehmer trotz mangelnder Infrastruktur und damit auf die Ermöglichung des Dienstewettbewerbs überhaupt zielt, aber nicht dazu geeignet ist, die festgestellten verhaltensbasierten Wettbewerbsprobleme auf diesem Markt zu bekämpfen.

Zur Qualifizierung des gegenständlichen Marktes als „bestreitbarer Markt“ hat die Telekom-Control-Kommission erwohnen, dass die der Theorie der bestreitbaren Märkte zu Grunde

liegenden restriktiven Annahmen, nämlich (1) Abwesenheit jeglicher Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren und (2) hinreichend lange Reaktionszeit der (des) etablierten Unternehmen, sodass ein Neueinsteiger in den Markt eintreten und die (von ihm vor dem Eintritt beobachteten) Profite realisieren kann („hit and run“ Strategie), auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt nicht vorliegen.

In Bezug auf das erste Kriterium der Abwesenheit jeglicher Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren ist insbesondere festzuhalten, dass auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt für Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden eine Reihe von endogenen Marktbarrieren, die durch das strategische Verhalten der bereits am Markt aktiven Unternehmen bestimmt werden, existieren. Die Telekom-Control-Kommission verweist an dieser Stelle insbesondere auf die hohe Werbeintensität und Bedeutung der Kundenbindung auf den Kommunikationsendkundenmärkten. Ferner geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass Präferenzen bzw. Markentreue der Konsumenten für die bereits am Markt aktiven Unternehmer existieren (incumbency-Vorteile).

In Bezug auf die zweite Annahme, nämlich das Vorliegen einer derart langen Reaktionszeit der etablierten Unternehmen, sodass ein Neueinsteiger in den Markt eintreten und die (von ihm vor dem Eintritt beobachteten) Profite realisieren kann („hit and run“ Strategie), führt die Telekom-Control-Kommission wie folgt aus:

Dem Modell der bestreitbaren Märkte liegt die hypothetische Situation unregulierter Märkte zugrunde. Würde das SMP-Unternehmen keinerlei ex-ante Verpflichtungen unterliegen, so könnte es jederzeit, von internen Organisationsprozessen abgesehen bzw. in Abhängigkeit von diesen, ohne wesentliche zeitliche Verzögerung auf den Markteintritt neuer Anbieter reagieren. Es ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission notwendig, die hypothetische Situation der Nichtregulierung als Vergleichsbasis heranzuziehen, da genau dies der Schlussfolgerung bzw. Forderung in als bestreitbar identifizierten Märkten entspräche. An dieser Stelle sei daher gesondert auf die regulatorische Bedeutung bzw. die Unterschiede zwischen einem „klassischen“ ex-post und einem ex-ante Regulierungsregime verwiesen. „Klassische“ ex-post Kontrolle greift definitionsgemäß erst bei erfolgtem Schaden, der jedoch gerade in der Telekommunikationsbranche aufgrund der spezifischen Wettbewerbs- bzw. Marktstrukturprobleme (schwer zu duplizierende Infrastruktur als „essential facility“ in Händen des Incumbent) oftmals – nach teils langwierigen Verfahren – nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Eine Vorabregulierung wird zudem nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission in jenen Fällen geeigneter sein, in denen zur Behebung des Wettbewerbsproblems zahlreiche Anforderungen nötig sind (detaillierte Buchhaltung, Kostenrechnung, generelles Monitoring) oder wenn ein häufiges und/oder frühzeitiges Einschreiten unerlässlich ist.

Darüberhinaus ist für den entry-lag (Zeitverzögerung des Markteintritts) auf Seiten der Wettbewerber von TA nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission durchaus mit einer signifikanten Zeitspanne zu rechnen. Diese kann unter anderem durch die Erreichung eines hinreichend großen Bekanntheitsgrades oder durch die Bereitstellung entsprechender customer care- sowie Billing-Einrichtungen entstehen. Ferner besitzt der Incumbent vielfältige Verzögerungsmöglichkeiten, da er eben im Besitz der nicht ersetzbaren Infrastruktur im Anschlussbereich ist (ON 20). In diesem Zusammenhang weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass in anderen Industriezweigen ein Markteintritt eines Mitbewerbers erst mittelbar über die Marktbeobachtung feststellbar ist, im vorliegenden Markt jedoch auf Grund der Zusammenschaltung (Vorleistungsabhängigkeit) unmittelbar noch vor dem Markteintritt bekannt wird, und daher die Chancen auf eine „hit and run“-Strategie schon im Ansatz zum Scheitern vereitelt sind.

Aufgrund dieser Überlegungen kommt die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass die Theorie der bestreitbaren Märkte auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt keine

gegenteilige Evidenz über das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht beizubringen vermag.

Zudem bestätigen die Feststellungen zu den Marktproblemen das Vorliegen von nicht vernachlässigbaren Markteintrittsbarrieren. Daran ändert auch der festgestellte – allerdings außerhalb des gegenständlichen Verbindungsmarktes zu untersuchende – zunehmende intermodale Wettbewerb zum Mobilfunk im Ergebnis nichts.

Insgesamt darf daher auf das Funktionieren der Bestreitbarkeit bzw. auf die disziplinierenden Effekte der potentiellen Konkurrenz nicht vertraut werden, die Marktbarrieren sind auch auf dem gegenständlichen Markt nicht vernachlässigbar.

Telekom Austria kritisierte die Verwendung des Begriffes „historische Incumbency Vorteile“ in ON 20 und brachte vor, dass Qualität, Zuverlässigkeit, Reputation, Kundenloyalität, Markenwert und ähnliches als Zeichen eines funktionierenden Leistungswettbewerbs zwischen Marktteilnehmern anzusehen seien, dies ein Anzeichen für effektiven Wettbewerb darstelle und Telekom Austria nicht zum Vorwurf gemacht werden dürfe.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass diese „Incumbency Vorteile“, entgegen dem Vorbringen von Telekom Austria, bereits in die Entscheidungen zu den „Vorgängerverfahren“ zu M 1-4/03 und M 6/03 Eingang gefunden haben, auch wenn sie damals nicht als „Incumbency Vorteile“ bezeichnet wurden. Es handelt sich daher nicht um ein neues, zusätzliches Kriterium zur Beurteilung des Vorliegens von Markteintrittsbarrieren durch Produktdifferenzierung.

Auch die von Telekom Austria erwähnten Leitlinien zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht (SMP-Guidelines §§ 78 und 80) definieren Marktzutrittsbarrieren ganz allgemein als jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben können, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. Sofern Telekom Austria vermeint, dass die von ihr genannten Punkte von der Europäischen Kommission nicht als Markteintrittsbarrieren angesehen werden, weist die Telekom-Control-Kommission auf den Wortlaut der §§ 78 und 80 der SMP-Guidelines hin, woraus sich eine solche Einschränkung nicht ableiten lässt.

Je höher also Marktzutrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist – ceteris paribus – potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmens.

Auch aus der in weiterer Folge getroffenen Unterteilung der Marktzutrittsbarrieren in strukturell bedingte und rechtlich bedingte Marktzutrittsbarrieren lässt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ableiten, dass die von Telekom Austria angeführten Aspekte des Marktverhaltens von der Europäischen Kommission nicht als Markteintrittsbarrieren angesehen werden.

### **8.2.1. Schlussfolgerung:**

Auch dieser Indikator spricht daher für den zu bestimmenden Zeitraum von ca. zwei Jahren für die Stellung der Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003.



### **8.3. Zum Marktstruktur-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 (vor- bzw. nachgelagerten) 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 die in Z 2 – Z 13 leg cit angeführten 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 benachbarten Zugangsmarkt als auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt tätig ist, die mit der Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am benachbarten Zugangsmarkt einhergehende Marktmacht auch auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt. 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.

Im gegenständlichen Fall ergibt sich diese Problematik aus der Tatsache, dass nur TA über ein flächendeckendes Zugangsnetz verfügt. Diesem Zugangsnetz horizontal nachgelagert ist auch der gegenständliche Verbindungsmarkt. Das österreichweite flächendeckende Zugangsnetz können alternative Anbieter mit wirtschaftlichen Mitteln nicht umgehen.

Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt in wesentlichem Maß die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Mitkonkurrenten. 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, vertikal integriert.

#### **8.3.1. Schlussfolgerung zu Leveraging:**

Dieser Marktmachtindikator spricht 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.

#### **8.4.1. Wie festgestellt, ist auf dem gegenständlichen Markt nicht davon auszugehen, dass nachfrageseitige Gegenmacht vorliegt. Schlussfolgerung:**

Da keine nennenswerte nachfrageseitige Gegenmacht vorliegt, kann dieser Indikator auch nicht gegen eine marktbeherrschende Stellung sprechen.

#### **8.5. Zum Marktverhaltens-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. Exemplarisch nennt Z 13 leg. cit. Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder die Errichtung von Barrieren.

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.

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).

Reinen Verbindungsnetzbetreibern steht gemäß den Feststellungen ein im Vergleich zur Telekom Austria weitaus geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zu Verfügung. Da TA ein vollintegrierter Betreiber ist und sowohl auf den Zugangs- als auch auf den Verbindungsmärkten aktiv ist, kann sie ihre wirtschaftliche Stärke auf Grund der äußerst hohen Marktanteile auf dem benachbarten Zugangsmarkt mittels Bündelung der Leistung auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt ausdehnen (Übertragung von Marktmacht). 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 daher vermutet werden, dass das Unternehmen über eine (gewisse) Marktmacht verfügt. TA hätte dadurch ohne die bestehende Regulierung auf dem gegenständlichen Markt die Möglichkeit, ihre Wettbewerber am gegenständlichen Markt in eine Preis-Kosten-Schere zu bringen bzw. Kampfpreise anzuwenden, was für Marktmacht spricht. Die Telekom-Control-Kommission

weist diesbezüglich darauf hin, dass sich die Erwähnung der asymmetrischen Tarifgestaltungsmöglichkeiten der Telekom Austria in den Feststellungen auf die im Wesentlichen nur ihr mögliche Kombination von Grund- und Verbindungsentgelten bezieht. Aus diesen beiden Entgeltkategorien resultieren wesentlich mehr Tarifgestaltungsmöglichkeiten als es für einen Verbindungsnetzbetreiber möglich ist, der seinen Endkunden nur Verbindungsnetzentgelte in Rechnung stellen kann. Nur durch WLR, Naked DSL (VoB) und Entbündelung würde sich der zur Verfügung stehende Gestaltungsspielraum angleichen, allerdings sind die Auswirkungen aller drei Regulierungsinstrumente zum gegenwärtigen Zeitpunkt und für den hier relevanten Zeitraum von ca. zwei Jahren nicht ausreichend, um die Auferlegung von Endkundenregulierungsinstrumenten auf dem gegenständlichen Markt obsolet zu machen.

Telekom Austria brachte vor, dass man ihr die „asymmetrische Tarifgestaltung“ nicht zum Vorwurf machen könne, es handle sich um ein von allen Wettbewerbern am Markt angewendetes und daher unverzichtbares Marketinginstrument. Darüberhinaus seien alle Endkundentarife von TA von der Telekom-Control-Kommission genehmigt worden und es gäbe daher schon aus diesem Grund Tariftransparenz.

Zum Thema Bündelung kritisierte Telekom Austria, dass die Möglichkeit zur Bündelung nachteilig für sie ausgelegt werde, da Telekom Austria auf diesem Weg Wechselbarrieren für den Endkunden erhöhen und Marktmacht vom benachbarten Zugangsmarkt auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt übertragen könne. Das Anbieten von Bündeln sei notwendig und auch die Europäische Kommission würde die Bündelung von Zugangs- und Gesprächsleistungen nicht als problematisch ansehen, sofern die Endkunden beide Leistungen getrennt von einander beziehen könnten. Dies sei durch die Verpflichtung zur Entbündelung und zur Betreiber(vor)auswahl gewährleistet.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass hinsichtlich der Möglichkeit zu Produktbündeln zwischen Zugangs- und Verbindungsprodukten nur Telekom Austria flächendeckend solche Bündel anbieten kann. Die von Telekom Austria genannten Teilnehmernetzbetreiber UPC und Tele2UTA verfügen beide über keine österreichweit flächendeckende Möglichkeit, Bündel aus Zugangs- und Verbindungsprodukten den Endkunden anzubieten und können schon von daher nicht als tauglicher Vergleich zu Telekom Austria herangezogen werden. Alle übrigen am gegenständlichen Markt tätigen Verbindungsnetzbetreiber können solche Bündel nur eingeschränkt anbieten und sind daher, den Feststellungen folgend, gegenüber Telekom Austria im (relativen) Nachteil. Hinsichtlich des Verweises von Telekom Austria auf den Entwurf der „neuen Märkteliste“ verweist die Telekom-Control-Kommission auf ihre Ausführungen zum Entwurfscharakter dieses Dokuments in Punkt D 2 dieser Anordnung und auf dessen mangelnde rechtliche Relevanz für dieses Marktbeherrschungsverfahren.

#### **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 vom benachbarten Zugangs- auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt zu übertragen. Dieser Marktmachtindikator spricht daher 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 darüber hinaus vor, dass noch weitere Indikatoren als in Z 2 – Z 13 leg cit angeführt, in die Prüfung miteinbezogen werden können.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass gerade bei Nichtprivatkunden eine zunehmende Bedeutung von (V)PNs absehbar ist. Aufgrund der Größenvorteile ist davon auszugehen, dass sich speziell die großen, national und international aufgestellten Netzbetreiber auf dem „PN-Markt“ etablieren können. Zieht man weiters in Betracht, dass PNs (gemeinsam mit diversen anderen Telekommunikationsdienstleistungen) häufig als projekt-individuell kalkulierte Bündelprodukte angeboten und vertrieben werden, deutet diese Entwicklung auf eine Stärkung von Telekom Austria hin. Diese Überlegungen gelten (in noch stärkerem Maße) auch für VPNs, da die Funktionalität eines privaten Netzes lediglich virtuell auf das öffentliche Sprachtelefonienetz abgebildet wird. Aufgrund der technischen Realisierung eines VPNs als Zusammenspiel von Teilnehmervermittlungsstelle und Intelligent Network (IN) profitieren in erster Linie Teilnehmernetzbetreiber – und hier vor allem die großen – von der Migration von Nichtprivatkunden in das VPN-Segment.

Hinsichtlich der eingesetzten Technologie sind des weiteren segmentspezifisch folgende Wettbewerbseffekte zu unterscheiden: Einerseits erleichtert die Verfügbarkeit von Voice-VPN-Plattformen (vor allem auf IP-Basis) grundsätzlich den Markteintritt alternativer Betreiber insbesondere im Bereich der kleinen und mittleren Nichtprivatkunden, während andererseits im Bereich der großen Nichtprivatkunden nach wie vor die etablierten Betreiber ihre Größenvorteile geltend machen können.

Mit der in den nächsten Jahren zu erwartenden Migration zu paketvermittelten Netzen der nächsten Generation (sog. Next Generation Networks, NGN) könnte sich der oben skizzierte Trend zu PNs und VPNs bei Nichtprivatkunden noch weiter verstärken bzw. muss dieser mit besonderer Aufmerksamkeit verfolgt werden.

Auch die zunehmende Verbreitung von Mobilnetzen/drahtlosen Zugänge und auch VoB-Zugangsrealisierungen werden den Feststellungen zufolge innerhalb der nächsten 1-2 Jahre auf dem gegenständlichen Markt nicht in der Lage sein, einen die Marktmacht von Telekom Austria disziplinierenden Effekt zu bewirken.

Telekom Austria brachte vor, dass die Auswirkungen von VoIP (bzw. VoB) nicht ausreichend berücksichtigt wurden, es daher zu einer Überschätzung der wettbewerblichen Stellung von Telekom Austria käme. Die Telekom-Control-Kommission weist dieses Vorbringen zurück und verweist auf die getroffenen Feststellungen, wonach trotz deutlicher Zuwächse Ende 2004 bzw. im Laufe des Jahres 2005 die VoB-Gesprächsrealisierungen noch auf einem sehr geringen Ausgangsniveau sind. Zudem wird die weitere Entwicklung eng mit der Entbündelung einhergehen, da die festgestellten VoB-Zugänge bislang ausschließlich von Betreibern realisiert wurden, die auch entsprechend in Entbündelung investierten (ON 20, Abbildung 35). Da sich die über entbündelte Leitungen, WLR oder naked-DSL und auf Basis von VoB realisierten Gespräche mit Gesprächsrealisierungen, die nicht über VoB realisiert werden, überschneiden, relativiert sich der die Marktmacht der TA disziplinierende Effekt von VoB-Gesprächsrealisierungen zumindest auf das Ausmaß der faktischen Bedeutung der drei angeführten Zugangsmöglichkeiten.

#### **8.6.1. Schlussfolgerung:**

Dieser Marktmachtindikator spricht nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von Telekom Austria.

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

Derzeit liefern die marktgegenständlichen Verbindungsprodukte nach wie vor den entscheidenden Beitrag zum positiven Betriebsergebnis der Telekom Austria, für 2004 lag die Umsatzrentabilität bei steigender Tendenz bei über 20 % für Inlandsgespräche bzw. bei über 11 % für Mobilgespräche. Auch für 2006 werden von Telekom Austria steigende Umsatzrentabilitäten bei Telekom Austria erwartet. Diese Erwartungshaltung wird von den bestellten Amtsgutachtern geteilt.

### **8.7.1. Schlussfolgerung:**

Aus dem Marktmacht-Indikator „Performanceanalyse“ lassen sich jedoch keine nachhaltigen Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Entgelte für die marktgegenständliche Leistung – mit 1999 beginnend – im Rahmen von Tarifgenehmigungsverfahren gemäß § 18 TKG (1997) bzw. § 45 TKG 2003 von der Telekom-Control-Kommission genehmigt wurden. Bezüglich der sich aus der Tarifmatrix ergebenden Freiräume wird auf die Feststellungen verwiesen.

## **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 ergänzender Bestandteil einer Wettbewerbsanalyse sind, da sie letztlich Vergleichsmaßstäbe für Wettbewerbsparameter darstellen.

Gemäß den Feststellungen 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 auf dem gegenständlichen Markt kompensiert.

Telekom Austria kritisierte (ON 25, S 7), dass aus der in Abbildung 9 festgestellten „relativ kompetitiven Marktstruktur“ keine Schlussfolgerungen auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt gezogen worden wären. Die Telekom-Control-Kommission weist diesbezüglich auf den geringen Aussagewert dieses Kriteriums hin. Der Vergleich der tatsächlichen Wettbewerbsintensität des – österreichischen – Marktes mit derjenigen ausländischer Vergleichsmärkte kann allenfalls unterstützend zur Beurteilung, ob auf dem gegenständlichen Markt effektiver Wettbewerb herrscht oder nicht, herangezogen werden. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann die Relevanz dieses Kriteriums nicht die festgestellten marktstrukturellen und verhaltensbasierten potentiellen Wettbewerbsprobleme „aufwiegen“.

Die Telekom-Control-Kommission weist die Ausführungen der Telekom Austria (ON 25, Punkt 2.12), wonach die österreichische Regulierung des gegenständlichen Verbindungsmarktes „nicht mehr zeitgemäß“ sei, als polemisch und falsch zurück: Bis zum Zeitpunkt der Erstellung des Marktanalyse-Gutachtens kamen die Regulierungsbehörden der EU in 12 von 15 Notifizierungen des jeweiligen Verbindungsmarktes für Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden zum Ergebnis, dass der jeweilige Incumbent als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einzustufen sei.

#### **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 – Zu Spruchpunkt 1**

Der festgestellte, stabile Marktanteil der TA in Höhe von ca. 60 % zusammen mit den auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt festgestellten Markteintrittsbarrieren zusammen mit den Vorteilen der horizontalen und vertikalen Integration erscheint in Verbindung mit der festgestellten Marktmacht auf dem benachbarten Zugangsmarkt als ausreichend, um vom Vorhandensein alleiniger beträchtlicher Marktmacht auszugehen.

Die Marktentwicklung weist darauf hin, dass Telekom Austria bei reinen Inlandsgesprächen (d.h. ohne Dial-in) nach wie vor in einzelnen Teilsegmenten des gegenständlichen Marktes höhere Preise aufrechterhalten kann, wobei diese Preisaufschläge im Vergleich zu den Auslandsgesprächen aber moderat ausfallen. Parallel dazu praktiziert TA unter Ausnützung ihrer vertikalen Integration in anderen, marketingtechnisch leicht kommunizierbaren und darstellbaren Teilsegmenten des gegenständlichen Marktes trotz bestehender ex ante-Entgeltkontrolle ansatzweise Kampfpreise durch Rabattgewährung.

Auf dem gegenständlichen Markt besteht das Wettbewerbsproblem der Marktmachtübertragung durch Produktbündelung mit dem Grundentgelt sowie mit Produkten, die außerhalb der Märkte der TKMVO 2003 (bspw. Breitbandinternetzugang für Endkunden) liegen.

Die Indikatoren „Technologische Entwicklung“, „Performance“ sowie der internationale Tarifvergleich konnten vergleichsweise nicht wesentlich bzw. lediglich ergänzend zur abschließenden Wettbewerbsbeurteilung beitragen.

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 benachbarten Zugangsmarkt Anreize hat, neben der Anwendung exzessiver Preise auf dem komplementären Zugangsmarkt auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt Kampfpreise (zB in Form selektiver Rabatte) anzuwenden und somit die auf dem komplementären Zugangsmarkt existierende Marktmacht auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt zu übertragen.

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 alleiniger beträchtlicher Marktmacht iSd § 37 Abs. 2 iVm § 35 Abs. 1 und 2 TKG 2003 einzustufen ist.

## **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 Zielkatalog 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 Europäischen 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**

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 Kosten-Nutzen-Abwägung) darstellen.

Bei der Auswahl der zur Verfügung stehenden Regulierungsinstrumente für den gegenständlichen Markt ist ferner 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).

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

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

§ 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.

Es ist von der Regulierungsbehörde eine Prognoseentscheidung über die Effekte einer Regulierung auf Vorleistungsebene auf die nachgelagerten Verbindungsmärkte, wie dem gegenständlichen, zu treffen. 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 benachbarten Zugangsmarkt vorgesehenen Regulierungsinstrumente der Betreiber(vor)auswahl, des Anbietens entsprechender Vorleistungsprodukte, des Wiederverkaufes der Teilnehmeranschlussleistung sowie der getrennten Buchführung sowie die auf anderen Vorleistungsmärkten auferlegten Regulierungsinstrumente (Entbündelung, bitstream-Zugang (naked-DSL) sowie Verpflichtungen auf den Mietleitungsvorleistungsmärkten) weder alleine noch in Kombination 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.

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 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 des benachbarten Zugangsmarkts und der Vorleistungsmärkte keine Abkehr vom Prinzip des Primats der Regulierung der Vorleistungsmärkte dar. Das diesbezügliche Vorbringen von TA ist unbegründet.

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wurde bereits unter Punkt D 8 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.

### **9.2.1. Zur Anzeigepflicht – Zu Spruchpunkt 2.1.**

Der Anwendung von antikompetitiven Preisen (Kampfpreise bzw. Entstehen eines Margin-Squeeze), auch durch das Anbieten von ungerechtfertigten Produktbündeln mit Bündelteilen des gegenständlichen Verbindungsmarktes, kann mittels einer Verpflichtung nach § 43 Abs. 1 TKG 2003 entgegengewirkt werden, nach der Entgeltbestimmungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen inkl. Leistungsbeschreibungen für die marktgegenständlichen Endkundenprodukte vor deren Anwendung, also spätestens zeitgleich mit dem Marktauftritt, der Regulierungsbehörde anzuzeigen sind und dieser bei Verstoß der angezeigten Entgeltbestimmungen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. Leistungsbeschreibungen gegen das TKG 2003, die auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, die §§ 864a oder 879 ABGB, das Kartellgesetz 2005, die §§ 6 und 9 Konsumentenschutzgesetz idGF oder diesen Bescheid ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird.

Daher sind alle Entgelte, allgemeine Geschäftsbedingungen und Leistungsbeschreibungen und ihre Änderungen, die sich, wie festgestellt, sinnvoller Weise nicht isoliert betrachten lassen, der Regulierungsbehörde vorab zur Anzeige vorzulegen, sofern diese marktgegenständliche Verbindungsleistungen betreffen. Andernfalls wären die Voraussetzungen zur Prüfung der vorab angezeigten marktgegenständlichen Verbindungsentgelte auf deren wettbewerbliche Verträglichkeit (Kostenorientierung, Replizierbarkeit) nicht gegeben. Telekom Austria kritisierte (ON 54, Punkt 3.2.), dass das angeordnete Nachforderungsrecht für Unterlagen mit drei Wochen zu lang bemessen und daher unverhältnismäßig sei, und regte eine Verkürzung auf zwei Wochen an. Die Telekom-Control-Kommission führt diesbezüglich, dass die gewählte Frist von drei Wochen an die Bestimmung des § 45 Abs. 2 S 3 angelehnt ist. Die von Telekom Austria behauptete Rechtsunsicherheit kann angesichts der weitestgehenden Sachverhaltsidentität des gegenständlichen mit dem durch leg cit geregelten Fall nicht erkannt werden. Bezug nehmend auf den Hinweis auf den „üblichen TKK-Sitzungszyklus“ ist ergänzend auszuführen, dass die angeordnete dreiwöchige Regelung ohnehin dem vierzehntägigen Sitzungszyklus der Telekom-Control-Kommission entspricht. Dies deshalb, da es Telekom Austria durch Steuerung des Anzeigezeitpunkts freisteht, die Behandlung der Anzeige durch die Telekom-Control-Kommission in der jeweils – organisatorisch möglichen – nächsten Sitzung der Telekom-Control-Kommission, zu erreichen. Die angeordneten drei Wochen Nachforderungsrecht durch die Regulierungsbehörde entsprechen genau eineinhalb Sitzungsperioden der Telekom-Control-Kommission, sodass im zeitlichen Mittel davon ausgegangen werden kann, dass auch eine 14-tägige Frist zur Nachforderung von fehlenden Unterlagen erst drei Wochen nach ursprünglichem Einlangen der Anzeige von der Telekom-Control-Kommission behandelt werden kann.

Die Auferlegung dieser Verpflichtung ist erforderlich, da die Einhaltung der der Telekom Austria ebenfalls auferlegten Kostenorientierungsverpflichtung nur durch eine Anzeigepflicht überprüft und im Falle eines Verstoßes nur durch ein Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde gewährleistet werden kann. Gleichzeitig war zur Operationalisierung der neuen Anzeigepflicht in Anlehnung an das bestehende Widerspruchsverfahren gemäß § 25 Abs. 6 TKG 2003 die Aufnahme einiger Verfahrensbestimmungen zur Hemmung des Fristenlaufs bei Nichtvorlage der zur Beurteilung angezeigter Entgeltbestimmungen, allgemeiner Geschäftsbedingungen bzw. Leistungsbeschreibungen notwendigen Unterlagen und Nachweisen (etwa in Bezug auf die Kostenorientierung von Entgelten, Gestaltung von Werbemitteln in Muster- oder Entwurfsform, sofern zumutbar, Anbieten und Zusammenstellung von teilweise marktgegenständlichen Produktbündeln) bzw. zur Anforderung entsprechender Nachweise durch die Regulierungsbehörde erforderlich.

Telekom Austria kritisierte (ON 34, Punkte 2.1., 2.2.) einerseits, dass die vorgesehene „unechte ex-post Regulierung“ nur auf dem gegenständlichen Markt zur Anwendung gelangen solle und nicht auch auf dem benachbarten 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 marktgegenständliche Leistungen – und auch dann nur, wenn sie für den Teilnehmer ausschließlich begünstigende Änderungen mit sich bringen – ihre Rechtfertigung in den auf dem gegenständlichen Markt festgestellten Wettbewerbsproblemen findet (Kampfpreise, Margin-Squeeze, Ausnützung der Effekte von clusterinterner als auch clusterexterner Bündelung), die sich von denen auf dem benachbarten Zugangsmarkt beträchtlich unterscheiden. Aufgrund der festgestellten quasi-monopolistischen Marktanteile der Telekom Austria auf dem benachbarten Zugangsmarkt sowie den damit in Zusammenhang stehenden Wettbewerbsproblemen erscheint eine Lockerung der Regulierung im Sinne der für den gegenständlichen Markt angeordneten unechten ex-post Regulierung daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht angebracht. Mit den

Mitteln einer ex-post Wettbewerbsregulierung könnte der entstandene Schaden nicht mehr abgewehrt bzw. kompensiert werden. Eine lediglich unechte ex-post Regulierung erscheint daher auf dem benachbarten Zugangsmarkt als regulatorisch nicht vertretbar.

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.

Im Vergleich zu der bislang bestehenden Verpflichtung zur Vorabgenehmigung von allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen stellt sich bei einer Abänderung von Verbindungsentgelten bzw. von Paketpreisen (Bonuspakete) eine Anzeigepflicht im Rahmen des mit diesem Bescheid auferlegten unechten ex-post Verfahrens für die marktgegenständlichen Endkundenprodukte als geringerer Eingriff und milderer Mittel dar, welches dennoch eine Bekämpfung der identifizierten Wettbewerbsprobleme unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit iSd § 34 TKG 2003 erlaubt. Zur Klarstellung weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass bei allen anderen Tarifänderungen das bestehende System der ex-ante Tarifgenehmigung aufrecht bleibt.

§ 25 Abs. 2 TKG 2003 sieht für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen von Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. Leistungsbeschreibungen eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten vor. Diese Bestimmung grenzt daher die Zulässigkeit der in Spruchpunkt 2.1. angeordneten unechten ex-post Kontrolle für die marktgegenständlichen Verbindungsprodukte ab.

Die in Spruchpunkt 2.1. angeordnete Verpflichtung zur Tarifanzeige im Rahmen eines unechten ex-post Verfahrens erstreckt sich daher nur auf den Teilnehmer ausschließlich begünstigende Änderungen der erwähnten Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. Leistungsbeschreibungen.

#### 9.2.1.1. Zu den kurzfristigen Aktionsangeboten

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

Da durch die in § 25 Abs. 2 TKG 2003 festgelegte Anzeigepflicht von allen Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen gewährleistet ist, dass die Regulierungsbehörde von allen am Markt befindlichen Aktionsangeboten Kenntnis erlangt, waren diesbezüglich keine weiteren Verpflichtungen aufzuerlegen.

#### 9.2.1.2. Zu den Bündelprodukten

Die Anzeigepflicht von in den gegenständlichen Markt fallenden Produkten ergibt sich bereits aus § 25 Abs. 2 TKG 2003. Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, ob ein solches marktgegenständliches Produkt Teil eines Bündels ist oder nicht.

Da durch die in § 25 Abs. 2 TKG 2003 festgelegte Anzeigepflicht von allen Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Produkten, die in den gegenständlichen Markt fallen, gewährleistet ist, dass die Regulierungsbehörde von allen solchen am Markt befindlichen Bündelteilen Kenntnis erlangt, waren diesbezüglich keine weiteren Verpflichtungen aufzuerlegen.

### 9.2.2. Zur Kostenorientierung – Zu Spruchpunkt 2.2.

Die Feststellungen in Bezug auf das Vorliegen von effektivem Wettbewerb zeigen, dass das mittlerweile erreichte Wettbewerbsniveau am gegenständlichen Verbindungsmarkt nach wie vor von der infrastrukturbasierten Abhängigkeit der meisten alternativen Anbieter vom Zugang zur Infrastruktur der TA geprägt ist. Der festgestellte Umsatzmarktanteil von TA von über 93 % am benachbarten Zugangsmarkt führt zur Situation, dass TA Anreize hat, ihre dort bestehende Marktmacht durch die Anwendung von Kampfpreisen bzw. eines Margin-Squeeze unter Zuhilfenahme von Produktbündelungen auf den gegenständlichen Markt zu übertragen. Die Auferlegung der Verpflichtung zur vorherigen Anzeige von allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen erscheint auch aus diesem Grund als verhältnismäßig.

Die Regulierungsinstrumente der Vorleistungsebene, aber auch der getrennten Buchführung, sind nicht dazu geeignet, das festgestellte Wettbewerbsproblem der Kampfpreise bzw. eines Margin-Squeeze weder alleine noch in Kombination zu bekämpfen. Es ist 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 am benachbarten Zugangsmarkt (Umsatzmarktanteil über 93 %, in 64 kbit-Äquivalenten rund 91 %) signifikant verringern würde.

Hinsichtlich des Umfangs der Kostenorientierungsverpflichtung erscheinen die nachfolgend zusammengefassten Leistungen als diejenigen Leistungen des gegenständlichen Marktes, deren vorherige Anzeige iSd Punktes B 9.2.1. als notwendig erscheint, um die beschriebenen Wettbewerbsprobleme der horizontalen Marktmachtübertragung, der Kampfpreise und das Herbeiführen eines Margin-Squeeze effektiv zu bekämpfen:

- a) Tarife für Gespräche zu allen Inlandszonen an festen Standorten,
- b) Tarife für Gespräche in nationale Mobilnetze,
- c) Tarife für Rufe in den Nummernbereich 07xx,
- d) Tarife für Rufe zu privaten Netzen in den Nummernbereich 05xx,
- e) Tarife für Gespräche innerhalb VPNs, sofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt,
- f) Verbindungsnetzbetrieb durch Telekom Austria AG betreffend die genannten Verbindungsprodukte gemäß a) – e),
- g) Rabatte unter Berücksichtigung von anderen Vergünstigungen, insb. von kurzfristigen Werbeaktionen, betreffend a) – f).

Integraler Bestandteil der Überprüfung der gemäß Spruchpunkt 2.1. angezeigten Entgelte 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 und die Nachbildbarkeit aller Endkundenprodukte von Telekom Austria sichergestellt werden. Aus diesem Grund war die Kostenorientierungsverpflichtung auch für jene Teile von am gegenständlichen Verbindungsmarkt angebotenen Produktbündeln aufzuerlegen, die in den gegenständlichen Markt fallen.

In Bezug auf die Verbindungsentgelte fordert Telekom Austria eine Änderung bezüglich der „reduzierten Kontrollmatrix“, dahingehend, dass hinsichtlich Kostenorientiertheit je Verbindungszone ein einheitlicher Tarifausgleich über Gespräche ins Festnetz und in Mobilnetze geschaffen werden sollte. Die Telekom-Control-Kommission weist dieses Vorbringen als nicht mit den festgestellten Wettbewerbsproblemen in Einklang stehend zurück: Durch eine einheitliche Verbindungszone für Gespräche ins Festnetz und in Mobilnetze würden sich die Tarifgestaltungsspielräume für Telekom Austria um die Endkumentarife für Gespräche in Mobilnetze erhöhen. So wäre angesichts der substantiell unterschiedlichen Vorleistungsentgelte iVm den festgestellten Anreizen für Telekom Austria, auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt Kampfpreise anzuwenden, nicht auszuschließen, dass Telekom Austria ihre Erträge aus Gesprächen in Mobilnetze zur unerlaubten Quersubventionierung für Gespräche ins nationale Festnetz benutzen könnte. Die Telekom-Control-Kommission folgt daher den Ausführungen der Amtsgutachter in ON 27, wonach für Gespräche ins Festnetz und in Mobilnetz jeweils für sich kostenorientierte Tarife angewendet werden müssen, um die Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt zu bekämpfen.

#### 9.2.2.1. Zu den kurzfristigen Aktionsangeboten:

Das Kriterium der Kostenorientierung bringt es mit sich, dass auch die aus Aktionsangeboten resultierende Erlösschmälerung bei der Überprüfung der Kostenorientierung mitzuberücksichtigen ist. Das Ausmaß der auf Grund vorgesehener Aktionsangebote geschätzten Erlösschmälerung ist daher Bestandteil der Kostenorientierungsverpflichtung.

Hinsichtlich kurzfristiger Aktionsangebote hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen:

Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist es – wie festgestellt – hinsichtlich der Kostenorientierung von kurzfristigen Aktionsangeboten, 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, junktimiert wird sowie 3. Aktionsangebote (sofern Herstellertgelte von der Aktion umfasst sind), deren wirtschaftliche Auswirkungen maximal in der Höhe des jeweiligen Herstellungsentgeltes zu liegen kommen, unabhängig vom Zeitraum der Inanspruchnahme, lediglich erforderlich, dass solche Entgelte der Kostenorientierungsverpflichtung unter Zugrundelegung eines Durchrechnungszeitraums von einem Jahr entsprechen.

Mit dieser – die Telekom Austria hinsichtlich ihrer Tarifgestaltungsfreiheit für kurzfristige Aktionsangebote begünstigenden – Regelung zur Kostenorientierung ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission 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 Notwendigkeit der Kostenorientierung (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 des Punktes II B 4.2.2.1.6 entsprechen, zu einer de facto Umgehung der Kostenorientierungsverpflichtung kommen kann.

Die Eingrenzung der begünstigenden Anwendung der Kostenorientierungsverpflichtung auf Aktionen (sofern Herstellentgelte von der Aktion umfasst sind), 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 Herstellentgelts 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 Herstellergeld 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 Herstellergelds 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.

Die vollständige Aufnahme der Konkretisierung der Definition von kurzfristigen Aktionsangeboten auch in den Spruch des gegenständlichen Bescheid erfolgte, da nicht ausgeschlossen werden konnte, dass seitens TA solche kurzfristigen Aktionsangebote angeboten werden, die sowohl Produkte des benachbarten Zugangsmarkt als auch den gegenständlichen Verbindungsmarkt betreffen. Aus Gründen der Rechtsicherheit und Klarstellung wurde daher der diesbezüglichen Anregung von TA (ON 54, Punkt 3.1.) nicht Rechnung getragen.

#### 9.2.2.2. Zu den Bündelprodukten:

Wie festgestellt, werden die marktgegenständlichen Leistungen teilweise in unterschiedlichen Kombinationen zu unterschiedlichen Preisen angeboten. 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 festgestellt, können Bündelprodukte aber auch den Wettbewerb beeinträchtigende Aspekte mit sich bringen. Für Telekom Austria bestehen Anreize, ihre Marktmacht vom gegenständlichen Zugangsmarkt auch auf den benachbarten Verbindungsmarkt 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 benachbarten Zugangsmarkt viele Wettbewerber (namentlich Verbindungsnetzbetreiber) von Telekom Austria am benachbarten Verbindungsmarkt, 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 marktgegenständlichen Verbindungsleistungen 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.

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 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 ihrer Gesprächsentgelte nur für die Produkte von Mobilkom Austria auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt - dzt. unter dem Namen „A1 total“ beworben - 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 getrennt angebotenen 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 die Anwendung von Kampfpreisen und das Herbeiführen eines Margin-Squeeze zu verhindern, Markteintritte und Wettbewerb zu fördern

und somit 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.

#### 9.2.2.3. 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 Kampfpreisen und mit der Übertragung von Marktmacht in wettbewerbsintensivere Verbindungsmärkte 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.

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. Ein „Wechseln“ erscheint gemäß den Feststellungen als nicht geeignet, die festgestellte Gefahr eines Margin-squeezes und von Kampfpreisen zu bekämpfen.

Es war daher der bestehende Kostenrechnungsstandard neuerlich anzuordnen.

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

Aufbauend auf den aaO getroffenen Feststellungen stellt nunmehr Spalte 1 – 3 der reduzierten Kontrollmatrix den integralen Prüfbestandteil der Kostenorientierung in Bezug auf die Kostenorientierung der marktgegenständlichen Verbindungsleistungen dar.

Ausschlaggebend für die Einhaltung der Kostenorientierungsverpflichtung von künftigen marktgegenständlichen Verbindungsleistungen erscheint daher – auch künftig – die Nachbildbarkeit der Entgelte für einzelne Tarifoptionen. Diese marktgegenständlichen Verbindungsleistungen müssen sich hinsichtlich ihrer Untergrenze an den Vorleistungskosten (=Zusammenschaltungskosten) für das entsprechende Produkt orientieren.

Gemäß den Feststellungen sind Tarife für Gespräche in Mobilnetze darüber hinaus in dem Sinn kostenorientiert zu gestalten, als auf die Vorleistungskosten der Terminierung in das jeweilige Mobilnetz ein zielnetzunabhängiges (kostenorientiertes) Entgelt für die von Telekom Austria erbrachten Leistungen aufzuschlagen ist und an die Endkunden zur Verrechnung zu gelangen hat. Wie auch bereits in den Entscheidungen zu den Marktanalyseverfahren M 3-4/03 und M 6/03 angeordnet, muss dabei nur mehr eine proportionale Differenzierung zwischen Gesprächen zu verschiedenen Mobilfunkbetreibern aus den zu Grunde liegenden Terminierungsentgelten im Jahresmittel ableitbar sein. Das

Verhältnis einer allfälligen Differenzierung der Entgelte zu Mobilfunk nach Geschäftszeit und Freizeit muss bei Verbindungen zu allen Mobilnetzbetreibern gleich sein.

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

Dieses Regulierungsinstrument war daher im beschriebenen Umfang aufzuerlegen.

### **9.2.3. Zur getrennten Buchführung – Zu Spruchpunkt 2.3.**

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

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wurde bereits unter Pkt. 8 der rechtlichen Beurteilung festgehalten. Dass die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 durch eine Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen nicht erreicht werden können, ergibt sich aus Pkt. B 4.2.1.1. – B 4.2.1.8. der Feststellungen, wonach die Wettbewerbsprobleme der Kampfpreise (bzw. von Margin Squeeze), sowie die Bündelung von Produkten demnach aus gegenwärtiger Sicht nicht mit den Vorleistungsinstrumenten des TKG 2003 adressierbar oder zu mildern sind. Daher ist eine Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auch auf der Endkundenebene erforderlich und geboten.

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

Die 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 (vgl. ERG, S. 49ff, Erwägungsgrund 18 Rahmen-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.

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 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 bei TA die Notwendigkeit einer getrennten Buchführung nach § 43 Abs. 4 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 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.

#### **9.2.4. 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 Entgelten einschließlich Rabatten (vgl. Art. 9 Zugangs-RL).

Da zur Behebung der identifizierten Wettbewerbsprobleme 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.

### **9.2.5. 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 Verbindungsmarktes wurden folgende potentielle Wettbewerbsprobleme identifiziert: Gefahr antikompetitiver Preise (Kampfpreise bzw. Margin-Squeeze) und Problematik der Produktbündelung im Zusammenhang mit Marktmachtübertragungsstrategien, wobei am gegenständlichen Markt kundenspezifische Lösungen und projektindividuell kalkulierte Gesamtleistungen eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielen.

Nur die festgelegten Vorab-Verpflichtungen zur Entgeltregulierung in der beschriebenen Form und vorheriger Anzeige von marktgegenständlichen Verbindungsprodukten und zur getrennten Buchführung sind nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission geeignet, diesen identifizierten potentiellen Wettbewerbsproblemen (im Fall der Nicht-Regulierung) zu begegnen. Das durchgeführte Verfahren hat ergeben, dass die Verpflichtung auch verhältnismäßig ist und keinen unzumutbaren Eingriff in die Sphäre der Verfahrensparteien 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 hintanzuhalten. 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 4/03-81 auferlegten Verpflichtungen – Zu Spruchpunkt 3.**

Da die Telekom Austria mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 4/03-81 vom 20.3.2006 als marktbeherrschend auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt festgestellt wurde, gelten bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit Bescheid M 4/03-81 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 4/03-81 vom 20.3.2006 der Telekom Austria auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtungen die bisher auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

#### **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 2.1. (Anzeigepflicht) und aus Spruchpunkt 2.2. (Verpflichtung zur Wahrung der wettbewerblichen Verträglichkeit anhand der Prüfkriterien „Replizierbarkeit“, „Margin Squeeze“ und „Marktmachtübertragungspotential“) ergebenden Verpflichtungen 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 verstärkte zu beobachtende Trend zu teilweise clusterübergreifenden Bündelprodukten unterschiedlicher Anbieter erfordert aus Gründen der Rechtssicherheit eine 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.

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 Nichtuntersagungsfähigkeit 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