

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 15.11.2010 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

A. Gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass A1 Telekom Austria AG auf dem „Breitbandvorleistungsmarkt für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden“ iSd § 1 Z 11 TKMVO 2008 idF BGBl II Nr 468/2009 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

B. A1 Telekom Austria AG werden gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

B.1 Zugang

Gemäß § 41 Abs 2 TKG 2003 hat A1 Telekom Austria AG

B.1.1 breitbandigen Bitstream-Zugang zu allen im „Wholesale-Standardangebot der A1 Telekom Austria AG betreffend „Breitbandige Internetzugangslösungen für Internet Service Provider“ idF vom 01.09.2010, veröffentlicht unter <http://business.telekom.at/agbs/geschaeftsbedingungen.php>, angeführten Vorleistungsprofilen samt allen dafür notwendigen Annex-Leistungen ungebündelt zu gewähren. Entsprechend der Nachfrage hat die Verkehrsübergabe entweder „Asynchronous Transfer Mode“-basiert oder „Internet Protokoll“-basiert zu erfolgen;

B.1.2 bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die sich an Nichtprivatkunden richten bzw bei Einführung neuer Entgelte für solche Endkundenprodukte gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungspreise im Sinne des in Spruchpunkt B.1.1 genannten breitbandigen Bitstream-Zugang anzubieten, sofern für Nachfrager die Nachbildung eines entsprechenden Endkundenangebotes durch den Bezug bereits bestehender Bitstream-Produkte objektiv unmöglich ist;

B.1.3 die regionale Übergabe des Verkehrs betreffend den in den Spruchpunkten B.1.1 und B.1.2 genannten breitbandigen Bitstream-Zugang auf Ebene der neun im „Wholesale-Standardangebot der A1 Telekom Austria AG betreffend Breitbandige Internetzugangslösungen für Internet Service Provider“ idF vom 01.09.2010 bestehenden Übergabepunkte in das Netz des alternativen Betreibers zu ermöglichen;

B.1.4. die nationale Übergabe des Verkehrs betreffend den in den Spruchpunkten B.1.1 und B.1.2 genannten breitbandigen Bitstream-Zugang auf Nachfrage des nachfragenden alternativen Betreibers an einem der neun im „Wholesale-Standardangebot der A1 Telekom Austria AG betreffend Breitbandige Internetzugangslösungen für Internet Service Provider“ idF vom 01.09.2010 bestehenden Übergabepunkte in das Netz des alternativen Betreibers zu ermöglichen;

B.1.5. betreffend den in den Spruchpunkten B.1.1 und B.1.2 genannten breitbandigen Bitstream-Zugang den Zugang auf Vorleistungsebene nichtdiskriminierend auch dann zu ermöglichen, wenn der Endkunde über keinen POTS- oder ISDN-Basisanschluss bei A1 Telekom Austria AG verfügt („naked-DSL“);

B.1.6. für alle naked-DSL Vorleistungsprofile auf Nachfrage von alternativen Anbietern eine Voice over Broadband-Option für Bitstream-Vorleistungsprodukte mit zumindest folgenden Bandbreiten samt integriertem Datenvolumen (Down-/Upload) anzubieten:

- 192/192 kbit/s inklusive einem Datenvolumen von zumindest 2,4 GB,
- 384/384 kbit/s Bandbreite inklusive Datenvolumen von zumindest 5 GB,
- 512/512 kbit/s Bandbreite inklusive Datenvolumen von zumindest 7,5 GB sowie
- 768/768 kbit/s Bandbreite inklusive einem Datenvolumen von zumindest 10 GB.

Bei Überschreitung der jeweiligen GB-Grenze (Mittlung des Gesamtverbrauchs aller angeschlossenen Kunden eines konkreten alternativen Anbieters) hat die Abrechnung nach verbrauchtem Datenvolumen und in 1 GB-Schritten zu erfolgen;

B.1.7 auf Nachfrage des alternativen Anbieters den Voice over Broadband-Sprachverkehr am Übergabepunkt auch an Dritte zu übergeben, die im Auftrag des alternativen Anbieters tätig sind;

B.1.8 auf Nachfrage des alternativen Anbieters die gemeinsame Übergabe des Sprachverkehrs und des Datenverkehrs an den ISP über dieselbe physische Schnittstelle am Übergabepunkt iSv Spruchpunkt B.1.3 oder B.1.4 zu ermöglichen;

B.1.9 bei allfälliger Einstellung bestehender Vorleistungsprofile im Sinne der Spruchpunkte B.1.1 und B.1.2 dafür Sorge zu tragen, dass alternative Nachfrager nach solchen Vorleistungsprofilen durch Bereitstellung eines adäquaten Ersatzes nicht schlechter gestellt werden als bisher;

B.1.10. den Zugang durch Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die zur Anbindung von Nichtprivatkunden einen Antrag auf andere als im „Wholesale-Standardangebot der A1 Telekom Austria AG betreffend Breitbandige Internetzugangslösungen für Internet Service Provider“ idF vom 01.09.2010 enthaltene Vorleistungsprofile stellen, gemäß § 41 Abs 2 Z 4 TKG 2003 zu gewähren.

B.2 Entgeltkontrolle

B.2.1 A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Gewährung des Zuganges für jene Vorleistungsprofile im Sinne der Spruchpunkte B.1.1 und B.1.2, deren Verkehr regional gemäß Spruchpunkt B.1.3 übergeben wird, die sich an Nichtprivatkunden richten und die von A1 Telekom Austria AG auch zur Bereitstellung von eigenen Endkundenprodukten verwendet werden, ein um die Kosten ihres Retail-Armes reduziertes Entgelt zu verrechnen (Entgeltkontrolle auf Basis „Retail Minus“).

B.2.2 A1 Telekom Austria AG hat zur Hintanhaltung einer Preis-Kosten-Schere für die von ihr im Sinne der Spruchpunkte B.1.1 und B.1.2 angebotenen Produkte ihre Entgelte in einer Höhe zu setzen, dass das tatsächlich von den Beziehern von Nichtprivatkundenprodukten entrichtete Entgelt jedes einzelnen Produkts ausreicht, um das Vorleistungsentgelt sowie die vermeidbaren Kosten der A1 Telekom Austria AG auf Produktebene abzudecken.

Gleichzeitig muss das tatsächlich von den Beziehern von Nichtprivatkunden entrichtete Entgelt aller Produkte ausreichen, um das Vorleistungsentgelt sowie die Vollkosten über alle Produkte unter Zugrundelegung eines Durchrechnungszeitraumes von zwölf Monaten abzudecken.

Kosten, die der A1 Telekom Austria AG aufgrund der externen Bereitstellung von Bitstream-Produkten im Sinne der Spruchpunkte B.1.1 und B.1.2 entstehen, sind nur in jenem Ausmaß zu berücksichtigen, das dem Anteil der extern bereitgestellten Anschlüsse an den insgesamt bereitgestellten Anschlüssen entspricht.

Auf Anforderung der Regulierungsbehörde sind Plan- bzw Ist-Daten zu Umsätzen, Kosten und Mengen zur Überprüfung der angeordneten Entgeltkontrolle in elektronischer Form zu übermitteln.

B.2.3 Der (Netto)Vorleistungspreis jedes einzelnen marktgegenständlichen Produktes iSd Spruchpunktes B.2.1 hat – auch bei allen kurzfristigen Aktionsangeboten auf der Endkundenebene – zumindest so weit unter dem (Netto-)Endkundenpreis eines zugeordneten Produktes auf der Vorleistungsebene zu liegen, dass vermeidbare Kosten von A1 Telekom Austria AG gedeckt sind.

B.2.4 A1 Telekom Austria AG hat bei der Entgeltfestsetzung für die marktgegenständlichen Leistungen iSd Spruchpunktes B.2.1 zu gewährleisten, dass auch Nachfrager nach entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen keiner Preis-Kosten-Schere ausgesetzt werden.

B.2.5 A1 Telekom Austria AG darf das Entgelt für den Bezug von marktgegenständlichen Leistungen iSd Spruchpunktes B.2.1 auf den Tag genau frühestens ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Herstellung auf Endkundenebene dem entsprechenden Nachfrager der marktgegenständlichen Leistung verrechnen.

B.2.6 A1 Telekom Austria AG hat für die Gewährung des Zuganges für jene Vorleistungsprofile im Sinne der Spruchpunkte B.1.1 und B.1.2, deren Verkehr regional gemäß Spruchpunkt B.1.3 übergeben wird und die von A1 Telekom Austria AG ausschließlich extern angeboten werden, gemäß § 42 TKG 2003 ein Entgelt festzusetzen, das im Verhältnis zu den bandbreitenmäßig benachbarten Vorleistungsprofilen mit gleichem Überbuchungsfaktor die konkreten Leistungsmerkmale adäquat widerspiegelt.

B.3 Gleichbehandlung

B.3.1 A1 Telekom Austria AG hat betreffend den in Spruchpunkt B.1.1 genannten breitbandigen Bitstream-Zugang gemäß § 38 Abs 1 und Abs 2 TKG 2003 anderen Nachfragern marktgegenständlicher Bitstream-Produkte, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw. Diensteanbietern erbringen, die marktgegenständliche Leistung „breitbandiger Bitstream-Zugang“ unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

B.3.2 A1 Telekom Austria AG hat insbesondere betreffend alle derzeit angebotenen und zukünftigen Endkundenprodukte, die in diesen Markt fallen, diese Vorleistung in Form eines entsprechenden Zuganges anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie sich selbst, spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten. Von A1 Telekom Austria AG ist dabei zu ermöglichen, dass alternative Anbieter zumindest am selben Tag wie A1 Telekom Austria AG am Endkundenmarkt auftreten können. Nachfrager des marktgegenständlichen Bitstream-

Produktes müssen über die Änderung von marktgegenständlichen Vorleistungsprodukten sowie die Einführung von neuen Produkten, die – technologieneutral – dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind, seitens A1 Telekom Austria AG je nach Komplexität, mindestens jedoch vier Wochen vor Einführung des entsprechenden Endkundenproduktes, vorab informiert werden.

B.3.3 A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 das bestehende „Wholesale-Standardangebot der A1 Telekom Austria AG betreffend Breitbandige Internetzugangslösungen für Internet Service Provider“ idF vom 01.09.2010 aufrechtzuerhalten sowie binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides in einer die Auflagen dieses Bescheides erfüllenden Form auf ihrer Webseite zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten.

Das Standardangebot hat zumindest alle Produkte nach den Spruchpunkten B.1.1 und B.1.2 zu umfassen.

Ferner müssen im Standardangebot folgende Regelungen enthalten sein:

- Klarstellung über den Beginn der Fälligkeit des Entgelts für den Bezug von marktgegenständlichen Leistungen,
- Detaillierte (technische) Beschreibung des Angebotsgegenstandes inkl. Nebenleistungen und Spezifikationen der Verwendung findenden elektronischen Schnittstellen,
- Bestimmungen über Angebotsannahme, Vertragsdauer, Kündigung, und Vertragsanpassung inkl. Änderungen des Angebotsgegenstandes,
- Bestimmungen zu Bestellung, Bereitstellung und Stornierung bzw. Kündigung von Bitstream-Leitungen inkl. Fristen,
- Bestimmungen über Beginn und Ende der Leistungsbereitstellung inkl. Fristen,
- Bestimmungen zur Qualitätssicherung (SLAs) in Bezug auf Herstellungsdauer, Verfügbarkeit und Entstörung/Reparaturzeiten, Entstörung und Endkundenbeschwerdemanagement,
- Pönalebestimmungen,
- Regelungen hinsichtlich technologieneutraler Rufnummernportierung (1. POTS, 2. VoIP ohne Voice over Broadband-Option im Sinne von Spruchpunkt B.1.6 sowie 3. VoIP mit Voice over Broadband-Option im Sinne von Spruchpunkt B.1.6),
- Regelungen hinsichtlich des gemeinsamen Bezugs eines Bitstream-Vorleistungsproduktes und eines VoB-Zugangsproduktes sowie
- Bestimmungen zu Migrations- und Wechselprozessen auf Vorleistungsebene
 - Wechsel des Endkunden eines (Bitstream-)ISP zu einem anderen Produkt,
 - Wechsel eines Endkunden zu einem (anderen) (Bitstream-)ISP,
 - Migration (einzelner oder mehrerer) Endkunden eines ISP von Bitstream-Produkten zur Entbündelung,
 - Migration eines (Bitstream-)ISP von der nationalen auf die regionale Ebene und
 - Migration zu naked-DSL.

B.4 Getrennte Buchführung

B.4.1 A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 40 Abs 1 TKG 2003 ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“).

B.4.2 In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

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

B.5 Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen

B.5.1 Die mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 1/05-59 vom 28.2.2006 der Telekom Austria AG (nunmehrige A1 Telekom Austria AG) auferlegten Verpflichtungen auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene werden gemäß § 37 Abs 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 25.01.2010 wurde gemäß § 37 TKG 2003 das Verfahren M 1/10 amtswegig eingeleitet.

Im März 2010 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten („Analyse des Breitband-Vorleistungsmarktes für die Bereitstellung von Anschlüssen an Geschäftskunden“) übermittelt (ON 40).

Am 17.05.2010 wurde eine mündliche Verhandlung abgehalten.

Am 08.07.2010 wurde die Verschmelzung von Telekom Austria TA AG und Mobilkom Austria AG durch Eintragung des neuen Firmennamens „A1 Telekom Austria AG“ in das Firmenbuch abgeschlossen.

Folgende Unternehmen verfügen nach Durchführung der mündlichen Verhandlung über Parteistellung im Verfahren M 1/10: ASAK Kabelmedien GmbH, Citycom Telekommunikation GmbH, Elektrizitätswerk Wels AG, Energie AG Oberösterreich Data GmbH, GRAZ AG – Stadtwerke für kommunale Dienste, Hutchison 3G Austria GmbH, Innsbrucker Kommunalbetriebe Aktiengesellschaft, Kapper Network Communications GmbH, LINZ STROM GmbH für Energieerzeugung, -handel, -dienstleistungen und Telekommunikation, LinzNet Internet Service Provider GmbH, LIWEST Kabelmedien Gesellschaft mbH, Multimedia One GmbH, Oberösterreichische Ferngas GmbH, Salzburg AG für Energie, Verkehr und Telekommunikation, Silver Server GmbH, Stadtwerke Klagenfurt AG, Telekom Austria TA AG (nunmehrige A1 Telekom Austria AG (vormals Telekom Austria TA AG bzw mobilkom Austria AG), in Zukunft: A1 Telekom), Tele2 Telecommunication GmbH, T-Mobile Austria GmbH, UPC Austria GmbH, UPC Austria Services GmbH, UPC Broadband GmbH, UPC Telekabel Klagenfurt GmbH, UPC Telekabel Wien GmbH, UPC Telekabel-Fernsehnnetz Region Baden Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Telekabel-Fernsehnnetz Wiener Neustadt/Neukirchen Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Wireless GmbH und Verizon Austria GmbH.

Die Verfahren nach §§ 128, 129 TKG 2003 zur Konsultation bzw Koordinierung des Maßnahmenentwurfs wurden ab dem 26.08.2010 geführt.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abgrenzung des Marktes „Breitbandiger Zugang auf Vorleistungsebene für Anschlüsse für Nichtprivatkunden“

Der Breitbandvorleistungsmarkt für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden gemäß § 1 Z 11 der TKMV 2008 umfasst die Bereitstellung des breitbandigen bidirektionalen Zugangs zum Teilnehmer auf Vorleistungsebene unabhängig von der tatsächlichen Bandbreite ausschließlich mittels Digital Subscriber Line (DSL) auf Basis eines Kupferdoppeladeranschlusses, unabhängig davon, ab welchem Konzentrationspunkt (zB ab dem Hausverteiler, ab dem Kabelverzweiger oder erst ab dem Hauptverteiler) gegebenenfalls Glasfaser zur Anbindung eingesetzt wird. IPTV-Vorleistungsprodukte (Contentprodukte) sind nicht Teil des gegenständlichen Marktes.

Dieser Markt umfasst alle intern und extern bereitgestellten DSL-Bitstream-Anschlüsse, die auf der Endkundenebene an Nichtprivatkunden verkauft werden. Ebenfalls mitumfasst sind Leistungen, die zwischen verbundenen Unternehmen erbracht werden.

Bei extern bereitgestellten DSL-Bitstream-Anschlüssen erfolgt der Transport des Datenstroms zwischen Teilnehmer und Schnittstelle zum Vorleistungsnachfrager ohne Verfügungsgewalt des Vorleistungsnachfragers über die dafür notwendige Netzinfrastruktur des Zugangnetzes (zB Digital Subscriber Line Access Multiplexer - DSLAM) bzw. die benötigte Infrastruktur des Transportnetzes durch den Vorleistungserbringer. Die Übergabe des Datenstroms vom bzw. zum Vorleistungsnachfrager erfolgt an einem oder mehreren Übergabepunkten über eine übliche, dem Stand der Technik entsprechende Datenschnittstelle - beispielsweise auf Basis ATM oder IP.

Intern oder extern bereitgestellte Anschlüsse über andere Zugangstechnologien wie zB CATV, UMTS/HSPA, PLC (Powerline Communications), Funk (WLL, W-LAN (-hotspots), WiMax), Glasfaser (FTTH) sowie Breitbandanbindungen über Satellit bzw. Zugangsformen wie Mietleitungen oder die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung sind nicht Bestandteil dieses Marktes. Ebenso sind intern und extern bereitgestellte DSL-Anschlüsse, die auf der Endkundenebene an Privatkunden bereitgestellt werden, nicht Bestandteil dieses Marktes.

Der Markt umfasst das gesamte Bundesgebiet.

2. Überblick über den relevanten Markt

2.1. Historische Entwicklung und bisherige Regulierungspraxis

2.1.1. Vorleistungsebene

Die Vorgängerversion des bestehenden Wholesale-Standardangebots wurde nicht von der Telekom-Control-Kommission mit Bescheid angeordnet, sondern von A1 Telekom freiwillig erbracht, wobei jedoch auch die zahlreichen Interventionen seitens der RTR-GmbH wesentlich zu diesem Ergebnis beitrugen. Obwohl das Angebot also letztlich auf privatrechtlicher Basis und ohne explizite Anordnung der Telekom-Control-Kommission zustande kam, kann dennoch davon ausgegangen werden, dass ohne angedrohte Regulierung in Form eines Bescheides kein Wholesale-Angebot zustande gekommen wäre, das alternativen Anbietern das Anbieten konkurrenzfähiger Produkte am Endkundenmarkt ermöglicht hätte.

Mit dem derzeit in Geltung befindlichen Bescheid M 1/05-59 vom 28.02.2006 wurde von der Telekom-Control-Kommission festgestellt, dass A1 Telekom am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und es wurden Regulierungsinstrumente entsprechend den festgestellten Wettbewerbsproblemen auferlegt.

In den vergangenen Jahren wurde von der Regulierungsbehörde bereits mehrmals (zB in den Verfahren R 5/06 sowie S 1/09, S 18/08, S 2/09 und S 18/09) überprüft, ob die Retail Minus-Verpflichtung eingehalten wird („Margin Squeeze Prüfung“).

Neben dem Standardangebot der A1 Telekom gibt es auch (unregulierte) DSL-Bitstream-Produkte von alternativen Anbietern (bspw Tele2, Silver Server und i3b), die über entbündelte Leitungen realisiert werden. Die Anzahl der von diesen Unternehmen extern bereitgestellten DSL-Bitstream-Anschlüsse ist jedoch im Vergleich zu den von A1 Telekom extern bereitgestellten DSL-Bitstream-Anschlüssen relativ gering (ca. 3.500 vs. ca. 63.400 im Q1/09 bzw ca 55.000 im Q4/09).

Im Jahr 2007 war die Anzahl der Breitbandanschlüsse, die von A1 Telekom auf Vorleistungsebene verkauft werden, mit über 120.000 Anschlüssen am höchsten. Der seitdem eingetretene Rückgang ist auf die deutlichen Preisreduktionen bei festen Breitbandanschlüssen bzw Bündelprodukten insbesondere im Privatkundenbereich zurückzuführen, die wiederum durch Preissenkungen bei mobilen Breitbandanschlüssen ausgelöst wurden. Größere ISPs wie UPC oder Tele2 verfügen über eigene Netze (CATV bzw. ULL), die zwischen 60 % und 65 % der Bevölkerung abdecken, und sind daher nur in bestimmten Gebieten auf Bitstream-Vorleistungen von A1 Telekom angewiesen. Dennoch spielen DSL-Bitstream-Anschlüsse für die Bereitstellung von DSL-Anschlüssen an Nichtprivatkunden weiterhin eine wichtige Rolle.

Von A1 Telekom werden Vorleistungsprofile derzeit mit den Überbuchungsfaktoren 1:5 und 1:30 angeboten. Die existierenden Vorleistungsprofile der A1 Telekom werden zumindest teilweise auch zur Anbindung von Nichtprivatkunden verwendet (ON 58, ON 59, ON 64, ON 67, ON 68).

Der gegenständliche Markt ist in vertikaler Hinsicht mit dem Markt für den physischen Zugang (Entbündelung) verbunden. Die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung wird von ISPs dazu benutzt, um auf der Endkundenebene breitbandigen Internetzugang (mittels DSL) anzubieten, oder aber, um auf der Vorleistungsebene DSL-Bitstream-Produkte bereitzustellen. Gleichzeitig können bestimmte, dafür geeignete Bitstream-Produkte auch dafür verwendet werden, Festnetzsprachtelefonie (Zugang und Verbindungen) auf den benachbarten Endkundenmärkten bereitzustellen.

2.1.2. Endkundenebene

Aufgrund von starken Preisunterschieden und Unterschieden bei den Produktcharakteristika sind auf der Endkundenebene Privat- und Nichtprivatkunden getrennt (in getrennten Märkten) zu betrachten. Privatkunden nehmen CATV-Anschlüsse und mobile Breitbandanschlüsse als Substitute zu DSL-Anschlüssen wahr, daher sind diese Anschlüsse dem Privatkundenmarkt zuzurechnen. Da Mobilfunkbetreiber über eine hohe Coverage verfügen und keine signifikanten Preisunterschiede in der Geographie mehr festzustellen sind, ist von bundesweit einheitlichen Wettbewerbsverhältnissen auf dem Privatendkundenmarkt auszugehen. Da am Breitband-Endkundenmarkt für Privatkunden weitgehend infrastrukturbasierter Wettbewerb (A1 Telekom, CATV, mobil sowie ULL) herrscht und auf Bitstream basierende Anschlüsse trotz sehr geringer Vorleistungspreise zunehmend an Bedeutung verlieren, ist für den Privatkundenbereich keine Zugangsregulierung für Bitstream-Produkte mehr erforderlich.

Nichtprivatkunden andererseits nutzen überwiegend (zu ca. 75 %) DSL-Anschlüsse und nehmen andere Technologien nicht als hinreichend enge Substitute wahr, um sie ebenfalls dem Markt zuzurechnen. Der gegenständliche Nichtprivatkundenmarkt enthält daher nur DSL-Anschlüsse und wurde aufgrund hoher Marktanteile von A1 Telekom im gesamten Bundesgebiet ebenfalls national abgegrenzt.

Auf Bitstream basierende DSL-Anschlüsse spielen im Nichtprivatkundenbereich eine wesentlich größere Rolle als im Privatkundenbereich. Diese sind für ISPs unter anderem erforderlich, um flächendeckende Vernetzungslösungen anbieten zu können, da viele Unternehmen, die an mehreren Standorten einen Internetanschluss haben, diesen vom selben Betreiber beziehen wollen. Entbündler (insbesondere jene ISPs, die nur wenige Standorte entbündelt haben), sind daher auf Bitstream-Vorleistungsprodukte von Telekom Austria angewiesen, um flächendeckend anbieten zu können..

A1 Telekom konnte in den vergangenen beiden Jahren im Nichtprivatkundenbereich kontinuierlich Kunden dazu gewinnen, während die Anzahl der Anschlüsse, die von alternativen Betreibern über entbündelte Leitungen bzw Bitstream realisiert werden, stagnieren bzw seit Q1/08 leicht rückläufig sind.

Da die Barrieren für die Verlegung eigener Infrastruktur bis zum Endkunden in der Regel sehr hoch sind (de facto bietet nur A1 Telekom DSL-Anschlüsse basierend auf eigener Zugangsinfrastruktur an), kann ein Markteintritt durch alternative Betreiber nur mittels Bezug von Bitstream-Vorleistungsprodukten und/oder entbündelten Leitungen erfolgen.

3. Zur Analyse des gegenständlichen Marktes

Nachfolgend werden die für die Analyse des gegenständlichen Marktes relevanten Indikatoren im Detail dargestellt:

3.1. Feststellungen zur alleinigen Marktbeherrschung

3.1.1. Marktanteile und Marktanteilsentwicklung

Marktanteile werden am vorliegenden Markt anhand der Anzahl an (intern oder extern) bereitgestellten Zugängen gemessen. Das ist am vorliegenden Markt die sinnvollste Vorgangsweise, da der Markt zu einem großen Teil Eigenleistungen enthält und eine Bewertung der Eigenleistungen auf Basis von erzielten Umsätzen nicht sinnvoll möglich ist. Auch eine Gewichtung der Zugänge zB nach Bandbreite ist problematisch, da die Bandbreite nur eine von mehreren Produkteigenschaften ist.

A1 Telekom verfügte bei steigender Tendenz im 1. Quartal 2009 über einen Anteil von ca 68 % an allen intern oder extern bereit gestellten Zugängen. Ein weiterer Anstieg der Marktanteile von A1 Telekom ist zu erwarten; es liegen keine Anhaltspunkte vor, die eine Trendänderung erwarten ließen. Am gegenständlichen Markt sind die Marktanteile sehr asymmetrisch verteilt: Der neben A1 Telekom zweitgrößte Wettbewerber hat einen Marktanteil von unter 20 %, alle anderen Anbieter haben einen Marktanteil von unter 10 %, wobei die Anteile von allen alternativen Anbietern tendenziell weiter sinken.

Selbst unter Einbeziehung von CATV-Anschlüssen, die intern oder extern für die Bereitstellung von Breitbandanschlüssen an Nichtprivatkunden verwendet werden, würde sich ein Marktanteil von A1 Telekom von ca 62 % ergeben. Auch diesfalls liegen keine Anhaltspunkte vor, die eine Trendänderung erwarten ließen, auch eine solche Betrachtung würde somit zu keinen anderen Schlussfolgerungen führen.

3.1.2. Marktzutrittsbarrieren und potenzieller Wettbewerb

Marktzutrittsbarrieren können definiert werden als all jene Faktoren, die es dem bzw den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. Je höher Marktzutrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher – ceteris paribus – ist potenziell das Ausmaß an Marktmacht des etablierten Unternehmens. Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist aber nicht nur das Vorliegen von Marktzutrittsbarrieren, sondern auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. So ist vor allem dort das Vorliegen von Marktmacht zu vermuten, wo die Marktkonzentration hoch ist (wie dies am vorliegenden Markt der Fall ist) und gleichzeitig hohe Marktzutrittsbarrieren vorliegen.

Als wichtigste strukturelle Marktzutrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Markt sind Skalenvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten festzustellen. Skalenvorteile per se stellen keine Marktzutrittsbarrieren dar, bewirken allerdings, dass Betreiber mit einer hohen Outputmenge in den Markt eintreten müssen, um keinen Kostennachteil gegenüber den etablierten Unternehmen zu haben. Besteht nun Unsicherheit über den Erfolg des Unternehmens am Markt, so erhöht sich das Risiko des Markteintritts mit der Höhe der versunkenen Kosten, die ja bei einem eventuellen Marktaustritt nicht mehr wiedergewonnen werden können.

Markteintritt in den gegenständlichen Breitband-Vorleistungsmarkt für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden ist auf zwei Arten möglich: (i) Durch die Errichtung eigener Infrastruktur bis zum Endkunden oder (ii) durch Entbündelung. Bezüglich der Errichtung eigener leitungsgebundener Infrastruktur bestehen besonders hohe Marktzutrittsbarrieren. Da im Anschlussnetz massive Skalenvorteile vorliegen und die Errichtung eines solchen Netzes mit erheblichen versunkenen Kosten verbunden ist, ist Marktzutritt in relevantem Ausmaß mit eigener, leitungsgebundener Infrastruktur für die vermutliche Geltungsdauer dieses Bescheides von ca 2 Jahren nicht zu erwarten.

Durch die derzeitige Regulierung am Entbündelungsmarkt (nunmehr: „Markt für den physischen Zugang“) werden im Vergleich zur Errichtung eigener Infrastruktur zwar die Marktzutrittsbarrieren am Breitband-Vorleistungsmarkt erheblich gesenkt, jedoch muss ein alternativer Betreiber weiterhin erhebliche Kosten auf sich nehmen, um sein Netzwerk bis zum Hauptverteiler auszudehnen, die zumindest teilweise versunken sind. Darüber hinaus sind – ebenfalls versunkene – Investitionen für die Errichtung oder Adaptierung des Kollokationsraumes zu tätigen. Weiterer Markteintritt mittels Entbündelung erscheint auch innerhalb der nächsten Jahre nur dort realistisch, wo hohe Skalenvorteile ausgenutzt werden können, also in Ballungszentren und dicht besiedelten Gebieten. Da die meisten Ballungsräume jedoch bereits (tw mehrfach) entbündelt sind, ist eine signifikante Ausweitung der Entbündelung in den nächsten Jahren nicht zu erwarten. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund des geplanten NGA-Ausbaus von A1 Telekom. Dieser Ausbau wird voraussichtlich dazu führen, dass eine Entbündelung am Hauptverteiler in der gegenwärtigen Form in vielen Fällen (insbesondere in den dicht besiedelten Gebieten, die großteils entbündelt sind) in Zukunft nicht mehr möglich bzw wirtschaftlich sein wird. Alternative Betreiber müssen dann entweder ihre Netze weiter zum Endkunden hin ausbauen, was jedoch voraussichtlich nur in wenigen Fällen wirtschaftlich möglich sein wird, oder aber alternative Vorleistungsprodukte beziehen, die teilweise erst entwickelt werden müssen. Aufgrund dessen ist es unwahrscheinlich, dass in den nächsten 2 Jahren die Anzahl der entbündelten Standorte signifikant ansteigt. In den Quartalen Q4/08-Q4/09 gab es praktisch keine Erschließung neuer Kollokationen mehr.

Als relevante rechtlich bedingte Hindernisse auf dem vorliegenden Markt sind in Bezug auf leitungsgebundene Technologien Barrieren im Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten zu nennen. Diese resultieren einerseits aus der Notwendigkeit, die für die Infrastrukturerrichtung erforderlichen Leitungsrechte über fremde Grundstücke zu erhalten, andererseits aus sog. „Aufgrabungsverboten“ der jeweiligen Gebietskörperschaften, in deren Gebiet die Infrastruktur errichtet werden soll. In beiden Fällen kann sich vor allem der mit der Überwindung dieser Hindernisse verbundene Zeitaufwand als Markteintrittsbarriere darstellen, da Leistungen erst später als geplant öffentlich angeboten werden können und allfällige Anlaufverluste zunehmen. Diese Barrieren wurden zwar mit der jüngsten Novelle des TKG 2003 reduziert, sind aber weiterhin als signifikant anzusehen.

Ohne Verpflichtung zur Zugangsgewährung zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung bzw Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung und zur Preiskontrolle am Markt für den physischen Zugang (Verfahren der Telekom-Control-Kommission zu M 3/09) ist eine auf dem Verhalten von A1 Telekom basierende Marktmachtübertragung vom Markt für den physischen Zugang auf den vorliegenden Markt nicht auszuschließen.

Da auch intern bereitgestellte DSL-Anschlüsse für Nichtprivatkunden im gegenständlichen Markt enthalten sind, sind auch Marktzutrittsbarrieren auf der Endkundenebene für die Vorleistungsebene relevant. Im Nichtprivatkundenbereich spielen insbesondere Faktoren wie Erfahrung, Reputation, Angebot komplementärer Dienste (Sprache, VPNs, Mietleitungen, Mobilfunk, etc.) und Flächendeckung eine wichtige Rolle, welche jedoch von alternativen Betreibern (Nachfragern nach entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen) nicht so leicht bzw nicht in kurzer Zeit erfüllt werden können. Solche Faktoren sind sowohl Marktzutrittsbarrieren als auch als Expansionsbarrieren auch auf dem gegenständlichen Markt. Einige alternative Betreiber – insbesondere solche, die ursprünglich reine

Kabelnetzbetreiber waren und nun auch entbündeln – konnten im Nichtprivatkundenbereich wesentlich geringere Marktanteile gewinnen als im Privatkundenbereich. Obwohl einige große Kabelnetzbetreiber auch einen Nichtprivatkundenbereich haben und über entbündelte Leitungen auch DSL-Anschlüsse an Nichtprivatkunden anbieten, halten sie nur vergleichsweise geringe und in den letzten Jahren leicht sinkende Marktanteile (dies gilt selbst bei Hinzurechnung von CATV-Anschlüssen).

3.1.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Aufgrund ihrer Position als ehemaliger Monopolist für Sprachtelefonie verfügt A1 Telekom als einziger Betreiber über ein österreichweit flächendeckendes Anschlussnetz. Dieses Anschlussnetz wurde für mehr als 95 % der Haushalte bereits mit DSL-Übertragungstechnologie „aufgerüstet“.

Entbündler, die ebenfalls entweder DSL-Bitstream-Anschlüsse auf der Vorleistungsebene oder aber DSL-Anschlüsse an Nichtprivatkunden auf der Endkundenebene anbieten, verfügen insgesamt über eine Abdeckung von 60 - 65 % der Haushalte und 67 - 68 % der Unternehmen. Diese Infrastruktur konzentriert sich vorwiegend auf dicht besiedelte Gebiete. A1 Telekom ist also der einzige Betreiber für ca. 30 % der Unternehmen. Dies ist auch insofern bedeutend, als viele Unternehmen, die an mehreren Standorten einen Internetanschluss haben, diesen vom selben Betreiber beziehen wollen.

Entbündler (insbesondere jene ISPs, die nur wenige Standorte entbündelt haben) sind auf Bitstream-Vorleistungsprodukte von A1 Telekom angewiesen, um flächendeckend anbieten zu können. Für Unternehmen, die an mehreren Standorten einen Internetzugang nachfragen, ist der Zugang zu Bitstream-Produkten von besonderer Bedeutung, da es sich, wenn die Anzahl der Standorte hoch und geographisch breit verteilt ist, um besonders lukrative Aufträge handelt, und dafür die flächendeckende Versorgung unabdingbar ist (ON 40, Punkt 4.4).

3.1.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Je höher das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, desto eher kann ein Unternehmen, das potenziell über Marktmacht verfügt, diese ausüben.

Die Verhandlungsmacht der ISPs gegenüber A1 Telekom ist aus mehreren Gründen wenig ausgeprägt: Es ist festzustellen, dass das Bitstream-Angebot der A1 Telekom letztlich auf Druck der Regulierungsbehörde zustande kam (ON 40). Schon deshalb ist nicht davon auszugehen, dass ISPs gegenüber A1 Telekom über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen.

Doch selbst wenn A1 Telekom keine strategischen Anreize zur Zugangsverweigerung hätte, so wäre die nachfrageseitige Gegenmacht der ISPs dennoch aufgrund dessen eingeschränkt, dass ein Wechsel zu anderen Anbietern auf der Vorleistungsebene zwar in manchen Fällen möglich ist, jedoch meist durch eine Vielzahl von Faktoren erschwert wird:

- A1 Telekom ist das einzige Unternehmen mit flächendeckender Infrastruktur. Bei einem Wechsel kann – abhängig vom Versorgungsgebiet – eine Kooperation mit mehreren Betreibern erforderlich sein, was die Transaktionskosten erhöhen kann.
- Da andere Betreiber (selbst in Summe) nicht die gleiche Reichweite wie A1 Telekom aufweisen, kann dies zum Verlust von Kunden oder zur Verkleinerung des potenziellen Marktes in einer bestimmten Region führen.
- Bei einem Wechsel fallen Umstellungs- und Transaktionskosten an.
- Nur wenige Entbündler bieten DSL-Bitstream-Anschlüsse an andere ISPs an. Die Anzahl der extern bereitgestellten DSL-Bitstream-Anschlüsse alternativer Betreiber war in Q1/09 mit ca. 3.500 vergleichsweise gering (ca. 5% aller extern bereitgestellten Anschlüsse, ca. 2% aller Anschlüsse im Markt). Insofern ist nicht davon auszugehen, dass die Angebote alternativer Betreiber tatsächlich eine

tragfähige Alternative für die (der Regulierung unterworfenen) Bitstream-Anschlüsse der A1 Telekom sind.

3.1.5. Produktdifferenzierung

Das Ausmaß der Produktdifferenzierung ist für die Beurteilung von Marktmacht insofern relevant, als grundsätzlich höhere Produktdifferenzierung mit größerer Marktmacht der einzelnen Unternehmen über ihre Kunden einhergeht, da ein Wechsel zu einem anderen Unternehmen nur mehr eingeschränkt möglich ist. Gelingt es einzelnen Unternehmen, ihr Produkt hinreichend von anderen Produkten zu differenzieren, und ist eine Nachahmung für andere Unternehmen nicht möglich, so können daraus Wettbewerbsvorteile erwachsen.

Auf der Vorleistungsebene (wie auch auf der Endkundenebene) verfügt A1 Telekom gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream-Produkten über den Vorteil, in ganz Österreich präsent zu sein und alles aus einer Hand anbieten zu können, d.h. dem Nachfrager auch andere Produkte wie zB die Anbindung an das eigene Netz mittels einer Mietleitung bzw. Ethernet-Diensten oder Sprachtelefonie(Vorleistungs-)dienste zusätzlich zur Verfügung stellen zu können. Weiters ist A1 Telekom in vielen Gebieten der einzige Betreiber mit eigener Infrastruktur, was die Nachfragemöglichkeiten nach Infrastrukturzugang für alternative Anbieter einschränkt. Dies kann wesentliche Vorteile gegenüber anderen Betreibern begründen, die nur regional bzw. nur auf bestimmten Märkten tätig sind.

3.1.6. Vertikale Integration

Das Vorliegen von vertikaler Integration ist für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung am vorliegenden Markt insofern relevant, als sie in wesentlichem Maße die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten bestimmt.

Für die vertikal integrierte A1 Telekom bestehen Anreize, entweder einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt zu verlangen oder aber Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen. Anreize zu einer Verdrängungsstrategie bestehen insbesondere dann, wenn das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt seine Marktmacht auf Grund von regulatorischen Auflagen (zB Zugangsverpflichtung, Entgeltkontrolle) nicht uneingeschränkt ausüben kann. Einem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene steht eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu verzerren. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt zB das (notwendige) Vorleistungsprodukt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken.

In der Praxis bestehen ferner die folgenden Verdrängungsanreize für A1 Telekom:

1. Durch die zur Entbündelung komplementäre Verwendung des Bitstream-Angebots durch viele ISPs erhöht sich das bundesweite Angebot an flächendeckenden Vernetzungslösungen für Nichtprivatkunden. Dadurch steigt der Wettbewerbsdruck von alternativen Betreibern auf A1 Telekom wesentlich.
2. Das Bitstream-Angebot fungiert auch als eine „Sprosse“ auf der Investitionsleiter, die es ISPs ermöglicht, zuerst mit nur relativ geringen Investitionen am Endkundenmarkt tätig zu werden, um dann, nachdem ein Kundenstock bzw. ein Markenname aufgebaut wurde, weitere Investitionen in die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung zu tätigen, was in der Folge verstärkte Konkurrenz am Endkundenmarkt erwarten lässt. Darüber hinaus erhöht die Entbündelung den Spielraum der ISPs bei der Produktgestaltung und der Preissetzung. Andererseits können ISPs, die bereits entbündelt haben und gleichzeitig das Bitstream-Produkt nachfragen, um flächendeckend tätig werden zu können, durch Verweigerung des Zugangs zu einem Bitstream-Angebot benachteiligt werden.

3. Nichtprivatkunden fragen schließlich zusätzlich zu einem Breitbandanschluss häufig auch andere Dienste wie Sprachtelefonie, VPNs, Mietleitungen oder Serverhousing vom selben Betreiber nach, wodurch zusätzliche Erlöse bzw. Deckungsbeiträge erwirtschaftet werden können. Wechselt ein Kunde zu einem alternativen Betreiber, so gehen für A1 Telekom auch diese Erlöse bzw. Deckungsbeiträge verloren.
4. Trotz der Preisfestlegung nach dem Retail Minus-Prinzip (Bescheid M1/05-59 der Telekom-Control-Kommission vom 38.02.2006) bestehen Anreize für A1 Telekom, ISPs bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen, da das regulierte Unternehmen nicht vollständig für den Gewinnentgang durch die externe Bereitstellung auf Vorleistungsebene „entschädigt“ wird.

Die mögliche Benachteiligung von ISPs gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten birgt die Gefahr der Marktmachtübertragung auf den nachgelagerten Endkundenmarkt bzw die Gefahr der Stärkung der bereits auf dem gegenständlichen Markt bestehenden Marktmacht mit sich.

3.1.7. Preissetzungsverhalten

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

Am vorliegenden Markt ist eine Analyse des Preissetzungsverhaltens jedoch aus mehreren Gründen nicht möglich oder nicht sinnvoll: Ein Großteil der Leistungen wird intern erbracht (fast 90 % im März 2009), weshalb kein Marktpreis beobachtbar ist. Das wichtigste Produkt, welches extern am Markt angeboten wird, ist das DSL-Bitstream Produkt der A1 Telekom, welches der Regulierung unterliegt und dessen Preis daher nicht als „freier Marktpreis“ betrachtet werden kann. Insofern ist auch die Aussagekraft eines Vergleichs mit den Entgelten, die von anderen ISPs (Entbündlern) auf der Vorleistungsebene verlangt werden, fraglich. Darüber hinaus sind letztere Entgelte auch nicht transparent (d.h. werden von den ISPs nicht öffentlich ausgewiesen und sind meist nur auf konkrete Nachfrage erhältlich) und variieren auch abhängig zB von der nachgefragten Menge und der Nachfrage nach Zusatzdiensten.

Die – für die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf der Vorleistungsebene ebenfalls relevanten – Endkundenentgelte zeigen, dass A1 Telekom zwar über ein bestimmtes Ausmaß an Preissetzungsmacht verfügt, das Problem der überhöhten Preise aber relativ gering ist. Es konnten nicht zu allen Produkteigenschaften Feststellungen getroffen werden.

3.1.8. Sonstige Indikatoren

Sonstige Indikatoren, wie Performancemaße, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation und technologiebedingter Vorsprung spielen bei der Analyse des gegenständlichen Marktes eine untergeordnete Rolle bzw. liefern keine signifikanten Aussagen.

3.1.9. Zusammenfassung und Wettbewerbsprobleme

A1 Telekom verfügt am Breitbandvorleistungsmarkt für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden über hohe und steigende Marktanteile von ca 68 % im Q 1/09. Es existieren hohe und dauerhafte Marktzutrittsbarrieren. A1 Telekom ist für ca. 30 % der Unternehmen der einzige Anbieter und verfügt so über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur. ISPs, die DSL-Bitstream-Produkte nachfragen, verfügen nicht über hinreichend starke nachfrageseitige Gegenmacht, um die Ausübung von Marktmacht verhindern zu können.

Dieser Schlussfolgerung liegt eine zukunftsgerichtete Betrachtung zugrunde, welche unter anderem auf der Marktanteilsentwicklung sowie der zu erwartenden Entwicklung des Infrastrukturausbaus von A1 Telekom und alternativen Betreibern basiert. Berücksichtigt

wurde weiterhin die bestehende Regulierung am Markt für Entbündelung, durch die zwar grundsätzlich die Zutrittsbarrieren am gegenständlichen Vorleistungsmarkt gesenkt werden, die Schlussfolgerung bezüglich dem Vorliegen von Marktmacht jedoch unberührt bleibt.

Es können keine Feststellungen zum eventuellen Vorliegen von gemeinsamer Marktmacht durch mehrere Unternehmen getroffen werden.

Potenzielle Wettbewerbsprobleme auf dem Breitbandvorleistungsmarkt für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden sind:

(i) Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potenziellen) Konkurrenten

Die 1.) Verweigerung eines adäquaten Zuganges zu Bitstream-Produkten, 2.) das Herbeiführen einer Preis-Kosten-Schere (Margin Squeeze; dh die Differenz zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis ist so klein, dass ein effizienter Betreiber nicht seine zusätzlichen Kosten decken kann) bzw 3.) die Diskriminierung bei nicht-preislichen Parametern (Qualität, Zeit, Information, Bündelungen, etc.) führt zu einer Marktzutrittsbarriere am Breitbandvorleistungsmarkt für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden. Steht kein geeignetes Bitstream-Produkt zur Verfügung, so besteht die einzige Möglichkeit für ISPs, die nicht selbst über Infrastruktur im Zugangsbereich verfügen, darin, zu entbündeln. Da für eine Entbündelung relativ hohe versunkene Investitionen erforderlich sind, sind die Zutrittsbarrieren für solche ISPs sehr hoch. Steht jedoch ein Bitstream-Produkt zur Verfügung, so kann ein ISP zunächst mit geringeren (versunkenen) Investitionen in den Endkundenmarkt eintreten und erst später, wenn eine bestimmte „kritische Masse“ erreicht ist, entbündeln („ladder of investment“). Durch die Verfügbarkeit eines Bitstream-Produktes werden also die Barrieren für eine Entbündelung gesenkt und somit der Markteintritt in den Breitband-Vorleistungsmarkt (mittels Entbündelung) erleichtert. Durch eine Verweigerung eines adäquaten Zuganges zu Bitstream-Produkten erhöhen sich folglich die Marktzutrittsbarrieren, was letztlich der Entstehung von selbsttragendem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb auf der tiefstmöglichen Wertschöpfungsebene entgegensteht.

(ii) Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte

Durch die Verweigerung eines adäquaten Zuganges zu Bitstream-Produkten im Sinne von Punkt i) kann A1 Telekom nicht nur die Marktzutrittsbarrieren am Breitbandvorleistungsmarkt für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden erhöhen, sondern auch ihre Marktmacht auf den nachgelagerten Endkundenmarkt für Nichtprivatkunden ausdehnen. Unternehmen, die mittels Entbündelung in den (Vorleistungs- und Endkunden-)Markt eintreten, könnten ohne Bitstream-Produkt nicht flächendeckend tätig werden, wodurch weniger Synergien und Größenvorteile erzielbar wären und so auch der Konkurrenzdruck auf A1 Telekom auf der Endkundenebene sinken würde. Weiters wirkt sich die in Punkt (i) angesprochene Erhöhung der Marktzutrittsbarrieren auf dem Breitband-Vorleistungsmarkt auch direkt auf die Wettbewerbssituation auf dem Endkundenmarkt für Nichtprivatkunden aus, da der Wettbewerbsdruck, der von Entbündlern ausgeht, die (in ihrem Entbündelungsgebiet) vollen Produktgestaltungs- und einen größeren Preissetzungsspielraum haben, wesentlich stärker ist, als jener, der von Beziehern von Bitstream-Produkten ausgeübt wird. Schließlich sind auch Auswirkungen auf andere Endkundenmärkte wie zB Festnetzsprachtelefonie (Anschlüsse und Verbindungen) für Nichtprivatkunden nicht auszuschließen, da viele Betreiber hier erst durch das Bitstream-Angebot fähig sind, Bündel von Sprachtelefonie und Breitbandinternet auf der Endkundenebene anbieten zu können, um so ihre Wettbewerbsfähigkeit gegenüber A1 Telekom zu erhöhen.

(iii) Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern (insbesondere hinsichtlich der Preissetzung).

Die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern würde sich vor allem in überhöhten Preisen manifestieren. So ist davon auszugehen, dass A1 Telekom die Preise erhöht, um auf der Vorleistungsebene (und letztlich auch auf der Endkundenebene) ihre

Gewinne zu erhöhen. Das Problem der überhöhten Preise ist am vorliegenden Markt allerdings relativ gering, da einerseits ein bestimmter Wettbewerbsdruck von Entbündlern ausgeht und andererseits auch Kabelnetzbetreiber einen gewissen preisdisciplinierenden Druck ausüben (ON 40, Pkt 4.11).

Das zuletzt angeführte Wettbewerbsproblem ist aufgrund des preisdisciplinierenden Drucks von CATV und Entbündelung als weniger gravierend anzusehen.

Die Verschmelzung der vormals mit der Telekom Austria TA AG im Konzern verbundenen und mittlerweile zur A1 Telekom Austria AG verschmolzenen Mobilkom Austria AG hat keine Auswirkungen auf die wettbewerbliche Effektivität dieses Marktes.

4. Zu den Regulierungsinstrumenten

4.1. Zugangsverpflichtung

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Vorleistungsmarkt für breitbandige Zugänge für die Bereitstellung von Anschlüssen für Nichtprivatkunden auf den Endkundenmarkt sowie das Problem der Errichtung von Marktzutrittsbarrieren auf dem Vorleistungsmarkt kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt behoben werden. Damit werden die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich reduziert, was für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgt. Weiters werden durch die Verfügbarkeit eines Bitstream-Produktes die Marktzutrittsbarrieren auf der Endkundenebene und über die „Investitionsleiter“ (ladder of investment) letztlich – in Verbindung mit der Regulierung am Entbündelungsmarkt – auch auf der Vorleistungsebene gesenkt. Der Zugang zu einem Bitstream-Produkt fördert so langfristig die Entstehung von effektivem Wettbewerb am Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene, wenn effektiver Wettbewerb innerhalb der nächsten 2 Jahre nicht zu erwarten ist.

Der Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse für Privatkunden umfasst neben DSL- auch CATV- und mobile Anschlüsse (ON 40). A1 Telekom befindet sich also bei Produkten für Privatkunden im Wettbewerb und kann keine überhöhten Preise zum Nachteil der Endnutzer setzen. Bei Produkten, die nicht primär auf Nichtprivatkunden, sondern auf Privatkunden abzielen (derzeit etwa die Produkte aonKombi, aonSuperKombi und aonBreitband-Duo), ist daher keine entsprechende Zugangsverpflichtung erforderlich. Da auf diesem Markt selbsttragender, infrastrukturbasierter Wettbewerb (lediglich Entbündler sind auf eine entsprechende Vorleistungsregulierung in Bezug auf die Teilnehmeranschlussleitung angewiesen) herrscht, wurde er auch nicht im Zuge der TKMV 2008 als relevant für die sektorspezifische ex ante-Regulierung definiert.

Teilweise werden Privatkundenprodukte auch von Nichtprivatkunden nachgefragt. Etwa 13 % aller Nichtprivatkunden – insbesondere Unternehmen mit weniger als 20 Mitarbeitern – nutzen Privatkundenprodukte. Da aber A1 Telekom (sowie auch andere Betreiber) bzgl. Preisen und Produktcharakteristika nicht zwischen der Nutzung durch einen Privatkunden und der Nutzung durch ein Unternehmen unterscheidet (bzw. so eine Differenzierung wahrscheinlich auch gar nicht durchführbar wäre), profitieren diese Unternehmen vom (zusätzlichen) Wettbewerbsdruck durch CATV und mobilem Breitband im Privatkundenbereich. Es besteht hier also kein Wettbewerbsproblem, das zu bekämpfen wäre.

A1 Telekom unterscheidet gegenwärtig auf der Vorleistungsebene zwischen den Servicearten „Business“ und „Residential“, wobei die Business-Servicearten in einem Verhältnis von 1:5 und die Residential-Servicearten in einem Verhältnis von 1:30 überbuchbar sind. Der Überbuchungsfaktor gibt dabei an, bis zu wie viele Endkunden sich eine Zugangsleitung hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Bandbreite „teilen“ müssen. Weiters stehen SDSL-Anschlüsse nur bei den Business-Servicearten zur Verfügung. A1 Telekom verwendet jedoch teilweise selbst Residential-Vorleistungsprodukte für Endkundenangebote an Nichtprivatkunden (gegenwärtig zB für das Produkt

BusinessKombi). Zusätzlich zu (zumindest) allen gegenwärtig angebotenen Business-Servicearten ist jedenfalls auch Zugang für ISPs zu solchen Residential-Servicearten zu gewähren, die A1 Telekom selbst verwendet, um damit Produkte an Nichtprivatkunden anzubieten.

Bereits seit 03.08.2009 bietet A1 Telekom zusätzlich zu „naked-DSL“-Anschlüssen das Vorleistungsangebot „VoB-Zusatzoption“ an. Darin sind die VoB-Profile 1.) 192/192 kBit/s inklusive 2,4 GB Datenvolumen, 2.) 384/384 kBit/s inklusive 5 GB, 3.) 512/512 kBit/s inklusive 7,5 GB sowie 4.) 768/768 kBit/s inklusive 10 GB Datenvolumen enthalten. Auch die Bereitstellung des kundenseitigen Modems ist im Preis der VoB-Zusatzoption enthalten. Bei Überschreitung der GB-Grenze (Gesamtverbrauch aller an diesem Anschluss angeschlossenen Kunden) erfolgt die Abrechnung nach verbrauchtem Datenvolumen (in 1-GB-Schritten).

Aufgrund der Präferenz vieler Nichtprivatkunden für ein one-stop-shopping bzw. für eine einzige Rechnung sind von einem solchen Produkt wettbewerbliche Impulse sowohl auf den Endkundenmärkten für Festnetzsprachtelefonie (Zugang und Nutzung von Nichtprivatkunden) als auch auf dem Endkundenmarkt für breitbandigen Internetzugang für Nichtprivatkunden zu erwarten. Insgesamt senkt ein solches Produkt die Marktzutrittsbarrieren auf der Endkundenebene, verhindert so eine Marktmachtübertragung und fördert langfristig die Entstehung effektiven Wettbewerbs (mittels Entbündelung) auf dem Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang. Darüber hinaus unterstützt es den Wettbewerb im Bereich der Endkundenmärkte für feste Sprachtelefonie.

4.2. Entgeltkontrolle

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert, dass A1 Telekom ihre beträchtliche Marktmacht am gegenständlichen Vorleistungsmarkt missbrauchen kann. A1 Telekom verfügt über ein gewisses Ausmaß an Preissetzungsmacht, das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise ist dennoch nur gering. A1 Telekom ist es möglich, mittels externer Bereitstellung zu höheren Preisen als die interne Bereitstellung ihre Konkurrenten am Endkundenmarkt am gegenständlichen Vorleistungsmarkt einem Margin Squeeze auszusetzen. Wie bereits festgestellt, hat A1 Telekom Anreiz zu einem solchen Verhalten, da sie dadurch die Marktzutrittsbarrieren sowohl auf der Endkunden- als auch auf der Vorleistungsebene und schließlich ihre Gewinne erhöhen kann. Eine Entgeltkontrolle, durch die das Auftreten eines Margin Squeeze verhindert wird, kann solchem anreizinduziertem Verhalten entgegenwirken.

Die Entgeltkontrolle ist eine notwendige Ergänzung zur Zugangsregulierung, da das marktmächtige Unternehmen sonst – über das Herbeiführen eines Margin Squeeze – die Möglichkeit zu preislichen Foreclosure-Strategien hätte.

Es bestehen insbesondere folgende Möglichkeiten zur Entgeltkontrolle auf Vorleistungsmärkten:

- Kostenorientierung, zB LRIC oder Vollkosten,
- Efficient component pricing rule (ECPR), zB in Form von „Retail Minus“,
- Benchmarking (Vergleichspreise).

Kostenorientierte Preise sind angemessen in Situationen, in denen das marktmächtige Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird.

ECPR-Preise werden bestimmt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet, also entgangene Gewinne abzüglich der vermeidbaren (Retail-)Kosten. Dieser Ansatz ist nicht geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher primär für Märkte wie den gegenständlichen relevant, auf denen (auch langfristig) keine hohen Wohlfahrtsverluste

durch das Setzen überhöhter Preise erwartet werden, bzw durch Wettbewerbsdruck von außen (Entbündelung, Mobilfunk) das Risiko des Setzens überhöhter Preise nur gering ist.

Im Rahmen der dritten Preissetzungsmethode, dem Benchmarking, erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. Für einen solchen Vergleich können die Preise von nationalen und internationalen Märkten mit vergleichbaren Leistungen herangezogen werden. Der größte Nachteil dieser Methode liegt darin, dass die Fehlerwahrscheinlichkeit relativ hoch ist, insbesondere wenn erhebliche Unterschiede zu den Leistungen, die für den Vergleich herangezogen werden (Unterschiede in den Kosten, in der Technologie, im länderspezifischen Preisniveau, etc), existieren.

Die Festlegung des Zugangspreises mittels Retail Minus erleichtert den Markteintritt auf der Endkundenebene und im Weiteren auch auf der Vorleistungsebene, was zu geringeren Entgelten, einer effizienten Produktion, mehr Innovationen und einer größeren Auswahl für den Konsumenten führt. Nicht zuletzt, weil A1 Telekom bereits mit Bescheid M 1/05 vom 28.02.2006 eine Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus als Preissetzungsmaßstab auferlegt wurde und dies auch von A1 Telekom angewendet wurde, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand in einem vertretbaren Ausmaß hält.

4.2.1. Zur Berechnung der Marge zu Vollkosten bzw zu vermeidbaren Kosten am gegenständlichen Markt

Das Erfordernis der Kostendeckung erfordert, dass effiziente Betreiber über alle Produkte des Marktes über einen bestimmten Zeitraum die Vollkosten – also die Vorleistungskosten und die Kosten, die zusätzlich zum Bezug der Vorleistung entstehen – decken können müssen. Da der gegenständliche Markt insbesondere aufgrund des Weihnachtsgeschäfts eine Saisonalität von einem Jahr aufweist, ist ein Durchrechnungszeitraum von einem Jahr sachgerecht. Ein zwölfmonatiger Durchrechnungszeitraum ist auch ein aus wirtschaftlicher Sicht plausibler Zeitraum, innerhalb dessen ein effizienter Betreiber seine Vollkosten decken können soll. Das Erfordernis der Kostendeckung erfordert aber auch, dass einzelne Produkte (zB Aktionsangebote) die Preisuntergrenze der vermeidbaren Kosten nicht unterschreiten dürfen.

Die Festlegung des Zugangspreises mittels Retail Minus führt langfristig zu intensiverem Wettbewerb auf Endkundenebene und schließlich auch auf der Vorleistungsebene. Dadurch werden geringere Entgelte, eine effiziente Produktion, mehr Innovationen und eine größere Auswahl für den Konsumenten möglich.

4.2.2. Nationale versus regionale Entgelte

Gegenwärtig bietet A1 Telekom für ihre Bitstream-Produkte regionale und österreichweite Entgelte an (ON 41, S. 28):

- „österreichweite Entgelte“: Der ISP ist über einen einzigen Übergabepunkt, über den sämtliche Endkunden aus allen „geographischen Einzugsgebieten“ geführt werden, angebunden.
- „regionale Entgelte“: Der ISP ist über einen oder mehrere Übergabepunkte angebunden, wobei über diese(n) Übergabepunkt(e) jeweils nur Endkundenzugänge des jeweiligen „geographischen Einzugsgebietes“ geführt werden.

Es existieren neun mögliche Übergabepunkte, die ebenfalls im aktuellen Standardangebot (taxativ) aufgezählt sind (ON 41): Wien, Eisenstadt, St. Pölten, Graz, Linz, Salzburg, Klagenfurt, Innsbruck und Feldkirch. Hierbei handelt es sich um Städte, die in der Marktabgrenzung auf den Märkten für Mietleitungen als so genannte „Trunk-Städte“ bezeichnet wurden, d.h., dass die Mietleitungen zwischen diesen Städten als Trunk-Segmente zu klassifizieren sind.

Da am Markt für Trunk-Segmente effektiver Wettbewerb herrscht (Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu M 10/06 vom 04.09.2006), ist davon auszugehen, dass A1 Telekom bei der Festsetzung der österreichweiten Entgelte hinreichend großem Wettbewerb ausgesetzt ist. So kann ein ISP, dem die österreichweiten Entgelte zu hoch sind, sich den

Verkehr regional übergeben lassen und ihn anschließend mittels eines Trunk-Segments zu seinem „point of presence“ (POP) weiterleiten.

4.2.3. Investitionsanreize

Die Höhe des Zugangspreises für Bitstream-Produkte ist insofern von besonderer Bedeutung, als der Zugangspreis in wesentlichem Maße die Investitionsanreize sowohl des Unternehmens, das den Zugang zu gewähren hat (A1 Telekom), als auch jener Unternehmen, die den Zugang potenziell in Anspruch nehmen (andere Betreiber), beeinflusst. Falls ein Markteintritt auf der Vorleistungsebene möglich ist, soll der Zugangspreis generell so gesetzt werden, dass potenziell in den Markt eintretende Unternehmen nur dann Anreiz zum Markteintritt (d.h. zur Replizierung der Infrastruktur) haben, wenn sie die Leistung unter Berücksichtigung der vorhandenen Nachfrage zumindest genauso effizient bereitstellen können wie das SMP-Unternehmen. Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass A1 Telekom Anreize zu effizienter Produktion sowie Anreize zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat.

Wie festgestellt, verfügt A1 Telekom am gegenständlichen Markt aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten über schwer bzw nicht replizierbare Infrastruktur.

4.2.4. Tarifgenehmigung

Hinsichtlich der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

- (i) Verpflichtung zur ex ante-Genehmigung von Entgelten
- (ii) Verpflichtung zur Preisregulierung im Anlassfall

Ad (i): Die Entgelte werden vorab von der Regulierungsbehörde genehmigt. Dies würde es den Marktteilnehmern ermöglichen, sofort nach Genehmigung über alle zur Anwendung gelangenden Tarife Bescheid zu wissen. Weiters hätte dies den Vorteil, alle Tarife auf einmal festzusetzen (Konsistenz). Eine derartige Genehmigung ist eine eingriffsintensive Maßnahme.

Ad (ii): Die Entgelte werden nicht vorab durch die Regulierungsbehörde genehmigt, es gibt jedoch eine Auflage, einen bestimmten Preismaßstab (Retail Minus) einzuhalten. Eine behördenseitige Anordnung der Entgelte erfolgt subsidiär nur im Anlassfall, falls keine privatrechtliche Einigung zu Stande kommt oder seitens der Behörde der begründete Verdacht besteht, dass die Entgelte vom regulatorisch vorgegebenen Maßstab abweichen. Im Regelfall entfällt daher die Notwendigkeit eines Verfahrens zur Genehmigung von Entgelten.

4.2.5. Sonstige Leistungen

Migration zwischen den verschiedenen marktgegenständlichen Vorleistungsprofilen ist nach Aufwand anzubieten, so dieser im Zuge einer effizienten Bereitstellung anfällt. Grundsätzlich gilt dies ebenso für sonstige Nebenleistungen, die für den Zugang zu Bitstream-Produkten benötigt werden.

4.2.6. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Alternativ zur Entgeltkontrolle ist im vorliegenden Fall die Gleichbehandlungsverpflichtung zu betrachten, die potenziell für die Festlegung des Zugangspreises in Frage kommt. Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass „ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen“. Die Formulierung „gleichwertige Bedingungen“ umfasst auch den Zugangspreis. Der Zugangspreis muss also so hoch sein, dass ein alternativer Betreiber, der auf der Endkundenebene zumindest so effizient ist wie A1 Telekom, den Endkundenpreis von A1 Telekom replizieren kann. Dies kommt zwar einer Festlegung des Zugangspreises nach Retail Minus nahe, entspricht ihr aber nicht vollständig.

So sind zB bei der Retail Minus Rechnung auch jene Kosten zu berücksichtigen, die aufgrund der externen Bereitstellung auf der Vorleistungsebene anfallen.

4.2.7. Fazit

Eine Auferlegung der Verpflichtung zum Anbieten eines Bitstream-Produktes auf Basis einer Retail Minus Entgeltkontrolle hält insbesondere das Wettbewerbsproblem der Übertragung von Marktmacht auf den benachbarten Endkundenmarkt hintan.

4.3. Nicht-preisliche Parameter - Gleichbehandlungsverpflichtung

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Festsetzung eines Zugangspreises mittels Retail Minus werden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Markt (dem Endkundenmarkt) geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene neben dem Preis auch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu verzerren. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt zB das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken.

Wie festgestellt, existieren trotz der Preisfestlegung nach dem Retail Minus-Prinzip Anreize für A1 Telekom, ISPs bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf notwendige, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

4.3.1. Standardangebot

Zur Konkretisierung bzw Operationalisierung der Gleichbehandlungsverpflichtung stellt die Veröffentlichung eines Standardangebots sicher, dass unterschiedliche Nachfrager nach den DSL-Bitstream Produkten gleich behandelt werden. Gleichzeitig werden durch ein Standardangebot die Transaktionskosten erheblich gesenkt, da nicht jeder Nachfrager über Details des Angebots neu verhandeln muss.

4.4. Getrennte Buchführung

Da Verpflichtungen bezüglich Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten der integrierten A1 Telekom darstellt, ist zudem eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Nichtprivatkundenebene notwendig. In diesem Zusammenhang ist eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich, wodurch Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, zB gemeinsame Kosten überproportional jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen.

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung der Kosten, wie sie für einen Retail Minus-Ansatz benötigt werden, 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. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung der Marge einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden.

Die getrennte Buchführung hat zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003 idgF gegliedert zu erfolgen. Eine Trennung zwischen Vorleistungs- und Endkundenebene ist erforderlich. Im Rahmen der getrennten Buchführung sind daher 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 Anzahl Breitbandanschlüsse und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

4.5. Andere Verpflichtungen

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

Der Zusammenschluss von Telekom Austria TA AG und Mobilkom Austria AG (ON 74) hat keine weiteren Auswirkungen auf den gegenständlichen Markt, die nicht bereits in den Feststellungen mitberücksichtigt wurden.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Feststellungen zum Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, sowie zu den Regulierungsoptionen ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen (ON 40, 41).

Auch aus dem sonstigen Vorbringen der Verfahrensparteien (dieses wird anschließend in den Punkten C.1.1 – C.1.5) dargestellt), ergeben sich keine Zweifel an der Schlüssigkeit des Marktanalysegutachtens (ON 40) und der ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme der Amtssachverständigen (ON 73). Diese konnten daher den Feststellungen zu Grunde gelegt werden.

1.1. Zusammenschluss Telekom Austria TA AG und mobilkom Austria AG

Da festgestellt wurde, dass sich durch den erfolgten Zusammenschluss von Telekom Austria TA AG und mobilkom Austria AG (ON 74) auf dem gegenständlichen Markt keine geänderten Wettbewerbsverhältnisse ergeben, war die Kritik (ON 58, ON 68), wonach die Auswirkungen des – mittlerweile vollzogenen - Zusammenschlusses von Telekom Austria TA AG und mobilkom Austria AG bei der Wettbewerbsanalyse des gegenständlichen Marktes nicht mitberücksichtigt worden seien, unzutreffend.

1.2. Datenaktualität

Von mehreren Verfahrensparteien wurde kritisiert (ON 58, ON 65, ON 71, ON 79b), dass die dieser Anordnung zugrunde liegende Datenbasis nicht mehr aktuell sei, da diese teilweise „über ein Jahr alt“ seien. Dies sei angesichts der Schnelllebigkeit des gegenständlichen Marktes problematisch.

Diesbezüglich war zu erwägen: Im erstellten Gutachten (ON 40) wurden von den Amtsgutachtern im Rahmen ihrer gutachterlichen Würdigung der Wettbewerbssituation auch Trends (zB bei Marktanteilen) mitberücksichtigt und darauf aufbauend eine vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbssituation für die nächsten 1 - 2 Jahre getroffen. Da sich bei Auswertung der Daten insbesondere die steigenden Marktanteile von A1 Telekom zeigen, kommt die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass kein Anlass besteht, die diesem Bescheid zugrunde liegenden Daten neuerlich zu erheben. Eine solche Neuerhebung hätte nicht zur Folge, dass die getroffenen Schlussfolgerungen zu revidieren wären.

In grundsätzlicher Sicht ist zum Thema Datenaktualität ferner anzumerken, dass die Erhebung von Daten im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nur im Zuge einer Abfrage von allen Betreibern erfolgen kann. Die Ergebnisse einer solchen Betreiberabfrage würden in ein ergänzendes Gutachten einfließen. Dieses Ergänzungsgutachten würde den Verfahrensparteien zur Stellungnahme zugestellt werden sowie nach Einlangen und Würdigung von Stellungnahmen der Verfahrensparteien anschließend diesem Bescheid zu Grunde gelegt werden. Es ist davon auszugehen, dass spätestens zu diesem Zeitpunkt die ergänzend erhobenen Daten wiederum Anlass zu Kritik an der Datenaktualität geben werden.

Daher war den Anträgen auf Aktualisierung der Datenlage bzw. Neuerstellung von Gutachten basierend auf aktualisierter Datenlage zu den zu klärenden Fragen (Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht bzw Regulierungsinstrumente) nicht zu folgen.

1.3. Gesamtmarktgröße

Die im Gutachten (ON 40) zugrundeliegende Gesamtmarktgröße (ca 160.000 Anschlüsse) wurde von einer Verfahrenspartei als wesentlich darüberliegend (nämlich zwischen 310.000 und 500.000 Anschlüsse) behauptet (ON 71). Diesbezüglich ist auszuführen: Eine reine Ausweitung des Marktes würde auch grundsätzlich nichts an den Schlussfolgerungen in Bezug auf die marktbeherrschende Stellung von A1 Telekom ändern, so nicht alternative Betreiber einen Großteil der zusätzlichen Anschlüsse halten würden, was auch nicht vorgebracht wurde. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, da der Marktanteil von A1 Telekom bei den von den Betreibern als solche deklarierten Nichtprivatkundenanschlüssen sehr hoch ist (ca. 68 %) und A1 Telekom auch bei DSL-Anschlüssen im Privatkundenbereich einen Anteil von deutlich mehr als 50 % hält. Auch in Bezug auf die vorgeschlagenen angemessenen Regulierungsinstrumente würden sich keine Änderungen ergeben. Da A1 Telekom bei Privatkundenprodukten hinreichend großem Wettbewerb von CATV, ULL und mobilem Breitband ausgesetzt ist, kann sich die Regulierung auf der Bitstream-Ebene – unabhängig von der genauen Gesamtmarktgröße – auf den Nichtprivatkundenbereich beschränken. Darüber hinaus wurden die zugrundeliegenden Daten im Zuge Betreiberabfrage Breitband 2009 von allen Betreibern abgefragt, mehrfach auf Richtigkeit und Konsistenz geprüft (ON 67). Es ist daher an den getroffenen Feststellungen festzuhalten und – Bezug nehmend auf die in ON 71 geäußerte Kritik an der zugrundeliegenden Marktabgrenzung – auch an dieser Stelle auf die verbindliche Marktdefinition der TKMV 2008 zu verweisen.

1.4. Fest-Mobil-Substitution auch bei Nichtprivatkunden

A1 Telekom brachte vor (ON 57), dass auch bei Nichtprivatkunden aus Nachfragersicht zunehmend von Fest-Mobil-Substitution auszugehen sei. Dies müsse insbesondere in Ballungsräumen zumindest zu einer Lockerung der vorgesehenen spezifischen Verpflichtungen führen. Diesbezüglich verweist die Telekom-Control-Kommission auf die Feststellungen, wonach auf dem gegenständlichen Markt prinzipiell bundesweit einheitliche Wettbewerbsverhältnisse herrschen sowie auf die diesem Verfahren zugrundeliegende Marktdefinition, der zu Folge Mobil- bzw CATV-Produkte nicht Bestandteil des gegenständlichen Marktes sind.

1.5. Zum benachbarten Vorleistungsmarkt für den physischen Zugang und zum NGN-Ausbau

Eine Partei kritisierte (ON 56) Details der am benachbarten Vorleistungsmarkt für den physischen Zugang der A1 Telekom aufzuerlegenden spezifischen Verpflichtungen als für ANB unzureichend. Dieses Vorbringen ist für den gegenständlichen Markt nicht einschlägig. Konkrete Abhilfemaßnahmen betreffend den Markt für den physischen Zugang werden im Verfahren M 3/09 behandelt.

Von A1 Telekom wurde kritisiert (ON 57), dass angesichts der am benachbarten Vorleistungsmarkt für den physischen Zugang der A1 Telekom aufzuerlegenden spezifischen Verpflichtungen die weitere Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen auf dem

gegenständlichen Markt nicht mehr gerechtfertigt sei. Diesbezüglich ist auf die Feststellungen zu verweisen, wonach die Verpflichtung zur Entbündelung kein Substitut für die auf dem gegenständlichen Markt aufzuerlegenden spezifischen Verpflichtungen darstellen könne. Insbesondere die für die Erreichung der zur Anbindung von Nichtprivatkunden notwendige bundesweite Abdeckung macht den Zugang zu marktgegenständlichen Bitstream-Produkten erforderlich. Auch diesem Vorbringen war daher – ebenso wie der Forderung nach Etherlink als alternativer Zugangstechnologie am Markt für den physischen Zugang (ON 59) – nicht zu folgen.

Es wurde gefordert (ON 67), im Zuge der Regulierung dieses Marktes der A1 Telekom auch den Zugang zu Vorleistungsprofilen aufzuerlegen, die im Rahmen des derzeitigen NGN-Ausbaus in Villach zur Verwendung kommen. Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die angeordnete Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung nach § 38 TKG 2003. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch bezüglich des derzeitigen NGN-Ausbaus nichtdiskriminierende Vorleistungsprofile auf Basis Bitstream bestehen („Gigabooster 30“).

D. Rechtliche Beurteilung

1. Marktdefinition der RTR-GmbH

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.

Der Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene für Anschlüsse für Nichtprivatkunden gemäß § 1 Z 11 TKMV 2008 korrespondiert zu Markt Nr. 5, „Breitbandzugang für Großkunden“, der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (ABI L 344/65 vom 28.12.2007).

Die RTR-GmbH hat mit der 2. Novelle der TKMV 2008 den gegenständlichen Markt definiert (BGBl II Nr 468/2009).

2. 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 (gegebenenfalls) die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 zu.

3. 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 Union in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durch. Die Telekom-Control-Kommission ist im Rahmen dieser Marktanalyseverfahren an die Marktabgrenzung der TKMV 2008 gebunden, weswegen Parteienvorbringen im Zusammenhang mit der Marktdefinition bzw der TKMV 2008 nicht zu berücksichtigen waren. Zur Rechtmäßigkeit der diesem Bescheid zugrundeliegenden TKMV 2008 wird auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs zu V 33/09 vom 14.12.2009 verwiesen.

Für die Marktanalyse sind die Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig („Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, in der Folge „Leitlinien“, ABI C 165/6 vom 11.7.2002). Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield-Ansatz“).

4. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Gemäß § 35 Abs 1 TKG 2003 „[gilt] ein Unternehmen [] dann als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.“

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat („single dominance“), hat die Telekom-Control-Kommission näher bezeichnete Kriterien, die in § 35 TKG 2003 gelistet sind, zu berücksichtigen.

5. Zur rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Situation am Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene für Anschlüsse von Nichtprivatkunden (Spruchpunkt A.)

Im Folgenden werden die untersuchten Kriterien zum Vorliegen von alleiniger beträchtlicher Marktmacht von A1 Telekom gewürdigt.

5.1. Zum Indikator „Marktanteile“

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.

Marktanteile werden in der Rechtsprechung als wesentlicher Indikator für Marktmacht angesehen (Vgl. § 35 Abs 2 Z. 1 TKG 2003 sowie Europäische Kommission (2002) (in weiterer Folge „SMP-Guidelines“), Rn 75-78).

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel regelmäßig erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt. Bei einem Marktanteil von nicht mehr als 25 % kann vermutet werden, dass das betreffende Unternehmen über keine (alleinige) beherrschende Stellung verfügt. 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 („SMP-Guidelines“), Rn 75 mit Verweis auf Rs C-62/86 AKZO/Kommission, Rs T-228/97 Irish Sugar/Kommission und andere). Einem Unternehmen mit einem sehr hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, umso mehr, wenn dieser Marktanteil wie im gegenständlichen Fall ansteigt.

Die Berechnung der Marktanteile anhand der Anzahl der (intern oder extern) bereitgestellten Zugänge (= Anschlüsse) ist nach den Feststellungen zu Punkt 3.1.1 die sinnvollste und adäquateste Vorgangsweise. Rechtliche Bedenken können nicht erkannt werden.

Wie festgestellt, verfügt A1 Telekom im 1. Quartal 2009 auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene über einen bundesweiten Marktanteil von ca 68 % (ON 40).

Ferner ist die Marktanteilsentwicklung gemäß dem Wortlaut des § 35 Abs 2 Z 1 TKG 2003 auch im Zeitverlauf zu beobachten (*Stratil* [Hg.], TKG 2003 zu § 35, Rz 5 mit weiteren Nachweisen). Unterstützt wird die obige Schlussfolgerung daher durch den im beobachteten Zeitraum von drei Jahren tendenziell steigenden Marktanteil von A1 Telekom.

Die genannten Gründe sprechen für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der A1 Telekom auf dem gegenständlichen Markt.

Zum Vorbringen von Hutchison 3G Austria (ON 79b), wonach A1 Telekom auf dem (wohl gemeint: gesamten, also Privat- und Nichtprivatkunden umfassenden) Endkundenmarkt angesichts eines steigenden Marktanteils von knapp 50 % über eine marktbeherrschende

Stellung verfüge, ist in der Sache auszuführen, dass Hutchison 3G Austria aaO alle Endkundenanschlüsse betrachtet und nicht nach Privat- und Geschäftskunden differenziert. Dies führt zu einem verzerrten Bild, da der Marktanteil der A1 Telekom im Geschäftskundenbereich wesentlich höher ist als im Privatkundenbereich. Der Festnetzbereich der A1 Telekom ist im Privatkundenbereich dem Wettbewerbsdruck von Kabelnetzbetreibern und Mobilfunkbetreibern ausgesetzt und kann sich daher bei der Preissetzung nicht unabhängig verhalten. In formaler Sicht ist aber auch hier auf die zugrundeliegende Marktabgrenzung der TKMV 2008 zu verweisen.

5.2. Zum Indikator „Marktzutrittsbarrieren und potenzieller Wettbewerb“

Die in § 35 Abs 2 Z 1 TKG 2003 normierten Kriterien für eine (alleinige) beträchtliche Marktmacht) nennen die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als Marktmachtindikatoren. Rz 80 der Leitlinien nennt ebenfalls „Marktzutrittschranken“. Marktzutrittsbarrieren können daher definiert werden als all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittschranken halten zB ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten. Die Prüfung von Marktzutrittschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs. 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg 1973, 215).

Da die im Anschlussnetz festgestellten massiven Skalenvorteile und die mit Errichtung eines solchen Netzes entstehenden versunkenen Kosten einen weiteren Marktzutritt (in relevantem Ausmaß) mit eigener, leitungsgebundener Infrastruktur in den nächsten 1-2 Jahren in weiten Teilen Österreichs sehr unwahrscheinlich machen, ist bereits aus diesem Grund davon auszugehen, dass dies Marktmacht der A1 Telekom indiziert.

Diese Schlussfolgerung wird auch durch die Auswirkungen der derzeitigen Regulierung am Entbündelungsmarkt nicht beeinträchtigt.

Da auf diesem Vorleistungsmarkt neben Skalenvorteilen und versunkenen Kosten auf der Endkundenebene auch Marktzutrittsbarrieren (Erfahrung, Reputation, Angebot komplementärer Dienste (Sprache, VPNs, Mietleitungen, Mobilfunk, etc.) und Flächendeckung) festgestellt wurden, spricht dieser Indikator daher für die Stellung der A1 Telekom als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

5.3. Zum Indikator „nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“

Dieser Indikator ist explizit im TKG 2003 als Marktmachtindikatoren für „single dominance“ genannt (vgl. § 35 Abs 2 Z 12 TKG 2003). Auch die Leitlinien der Europäischen Kommission nennen diesen Indikator (vgl. Rz 78).

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur kann man dann sprechen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder großteils in den Händen eines einzigen Unternehmens ist und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen. Eine solche Kontrolle kann es dem entsprechenden Unternehmen ermöglichen, Marktmacht auszuüben, da es der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch potenzieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

Da A1 Telekom, wie festgestellt, als einziger Betreiber über eine österreichweite flächendeckende Infrastruktur verfügt und darüber hinaus für ca 30 % aller Unternehmer der einzige Anbieter von breitbandigen Internetzugängen ist, spricht dieser Marktmachtindikator für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von A1 Telekom.

Es wurde kritisiert (ON 56, ON 64, ON 65), dass A1 Telekom insbesondere im ländlichen Raum der einzige Anbieter von breitbandigen Vorleistungsprodukten sei und daher auch

diesbezüglich über beträchtliche Marktmacht verfüge. Hierzu ist festzuhalten, dass der Markt für das Anbieten von breitbandigen Vorleistungsprodukten für die Anbindung von Privatkunden nicht von der diesem Verfahren zugrundeliegenden und verbindlichen Marktdefinition der TKMV 2008 erfasst ist.

5.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird in § 35 Abs 2 Z 3 TKG 2003 TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen (und gemeinsamen: § 35 Abs 4 Z 3 TKG 2003) marktbeherrschenden Stellung angeführt. Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß Abs 1 leg cit, da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist allgemein die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber einem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, sodass es diesem nicht möglich ist, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten (vgl. Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207).

Generell gegen das Vorliegen von nachfrageseitiger Gegenmacht spricht, dass das historisch erste Bitstream-Angebot der A1 Telekom letztlich durch Intervention der Regulierungsbehörde zustande kam. Die Telekom-Control-Kommission schließt daraus, dass A1 Telekom nicht zuletzt aufgrund ihrer vertikalen Integration in den meisten Fällen kein Interesse daran hat, ISPs, mit denen sie am Endkundenmarkt in Wettbewerb steht, ein marktfähiges Zugangsprodukt anzubieten.

Ferner wird diese Schlussfolgerung noch dadurch gestärkt, dass die nachfrageseitige Gegenmacht der ISPs aufgrund dessen eingeschränkt ist, dass ein Wechsel zu anderen Anbietern auf der Vorleistungsebene zwar in manchen Fällen möglich ist, jedoch meist durch eine Vielzahl von Faktoren erschwert wird.

Der Umstand, dass bei einem Wechsel auf Vorleistungsebene darüber hinaus Umrüstkosten auf Vorleistungs- wie Endkundenebene anfallen können, sowie die Tatsache, dass bei einem Wechsel – abhängig vom Versorgungsgebiet – eine Kooperation mit mehreren Betreibern erforderlich sein kann, spricht ebenso gegen das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht, da sich dadurch die Transaktionskosten erhöhen können.

Ferner wird die Möglichkeit zur Eigenerstellung der Leistung zB durch einen Wechsel zur Entbündelung oder die Verlegung eines eigenen Anschlussnetzes aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten stark eingeschränkt.

Auch die beschriebene Anreizstruktur (A1 Telekom hat aufgrund ihrer vertikalen Integration in den meisten Fällen kein Interesse daran, ISPs, mit denen sie am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht, ein marktfähiges Bitstream-Produkt anzubieten) bleibt grundsätzlich erhalten und kann durch nachfrageseitige Gegenmacht nicht ausgeglichen bzw. verringert werden.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die ISPs, die das DSL-Bitstreamangebot der A1 Telekom beziehen, kaum über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen.

Wie festgestellt, ist A1 Telekom in vielen Teilen des Marktes der einzige Anbieter mit eigener Infrastruktur, sodass für viele Endkunden keine Möglichkeit eines Wechsels zu einem anderen Betreiber mit eigener Infrastruktur besteht.

Dieser Marktmachtindikator spricht in seiner Gesamtheit gegen das Vorliegen von nachfrageseitiger Gegenmacht und daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

5.5. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“

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

Dieser Marktmachtindikator spricht für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von A1 Telekom, da A1 Telekom auf der Vorleistungsebene gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream oder Open Access Produkten über den Vorteil verfügt, in ganz Österreich präsent zu sein und alles aus einer Hand anbieten zu können. Diese Vorteile sind auch für die Endkundenebene relevant.

Auch der Indikator Produktdifferenzierung spricht daher für Vorteile der A1 Telekom gegenüber ihren Konkurrenten und daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

5.6. Zum Indikator „Vertikale Integration und Marktmachtübertragung“

Der Marktmachtindikator „Vertikale Integration“ wird im TKG 2003 unter den Kriterien für „single dominance“ genannt (§ 35 Abs 2 Z 9 TKG 2003, bzw. SMP-Guidelines § 78). Da jeder Diensteanbieter, der über keine entsprechende Infrastruktur verfügt, von Produkten am Vorleistungsmarkt abhängig ist, ist die Marktposition von jenen Unternehmen, die über die jeweilige Infrastruktur verfügen und am selben nachgelagerten Markt im Wettbewerb mit dem nach Vorleistung suchenden Unternehmen stehen, grundsätzlich eine besondere, da es zu Übertragungen der Marktmacht auf nachgelagerte Märkte oder andere Vorleistungsmärkte kommen kann. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt in wesentlichem Maß die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Mitkonkurrenten.

Zusammenfassend hat A1 Telekom aufgrund der vertikalen Integration ökonomische Anreize, ISPs gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen. Angesichts der starken Stellung auf dem vorliegenden Markt ist zu erwarten, dass A1 Telekom ohne entsprechenden Druck der Regulierungsbehörde ISPs einem Margin Squeeze aussetzen kann oder aber den Zugang zu Bitstream-Produkten überhaupt verwehren würde. So könnte eine Marktmachtübertragung vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt bzw. eine Absicherung der starken Stellung auf dem Vorleistungsmarkt möglich sein.

Auch dieser Indikator untermauert daher das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der A1 Telekom.

Von einer Partei wurde vorgebracht (ON 55), dass A1 Telekom ihre bestehende Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt auf den benachbarten Endkundenmarkt ausdehnen könne. Diesbezüglich ist auf die angeordneten spezifischen Verpflichtungen (Zugang, Nichtdiskriminierung, Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus sowie die getrennte Buchführung) zu verweisen. Die Feststellungen zeigen, dass die angeführten spezifischen Verpflichtungen geeignet sind, insbesondere auch das Problem der Ausdehnung von Marktmacht verhindern zu können. Die Telekom-Control-Kommission geht daher davon aus, dass diesem Vorbringen materiell entsprochen wurde.

5.7. Zum Indikator „Marktverhalten, Preissetzungsverhalten“

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.

§ 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.

Eine Analyse der Entgelte auf Vorleistungsebene ist gemäß den Feststellungen nicht sinnvoll. Da aber das Preissetzungsverhalten von A1 Telekom auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt für breitbandige Internet-Zugangsprodukte auch für die Wettbewerbssituation auf dem gegenständlichem Vorleistungsmarkt relevant ist (der Großteil der marktgegenständlichen Leistungen wird von A1 Telekom für sich selbst (sohin intern) bereitstellt, würdigt die Telekom-Control-Kommission auch das Preissetzungsverhalten von A1 Telekom auf der Endkundenebene. Die Feststellungen dazu zeigen, dass A1 Telekom hier über ein gewisses Ausmaß an Preissetzungsmacht verfügt.

Dieser Marktmachtindikator spricht daher für das Vorliegen von Marktmacht auf dem zu untersuchenden Markt.

5.8. Abschließende rechtliche Beurteilung der wettbewerblichen Situation am Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene für Anschlüsse von Nichtprivatkunden

Da das Vorhandensein von alleiniger und gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht sich bereits logisch ausschließt, sieht die Telekom-Control-Kommission von einer detaillierten rechtlichen Begründung für das Nichtvorliegen von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch A1 Telekom und (einen) andere(n) Betreiber ab. Den gestellten Anträgen auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung zur Erörterung der Frage des Vorliegens von gemeinsamer Marktmacht war daher nicht Folge zu leisten.

Aufgrund der getroffenen Feststellungen sowie der Würdigung der untersuchten Marktmachtindikatoren in den Punkten D.5.1 – 5.7 gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass A1 Telekom als Unternehmen mit alleiniger beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene einzustufen ist und daher kein effektiver Wettbewerb besteht.

Mit der detaillierten Untersuchung in diesem Verfahren, ob A1 Telekom alleine über beträchtliche Marktmacht verfügt, hat die Telekom-Control-Kommission sowohl die gesetzlichen Vorgaben des 5. Abschnitts des TKG 2003 berücksichtigt als auch sichergestellt, dass keine Wertungswidersprüche zum Kartellgesetz 2005 auftreten.

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

6.1. Allgemeines

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. Wie auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird ausdrücklich auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (Art 8 Abs 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs 4 der Zugangs-RL und in Art 17 Abs 2 der Universaldienst-RL, jeweils in der Fassung vor dem „Review“). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss diese ein berechtigtes, in § 1 Abs 2 TKG 2003 (bzw dessen unionsrechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgen. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zudem zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz. 118 der Leitlinien) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil* [Hg.], TKG 2003, Rz 3 zu § 34 TKG 2003).

6.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wurde bereits unter Punkt D.5 der rechtlichen Beurteilung gewürdigt. Dass die Regulierungsziele des § 1 Abs 2 TKG 2003 bloß durch Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen im relevanten Zeitraum von etwa zwei Jahren nicht erreicht werden können bzw die festgestellten Wettbewerbsprobleme in diesem Zeitraum nicht adäquat bekämpft werden können, ergibt sich aus den Feststellungen.

Unter Bezugnahme auf die Regulierungsziele des TKG 2003, des Europäischen Rechtsrahmens sowie der festgestellten Wettbewerbsprobleme werden in der Folge Auswahl und Anwendung der der A1 Telekom in Spruchpunkt B. auferlegten spezifischen Verpflichtungen einer rechtlichen Würdigung unterzogen. Diese sind komplementäre und nicht alternative Instrumente. Jedes für sich dient dazu, einzelnen Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Nur beim Einsatz aller Instrumente ist gemäß den Feststellungen sichergestellt, dass die Wettbewerbsprobleme tatsächlich und effektiv bekämpft werden können.

Über die angeordneten spezifischen Verpflichtungen hinaus existieren keine weiteren spezifischen Verpflichtungen, die geeignet sind, die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

6.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

6.3.1. Allgemeines zu § 41 Abs 1 TKG 2003

Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren.

Grundsätzlicher Zweck einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs zu verhindern und damit den Wettbewerb im Anschlussbereich zu beleben.

In Fällen, in denen die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, ist die Ausübung von Marktmacht durch Sicherstellung des Zugangs zu nichtreplizierbarer Infrastruktur zu verhindern, um 1. die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten (§ 1 Abs 1 TKG 2003), 2. größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer (§ 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003) sicherzustellen sowie 3. Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (§ 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003).

Die den Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen betreffende Bestimmung des TKG 2003 ist § 41, welcher detaillierte Bestimmungen darüber enthält, welche Verpflichtungen bezüglich Zugang dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (insbesondere) auferlegt werden können, sowie darüber, was die Regulierungsbehörde bei der Auferlegung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen hat. Eine Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet, um den Zugang zu einem geeigneten Vorleistungsprodukt sicherzustellen.

6.3.2. Zum Verhältnis der Zugangsverpflichtung zur Gleichbehandlungsverpflichtung

Grundsätzlich wäre für die Sicherstellung des Zugangs zu einem Vorleistungsprodukt auch § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) in Erwägung zu ziehen. Da jedoch die von A1 Telekom intern bereitgestellten Produkte nicht hinreichend transparent sind und da weiters nicht angenommen werden kann, dass das geeignete Zugangsprodukt genau einem intern bereitgestellten Produkt entspricht, ist die Gleichbehandlungsverpflichtung allein nicht geeignet, einen adäquaten Zugang sicherzustellen. Weiters enthält § 41 TKG 2003 wesentlich umfassendere Ausführungen zur Zugangsproblematik und ist auch aus diesem Grund die einschlägigere Norm.

6.3.3. Zur Zugangsverpflichtung im Konkreten

Da A1 Telekom am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang für die Bereitstellung von Anschlüssen für Nichtprivatkunden über hohe und steigende Marktanteile sowie Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt, erscheint eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie als das einzige effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist es erforderlich, dass A1 Telekom auf zumutbare Nachfrage den Zugang zu allen Bitstream-Produkten, die für die Anbindung von Nichtprivatkunden verwendet werden, sowie zu dafür notwendigen Annex-Leistungen ermöglicht.

Darunter fallen im Einzelnen zumindest alle jene Produkte, die kumulativ die folgenden Kriterien nach Ziffer 1 und 2 erfüllen:

1. Alle DSL-Produkte, die A1 Telekom gegenwärtig und in Zukunft unter der Bezeichnung „Business“ bzw. „Businesskunden“ oder ähnlichen Bezeichnungen auf der Endkundenebene anbietet.
2. Alle DSL-Produkte der A1 Telekom, die über mehr als eines der folgenden Leistungsmerkmale verfügen:
 - Eine oder mehrere fixe IP-Adressen,
 - eine größere Anzahl von Mailboxen als bei Produkten, die sich an Privatkunden richten,
 - ein größerer Webspace als bei Produkten, die sich an Privatkunden richten,
 - eine Domain,
 - ein Sicherheitspaket (Virenschutz, Firewall, etc.),
 - Business SLAs oder
 - eine geringere durchschnittliche Überbuchung im Backbone.

Eine „Umbenennung“ von Produkten, die sich offensichtlich an Nichtprivatkunden richten durch geänderten Marketingauftritt, ist als Umgehungsmaßnahme zu werten. Wenn ein Produkt mehrere der oben in Ziffer 2 angeführten „Business“ Charakteristika hat, ist es daher als Nichtprivatkundenprodukt und nicht als Privatkundenprodukt einzustufen.

SDSL-Produkte sind als Nichtprivatkundenprodukte anzusehen, da sie de facto ausschließlich von Unternehmen nachgefragt werden.

Der von A1 Telekom zu gewährleistende Zugang muss es nachfragenden alternativen Anbietern mit zumindest gleicher Effizienz jedenfalls ermöglichen, alle marktgegenständlichen Endkundenprodukte von A1 Telekom technisch und wirtschaftlich nachzubilden. Bei Einführung neuer Endkundenprodukte – die technologieneutral innerhalb des gegenständlichen Marktes zu liegen kommen – müssen daher gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungspreise eingeführt werden, wenn ein entsprechendes Endkundenangebot durch den Bezug bereits bestehender Vorleistungen durch alternative Anbieter nicht möglich ist. „Gleichzeitig“ ist so zu verstehen, dass alternative Anbieter ein zeitgleiches (d.h. zumindest am selben Tag) Auftreten mit A1 Telekom am Endkundenmarkt (mit dem neuen Produkt bzw. den neuen Preisen) möglich ist.

Der Zugang zu Bitstream-Produkten hat zur Herstellung gleicher Wettbewerbsverhältnisse ungebündelt zu erfolgen; d.h., der Nachfrager darf nicht dazu verpflichtet werden, Dienst- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er selbst bereitstellen kann bzw. nicht benötigt (Entbündelungsgrundsatz, § 38 Abs 3 S 3 TKG 2003).

Prinzipiell ist auf zumutbare Nachfrage der Zugang zu allen Bitstream-Produkten unterschiedlicher Bandbreiten und dafür notwendiger Annex-Leistungen zu ermöglichen, die zur Anbindung von Nichtprivatkunden verwendet werden. Unter Bitstream-Produkten sind

technisch gesehen jedenfalls solche Produkte zu verstehen, die A1 Telekom gegenwärtig in ihrem Wholesale Standardangebot über Breitbandige Internetzugangslösungen anbietet.

Da die vorgenommene Regulierung auf den Nichtprivatkundenmarkt auf Endkundenebene abzielt, wäre es grundsätzlich auch zulässig, wenn A1 Telekom den Weiterverkauf von Bitstream-Anschlüssen an Privatkunden durch ISPs untersagt. Dies hätte zur Folge, dass ISPs gegenüber A1 Telekom nachweisen müssen, dass ein bestimmter Anschluss an einen Nichtprivatkunden verkauft wird. Dies würde wiederum die (zumindest teilweise) Offenlegung von Verträgen bzw bestimmten Informationen erfordern, was sowohl den ISP als auch den Kunden abschrecken könnte, da eventuell sensible Informationen weitergegeben werden und zusätzliche Transaktionskosten verursacht werden. Durch solche Einschränkungen würden Marktzutrittsbarrieren im Nichtprivatkundenbereich entstehen. Insofern ist eine solche Vorgangsweise von A1 Telekom nicht zulässig. Da es auf Endkundenebene zwischen Privatkunden- und Nichtprivatkundenanschlüssen einen starken Preisunterschied gibt und angesichts der Festlegung des Vorleistungspreises mittels Retail Minus könnte A1 Telekom ohnehin alleine aufgrund der Preissetzung eine entsprechende Verwendung durch den ISP de facto sicherstellen.

Bei Einführung neuer Endkundenprodukte bzw neuer Endkundenpreise für Nichtprivatkunden müssen gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw Vorleistungspreise eingeführt werden, wenn ein entsprechendes Endkundenangebot durch den Bezug bereits bestehender Vorleistungen durch ISPs nicht möglich ist. Dies impliziert, dass neue Vorleistungsprodukte (zB Veränderungen der Bandbreite) bzw. -preise spätestens am Tage der Produkteinführung durch A1 Telekom am Endkundenmarkt zur Verfügung stehen und dass ISPs entsprechend der Komplexität, mindestens jedoch vier Wochen zuvor, über diese Änderung informiert werden, wie dies bereits gegenwärtig der Fall ist. Diese Frist stellt einen angemessenen Interessensausgleich zwischen A1 Telekom und alternativen Anbietern dar. Darüber hinaus hat A1 Telekom bei technisch neuen Produkten entsprechend längere Vorlaufzeiten vorzusehen, so dass jedenfalls die Bedingung des zeitgleich möglichen Marktauftrittes durch ISPs eingehalten werden kann. Entsprechende Bestimmungen haben in das Standardangebot aufgenommen zu werden. Der Forderung (ON 78b) nach einer längeren allgemeinen Vorankündigungsfrist war daher nicht nachzukommen.

Hinsichtlich der Übergabepunkte des Verkehrs von A1 Telekom in das Netz des alternativen Betreibers hat A1 Telekom im Interesse einer leichteren Migration zwischen verschiedenen Zugangsprodukten für Bitstream (Abstand der Sprossen der ladder of investment) eine solche Übergabe jedenfalls an den bisher bestehenden (und im aktuellen Standardangebot vorgesehenen) 9 regionalen Zugangspunkten und ergänzend dazu auch an einem vom ANB bestimmbaren nationalen Zugangspunkt (aus der Liste der 9 regionalen Zugangspunkte) zu ermöglichen. Entsprechende Bestimmungen, die auch das häufig anzutreffende gemischte Szenario an regionalen und nationalen Zugangspunkten berücksichtigen, sowie die Möglichkeit einer Übergabe des Verkehrs in das Netz des ISPs auf Basis von ATM und IP-basiert vorsehen, haben Teil des Standardangebots zu sein.

Um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf der Endkundenebene zu schaffen, ist darüber hinaus ein Zugang zu „naked-DSL“-Produkten auf Vorleistungsebene erforderlich, deren Parameter (Uploadgeschwindigkeit, Downloadgeschwindigkeit, Datenvolumen) sich an den am Markt gängigen Produkten orientieren. Bei einem „naked-DSL“-Produkt ist der Bezug eines breitbandigen Internetproduktes über A1 Telekom oder einen Bitstream-ISP auf Endkundenebene nicht an den Bezug von Festnetzsprachtelefonie von A1 Telekom gebunden. „Naked-DSL“-Produkte sind auf Vorleistungsebene also bei all jenen Profilen erforderlich, die A1 Telekom auf Endkundenebene an den gleichzeitigen Bezug eines Sprachtelefonieanschlusses koppelt.

Um Nachfragern von „naked-DSL“ die Möglichkeit zu geben, ihren Endkunden auch Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie in Form von Voice over Broadband (VoB) und Breitbandinternet ebenso wie A1 Telekom aus einer Hand anzubieten, sind seitens A1 Telekom Voice over Broadband-Optionen anzubieten. Bei VoB-Produkten, über die mehrere

Sprachkanäle realisiert werden können, und die daher besonders auf den Nichtprivatkundenbereich abzielen, ist sicherzustellen, dass das inkludierte Datenvolumen ausreichend ist, um das Sprachvolumen eines durchschnittlichen Nichtprivatkunden abführen zu können.

Bei Bezug der „VoB-Zusatzoption“ stellt A1 Telekom sicher, dass die mittels der VoB-Option transferierten IP-Pakete im ihrem Netz priorisiert behandelt werden. Dies ist grundsätzlich eine geeignete Möglichkeit, um die Replizierbarkeit von Sprache-Breitband-Bündeln für Nichtprivatkunden auch hinsichtlich der Sprachqualität zu gewährleisten. A1 Telekom hat zumindest die gegenwärtig angebotenen VoB-Optionen (jeweils ggf angepasst, falls es relevante Änderungen bei den Endkundenprodukten gibt) auch in Zukunft anbieten. Die Übergabe des Sprachverkehrs an den ISP hat in effizienter Weise so zu erfolgen, dass sie auf Wunsch des ISP gemeinsam mit dem Datenverkehr, dh über dieselbe physische Schnittstelle am Übergabepunkt, stattfindet. Weiters muss der Sprachverkehr am Übergabepunkt auch von Dritten Betreibern übernommen werden können, die im Auftrag des ISPs tätig sind. Dies erleichtert den Marktzutritt für ISPs, die die Abwicklung des Sprachverkehrs (auf Vorleistungsebene) nicht selbst übernehmen können oder wollen. Die in Spruchpunkt B.1.6. angeordneten Mindestdatenvolumina sind nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ausreichend, um das zu erwartende durchschnittliche VoB-Telefonierverhalten von Endkunden mittels den unterschiedlich zur Verfügung stehenden Vorleistungsprofilen abwickeln zu können.

Die Forderung nach unbeschränktem Datenvolumen für die Erbringung von VoB-Diensten war angesichts der der A1 Telekom in diesem Fall entstehenden Kosten als unverhältnismäßig zu werten. Spruchpunkt B.1.6 konkretisierend weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass nicht verbrauchtes VoB-Datenvolumen eines Endkunden mit den Datenvolumina anderer Endkunden desselben alternativen Anbieters gegen zurechnen ist.

Bezüglich der in Spruchpunkt B.3.2 angeordneten vierwöchigen Vorankündigungsfrist bei der Neueinführung von Endkundenprodukten, deren entsprechendes Vorleistungsprodukt in diesen Markt fällt, wurde kritisiert (ON 58, ON 63, ON 64), dass eine vierwöchige Vorankündigungsfrist in der Praxis zu kurz für alternative Anbieter sei, um zeitgleich mit A1 Telekom auf dem Endkundenmarkt auftreten zu können.

Diesbezüglich ist eine Rechtsgüterabwägung zwischen dem Interesse von A1 Telekom, bei der Markteinführung von ADSL-Endkundenprodukten nicht hinter alternative Anbieter zeitlich „zurückzufallen“ einerseits und andererseits dem Interesse ebendieser alternativen Anbieter, zeitgleich mit A1 Telekom mit einem auf dem DSL-Vorleistungsangebot der A1 Telekom aufsetzenden ADSL-Endkundenprodukt auf den Markt zu kommen, durchzuführen.

Dem Interesse von A1 Telekom wird durch die angeordnete Verpflichtung zum zeitgleichen Anbieten der nachgefragten Vorleistungsprodukte mit dem Inverkehrbringen auf Endkundenebene entsprochen.

Da es regulatorisches Ziel ist, dass der A1 Telekom Retail-Bereich gegenüber dem das Bitstream-Produkt nachfragenden ISPs über keinerlei zeitlichen Informationsvorsprung gegenüber dem A1 Telekom Wholesale-Bereich verfügt, war die Vorankündigungsfrist lediglich so zu bemessen, dass sowohl der Retailbereich von A1 Telekom als auch alternative Anbieter genügend Zeit zu Produktentwicklung und –launch zur Verfügung haben. Es ist nun davon auszugehen, dass sowohl ein alternativer ISP als auch der Retailbereich der A1 Telekom im Wesentlichen die gleiche Vorlaufzeit für die Entwicklung eines ADSL-Endkundenprodukts benötigen. Vor diesem Hintergrund liegen keine Gründe vor, von der bereits mit dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 1/05 vom 28.02.2006 angeordneten und je nach Komplexität des neuen Produktes zumindest vierwöchigen Vorankündigungsfrist abzugehen, da davon ausgegangen werden kann, dass sich dieser Zeitraum für alle Vorleistungsnehmer etabliert hat.

Die Anordnung in Spruchpunkt B.1.9, wonach bei allfälliger Einstellung bestehender Vorleistungsprofile von A1 Telekom dafür Sorge zu tragen ist, dass Nachfrager nach solchen

Vorleistungsprofilen nicht schlechter gestellt werden, gründet auf der Notwendigkeit, dass alternative Nachfrager nach Vorleistungsprofilen für die Anbindung von Nichtprivatkunden weiterhin ungehindert auf dem Endkundenmarkt für Nichtprivatkunden agieren können müssen. Mit der getroffenen Regelung ist es A1 Telekom möglich, bestimmte Vorleistungsprofile – bspw solche mit geringerer Bandbreite – vom Vorleistungsmarkt zu nehmen, während für alternative Nachfrager gewährleistet ist, dass sie weiterhin ihre Nichtprivatkunden am Endkundenmarkt anbinden können. Die Anordnung in Spruchpunkt B.1.9 kommt daher den Interessen sowohl der A1 Telekom als auch der alternativen Nachfrager entgegen.

A1 Telekom war außerdem gemäß § 41 Abs 2 Z 4 TKG 2003 zu verpflichten, bei Anfragen nach Zugang zu Produkten, die nicht durch das Standardangebot abgedeckt werden (beispielsweise hinsichtlich der Bandbreite), Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen solchen Antrag auf Zugang stellen, zu führen (Spruchpunkt B.1.10). A1 Telekom kritisierte diese Anordnung zur Verpflichtung zur Verhandlungsführung nach Treu und Glauben als überschießend und unbestimmt mit dem Argument, dass es damit alternativen Anbietern ermöglicht würde, zusätzliche, über die angeordneten Zugangsprodukte in beliebiger Weise hinausgehenden Vorleistungsprodukte, zu erhalten. Diese Befürchtung ist unzutreffend. Es wird darauf hingewiesen, dass bei Nichteinigung über den Umfang von Art und Weise der Zugangsgewährung jeder der Beteiligten bei der Regulierungsbehörde eine Streitschlichtungsentscheidung nach § 50 TKG 2003 beantragen kann. Im Rahmen dieses Verfahrens wird von der Regulierungsbehörde ausgehend vom konkreten Partein vorbringen und vor dem Hintergrund der in Spruchpunkt B.1.1 und B.1.2 bereits konkretisierten Zugangsverpflichtung über einen solchen Antrag entschieden werden. Klargestellt wird, dass die in Spruchpunkt B.1.10 angeführte Verpflichtung lediglich eine Verpflichtung zur Verhandlungsaufnahme beinhaltet.

Die in Spruchpunkt B.1.1 angeordnete Zugangsverpflichtung zu allen derzeit von A1 Telekom extern angebotenen Vorleistungsprofilen gründet auf der Feststellung, dass A1 Telekom für die Anbindung der eigenen Nichtprivatkunden alle existierenden Vorleistungsprofile heranzieht. Um nun alternativen Anbietern eine mit A1 Telekom vergleichbare Flexibilität bei der Produktentwicklung zu gewährleisten, war der nichtdiskriminierende Zugang zu allen von A1 Telekom Verwendung findenden Vorleistungsprofilen anzuordnen. Um zu gewährleisten, dass die bei A1 Telekom nachgefragten Vorleistungsprofile tatsächlich nur für die Anbindung von Nichtprivatkunden Verwendung finden, war in Spruchpunkt B.2.2 anzuordnen, dass das von den Beziehern von Nichtprivatkundenprodukten tatsächlich entrichtete Entgelt Ausgangspunkt der Retail Minus-Berechnung ist. Diese Anordnung steht in Einklang mit der diesem Bescheid zugrundeliegenden Marktabgrenzung der TKMV 2008, wonach alle Vorleistungsprofile, die für die spätere Anbindung von Nichtprivatkunden verwendet werden, der Regulierung unterliegen.

Die geforderte Auferlegung einer Verpflichtung für A1 Telekom zum Anbieten eines unüberbuchten Bitstream-Produkts wäre im Einklang mit den getroffenen Feststellungen hingegen nicht gerechtfertigt, da ein solches Produkt im Ergebnis einer Mietleitung entspräche, welche nicht Teil des gegenständlichen Marktes ist.

Der Forderung (ON 78b) nach einer Verpflichtung zur „virtuellen Entbündelung“ für A1 Telekom auf dem gegenständlichen Markt war nicht näherzutreten. Auf dem gegenständlichen Markt ist die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zu Breitband-Vorleistungsprodukten einschlägig. Aus den Feststellungen ergibt sich keine Rechtfertigung zur Auferlegung zusätzlicher Zugangsverpflichtungen.

Die Telekom-Control-Kommission weist darauf hin, dass die Auferlegung weiterer Zugangsverpflichtungen erst im Zuge der Durchführung eines neuerlichen Marktanalyseverfahrens möglich ist.

Ergänzend wird auf die mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 3/09-103 vom 06.09.2010 der A1 Telekom auferlegten spezifischen Verpflichtungen („virtuelle Entbündelung“) hingewiesen.

6.3.3.1. Zur Verkehrsübergabe (Spruchpunkte B.1.3 und B1.4)

Der angeordnete Zugang zu Bitstream-Produkten hat auch betreffend die Anbindung der Übergabepunkte jeweils ungebündelt zu erfolgen, damit der Nachfrager nicht gezwungen ist, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er selbst bereitstellen kann bzw. nicht benötigt (Entbündelungsgrundsatz, § 38 Abs 3 S 3 TKG 2003).

Die Anordnung, wonach A1 Telekom entsprechend der Nachfrage das marktgegenständliche Vorleistungsprodukt entweder „Asynchronous Transfer Mode“-basiert oder „Internet-Protokoll“-basiert anbieten muss, gründet ebenfalls im Gedanken, dass ISPs die im Einzelfall jeweils vorteilhaftere Zugangstechnologie von A1 Telekom beziehen können sollen. Da A1 Telekom ihrem Retail-Bereich derzeit beide Technologien anbietet, ist die Auferlegung dieser Verpflichtung auch vor der Nichtdiskriminierungsverpflichtung des § 38 TKG 2003 gerechtfertigt.

Hinsichtlich der Übergabepunkte des Verkehrs von A1 Telekom in das Netz des alternativen Betreibers, hat A1 Telekom im Interesse einer leichteren Migration zwischen verschiedenen Zugangsprodukten für Bitstream (Abstand der Sprossen der ladder of investment) eine solche Übergabe einerseits jedenfalls an den bisher bestehenden (und im aktuellen xDSL-wholesale Angebot vorgesehenen) neun regionalen Zugangspunkten und ergänzend dazu auch an einem vom ANB bestimmbaren nationalen Zugangspunkt (aus der Liste der neun regionalen Zugangspunkte) zu ermöglichen.

Daher sind auch entsprechende Bestimmungen, die auch das gemischte Szenario an regionalen und nationalen Zugangspunkten berücksichtigen, sowie die Möglichkeit einer Übergabe des Verkehrs in das Netz des ISPs nicht nur auf Basis von ATM sondern auch IP-basiert vorsehen, seitens A1 Telekom in das Standardangebot (wieder)aufzunehmen. Die Aufnahme dieser Punkte in den Spruch dieser Anordnung ist insofern verhältnismäßig, als sie bereits derzeit in dieser Form etabliert ist.

6.3.3.2. Zu naked-DSL und Voice over Broadband (Spruchpunkte B.1.5 – B.1.8)

Die Feststellungen zeigen, dass auf der Vorleistungsebene A1 Telekom gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream oder Open Access Produkten über den Vorteil verfügt, in ganz Österreich präsent zu sein und Bündelprodukte aus einer Hand anbieten zu können. Es muss alternativen Betreibern vor dem Hintergrund der zu schaffenden gleichen Wettbewerbsbedingungen auf dem gegenständlichen Markt daher möglich sein, Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie in Form von Voice over Broadband (VoB) sowie Breitbandinternet ebenso wie A1 Telekom aus einer Hand nichtdiskriminierend anzubieten, ohne entbündeln zu müssen.

Der Zugang zu einem „naked-DSL“-Produkt auf Vorleistungsebene zu den in Spruchpunkt B.1.5 – B.1.8 angeordneten Bedingungen ermöglicht alternativen Betreibern die wettbewerbsfähige Erbringung von Sprachtelefoniediensten in der gleichen Qualität und Zuverlässigkeit, wie sie A1 Telekom ihren eigenen Endkunden bereitstellt, ohne die Teilnehmeranschlussleitung entbündeln zu müssen. Durch die Verfügbarkeit eines solchen Produkts werden Marktzutrittsbarrieren auf der Endkundenebene gesenkt, was eine Marktmachtübertragung hintan hält und langfristig die Entstehung effektiven Wettbewerbs fördert. Darüber hinaus unterstützt es angesichts der Präferenz vieler Kunden für ein one-stop-shopping den Wettbewerb im Bereich der Endkundenmärkte für feste Sprachtelefonie.

Aus dem Entbündelungsgrundsatz (§ 38 Abs 3 S 3 TKG 2003) ergibt sich die Wertung, dass ein marktmächtiges Unternehmen nicht durch den gebündelten Verkauf von Endkundenprodukten bei gleichzeitiger getrennter Überlassung der entsprechenden Vorleistungsprodukte an den eigenen Retailbereich den Umfang der Verpflichtung zur Entbündelung gem § 38 Abs 3 S 3 TKG 2003 nach Belieben bestimmen darf. Auch diese Wertung spricht für die Verpflichtung des weiteren Aufrechterhaltens der

Zugangspflichtung bezüglich eines „naked-DSL“-Produkts“ ebenso wie die Verpflichtung zum weiteren Anbieten der „VoB-Option“.

Im Zusammenhang mit der Bereitstellung von VoB wurde gefordert (ON 56), für naked-DSL-Produkte eine Mindestbandbreite vorzusehen. Ferner wurde gefordert, dass auch der ANB die notwendige Sprachpriorisierung selbst durchführen können sollte. Hierzu ist festzuhalten, dass mit der bestehenden VoB-Option Bündel aus Breitbandinternet- sowie Sprachprodukten technisch und wirtschaftlich replizierbar sind. Es besteht daher keine Notwendigkeit für über die bestehende VoB-Option hinausgehende Verpflichtungen, deren gefordertes Ausmaß in ON 56 im Übrigen auch nicht detailliert dargelegt wurde.

6.4. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

6.4.1. Allgemeines zu § 42 Abs 1 TKG 2003

§ 42 Abs 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle auferlegen. Dabei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

Neben der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 weiters voraus, dass entweder 1. „ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten“ oder 2. „Preisdiskrepanzen (Preis-Kosten-Schere, Margin Squeeze) praktizieren könnte“. Die Verwendung des Konjunktivs zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten – theoretisch vor dem Hintergrund der spezifischen Anreizstruktur – praktiziert werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung.

Auch Art 13 Abs 1 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) ermächtigt die Regulierungsbehörde zur Hintanhaltung von unter anderem „Preisdiskrepanzen“ (in der englischen Version „to apply a margin squeeze“, „Preis-Kosten-Schere“) zur Auflage von Verpflichtungen betreffend Preiskontrolle.

Die Europäische Kommission führt in ihrer Empfehlung über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) vom 20.09.2010, (K(2010) 6223), in Erwägungsgrund 37 aus, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Auswahl geeigneter Preiskontrollmethoden Preisabschläge auf den Endkundenpreis als Basis für die Berechnung des Vorleistungsentgelts heranziehen können, wenn der nachgelagerte Endkundenbereich des marktmächtigen Unternehmens ausreichenden wettbewerblichen Zwängen ausgesetzt ist.

Die Feststellungen zeigen, dass A1 Telekom auf dem gegenständlichen Markt Wettbewerbsdruck von entbündelnden alternativen Anbietern sowie von Kabelnetzbetreibern ausgesetzt ist und auf dem gegenständlichen Markt Wettbewerbsdruck auch von mobiler Seite auf A1 Telekom lastet. Insbesondere das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise erscheint daher als vergleichsweise gering.

Obwohl die Feststellungen zeigen, dass A1 Telekom auf dem gegenständlichen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, ist A1 Telekom somit wettbewerblichen Zwängen ausgesetzt. Die Auferlegung einer Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus ist daher rechtlich zulässig.

Die Verpflichtung zu Retail Minus ist verhältnismäßiger als eine Verpflichtung zur Verrechnung kostenorientierter Entgelte, da so das Setzen der Endkundenpreise in der Gestion der A1 Telekom bleibt. Eine vorab eindeutig bestimmte Höhe des Vorleistungsentgelts ist somit nicht möglich und würde die im TKG 2003 vorgesehene spezifische Verpflichtung zur Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus geradezu verunmöglichen.

Gelindere Instrumente, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten, sind andererseits nicht ersichtlich. Die angeordnete Entgeltkontrolle ist daher als verhältnismäßig zu betrachten. Da die Feststellungen zeigen, dass das primäre wettbewerbliche Defizit nicht in der Gefahr überhöhter Entgelte gelegen ist, war von der Festlegung kostenorientierter Preise (zB LRIC oder Vollkosten) abzusehen.

6.4.2. Zu Entgeltkontrolle und Kostenrechnung im Konkreten

Die Regulierung der Entgelte für den Zugang zu einem Bitstream-Produkt auf Basis eines Retail Minus-Ansatzes ist aus folgenden Gründen ein geeigneter Ansatz:

Vor dem Hintergrund der festgestellten Wettbewerbsprobleme sowie insbesondere des bestehenden preisdisciplinierenden Drucks durch die Entbündelung sowie CATV auf A1 Telekom ist gemäß den Feststellungen davon auszugehen, dass das Ausmaß der Preissetzungsmacht von A1 Telekom betreffend überhöhte Preise nicht so groß ist, um einen Eingriff in der stärksten Form – nämlich in der Form der Festlegung kostenorientierter Preise – zu rechtfertigen.

Vor dem Hintergrund der Gefahr, dass A1 Telekom alternative Betreiber einem Margin Squeeze aussetzt, ist die Preissetzung auf Basis von Retail Minus jene Option, die am besten geeignet ist, den festgestellten (potenziellen) Wettbewerbsproblemen zu begegnen und gleichzeitig die für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht am wenigsten eingriffsintensive. So wird durch die Überprüfung der Marge (des Abstandes zwischen Endkundenpreis und Vorleistungspreis) sichergestellt, dass kein Margin Squeeze auftritt, und alternative Betreiber in den Endkundenmarkt eintreten können, während gleichzeitig A1 Telekom maximaler Preissetzungsspielraum gewährt wird (die absolute Höhe der Preise kann A1 Telekom frei bestimmen, nur die Relation zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis ist über die Marge festgelegt). Die Festlegung überhöhter Preise durch A1 Telekom kann zwar mittels Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus nicht verhindert werden, dieses Problem ist aber nicht so groß, um einen stärkeren Eingriff (kostenorientierte Preise) zu rechtfertigen.

Um Mitbewerber nicht aus bestimmten Teilen des Marktes (insbesondere bei Einstiegsprodukten oder mit Aktionen) verdrängen zu können, muss der Vorleistungspreis jedes Produktes so weit unter dem (Netto-)Endkundenpreis eines zugeordneten Endkundenproduktes liegen, dass ein effizienter Betreiber zumindest die inkrementellen bzw. vermeidbaren Kosten des Produktes decken kann. Die inkrementellen Kosten sind jene Kosten, die anfallen, wenn ein bestimmtes Produkt bzw. eine bestimmte Outputmenge zusätzlich produziert wird. Die vermeidbaren Kosten sind jene, die vermieden werden können, wenn ein bestimmtes Produkt bzw. eine bestimmte Outputmenge nicht bzw. nicht mehr produziert wird. In einer ex ante Betrachtung (d.h., bevor das bestimmte Produkt produziert wird) sind die inkrementellen Kosten gleich den vermeidbaren Kosten. Vermeidbar sind die variablen Kosten der Produktion, also jene Kosten, die pro zusätzlich produzierter Einheit entstehen zusätzlich der produktspezifischen Fixkosten.

Somit stellen für die Betrachtung einzelner Produkte die vermeidbaren Kosten den relevanten Maßstab für die Berechnung der Mindestmarge dar, während für alle Produkte des Marktes gemeinsam die Vollkosten den Maßstab bilden.

Auf der Erlösseite sind jedenfalls alle Erlöse aus Grund- und Herstellungsentgelten sowie allfällige Erlöse aus Überschreitungsentgelten (so das Downloadvolumen limitiert ist) zu berücksichtigen, da sich diese Erlöse direkt aus der Bereitstellung des Breitbandproduktes

auf Endkundenebene ergeben. Die Berechnung der Erlöse hat dabei jeweils auf Basis des tatsächlichen, von den Endkunden entrichteten Entgelts zu erfolgen, da so auch allfällige Rabatte oder sonstige Preisreduktionen berücksichtigt sind. Die Erlöse aus Zusatzdiensten (online-Festplatte, Domain, etc.), die ein Kunde optional dazunehmen kann, haben hingegen nicht berücksichtigt zu werden, da diese Produkte nicht marktgegenständlich sind und ISPs nicht gezwungen werden sollen, andere, nicht marktgegenständliche Dienste anzubieten. Dasselbe gilt für Erlöse aus Sprachtelefonie-Verbindungsleistungen bzw. Terminierung, die ebenfalls nicht marktgegenständlich sind.

Bei Bündelprodukten, die auch Sprachtelefonie enthalten (also Sprache-Breitband-Bündel) werden die gesamten Erlöse aus Grundentgelten berücksichtigt, da eine Aufteilung auf Sprache und Breitband willkürlich wäre. Andererseits sind bei den Kosten aber auch die zusätzlichen Kosten für den Sprachtelefonieanschluss zu berücksichtigen.

Da eine Preis-Kosten-Schere nur dann entstehen kann, wenn das marktmächtige Unternehmen für das gegenständliche Produkt sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene Preise setzen kann, werden ausschließlich intern angebotene Bitstream-Produkte, das sind solche, die vom Retail-Bereich von A1 Telekom auch tatsächlich bezogen werden, in die Margin Squeeze Berechnung miteinbezogen. Produkte, die ausschließlich extern angeboten werden, werden hingegen auf dieser Stufe (Retail-Bitstream) nicht berücksichtigt (wohl aber auf der Stufe Bitstream-Entbündelung).

Aus Konsistenzgründen haben sich alle Bitstream-Produkte, auch ausschließlich extern angebotene, betreffend ihres Preises grundsätzlich am Preis der hinsichtlich ihrer technischen Leistungsparameter „benachbarten“ Produkten orientieren. Der unterschiedliche Preis muss die unterschiedlichen technischen Leistungsparameter widerspiegeln. Das bedeutet, dass beispielsweise technisch höherwertige Produkte nicht zu geringeren Preisen angeboten werden dürfen, als technisch geringwertigere Produkte bzw. umgekehrt.

Bei der Einführung neuer Produkte bzw. neuer Preise ist von A1 Telekom sicherzustellen, dass mit den neuen Preisen bzw. zu erwartenden Umsätzen und Absatzmengen kein Margin Squeeze entsteht. In einem im Anlassfall von der Regulierungsbehörde festzulegenden angemessenen Zeitraum nach der Einführung der neuen Produkte ist zu überprüfen, ob die Erwartungen bezüglich Absatzmengen und Umsätzen tatsächlich eingetroffen sind bzw. ob sich durch Abweichungen ein Margin Squeeze ergibt. Die dafür notwendigen Berechnungen entsprechend dem in Punkt 4.2.1 der Feststellungen dargestellten Berechnungsschema sind in beiden Fällen (mit zu erwartenden und tatsächlichen Umsätzen und Absatzmengen) der Regulierungsbehörde auf Nachfrage zur Verfügung zu stellen.

Sollten über einen längeren Zeitraum keine neuen Produkte eingeführt werden, so ist davon auszugehen, dass im Abstand von einem Jahr zur letzten Überprüfung der Entgeltkontrolle für das vergangene Jahr und – basierend auf zu erwartenden Mengen, Umsätzen und Kosten – eine Berechnung für das nächste Jahr durchgeführt wird.

Grundsätzlich hat der Vorleistungspreis so festgelegt werden, dass nur effiziente Betreiber einen Anreiz haben, durch Bezug von Bitstream-Produkten in den (Endkunden-)Markt für Nichtprivatkunden einzusteigen. Die in der Berechnung zu berücksichtigenden Kosten (die Wegfallkosten bzw. das Minus) sollen daher die Kosten eines effizienten Betreibers darstellen. Da im Privatkundenbereich effektiver Wettbewerb herrscht und auch im Nichtprivatkundenbereich ein gewisser Wettbewerbsdruck (vor allem durch Entbündler) vorliegt, kann davon ausgegangen werden, dass die Kosten der A1 Telekom eine hinreichend gute Näherung für die Kosten eines effizienten Betreibers sind. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung ist überdies gewährleistet, dass nur marktrelevante Kosten auch tatsächlich berücksichtigt werden (und darüber hinausgehende Gemeinkosten und gemeinsame Kosten sachgerecht und nachvollziehbar aufgeteilt werden). Den entsprechenden Berechnungen sind die Kosten der A1 Telekom zugrunde zu legen.

Nicht zuletzt deswegen, da A1 Telekom bereits derzeit die Preise für ihre Bitstream-Produkte nach der mit Bescheid M 1/05-59 ebenfalls auferlegten Entgeltkontrolle auf Basis Retail

Minus festlegt, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand in einem vertretbaren Ausmaß hält.

A1 Telekom sprach sich gegen eine „einheitliche Betrachtung“ der Vorleistungsprodukte im Zuge der Margin Squeeze Rechnung aus (ON 79a), da es bei der Berechnung auf Basis Vollkosten bzw auf Basis der vermeidbaren Kosten zu unterschiedlichen Ergebnissen käme. Hierzu ist aufzuführen, dass diese Problematik im Detail nicht entstehen kann: Wie bereits ausgeführt, müssen über alle Produkte die Vollkosten gedeckt werden können, während jedes einzelne Produkt zumindest seine vermeidbaren Kosten decken muss. In der Vollkostenbetrachtung ist die Zusammenlegung der bestehenden „Körbe“ (residential ADSL, business ADSL, business SDSL) im hier einschlägigen Business-Bereich unproblematisch, da es zu keinem Margin Squeeze kommen kann, wenn es in keinem der Körbe zu einem Margin Squeeze kommt. Bei der Betrachtung der vermeidbaren Kosten auf Einzelproduktebene werden Produkte hingegen „ohnehin“ individuell betrachtet. Es ist daher sichergestellt, dass es zu kohärenten Ergebnissen kommt.

In Spruchpunkt B.2.2 wurde angeordnet, dass Kosten, die der A1 Telekom aufgrund der externen Bereitstellung von Bitstream-Produkten zusätzlich entstehen (Wholesale-Zusatzkosten („Plus“)), ab Rechtskraft dieses Bescheides nur mehr in jenem Ausmaß zu berücksichtigen sind, das dem Anteil der extern bereitgestellten an den insgesamt bereitgestellten Anschlüsse entspricht. Diese Anordnung, von der letztlich auch Kunden von Telekom Austria durch einen intensiveren Wettbewerb im Nichtprivatkundenbereich profitieren, war vor dem Hintergrund der hohen und steigenden Marktanteile von A1 Telekom im Nichtprivatkundenbereich zur Ermöglichung eines intensiveren Wettbewerbs am Nichtprivatkundenmarkt zu treffen.

Die Telekom-Control-Kommission geht weiters zur Konkretisierung des Spruchpunktes B.2 bei der Berechnung der Marge von folgenden Erwägungen aus:

6.4.3. Berechnung der Marge zu Vollkosten

Ausgangspunkt der Berechnung des Zugangspreises zu Vollkosten ist der jeweils gewichtete, tatsächlich vom Kunden bezahlte Endkundenpreis. Für die Berechnung des Abschlags vom Endkunden- auf den Vorleistungspreis sind insbesondere folgende Kosten auf Endkundenebene zu betrachten (auf Grundlage der Kostenrechnung von A1 Telekom – die einzelnen Positionen enthalten sowohl vermeidbare Kosten auf Ebene des Marktes als auch anteilige gemeinsame Kosten bzw. Gemeinkosten):

- Marketing und Vertrieb,
- Rechnungslegung (Billing) inklusive nicht einbringbarer Forderungen (bad debt),
- Rechnungserstellung,
- Produktentwicklung und –management,
- Kundenservice / Callcenter,
- Kosten der Anbindung inklusive der internationalen Anbindung,
- Kosten für Zusatzleistungen wie Webspace, E-Mail Adressen etc. sowie
- Sonstige der Endkundenebene zurechenbare Gemeinkosten.

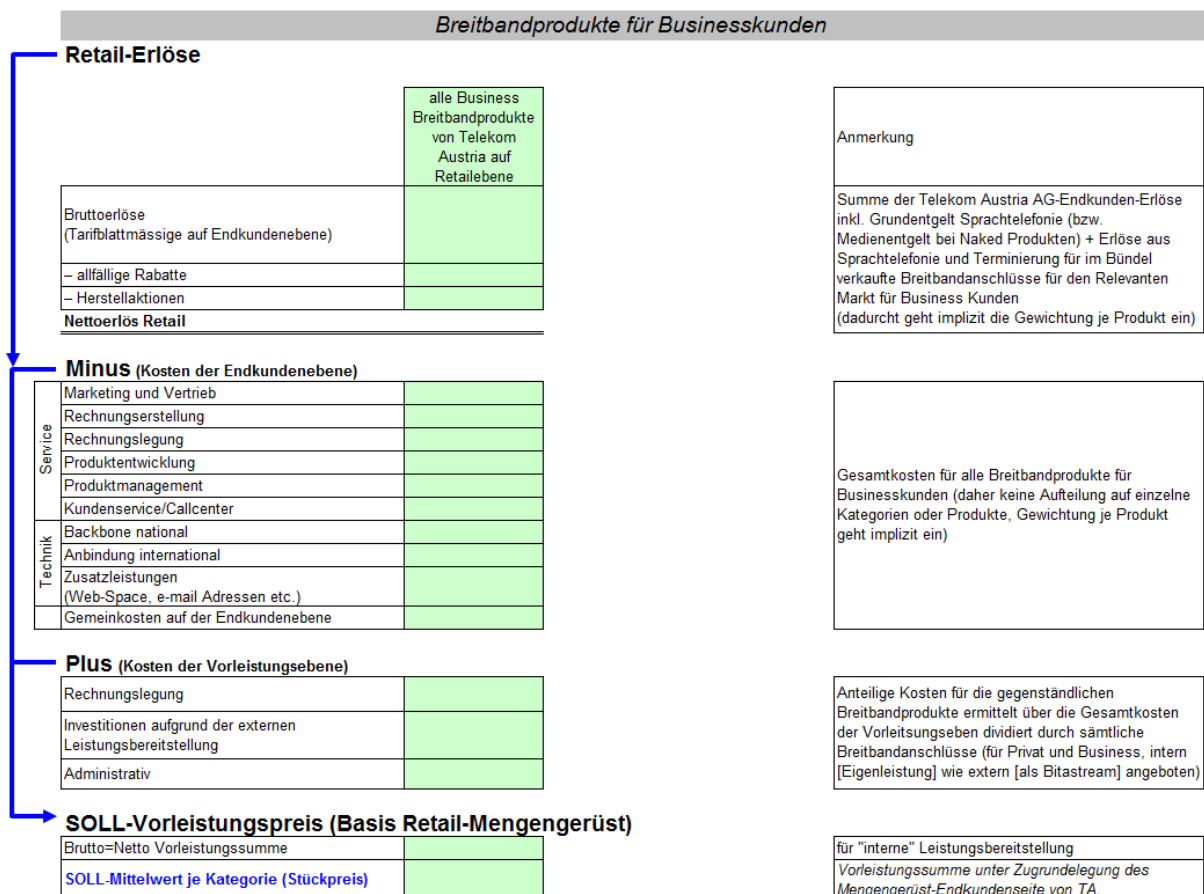
Weiters sollten bei der Berechnung des Zugangspreises solche Kosten berücksichtigt werden, die A1 Telekom aufgrund der Bereitstellung des Zugangs zusätzlich anfallen. Dies sind insbesondere (wiederum auf Grundlage der Kostenrechnung von A1 Telekom):

- Kosten der Rechnungslegung auf Vorleistungsebene,
- Administrative Kosten sowie
- Zusätzliche Investitionen, die aufgrund der externen Bereitstellung anfallen

Aufgrund der hohen und steigenden Marktanteile von A1 Telekom im Nichtprivatkundenbereich sind diese „Zusatzkosten“ nicht gänzlich den alternativen Betreibern anzulasten. Da letztlich auch Kunden von A1 Telekom durch einen intensiveren Wettbewerb im Nichtprivatkundenbereich profitieren, sind die Kosten zwischen A1 Telekom und den alternativen Betreibern aufzuteilen: Hierfür ist eine Aufteilung der gesamten Zusatzkosten zwischen A1 Telekom und den Nachfragern von (der Regulierung unterworfenen) Bitstream-Leistungen für Nichtprivatkunden im Verhältnis der extern bereitgestellten zu den gesamt bereitgestellten Anschlüsse über ein Jahr (jenes Jahr, welches in der Berechnung betrachtet wird) vorzunehmen.

Die errechnete Marge wird sodann von den Endkundenpreisen von A1 Telekom in den oben genannten Produktgruppen abgezogen, um den Vorleistungspreis zu bestimmen.

In den Verfahren R 5/06 sowie S 1/09, S 18/08, S 2/09 und S 18/09 wurde das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere sowohl zwischen Endkundenentgelten und Bitstream-Vorleistungspreisen als auch zwischen Bitstream-Vorleistungspreisen und Entbündelung geprüft. Das dabei verwendete Berechnungsschema ist grundsätzlich geeignet, um das Vorliegen eines Margin Squeeze festzustellen und wird auch in Zukunft zur Anwendung kommen. Die Anwendung des Berechnungsschemas auf den vorliegenden Markt bringt mit sich, dass nur Nichtprivatkundenprodukte auf Endkundenebene und die zugehörigen Vorleistungsprodukte berücksichtigt werden und keine Unterteilung nach Kategorien (Produktkörben) mehr stattfindet. Das entsprechende Berechnungsschema ist in Abbildung 1 dargestellt.



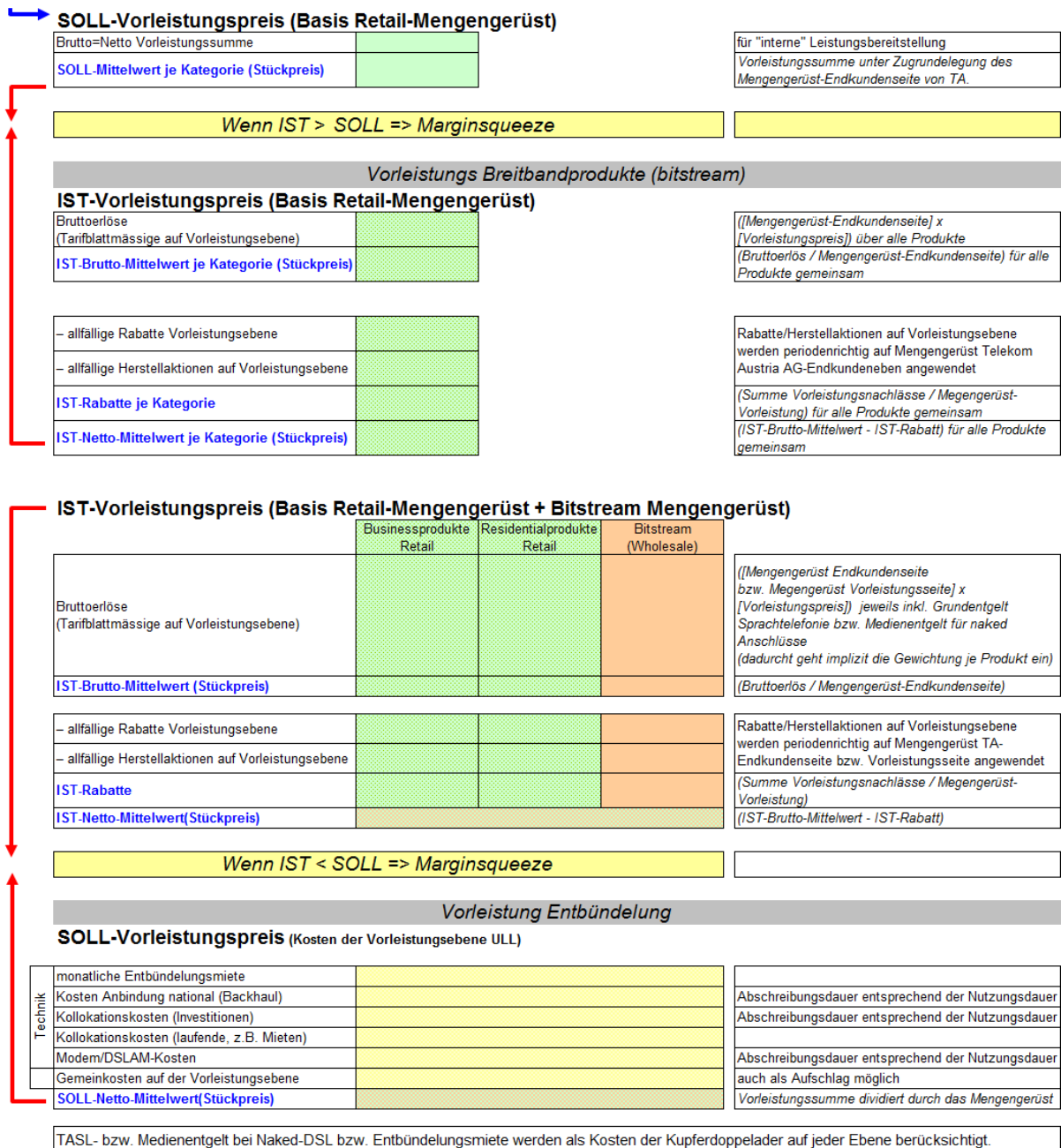


ABBILDUNG 1: BERECHNUNGSSCHEMA FÜR DIE MARGIN SQUEEZE PRÜFUNG

Zunächst werden in dem dargestellten Berechnungsschema die Bruttoerlöse um allfällige Rabatte und Herstellaktionen gekürzt. Sodann wird der Abschlag (Minus) bestehend aus (Voll-)Kosten der Endkundenebene abgezogen. Die Vertriebskosten der Vorleistungsebene werden als Aufschlag (Plus) hinzugezählt, um somit den Margin Squeeze freien Vorleistungspreis (SOLL-Vorleistungspreis) zu erhalten. Dieser SOLL-Vorleistungspreis wird dem tatsächlich verrechneten IST-Vorleistungspreis, bestehend aus Vorleistungserlösen abzüglich allfälliger Rabatte und Herstellaktionen, gegenübergestellt.

Im Sinne einer konsistenten Preisregulierung müssen bei der Preisfestsetzung für Bitstream-Produkte auch die Preise anderer Vorleistungsprodukte betrachtet werden, die regulatorisch festgelegt sind. Im vorliegenden Fall betrifft das vor allem die Preise für Entbündelung. Hier gilt es vor allem, der Gefahr eines Margin Squeeze für Entbündler zu begegnen.

Über die beschriebene Prüfung des Margin Squeeze hinaus hat daher eine solche auch für die Wertschöpfungsebenen zwischen breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene

(Bitstream) und der Vorleistung der Entbündelung von Teilnehmeranschlussleitungen erfolgen. Dabei sind neben den von A1 Telekom auf der Endkundenebene angebotenen Breitbandzugängen auch jene auf der Vorleistungsebene in der Berechnung zu berücksichtigen und im angewandten Mengengerüst mit einzubeziehen. Die diesem Mengengerüst entsprechenden und um allfällig gewährte Rabatte und Herstellaktionen auf der Vorleistungsebene gekürzten IST-Vorleistungspreise werden dem SOLL-Vorleistungspreis auf der Ebene der Entbündelung gegenüber gestellt. Der SOLL-Vorleistungspreis auf der Ebene der Entbündelung errechnet sich aus jenen Kosten, die A1 Telekom entstehen würden, würde sie ihre sämtlichen Breitbandzugänge mittels Entbündelung realisieren. Dabei gelangen für die einzelnen Teilleistungen (zB monatlicher Mietpreis der Teilnehmeranschlussleitung, Kollokationsmiete, Backboneanbindung etc.) jene Entgelte zur Anwendung, wie diese von A1 Telekom den Entbündelungspartnern öffentlich angeboten werden.

Die Überprüfung beider Margen (Endkundenebene-Bitstream sowie Bitstream-Entbündelung) wird aus Gründen der Konsistenz und Effizienz auch weiterhin gemeinsam durchgeführt werden.

Die im Standardangebot der A1 Telekom anzuführenden Preise der genannten Produkte haben dem oben skizzierten Kalkulationsschema für die Ermittlung von Zugangspreisen entsprechen.

6.4.4. Berechnung der Marge zu vermeidbaren Kosten

Auch für die Berechnung der Marge zu vermeidbaren Kosten ist das Berechnungsschema aus Abbildung 1 grundsätzlich geeignet. Dabei werden allerdings nicht alle Produkte, sondern nur ein einzelnes Produkt betrachtet und bei den einzelnen Kostenpositionen nicht die Vollkosten sondern nur die vermeidbaren Kosten des Produktes angesetzt. Dabei ist jenes Produkt ausschlaggebend, bei dem es – aufgrund eines geringen Endkundenpreises und/oder hoher Wegfallkosten – am ehesten zu einem Margin Squeeze zu vermeidbaren Kosten kommt.

Der von A1 Telekom zu setzende Vorleistungspreis ergibt sich letztlich aus der jeweils bindenden Restriktion, die entweder aus der Berechnung zu Vollkosten oder aus der Berechnung zu vermeidbaren Kosten kommen kann.

A1 Telekom ist aufgrund der in Feststellungen enthaltenen Vorgaben zur Berechnung des Retail Minus-Entgelts jederzeit in der Lage, ausgehend vom – durch sie frei setzbaren Endkundenpreis – einen Vorleistungspreis auf Basis Retail Minus anzugeben. Eine genauere Festlegung des „Minus“ zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist daher weder möglich noch erforderlich. Da A1 Telekom die absolute Höhe des Zugangspreises ohne regulatorische Vorgaben bestimmen kann, wird ihr die Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite ermöglicht.

6.4.5. Von A1 Telekom intern und extern angebotene Vorleistungsprofile

Entsprechend den getroffenen Feststellungen ist die Basis für die Berechnung des Zugangspreises der jeweils gewichtete, tatsächlich vom Kunden bezahlte Endkundenpreis. Die Feststellungen zeigen, dass der gegenständliche Markt eine Saisonalität von einem Jahr aufweist. Ein Durchrechnungszeitraum für die Berechnung des Margin Squeeze von einem Jahr, ausgehend vom Zeitpunkt der Überprüfung und sowohl die Plan- als auch die Ist-Daten berücksichtigend, erscheint der Telekom-Control-Kommission sachgerecht und daher angemessen. Ferner erscheint ein Jahr der Telekom-Control-Kommission auch als angemessener Zeitraum, innerhalb dessen die entstehenden Vollkosten gedeckt werden können sollen.

Im Unterschied zu den mit Bescheid M 1/05 auferlegten spezifischen Verpflichtungen sieht die Telekom-Control-Kommission davon ab, dass A1 Telekom bei der Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus eine Produktgruppenbetrachtung vorzunehmen hat. Diese Verpflichtung wurde durch das Erfordernis ersetzt, dass A1 Telekom verpflichtet ist, den Vorleistungspreis jedes Produktes so weit unter dem (Netto-)Endkundenpreis eines zugeordneten

Endkundenproduktes zu setzen, dass ein effizienter Betreiber zumindest seine vermeidbaren Kosten decken kann. Ansonsten könnte A1 Telekom ein Angebot bestimmter Produkte von ISPs am Endkundenmarkt faktisch verhindern, da ISPs üblicher Weise keinen höheren Endkundenpreis als A1 Telekom verlangen können und sich so ein negativer Deckungsbeitrag für sie ergeben würde. Die Betrachtung der vermeidbaren Kosten einzelner Produkte stellt damit den relevanten Maßstab für die Berechnung der Mindestmarge dar, während für die Gesamtbetrachtung aller Produkte die Vollkosten den Maßstab bilden.

Die Heranziehung der vermeidbaren Kosten als Preisuntergrenze bei der Einzelproduktbetrachtung verhindert die Anwendung von Kampfpreisen und steht in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht (vgl. etwa EuGH, Rs. 62/86 v. 3.7.1991 – Akzo; Diskussionspapier der Europäischen Kommission über die Anwendung von Artikel 82 EG auf Behinderungsmissbrauch, 18.12.2005; OGH 16.12.2005, 16 OK 11/02).

Die Telekom-Control-Kommission verweist hinsichtlich der Notwendigkeit der regelmäßigen Übermittlung von Daten hinsichtlich abgesetzter Mengen und Entgelte (Mengengerüst) auf § 90 TKG 2003.

6.4.6. Von A1 Telekom ausschließlich extern angebotene Vorleistungsprofile

Abweichend von dem zu Punkt D.6.4.2. – D.6.4.5 Ausgeführten war für jene Vorleistungsprofile, die von A1 Telekom ausschließlich extern angeboten werden, anzuordnen (Spruchpunkt B.2.6), dass die diesbezüglichen Entgelte sich lediglich an den Entgelten der bandbreitenmäßig „benachbarten“ Vorleistungsprofile mit gleichem Überbuchungsfaktor zu orientieren haben. Das unterschiedliche Entgelt hat daher die unterschiedlichen technischen Leistungsparameter widerzuspiegeln. Produkte mit höherer Bandbreite dürfen daher nicht zu geringeren Preisen angeboten werden als Produkte geringerer Bandbreite innerhalb der gleichen Überbuchungskategorie bzw. umgekehrt.

Die in Spruchpunkt B.2.6 angeordnete Form der Entgeltkontrolle ist schon mangels Existenz von Endkunden der A1 Telekom bei solchen Vorleistungsprofilen als angemessen zu betrachten. Mit einem „Einpassen“ der Entgelte der ausschließlich extern angebotenen Vorleistungsprofile in die Struktur der Entgelte der intern und extern angebotenen Vorleistungsprofile ist darüber hinaus auch dem Erfordernis der margin squeeze-freien Nachbildbarkeit für alternative Anbieter Genüge getan.

Die Telekom-Control-Kommission weist darauf hin, dass auch bei der Durchführung der Margin Squeeze-Überprüfung jener ausschließlich extern angebotenen Vorleistungsprofile, die derzeit zur Anbindung von Privatkunden benutzt werden, auf das tatsächlich von Nichtprivatkunden entrichtete Entgelt abgestellt werden wird.

6.4.6.1. Nationale versus regionale Entgelte

Gegenwärtig bietet A1 Telekom für ihre Bitstream-Produkte regionale und österreichweite Entgelte an.

Da ein ISP, dem die österreichweiten Entgelte zu hoch sind, sich den Verkehr regional übergeben lassen und ihn anschließend mittels eines Trunk-Segments zu seinem POP weiterleiten kann, ist davon auszugehen, dass A1 Telekom bei der Festsetzung der österreichweiten Entgelte hinreichend großem Wettbewerb ausgesetzt ist.

Da bei der regionalen Übergabe keine entsprechende Substitutionsmöglichkeit besteht, ist diese, im Gegensatz zur österreichweiten Übergabe, jedenfalls von der Preisfestsetzung mittels Retail Minus umfasst. In das Standardangebot aufzunehmen sind zudem Preise für die Errichtung regionaler Übergabepunkte, die sich am Aufwand der Errichtung zu orientieren haben.

6.4.6.2. Konsistenz der Entgelte

Es wurde angeordnet, dass im Falle der Absenkung der marktgegenständlichen Vorleistungspreise für xDSL-Produkte zu gewährleisten ist, dass auch Nachfrager nach entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen keiner Preis-Kosten-Schere ausgesetzt werden.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass A1 Telekom über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt. A1 Telekom hat daher bei der Festlegung des marktgegenständlichen Vorleistungsentgelts dafür Sorge zu tragen, dass die Nachfrager anderer regulierter Vorleistungsprodukte keiner Preis-Kosten-Schere ausgesetzt werden. Angesichts der festgestellten Wettbewerbsprobleme kann es A1 Telekom überlassen werden, durch welche Maßnahmen A1 Telekom dieser Auflage nachkommt.

Die im Standardangebot der A1 Telekom anzuführenden Preise der genannten Produkte sollten dem dargestellten Kalkulationsschema für die Ermittlung von Zugangspreisen entsprechen und dementsprechend „margin squeeze-frei“ sein.

6.4.6.3. Investitionsanreize

Bei der Festlegung des Zugangspreises ist sowohl sicherzustellen, dass A1 Telekom Anreiz zu effizienter Produktion sowie Anreiz zur Erhaltung und Verbesserung ihres Netzwerkes hat, als auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen. Dies ist durch die angeordnete Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus gewährleistet, da A1 Telekom die absolute Höhe von Vorleistungs- und Endkundenpreis frei bestimmen kann, da nur der Mindestabstand zwischen beiden Preisen durch das Berechnungsschema vorgegeben wird, was die Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite ermöglicht. Betreffend die Investitionsanreize alternativer Betreiber besteht bei einem Retail Minus Ansatz grundsätzlich die Gefahr, dass der Vorleistungspreis von A1 Telekom über die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung angehoben wird, was zu ineffizienten Investitionen auf der Vorleistungsebene führen kann. So kann zum Beispiel ein Betreiber, der auf der Vorleistungsebene weniger effizient ist als A1 Telekom (und deshalb eigentlich nicht in den Vorleistungsmarkt eintreten sollte), Anreize zur Investition in Entbündelung haben, wenn sich durch einen überhöhten Preis für Bitstream-Produkte trotz der Ineffizienz Möglichkeiten zum profitablen Markteintritt ergeben. Da das Ausmaß des Problems der überhöhten Preise vor dem Hintergrund des Wettbewerbsdrucks vor allem von der Teilnehmeranschlussleitung entbündelnden alternativen Anbietern, aber auch von Kabelnetzbetreibern aber als gering eingestuft wird, relativiert sich auch das Problem der verzerrten Investitionsanreize durch überhöhte Preise. Auf jeden Fall führt Retail Minus zu den korrekten Investitionsanreizen auf der Endkundenebene, da ein Betreiber nur dann in den Markt einsteigen wird, wenn er dort mindestens so effizient ist wie A1 Telekom.

6.4.6.4. Entgeltkontrolle

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen und auch um die Eingriffshäufigkeit möglichst gering zu halten, ist die Verpflichtung zur Preisregulierung im Anlassfall auf Nachfrage die zweckmäßigste.

Obwohl eine formale Genehmigung der Entgelte durch die Regulierungsbehörde im Rahmen von (Genehmigungs-)Verfahren in der Vergangenheit nicht erforderlich war, so bestand dennoch die Notwendigkeit der regelmäßigen (ex ante wie ex post) Überprüfung der Einhaltung des Retail Minus Maßstabes. Im Zuge dessen sind Daten von A1 Telekom zu Umsätzen, Kosten und Mengen (Plan- bzw. Ist-Daten) erforderlich. Eine entsprechende Verpflichtung zur Datenlieferung auf Aufforderung durch die Behörde war daher zur Operationalisierung der nach § 42 TKG 2003 angeordneten Entgeltkontrolle in Spruchpunkt B.2.2. aufzunehmen. Im Verfahren wurde angeregt (ON 78b), der A1 Telekom eine Verpflichtung zur regelmäßigen Datenlieferung aufzuerlegen. Angesichts der gelebten Praxis der regelmäßigen Überprüfung der gegenständlichen Entgelte war dieser Anregung nicht näher zu treten.

6.4.6.5. Sonstige Leistungen

Migration (in allen festgestellten Formen) ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend einerseits nach Aufwand, so dieser im Zuge einer effizienten Bereitstellung anfällt und andererseits nichtdiskriminierend anzubieten. Grundsätzlich gilt dies ebenso für

sonstige Nebenleistungen (Zusatzkosten, Services), die für den Zugang zu Bitstream-Produkten benötigt werden.

6.4.6.6. Zum Verhältnis der Entgeltkontrolle zur Gleichbehandlungsverpflichtung

Hinsichtlich des Verhältnisses der – auferlegten - Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Basis eines Retail Minus-Ansatzes gemäß § 42 TKG 2003 zur Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen:

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass hinsichtlich der angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis eines Retail Minus-Ansatzes zur Vermeidung eines Margin Squeeze prinzipiell beide Regulierungsinstrumente gleich geeignet sind, sofern (auch) intern angebotene Vorleistungsprofile Gegenstand der Entgeltkontrolle sind.

Die Telekom-Control-Kommission hat zur Umsetzung der Entgeltkontrolle auf Basis eines Retail Minus-Ansatzes das Regulierungsinstrument der Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 auferlegt, da 1. § 42 TKG 2003 in systematischer Hinsicht die einschlägigere Norm sowie 2. in materieller Hinsicht die einschlägigere Norm für die Anordnung eines Regulierungsinstruments im Zusammenhang mit der Höhe des Entgelts ist, da eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 auch die Kontrolle ausschließlich extern angebotener Vorleistungsprofile mitumfasst.

6.4.7. Zu den hinsichtlich der Entgeltkontrolle eingelangten Stellungnahmen

Die im Gutachten vorgesehene Berechnungsmethode der zulässigen Entgelte von A1 Telekom wurde als die A1 Telekom begünstigend kritisiert (ON 56). Die Telekom-Control-Kommission verweist diesbezüglich auf die Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Das in den Feststellungen in Punkt 4.2.1 angeführte Berechnungsschema zur anlassbezogenen Margin Squeeze-Überprüfung im Einzelfall entspricht diesen Vorgaben. Insoweit war der geäußerten Kritik nicht näher zu treten.

A1 Telekom kritisierte (ON 57) die einheitliche Berechnung des Margin Squeeze über alle Vorleistungsprofile hinweg – und nicht auf Basis einzelner Vorleistungsprofile – als nicht sachgerecht. Die unterschiedlichen technischen Parameter so wie die unterschiedliche Verwendung würden bei einheitlicher Berechnung zu starken Verzerrungseffekten führen und wären damit sachlich nicht gerechtfertigt.

Dazu ist auszuführen, dass die Berechnung über alle Vorleistungsprofile hinweg ihre Rechtfertigung darin findet, dass die betreffenden Vorleistungsprofile sämtlich Bestandteil des gleichen – gegenständlichen – Marktes sind. In Übereinstimmung mit der zum allgemeinen Wettbewerbsrecht ergangenen Rechtsprechung soll es alternativen Anbietern mit der angeordneten Entgeltkontrolle ermöglicht werden, die Produktstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizieren zu können (siehe dazu ua das Urteil des EuG vom 10.04.2008 zu Rs T 271/03, Rn 199-211).

Im Zusammenhang mit der angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus wurde vorgebracht (ON 58), dass anstelle der Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus eine Verpflichtung zur Kostenorientierung angeordnet werden möge. Die Praxis habe gezeigt, dass nur mit einer Kostenorientierung das Anwenden einer Preis-Kosten-Schere (Margin Squeeze) durch A1 Telekom verhindert werden könne. Ferner wurde auf das Verhältnis zu anderen Vorleistungsprodukten (terminierende Segmente von Mietleitungen, Entbündelung) hingewiesen, wobei zum Ausdruck gebracht wurde, dass besonderes Augenmerk auf die Hintanhaltung eines Margin Squeeze gegenüber diesen Vorleistungsprodukten zu legen sei.

Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die Feststellungen, wonach die angeordnete Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus gerade auf dem gegenständlichen Markt und vor dem Hintergrund des bestehenden Wettbewerbsniveaus ein angemessenes und verhältnismäßiges sowie das gelindeste Regulierungsinstrument ist, um noch bestehende Wettbewerbsdefizite zu bekämpfen bzw. sicherzustellen, dass die Relation der verfahrensgegenständlichen Entgelte zu anderen Vorleistungsprodukten (terminierende Segmente von Mietleitungen, Entbündelung) jeweils ein margin squeeze-freies Anbieten

ermöglicht. Hinzuweisen ist dabei insbesondere auf die angesichts des bestehenden Wettbewerbsdruck am Endkundenmarkt für die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden auch die für A1 Telekom sicherzustellende Reaktionsfähigkeit am Markt.

Zur in ON 58, ON 63 und ON 64 behaupteten Widersprüchlichkeit des Gutachtens (Gering einzuschätzendes Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise bzw Gefahr eines Margin Squeeze versus Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus) ist auf die Feststellungen zu verweisen, wonach das Preissetzungsverhalten von A1 Telekom der Regulierung unterliegt und schon aus diesem Grund die Gefahr der Herbeiführung eines Margin Squeeze hintan gehalten ist. Hinsichtlich der Gefahr von überhöhten Endkundenpreisen ist auf den von durch Entbündelung und CATV auf A1 Telekom lastenden preisdisciplinierenden Druck hinzuweisen. Inwieweit diese Feststellungen widersprüchlich sein sollten, erschließt sich der Telekom-Control-Kommission nicht.

Es wurde kritisiert (ON 78b), dass bereits die bisherige Anwendung der Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus dazu führe, dass die Anschlüsse, die von alternativen Anbietern über Bitstream realisiert werden, stark zurückgegangen seien, da insbesondere die der A1 Telekom zugute kommenden Skalenvorteile berücksichtigt würden. Hierzu ist auszuführen, dass auf der Bitstream-Ebene der Datenverkehr auf maximal neun Punkten übernommen wird, sodass Skalenvorteile keine so große Rolle mehr spielen, dass sich durch das Heranziehen der Kosten der A1 Telekom ein wesentlicher Vorteil für alternative Anbieter ergeben würde.

Da die Feststellungen ergeben, dass das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise am vorliegenden Markt vergleichsweise gering ist, war – im Sinne der Verhältnismäßigkeit – von der Verpflichtung zur Anwendung kostenorientierter Entgelte abzusehen.

Den Anträgen nach Anordnung einer Verpflichtung zur Kostenorientierung (ON 58) bzw zur Anordnung des arithmetischen Mittels aus Retail Minus-Kalkulation und Verpflichtung zur Kostenorientierung (ON 59) bzw zur Anordnung des niedrigeren Entgelts aus Retail Minus-Kalkulation und Verpflichtung zur Kostenorientierung (ON 67, ON 78b) war daher aus den angeführten Gründen sowie angesichts der auch für A1 Telekom erforderlichen wettbewerblichen Flexibilität nicht näher zu treten.

6.4.8. Gleichbehandlungsverpflichtung

6.4.8.1. Allgemeines zu § 38 TKG 2003

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

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

6.4.9. Zur Gleichbehandlungsverpflichtung im Konkreten

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass zur Lösung der identifizierten Wettbewerbsprobleme sowohl eine allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs 2 TKG 2003 als auch eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots hinsichtlich des Zugangs zu einem Bitstream-Produkt nach § 38 Abs 3 TKG 2003 erforderlich ist.

Da bei Änderungen von marktgegenständlichen Produkten sowie bei Einführung von neuen Produkten, die – technologieneutral – dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind, alternative Anbieter ohne Erhalt einer entsprechenden Vorabinformation nicht diskriminierungsfrei gegenüber dem Retail-Bereich der A1 Telekom eigene Produkte kreieren und zeitgerecht auf den Markt bringen könnten, ist es notwendig, der A1 Telekom eine Frist zur Vorabinformation der Nachfrager der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte aufzuerlegen.

Diese Frist ist mit in Abhängigkeit von der Komplexität des Produktes, jedoch zumindest vier Wochen vor Einführung des entsprechenden Endkundenproduktes angemessen, um eine Diskriminierung von Nachfragern der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte gegenüber dem Retail-Bereich der A1 Telekom hintan zu halten. Eine nichtdiskriminierende Umsetzung der Vorabinformationsverpflichtung setzt voraus, dass alternative Anbieter vom Wholesale-Bereich von A1 Telekom nicht später informiert werden dürfen, als der Retail-Bereich von A1 Telekom.

Die in Spruchpunkt B.2.5 angeordnete Verpflichtung, dass A1 Telekom erst ab tatsächlicher Leistungserbringung an den Endkunden Entgelte für das dafür notwendige Bitstream-Zugangsprodukt verrechnen darf, ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission erforderlich, um das Entstehen einer Preis-Kosten-Schere am Beginn jeder Vertragsbeziehung über ein Bitstream-Produkt zu verhindern. Die festgestellte Gefahr des Auftretens einer Preis-Kosten-Schere erfordert unter Berücksichtigung der Interessen aller Verfahrensparteien die nunmehrige neue Anordnung dieses Spruchpunktes.

6.4.9.1. Naked-DSL

Um eine nichtdiskriminierende Nachfrage bei Inanspruchnahme von naked-DSL-Produkten durch einen ISP zu ermöglichen, hat A1 Telekom dem ISP auch weiterhin alle diesbezüglich mit der Anbindung des jeweiligen Endkunden anfallenden Leistungen anzubieten. Eine direkte vertragliche Endkundenbeziehung zwischen A1 Telekom und dem Endkunden des ISP ist bezüglich breitbandiger Leistungsbestandteile und dazugehöriger Annexeleistungen bei naked-DSL-Produkten als nicht den Erfordernissen des § 38 TKG 2003 entsprechend anzusehen, da dadurch eine wettbewerbsverzerrende Kundenbindung zum Nachteil der ISPs einhergehen würde. In diesem Fall könnte der nachfragende ISP seinen eigenen Endkunden, im Gegensatz zur A1 Telekom, nicht die Vorteile des „one-stop-shopping“ bieten, was nach den Feststellungen als erheblicher Wettbewerbsnachteil zu sehen ist. Die „naked-DSL-Produkte haben daher so gestaltet sein, dass sämtliche damit in Zusammenhang stehenden Endkundenbeziehungen vom nachfragenden Internet Service Provider wahrgenommen werden können.

6.4.9.2. Standardangebot

Da es sich bei Bitstream-Produkten um (technisch gesehen) komplexe Produkte handelt, ist zur Konkretisierung bzw Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gem § 38 Abs 3 TKG 2003 erforderlich, um den nichtdiskriminierenden Zugang zu Bitstream-Produkten zu gewährleisten. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben. Aufgrund der Komplexität des Produktes ist eine umfassende Spezifizierung sowie das standardisierte Anbieten durch A1 Telekom für die Effektivität der Regulierung unerlässlich. Die Möglichkeit, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen, wurde auch im europäischen Rechtsrahmen verankert (Art 9 Abs 2, 3 Zugangs-RL).

Das gegenwärtige Standardangebot der A1 Telekom ist am Markt eingeführt und stellt einen sachgerechten Ausgangspunkt für das mit diesem Bescheid neuerlich zu legende Standardangebot dar. Das zu legende Standardangebot hat sich daher am gegenwärtig gültigen Standardangebot zu orientieren und insbesondere die folgenden Punkte umfassen:

- Detaillierte (technische) Beschreibung des Angebotsgegenstandes inkl. Nebenleistungen und Spezifikationen der Verwendung findenden elektronischen Schnittstellen,
- Entgelte und Bestimmungen zur Verrechnung,
- Bestimmungen über Angebotsannahme, Vertragsdauer, Kündigung, und Vertragsanpassung inkl. Änderungen des Angebotsgegenstandes,
- Bestimmungen zu Bestellung, Bereitstellung und Stornierung bzw. Kündigung von Bitstream-Leitungen inkl. Fristen,
- Bestimmungen über Beginn und Ende der Leistungsbereitstellung inkl. Fristen,
- Bestimmungen zu Qualitätssicherung (SLAs), Entstörung und Endkundenbeschwerdemanagement,
- Regelungen hinsichtlich technologieneutraler Rufnummernportierung sowie
- Regelungen hinsichtlich des gemeinsamen Bezugs eines Bitstream-Vorleistungsproduktes und eines VoB-Zugangsproduktes sowie
- Bestimmungen zu Migrations- und Wechselprozessen.

Das Standardangebot hat alle gängig nachgefragten Bandbreiten abzudecken. Es soll zumindest all jene Produkte beinhalten, die sich A1 Telekom selbst (intern) bereitstellt, um Nichtprivatkundenprodukte am Endkundenmarkt anzubieten, um das Replizieren von auf den marktgegenständlichen Produkten aufbauenden Endkundenprodukten zu ermöglichen. Dies umfasst sowohl die Produkte der Serviceart Business wie auch bestimmte Produkte der Serviceart Residential und bestimmte naked-DSL Produkte. Das Standardangebot hat auch – wie gegenwärtig – mehrere VoB-Optionen zu enthalten.

Das Standardangebot soll jedenfalls die Regelfälle für den Zugang zu Bitstream-Vorleistungen für Nichtprivatkundenprodukte abdecken. Weitergehende Leistungen sollten im Einzelfall auf Basis einer Beurteilung über die Zumutbarkeit der Nachfrage geklärt werden.

Das Standardangebot soll Service Level Agreements (SLAs) in Bezug auf Herstellungsdauer, Verfügbarkeit und Entstörung/Reparaturzeiten zu enthalten, die es ISPs ermöglichen, Breitbandzugänge an Nichtprivatkunden in der gleichen Qualität anzubieten wie dies A1 Telekom tut. Falls A1 Telekom auf der Endkundenebene unterschiedliche SLAs anbietet, sind auch auf der Vorleistungsebene unterschiedliche SLAs erforderlich, damit die entsprechenden Produkte durch ISPs replizierbar sind. Im Falle der Nichteinhaltung der SLAs durch A1 Telekom sind Pönalen vorzusehen, deren Höhe so festgelegt sein soll, dass der Anreiz zur Einhaltung der SLAs größer ist als der Anreiz abzuweichen.

Dies umfasst unter anderem Bestimmungen zur Optimierung von Prozessen betreffend:

- (i) den Wechsel des Endkunden eines (Bitstream-)ISP zu einem anderen Produkt,
- (ii) den Wechsel eines Endkunden zu einem (anderen) (Bitstream-)ISP,
- (iii) die Migration (einzelner oder mehrerer) Endkunden eines ISP von Bitstream-Produkten zur Entbündelung,
- (iv) die Migration eines (Bitstream-)ISP von der nationalen auf die regionale Ebene und
- (v) die Migration zu naked-DSL.

Ad (i): Den Kunden von (Bitstream-)ISPs soll es ebenso wie den Kunden von A1 Telekom möglich sein, einfach, günstig und möglichst ohne Unterbrechung des Dienstes von einem Produkt auf ein anderes umzusteigen. A1 Telekom darf daher einen solchen Wechsel weder durch zusätzliche Bedingungen erschweren, noch dürfen dem Kunden Kosten verrechnet

werden, die ihm nicht auch bei einem Wechsel zwischen Produkten von A1 Telekom verrechnet werden. Der Migrationsprozess muss technisch genauso effizient gestaltet sein, wie er für A1 Telekom interne Leistungen zur Anwendung kommt.

Ad (ii): Durch die Erleichterung des Wechsels eines Kunden von A1 Telekom bzw. einem (Bitstream-)ISPs zu einem anderen (Bitstream-)ISP werden Wechselkosten und somit letztlich die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt reduziert. Gleiches wie für den Wechsel des Endkunden eines (Bitstream-)ISP zu einem anderen Produkt wie in Punkt (i) gilt daher auch für den Wechsel eines Endkunden zu einem anderen (Bitstream-)ISP.

Ad (iii): Auch bei einem Umstieg von einem Bitstream-Produkt zur Entbündelung durch einen ISP soll die Aufrechterhaltung des Dienstes für den Endkunden so weit wie möglich gewährleistet sein. Effiziente Migrationsszenarien sind für die Förderung von Infrastrukturinvestitionen unerlässlich, da zusätzliche Investitionen in Entbündelung im Sinne der „ladder of investment“ nur getätigt werden, wenn die Kosten dafür nicht zu hoch sind und keine Gefahr besteht, den bestehenden Kunden zu verlieren. Mittels ineffizienter bzw. teurer Migration kann A1 Telekom die Marktzutrittsbarrieren auf der Vorleistungsebene erhöhen und hat so einen (ökonomischen) Anreiz, ISPs bei der Migration zu behindern. Eine Migration von einem Bitstream-Produkt zur Entbündelung kann für alle Kunden eines ISP (eventuell auch nur innerhalb eines HVt-Einzugsbereichs) gleichzeitig erwünscht sein, oder aber nur für bestimmte Kunden. Daher ist die Möglichkeit einer Migration einzelner oder mehrerer (bzw aller) Kunden eines ISP vorzusehen.

Ad (iv): Gewinnt ein ISP, der bisher nur in einer Region tätig war, Kunden in anderen Regionen dazu, so soll ihm ein einfacher Wechsel von nationale auf regionale Übergabe des Verkehrs und der damit verbundenen Entgelte möglich sein. Durch Behinderung bei der Migration könnte A1 Telekom dem ISP mögliche Einsparungen verwehren und so seine Kosten erhöhen.

Ad (v): Schließlich ist auch bei einer Kündigung des Sprachtelefonie-Anschlusses bei A1 Telekom durch den Kunden sicherzustellen, dass die Migration zu naked-DSL bzw naked-DSL + VoB-Option für den Endkunden soweit wie möglich unterbrechungsfrei hinsichtlich des Breitbandzuges durchgeführt wird.

Bestimmungen betreffend Bedingungen und Preise der Migration sind in das Standardangebot aufzunehmen, um eine Überprüfung und gegebenenfalls eine Änderung durch die Regulierungsbehörde zu ermöglichen. Dies betrifft insbesondere die Parameter

- maximaler Zeitraum der Durchführung der Migration (ab Antrag des ISP bzw. des Endkunden) und
- maximaler Zeitraum der Unterbrechung des Dienstes für den Endkunden.

Um die Entstehung von Wechsel- und somit Marktzutritts- und Expansionsbarrieren zu verhindern sollen beide Zeiträume so kurz wie möglich sein.

Für eine effiziente Umsetzung der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung ist es notwendig, dass A1 Telekom die Veröffentlichung ihres Standardangebots auf ihrer Unternehmenshomepage vornimmt. Ein web-veröffentlichtes Standardangebot informiert neu in den Markt eintretende Betreiber einfacher und rascher als wenn ein potenzieller Vorleistungsnachfrager die Übermittlung eines Standardangebotes erst anfragen muss. Allfälligen Verzögerungstaktiken kann damit effizient begegnet werden. Bestehende Vorleistungsnachfrager können sich einfach, rasch und ohne direkte Kontaktaufnahme mit dem verpflichteten Unternehmen über Änderungen desselben informieren und gegebenenfalls eine Änderung ihrer Konditionen nachfragen.

Es wurde eine Verpflichtung auferlegt, wonach das zu veröffentlichende Standardangebot aktualisiert zu werden hat, sobald eine Änderung hinsichtlich der von A1 Telekom auf diesem Markt angebotenen Zugangsprodukte Platz greift. Die laufende Aktualisierung ist zur Effektivität der angeordneten Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung erforderlich.

Die angeordnete Verpflichtung, auch für zukünftige Endkundenprodukte die dafür notwendigen und in diesen Markt fallenden Vorleistungsprodukte allen nachfragenden Wettbewerbern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten, resultiert bereits aus dem Charakter der Nichtdiskriminierungsverpflichtung an sich. Ein „Einschränken“ der Nichtdiskriminierungsverpflichtung auf Vorleistungsprodukte für bereits bestehende Endkundenprodukte würde ein Umgehen der Nichtdiskriminierungsverpflichtung darstellen. Zur Durchsetzung der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung soll das Standardangebot daher zumindest alle Produkte umfassen, die derzeit (im Wholesale-Standardangebot von A1 Telekom angeboten werden. Darüber hinaus sind gemäß dem in § 38 Abs 3 TKG 2003 festgelegten Entbündelungsgrundsatz auch Bestimmungen über „naked-DSL“-Produkte aufzunehmen. Ebenso sind in das Standardangebot Bestimmungen hinsichtlich der entsprechend längeren Vorlaufzeit für ISPs für den Fall vorzusehen, dass A1 Telekom technisch neue Produkte, die – technologieneutral - innerhalb des bestehenden Marktes zu liegen kommen, auf den Endkundenmarkt bringt.

Zur Sicherstellung des möglichst flexiblen Einsatzes der von A1 Telekom bereitgestellten Modems war in Spruchpunkt B.3.3 die Verpflichtung aufzunehmen, wonach A1 Telekom die Spezifikationen der von den von A1 Telekom bereitgestellten Modems verwendeten Schnittstellen in das Standardangebot aufzunehmen hat.

Die Verpflichtung, in das zu legende Standardangebot auch Regelungen hinsichtlich der technologieneutralen Rufnummernportierung aufzunehmen, erfolgte vor dem Hintergrund der Bestimmung des § 23 Abs 1 TKG 2003. Um nicht ungerechtfertigte Wechselbarrieren entstehen zu lassen, war in Spruchpunkt B.3.3 anzuordnen, dass das Standardangebot auch Vorkehrungen zur Ermöglichung der Rufnummernportierung zu enthalten hat, wenn der nachfragende alternative Anbieter nicht von der in Spruchpunkt B.1.6 angeordneten VoB-Option Gebrauch macht.

In das Standardangebot aufgenommen zu werden haben nähere Bestimmungen hinsichtlich der nationalen und der regionalen Übergabe gemäß der bereits bestehenden neun regionalen Übergabepunkte im derzeitigen Wholesale-Standardangebot.

Die festgelegte Frist zur Legung eines Standardangebotes binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Bescheides ist vor dem Hintergrund angemessen, dass ein marktgegenständliches Standardangebot bereits besteht, das A1 Telekom im Wesentlichen beibehalten kann. Die Verpflichtung zur Adaption des Standardangebots binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Bescheides ist im Hinblick auf die Notwendigkeit der nichtdiskriminierenden Leistungsbereitstellung erforderlich. Auf die Möglichkeit zur Überprüfung des von A1 Telekom zu legenden Standardangebotes nach § 38 Abs 4 TKG 2003 wird vor dem Hintergrund der von mehreren Verfahrensparteien geforderten Ausgestaltung einzelner Punkte des Standardangebotes hingewiesen.

6.4.9.3. Zum Verhältnis zu anderen Regulierungsinstrumenten

Wie oben ausgeführt dient die Verpflichtung der A1 Telekom, ein Standardangebot zu legen, primär dazu, die für die Einhaltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung wesentlichen Konditionen des Zugangs festzulegen und die Transaktionskosten zu verringern. Es ist deshalb geeignet, mögliche nicht-preisliche wettbewerbswidrige Strategien, wie das Verweigern von Service Level Agreements für marktgegenständliche Produkte zu unterbinden. Die Zugangsverpflichtung andererseits stellt sicher, dass allen Betreibern auf Anfrage ein angemessener Zugang gewährt werden muss. Sie geht daher über die im Standardangebot für Standardfälle vorgesehene Verpflichtung hinaus, wobei eine diskriminierende Behandlung der Nachfrager auch für andere (nicht im Standardangebot vorgesehene) Formen des Zugangs auf Grund der Gleichbehandlungsverpflichtung ausgeschlossen ist, sofern dem nicht objektive Kriterien entgegenstehen.

Alternativ zum Standardangebot ließen sich die notwendigen Informationen über technische, wirtschaftliche und rechtliche Parameter auch über eine Transparenzverpflichtung sicherstellen. Diese Informationsverpflichtungen würden aber im Wesentlichen die Bestandteile im Standardangebot enthalten müssen, sodass die Transparenzverpflichtung

letztendlich auf die Veröffentlichung der Teile des Standardangebots hinausliefe und somit nicht gelinder wäre.

Um die Diskriminierung anderer Anbieter bzw. bestimmter Gruppen von Anbietern durch nicht-preisliche Praktiken zu unterbinden bzw. um den Eintritt in nachgelagerte Märkte zu erleichtern, ist die allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs 1 TKG 2003 und die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes nach § 38 Abs 3 TKG 2003 für A1 Telekom notwendig, angemessen und verhältnismäßig. Insbesondere das Standardangebot stellt sicher, dass die Transparenz gewährleistet bleibt.

Nach den Feststellungen sind gelindere Instrumente nicht ersichtlich, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist daher als verhältnismäßig zu betrachten.

6.4.10. Getrennte Buchführung

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

Die spezifische Verpflichtung der getrennten Buchführung dient 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. Diese spezifische Verpflichtung der getrennten Buchführung ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten und erlaubt eine zeitnahe Überprüfung derselben.

Nach den Feststellungen ist zur Unterstützung der Entgeltkontrolle eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung in der angeordneten Gliederung erforderlich. Da die auferlegte Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und diese in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellen, ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung für das ganze Unternehmen getrennt von den übrigen von A1 Telekom angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 notwendig. Damit ist sichergestellt, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw umgekehrt) verschoben werden. Werden einem gemeldeten Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem oder mehreren Märkten Verpflichtungen zur getrennten Buchführung auferlegt, so können diese Verpflichtungen nach Erwägungsgrund 5 der Empfehlung der Kommission 2005/698/EG über die getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme entsprechend dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation vom 19.09.2005, ABI L 266/64 v. 11.10.2005 auch für Märkte gelten, auf denen der Betreiber keine marktbeherrschende Stellung einnimmt, damit zB die Kohärenz der Daten gewährleistet bleibt.

Zur Konkretisierung des Umfangs der Verpflichtung zur getrennten Buchführung war anzuordnen, dass diese zumindest auf Ebene der Märkte der TKMVO 2003 zu erfolgen hat. Dabei dient die Erwähnung der - außer Kraft getretenen - TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 ausschließlich Referenzzwecken, um die Aufzählung der entsprechenden Märkte zu vermeiden.

Da A1 Telekom zudem auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt (zB Vorleistungsmärkte für Festnetz-Originierung und -Terminierung sowie für Entbündelung), erscheint die Verpflichtung zur getrennten Buchführung angemessen und verhältnismäßig, insb da die inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstruments gering sind sowie erhebliche Synergien bestehen.

Es wurde im Rahmen der Verpflichtung zur getrennten Buchführung gefordert (ON 63), dass angesichts der behaupteten Zahnlosigkeit der bisherigen Form der Implementierung dieser spezifischen Verpflichtung, A1 Telekom verpflichtet werden möge, je Beobachtungsperiode (gemeint wohl: 1 Jahr), Details zu den 10 größten Projektgeschäften gegenüber der Regulierungsbehörde offenzulegen. Diesbezüglich ist auszuführen, dass eine solche Verpflichtung für A1 Telekom als überschießend anzusehen ist und daher als unverhältnismäßig nicht in den Spruch dieses Bescheides aufzunehmen war.

6.4.11. Transparenz

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

Grundsätzlicher Zweck einer Transparenzverpflichtung ist die Verbesserung der vertikalen Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) und damit eine Senkung der Transaktionskosten, wie Suchkosten und Kosten von Verhandlungen, herbeizuführen bzw. den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren (vgl. Art. 9 und Erwägungsgrund 16 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 39 TKG 2003, *Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 zu § 39 TKG 2003).

Im gegebenen Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen, dass insbesondere durch die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes für den Zugang zu einem Bitstream-Produkt notwendigen Informationen verfügbar zu sein haben. Allenfalls zusätzlich notwendige Informationen sind auf Grund der Verpflichtung, einer angemessenen Anfrage nachzukommen bei Nachfrage bereitzustellen und fallen unter die Zugangsverpflichtung. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist daher nicht vorzusehen, wenn durch die erwähnten Verpflichtungen und die Bestimmungen des TKG 2003 (insbesondere § 90) die Markttransparenz in dem für die Hintanhaltung der identifizierten Wettbewerbsprobleme erforderlichen Umfang hinreichend gesichert ist, was nach den Ausführungen des Gutachtens der Fall ist.

Basierend auf den getroffenen Feststellungen ist das Regulierungsinstrument der Transparenz nicht aufzuerlegen, weil die notwendige Transparenz bereits durch andere Auflagen bzw durch andere Bestimmungen des TKG 2003 sichergestellt ist.

7. Zur Aufhebung der Verpflichtungen des Bescheides M 1/05-59

Da A1 Telekom (vormalige Telekom Austria TA AG) mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 1/05-59 vom 28.2.2006 als marktbeherrschend auf dem gegenständlichen Markt festgestellt wurde, gelten bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit Bescheid M 1/05-59 auferlegten Verpflichtungen.

§ 37 Abs 2 Satz 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.

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

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

Die Europäische Kommission führte in ihrer Stellungnahme im Rahmen des Verfahrens nach § 129 TKG 2003 aus, dass die Argumentation der Telekom-Control-Kommission, wonach aufgrund des vernachlässigbaren FTTH-Ausbaus in Österreich, die 2009 notifizierte und diesem Bescheid zugrundeliegende TKMV 2008 weiterhin diesem Bescheid zugrunde gelegt wurde, zur Kenntnis genommen werde. Die Europäische Kommission nahm ferner die

angekündigte Berücksichtigung eines allfälligen FTTH-Ausbaus im Zuge eines neuerlichen Marktanalyseverfahrens zur Kenntnis.

In dieser Hinsicht wies die Kommission darauf hin, dass der in der aktuellen „Märkteempfehlung“ angeführte relevante Vorleistungsmarkt für den Breitbandzugang grundsätzlich Glasfaserzugangsleitungen einschließlich FTTH-Leitungen einschließen und dass sich jede Marktabgrenzung, die Grundlage für die Feststellung beträchtlicher Marktmacht durch die nationale Regulierungsbehörde sei, auf neueste Daten sowie auf die zu erwartende Entwicklung über den gesamten Prüfungszeitraum stützen müsse.

Da der Ausschluss von FTTH-gestützten Produkten aus der Marktdefinition im vorliegenden Fall angesichts des derzeitigen Ausbaustands keine Auswirkungen auf das Regulierungsergebnis habe, forderte die Europäische Kommission die Regulierungsbehörde aber angesichts der rasanten Entwicklungen auf dem relevanten Markt auf, die Marktentwicklungen genau zu verfolgen und so schnell wie möglich eine neue vollständige Marktanalyse vorzunehmen.

Die Europäische Kommission begrüßte die Verpflichtung für A1 Telekom, zur Nichtdiskriminierung und zur Bekanntgabe von Änderungen der Vorleistungs- oder Endkundenprodukte mindestens vier Wochen im Voraus.

In diesem Zusammenhang unterstrich die Europäische Kommission, dass bei der Einführung neuer Produkte, die sich auf Zugangsinfrastruktur der nächsten Generation stützen, darauf geachtet werden sollte, dass sich keine first-mover-Vorteile ergeben sollten. In diesem Zusammenhang wurde von der Europäischen Kommission auch festgehalten, dass ein angemessener Vorankündigungszeitraum für alternative Betreiber tatsächlich auch länger als vier Monate sein könne. Die Europäische Kommission verwies in diesem Zusammenhang auf die Empfehlung 2010/572/EG der Kommission vom 20. September 2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA), ABl. L 251 vom 25.9.2010, in deren Erwägungsgrund 33 eine Vorankündigungsfrist von sechs Monaten als angemessen angesehen worden sei, sofern nicht andere wirksame Sicherheiten existieren, die eine diesbezügliche Nichtdiskriminierung gewährleisten. Die Telekom-Control-Kommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die angeordnete Vorankündigungsfrist von zumindest vier Wochen eine Mindestfrist darstellt und je nach Komplexität des Produkts auch länger zu sein hat.

Die Europäische Kommission forderte die Telekom-Control-Kommission angesichts der Auferlegung einer Verpflichtung zur Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus (und keiner Kostenorientierungsverpflichtung) auf, die auf A1 Telekom lastenden Wettbewerbskräfte ausführlich darzustellen. Diesbezüglich wird auf die Ausführung in Punkt D.6.4.1 verwiesen.

Auf das sonstige Vorbringen im Zuge des Konsultationsverfahrens wird an gegebener Stelle dieses Bescheides eingegangen.

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 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 15.11.2010

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé